



役務提供契約における役務の瑕疵に対する責任について : 日本法から中国法への示唆を中心として

周, 江洪

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2007-03-25

(Date of Publication)

2012-07-03

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲3831

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1003831>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博 士 学 位 論 文

役務提供契約における役務の瑕疵に対する責任について

——日本法から中国法への示唆を中心として

専 攻： 理論法学 専攻

指 導 教 授： 磯村 保 教授

学 籍 番 号： 027D011J

氏 名： 周 江 洪

提 出 年 月 日： 平成 19 年 1 月 10 日

論文内容の要旨

今日の社会では、取引の対象が物から役務へとシフトし、その重要性がますます高まっている。しかしながら、それに対応する研究はいまだ必ずしも十分とはいえない状況にある。そこで、本論文は、日本における裁判例の展開と学説の対応を総括し、そこで得られた成果を比較法の素材として取り上げ、中国における役務提供契約のあり方について、問題提起を行いつつ、役務の瑕疵の判断基準及びその具体的な法的効果を検討した上で、提供された役務に瑕疵がある場合の責任に関する具体策を提示することを目指すものである。

本論文の主たる内容は、「第一章 問題提起」、「第二章 役務提供契約に関わる中国法の現状」、「第三章 日本における役務提供契約の学説状況」、「第四章 日本法における各種役務の展開（1）——請負型役務」、「第五章 日本における各種役務の展開（2）——委任型役務」、「第六章 日本法における各種役務の展開（3）——小括」、「第七章 中国への示唆」、「結語」から成る。以下、その概略を示す。

第一章では、本論文で扱う問題の背景、研究方法を明らかにする。すなわち、中国においては、役務提供契約に関する研究はいまだ十分とはいえない状況にあることを明らかにし、日本法の検討から中国法への示唆を提示するという比較法の方法を提案している。

第二章は、中国法の現状を概観し、役務提供契約に関する現行法の問題点及びそれに関する研究の必要性を更に明らかにする。まず、民法通則の時代においては、役務提供契約ないしは役務の瑕疵及びその責任については十分に想定されなかったことを明らかにする。ついで、現行契約法の考察を踏まえて、契約法に定められる関係条文の役務提供契約への適用可能性及びその問題を明らかにする。更に、関連規定として、消費者権益保護法、標準化法、民事訴訟証拠規則、製品品質法なども簡略に紹介される。

第三章においては、物取引と対比しながら役務提供の特徴、役務瑕疵の判断基準及び瑕疵がある場合の法的効果に関する日本での学説状況の考察を行う。まず、役務提供の特徴である在庫不可能性、視認困難性、復元・返還困難性、人手依存性、提供者の従属性と独立性、受領者協力の必要性、情報の非対称性、受領者の権益領域への介入性などを考察する。ついで、瑕疵の判断基準に関する学説である役務提供契約の類型化、手段債務論及びなす債務論、契約義務構造論、総合評価論、役務水準論、三層基準論、マニュアル論、外来原因論などについて検討を加える。最後に、瑕疵がある場合の法的効果に関する学説状況の考察を行う。

第四章、第五章及び第六章においては、提供された役務に瑕疵があるとされる場合に、役務の瑕疵判断及び役務の瑕疵に対する責任をどのように法的に解決する可能性があるかを探るために、多数の裁判例を重点的に取り上げ、役務を請負型と委任型とを分けてそれぞれの役務に関する学説の考察と裁判実務の傾向の分析を経て、日本法の下に展開される役務の瑕疵判断及び役務の瑕疵に対する責任に関する全体的な傾向及び問題点を明らかにする。以下、その概略を示す。

一 役務提供契約の類型化について、結果的には、632条の法文から出発して、請負の特質を、労務そのものとは別に労務の結果を考え、それと金銭との交換を考えるという考え方に基づき、物アナロジーとしての瑕疵担保責任は、かなり限定された領域内に適用されるという山本敬三説の解釈は、裁判実務にも当てはまることを明らかにする。この点を踏まえて、役務提供契約を、結果重視の請負型、過程重視の委任型及び両者間の中間的態様と分けることができることを論じる。

二 役務提供契約の類型化に対応して、それぞれの瑕疵判断の手法を明らかにする。すなわち、まず、物アナロジーが適用される役務については、個別の類型を除けば、原則として、完成された結果の瑕疵の有無を判断要素とされ、役務の不完全性は、636条但書を適用する場合または、不可抗力の抗弁を否定するための原因とする場合に役割を果たす。ついで、委任型役務については、結果による判断ではないことが明らかとなる。また、かなりの裁判例においては、644条の善管注意義務を直接に用いる手法よりも、むしろ事案ごとに契約の個性、役務受領者の個性などに相応する具体的な義務の認定と実際に提供された役務との間の対比という手法が通常である。最後に、中間的態様として、結果上の不完全を瑕疵と解しながら、瑕疵担保責任上の瑕疵ではないとする判断手法も存在する。

三 前掲類型論以外の判断手法については、裁判実務の傾向を踏まえれば概ね以下のように整理することが可能である。まず、手段債務・結果債務という視点は、契約全体の性質について判断すべきではなく、その具体的な義務自体に即して判断すべきであると提言する。ついで、三層構造論またはハード・ソフトとの両面から役務の瑕疵を判断する手法は、裁判実務においても見られ、重要な判断手法の一つといえる。さらに、裁判実務における役務の瑕疵判断に関する限り、売買契約の準用については消極的であることが明らかとなる。401条1項における「中等の品質」の準用については、当該条文を、条文どおりに物に限定して適用すべきであり、または規格化・基準化を通じて物取引に接近する役務には当該条文の準用は可能であるものの、他の役務にとっては、むしろ行為義務の具体化を通じて判断すべきであることを論じる。

四 学説の流れと裁判実務の傾向との分析を経て、役務の瑕疵を判断する際の具体的な義務を導く要素として、契約の性質決定、善管注意義務、当事者間の合意、役務の特性、水準論、目的達成可能性、代金の高さ、トラブル発生後の対応、社会事情・法整備の状況、慣行などの検討を行い、それぞれの要素が重要な位置を据えることを明らかにすると同時に、それぞれの問題点の検討も行う。

五 役務の瑕疵に対する法的効果については、概ね以下のように整理される。まず、前掲役務提供契約の類型に相応して、物アナロジーが適用される役務類型の場合には瑕疵担保責任の適用、委任型役務の場合には不完全履行の構造と捉えることが一般的であるが、契約の性質を請負と決定しながら、瑕疵担保責任の構成を採らない中間的な態様も存するという状況にあることを論じる。ついで、不法行為責任と債務不履行責任との違い及びその競合の合理性を認めながら、不法行為責任構造に比べて、債務不履行構造の方がより広範

な法的効果の枠組みを可能にする点も強調する。さらに、役務提供契約の性質決定については、性質決定と法的効果との関連性を重要視するものの、契約の性質決定が必ずしも特定の法的効果と直結することはないという裁判例の傾向も明らかにする。第四に、損害賠償責任にかかわる帰責事由については、学説上の論争と対比しながら、裁判実務に現れる三つの構造及びそれぞれの適用範囲を明らかにする。すなわち、帰責事由が問題とならない瑕疵担保責任の適用される類型、帰責事由と本旨不履行の事実と絡んでいる類型及び、一定の仕事完成義務を負いながら、完成された目的物の瑕疵を本旨不履行の事実として捉え、別に帰責事由が必要とされる類型という三種類である。第五に、損害賠償の範囲については、弁護士費用、慰謝料の賠償、遅延損害、瑕疵のある役務自体の損害などを含めてその賠償を認める必要性を改めて強調する。最後に、役務の瑕疵に対する追完の要件・方法、短期期間制限の可能性などについて、将来の課題として問題点を提示する。

第七章では、上記の検討を踏まえて中国法への示唆を提示する。以下、その概略を示す。

一 請負一本化ではなくて、請負・委任・寄託という複数の柱に基づき、現行契約法に定められる役務提供契約及び現実的に行われている役務提供契約を再類型化する。

二 役務提供契約の三つの類型に応じて瑕疵を判断する手法は、中国民法の下においても有益である。

三 契約の性質決定、手段債務論、三層構造論、具体的な義務論及び売買契約の準用論などの瑕疵判断手法は、中国にとっても大きな示唆を得ることができる。

四 具体的行為義務の認定に関わる諸要素は、中国契約法の下においても当てはまる。特に、日本で展開される水準論から、中国契約法 61、62 条の規定の問題点を明らかにし、基準を過大視すべきではないこと及び慣行と水準との関係を再考すべきことを提案している。

五 法的効果については、まず、契約の性質決定の重要性を改めて強調する。ついで、不法行為責任と債務不履行責任の実質的な競合否定論を批判し、通説及び司法解釈の定めを見直すべきことを提唱する。第三に、中国契約法に定められる厳格責任の再解釈、その適用範囲の制限及び過失概念の再構成の必要性を提示する。とりわけ、過失及び、過失と本旨不履行との関係に関する日本での研究は、過失の問題が見落とされてしまう中国契約法にとって大きな示唆を得ることができる。第四に、債務不履行構造の下でも、弁護士費用、慰謝料の賠償を可能にするべきと提案している。最後に、損害賠償責任以外の救済方法の具体的適用要件、相互間の関係などを解明する必要性、158 条に定められる期間制限の役務提供契約への準用可能性を解明する必要性を改めて強調する。

最後に、「結語」では、前掲のような検討結果を踏まえて、将来の展望として、役務提供契約及び中国契約法に関わる今後の検討課題を提示する。

【目次】

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 第一章 問題提起 | 1 |
| 第二章 役務提供契約に関わる中国法の現状 | 5 |
| 第一節 民法通則における関連規定 | 5 |
| 第二節 契約法における関連規定 | 7 |
| 第三節 消費者権益保護法における関連規定 | 16 |
| 第四節 その他の関連規定 | 17 |
| 第三章 日本における役務提供契約の学説状況 | 20 |
| 第一節 役務提供の特徴に関する学説状況 | 21 |
| 第二節 瑕疵の判断基準に関する学説状況 | 23 |
| 第三節 役務に瑕疵がある場合の法的効果に関する議論状況 | 36 |
| 第四章 日本法における各種役務の展開（1）——請負型役務 | 40 |
| 第一節 学説状況 | 40 |
| 一 学説状況 | 40 |
| 二 役務提供契約的な視点からの可能な考え方 | 42 |
| 第二節 請負型役務の瑕疵判断をめぐる展開 | 45 |
| 一 裁判例及び分析 | 45 |
| 二 請負型役務の瑕疵判断に関する総合的考察 | 76 |
| 第三節 請負型役務に瑕疵がある場合の法的効果 | 80 |
| 一 裁判例及び分析 | 80 |
| 二 請負における瑕疵がある場合の法的効果に関する総合的考察 | 120 |
| 第五章 日本法における各種役務の展開（2）——委任型役務 | 122 |
| 第一節 旅行契約に関する裁判例及び分析 | 122 |
| 一 裁判例 | 122 |
| 二 裁判例に関する分析 | 141 |
| 第二節 教育役務に関する裁判例 | 164 |
| 一 裁判例 | 164 |
| 二 裁判例に関する分析 | 177 |
| 第三節 介護役務に関する裁判例 | 189 |
| 一 裁判例 | 189 |
| 二 裁判例に関する分析 | 199 |
| 第四節 興信所の調査に関する裁判例 | 212 |
| 一 裁判例 | 212 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 二 裁判例に関する分析..... | 216 |
| 第五節 公認会計士・監査役務に関わる裁判例..... | 221 |
| 一 裁判例..... | 221 |
| 二 裁判例に関する分析..... | 228 |
| 第六節 弁護士に関わる裁判例..... | 240 |
| 一 裁判例..... | 240 |
| 二 裁判例に関する分析..... | 288 |
| 第七節 医療役務に関わる裁判例..... | 314 |
| 一 裁判例..... | 314 |
| 二 裁判例に関する分析..... | 358 |
| 第六章 日本法における各種役務の展開（3）——小括..... | 389 |
| 第一節 全体的な状況について..... | 389 |
| 第二節 瑕疵判断について..... | 390 |
| 第三節 法的効果について..... | 398 |
| 第七章 中国への示唆..... | 404 |
| 第一節 役務提供契約の再類型化について..... | 404 |
| 第二節 瑕疵判断について..... | 407 |
| 第三節 法的効果について..... | 416 |
| 結語..... | 421 |
| 付録 判例リスト..... | 422 |
| 参考文献..... | 431 |

第一章 問題提起

本稿での対象とする「役務提供契約」は、民法に定められている概念ではなく、物取引に関する契約と対照的な概念として、学説の主導により登場してきた概念である。一般的に、役務とは提供者により供与される労務や便益（場合によっては、「サービス」という用語も用いられる。これに対応する中国語は「服務」である）をいい、役務提供契約とは、このような役務の提供が債務内容の全部または一部をなす契約と解されている¹。これに対応して、役務の瑕疵とは、提供された役務に不完全があることをいい、場合によっては役務提供契約の不完全履行とも呼ばれる。

こうした役務提供契約につき、社会全体的な取引状況として、一方において、取引の対象が物から役務へとシフトし、同時に、役務の受領者が提供された役務の内容に満足せず、役務提供者の責任を問うケースも増えており、役務提供契約の重要性がますます高まっている。他方において、物取引を中心に構築された民法の定めとの関係において、役務提供契約、特に提供された役務に瑕疵がある場合の責任についての研究はまだまだ必ずしも十分とはいえない状況にある。このことは、日本民法学についてもいえることであるが、中国においては、その傾向が一層顕著である。

もっとも、中国民法学界においても、役務提供契約がまったく意識されていないというわけではない。例えば、90年代以前の中国民法学の状況を概括的に回顧する重要な文献においても、比較的早い時期から、財産の移転に関する契約、財産の使用に関する契約、仕事の完成に関する契約、運送契約、銀行業務に関わる契約、保険契約、技術契約、組合などととも、役務提供契約が契約の一類型として論じられてきた²。これに続いて、中国債権法に関する代表的な著作においても、こうした分類を基本的に維持しつつ、保管、倉庫保管、委任、信託、仲立、演出、特定技能の育成訓練（教育役務の一種）、旅行、郵政などを含めて、個々の役務提供契約の概念、特徴及び当事者間の義務などを紹介している³。こうした分類法は、現在でもかなり影響を及ぼしている⁴。これらの文献から見れば、中国民

¹ 中田裕康「現代における役務提供契約の特徴」（中）、NBL 579号（1995年）32頁。なお、松本恒雄の立法提案においては、役務提供契約について、「小サービス主義」を採り、河上正二によって分類されている三種のタイプ（「物の取引を伴う役務」、「手段・施設・材料として物が用いられる役務」、「純粹役務」）を含む場合をあわせて「狭義のサービス取引」を呼ぶ（河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵」（上）（下）、NBL 593号（1996年）6頁、595号（1996年）16頁、及び松本恒雄「サービス契約」『債権法改正の課題と方向』所収、別冊NBL No. 51（1998年）202～249頁）。なお、中国民法学上は、経済学の産業概念に応じて「役務」を定義する見解も見られる。例えば、王家福=謝懷栻等『合同法』[梁慧星執筆]（中国社会科学出版社1986年）285頁以下においては、第一次産業（農林水産業など）、第二次産業（工業及び建築業など）、第三次産業という産業分類にしたがって、第三次産業における各種のサービス業に応じる契約態様を「服務合同」（役務提供契約）と呼んでいる。しかし、産業分類に従うサービス概念が、民法上と呼ばれる役務提供契約と直結するかは疑問である。例えば、建築業において大量に存する建築工事請負などは、第二次産業に属しているにもかかわらず、一種の役務提供といえるであろう。したがって、本稿ではこうした産業分類に従う役務概念を用いないとする。

² 「法学研究」編輯部編著『新中国民法学研究綜述』（中国社会科学出版社1990年）415頁、580頁以下。

³ 王家福=梁慧星編『中国民法学・民法債権』（陶希晋総主編）（法律出版社1991年）712頁以下。

⁴ 例えば、王利明編『中国民法典草案建議稿及說明』[王軼=易軍執筆]（中国法制出版社2004年）495頁

法学上は、役務提供契約の包摂範囲についてそれぞれ相違はあるものの⁵、少なくとも役務提供契約を、独立した契約類型として意識していることは間違いない。こうした学説上の考え方は、現行契約法の起草段階にも影響を及ぼした。例えば、契約法第4草案（1997年5月意見徴求稿）⁶においては、役務提供契約全体のルールを定めようという動きも存在していた。すなわち、請負、工事建設、運送、委任、取次、仲立、保管、倉庫保管、技術開発、コンサルティング、旅行などのほかに、第25章において役務提供契約に関する規則が設けられていた。

しかしながら、意見徴求稿で規定された役務提供契約は、結局のところ、1998年の契約法草案では削除された。その主な理由として、役務提供契約の典型性の欠如が指摘された。具体的には、役務提供契約の概念及びその射程範囲が、請負契約と区別しがたいこと、諸外国においても、役務提供契約を典型契約として定めた例が余りみられないこと、及び意見徴求稿における役務提供契約に関する定めが簡略にすぎ、内容的にも熟していないことなどの理由が挙げられていた⁷。実際には、役務提供に関する社会的重要性及び役務提供の頻繁性から見れば、こうした理由だけでは、役務提供契約の典型性を否定し、それに関する定めを草案から削除するには十分とはいえないであろう。第4草案に設けられた条文から見れば⁸、削除の実質的根拠は、何よりも、役務提供契約全体に関する理論的準備の不足及びその実務的な展開に関する考察の不備にあるのではないかと考える。実際には、前掲の諸文献においても、社会的な経済現象に対応させて各種役務提供契約類型の存在を指摘して、それを簡略に紹介するに留まり、現実に行われている様々な役務提供契約を契約法

以下においては、有名（典型）契約を、財産の移転に関する契約、労務（役務）提供契約、その他の契約と分けて、そして、財産の移転に関する契約を、売買契約を中心とし、役務提供契約を、請負契約を中心として構築しようと提言している。

⁵ 例えば、前掲90年代の文献においては、請負契約が、役務提供契約から独立した類型として論じられていたが、王・前掲注（4）においては、請負を役務提供契約の基本型契約として位置づけている。

⁶ 草案内容について、全国人大常委会法制工作委员会民法室『中華人民共和国合同法及其重要草稿紹介』（王勝明ほか編著）（法律出版社2000年）112頁以下参照。

⁷ 杜涛「从合同法徴求意見稿到合同法草案——《中華人民共和国合同法（草案）》紹介」、全人大民法室・前掲注（6）166頁。なお、日本の中国法研究者の指摘によれば、別の理由にも存在する。例えば、木間正道ほか『現代中国法入門（第3版）』（有斐閣2005年）123頁以下においては、「（前略）このように特定の行政機関の事務とかかわりの深い契約類型を規定すると、さらに各方面から抵抗が強まり、契約全体の採択がとん挫してしまうことを恐れて、（中略）…サービス、旅行、組合、雇用などの契約は、全国人大の審議段階になって削除された」との指摘がある。

⁸ 草案における内容に簡略に触れると、以下ようになる（全人大民法室・前掲注（6）150頁以下）。役務提供契約に関する総則的な規定は、313-315条の3条のみである。具体的には、313条における定義規定（役務提供契約とは、役務提供者が技術、文化、生活の役務を提供し、役務受領者が役務を受領し、かつ、役務に対する対価を給付する契約をいう。）、314条の役務提供者の品質保証義務（役務提供者が、約定に従って役務を提供し、役務の品質を保証しなければならない。役務提供契約において規準について約定がない場合には、国家の関係規定または業界規定に従って履行しなければならない）、315条における料金の開示（役務提供者が開示する料金徴収規準に従って役務代金を受取らなければならない。）という定めである。それ以外の条文は、それぞれ、技術役務契約（316、317条）、映画の放映、文芸の演出、スポーツ競技に従事する営業性組織の役務提供変更（318条）、食事役務の場合の顧客側の代金減額または代金拒絶権（319条）、旅館のルーム不提供及び旅客側のキャンセル（320条）、旅館における顧客の物品の紛失（321条）、美容整形院の損害賠償責任（322条）、医療事故場合の損害賠償責任及びその他の場合の民事責任（323条）、病院の免責事由（324条）などに関する規定である。

ないしは民法典にそのまま取り込もう（契約の典型化）とする傾向が一般的である⁹。すなわち、各論レベルの研究から見れば、特定の役務提供についての研究はかなりなされている¹⁰が、役務を全体として把握し、物取引型の契約類型と区別して役務提供契約を強調する理由、各種の役務提供契約類型相互間の関係、特に、現実に行われている各種の役務提供契約と伝統的な典型契約に分類される役務提供型契約類型（例えば、請負、委任）との関係、役務提供契約に関する一般条項の可能性等、役務契約類型の体系的、整合的な検討が十分になされているとはいえない。このような検討が不足しており、また、すでに規定の存在する典型契約類型（例えば、請負、委任など）との整合性を吟味し、法律適用の混乱を避ける必要があることからすれば、役務提供契約に関する一般的・通則的規定を断念することも止むを得ないことであろう。しかしながら、頻繁に行われている役務提供契約が、契約法草案における規定の削除とともに消滅するわけではない。まさに、明確な規定の不存在の故に、現実には生じている様々な役務提供を現行契約法の下でどのように取り扱うべきか、契約法の諸規定がそれらにどのように適用されるべきか、現行法における役務提供に関わる各典型契約をどのように体系的に整合すべきか等の問題はなお存在し続けることになる。そのために、将来の民法典に向けた立法論であれ、現行契約法の解釈・適用であれ、役務提供契約の現実的存在を単に提示するに留まらずに、役務提供契約に関するより深い考察が必要であろう。本稿も、このような考察を行う一つの試みとして位置づけることができる。

また、中国においては、これまで、不完全履行一般に関する研究はわずかながら見られるが、もっぱら役務に焦点を当てて不完全履行を対象とした研究は、問題意識そのものを欠

⁹ 例えば、前掲契約法の起草段階に設けられていた各役務提供契約、及び最近出版された中国民法典に関する代表的な三つの学者草案において提案されている各役務提供契約及びその制度設計が、その代表的な例である。後者につき、王草案（王・前掲注（4））においては、雇用契約、請負契約、建設工事契約、工事建設運営契約、運送契約、出版契約、通信役務契約、食事役務契約、宿泊契約、旅行契約、保管契約、倉庫保管契約、委任契約、取次契約、仲立契約、決算契約、マンション管理契約、出演契約及び技術契約等が提案されている。また、徐草案（徐国棟主編『綠色民法典草案』（社会科学文献出版社 2004 年））においては、アルゼンチン民法典を参考しながら、債権総則の部分でなす債務の一般について定めた上で、債法各則の部分で信託契約、展覧契約、請負契約、建設工事契約、工事監理契約、マンション管理契約、葬儀役務契約、郵政契約、医療契約、宿泊契約、雇用契約、家事使用人雇用契約、旅行契約、特定期間のレジャー施設利用契約、寄託契約、警備契約、運送契約、請負運送契約、委任契約、寄売契約、取次契約、仲立契約、広告契約、コンサルティング契約、育成訓練契約、出版契約、出演契約、技術開発契約、技術役務契約、墓地役務契約、代理商契約等、多種多様な役務提供契約が定められている。さらに、梁草案（梁慧星ほか『中国民法典草案建議稿』（法律出版社 2003 年））においては、契約を単独の一編（第四編）として、通常物取引契約のほかに、契約類型として、雇用契約、請負契約、建設工事契約、プロジェクト建設運営契約、運送契約、委任契約、取次契約、仲立契約、技術契約、保管契約、倉庫保管契約、マンション管理契約、教学・育成訓練契約、医療契約、食事役務契約、宿泊契約、旅行契約、演出契約、出版契約等を設けている。単なる契約類型の数からみれば、後の 2 つの草案においては、中国現在の契約生活態様のほぼすべてが含まれているともいえるであろう。

¹⁰ 代表的なのは医療契約と旅行契約に関する研究である。前者については、柳経緯ほか『医患関係法論』（中信出版社 2002 年）、韓世遠「医療服務合同的不完全履行及其救済」『法学研究』2005 年第 6 期 89 頁以下等参照；後者については、易軍=宁紅麗『合同法分則制度研究』（人民法院出版社 2003 年）454 頁以下参照。そのほか、消費者權益保護法のレベルで役務提供者の責任を論じる論文も稀に見られる（金福海=王林清「論消費者權益保護法規定的服務責任」『煙台大学学报（哲学社会科学版）』第 13 卷第 4 期（2000 年 10 月）393 頁以下、金福海「論服務責任的性質和歸責原則」『法学論壇』2001 年第 5 期 43 頁以下等）。

くといえるほど、見当たらない状態である¹¹。さらに、判例を重視する考え方や、各事件の事実関係に即した判例評釈は、中国においても徐々に始まっているとはいえ、日本に比べると、裁判例自体が十分に公表されておらず、裁判例に対する総合的研究もまだまだ不十分であるというのが現状である。とりわけ、役務提供契約に関する研究について、このことが当てはまる。このような理由から、提供された役務に瑕疵がある場合の法的責任に関する日本法上の議論及び、判例実務の展開を考察することにより、中国法における同様な問題に対して、大きな示唆を得ることができると考えられる。

さらに、役務提供契約における役務の瑕疵に対する責任を研究するためには、社会において実際にいかなる紛争が生じているか、役務の「瑕疵」の判断基準及びその法的効果に関して、学説がどのような理論的説明を与えているかなどの問題を解明すべきであろう。

こうした問題意識の下に、本稿では、日本法を考察する際に、提供された役務に瑕疵があるとされる場合が、どのような社会の現象として存在しているかを明らかにし、また役務の瑕疵に対する責任をどのように法的に解決する可能性があるかを探るために、多数の下級審裁判例を重点的に取り上げ、その傾向を分析する総合判例研究を中心として論述を進めることとする。その上で、現在までの学説の流れを見ながら、日本での裁判例の展開と学説の対応を総括し、そこで得られた成果と問題点を踏まえて、中国法に対する具体的な示唆を提示したいと考える。

このように、本稿は、中国法における役務提供契約のあり方について、問題提起を行いつつ、中国現行契約法及び関連法律に則して、役務の瑕疵の判断基準及びその具体的な法的効果を検討し、提供された役務に瑕疵がある場合の責任に関する具体策を提示することを目指すものである。それに加えて、日本法の下で展開されている個々の役務の瑕疵判断及びその責任の解明に資することも、本稿の二次的な狙いといえ、このことはまた、類似の問題に直面している中国法にとっても有益になるであろう。こうした事情から、本稿で取り上げる日本の裁判例の選択は、可能な限り、中国においても現段階において問題となっている役務類型ないし将来同様な問題が生じやすい役務類型を中心としたものであることを付言する。

¹¹ 役務提供契約における不完全履行をとくに取り上げた研究とはいえないが、役務提供契約の不完全履行に関わるテーマとして、なす債務の不完全履行を取り扱う文献はわずかではあるが、存在している。その代表例として、韓世遠『合同法総論』（法律出版社 2004 年）281 頁、505 頁以下。そこでは、奥田昌道の『債権総論』を参考しながら、債務をなす債務と与える債務と分け、さらになす債務を、結果債務と手段債務とを分けて、契約法に定められる幾つかの条文及び医療契約の場合の不完全履行を例示的に、簡略に説明されている。なお、中国におけるなす債務をめぐる研究について簡略に付言すると、全体的に見れば、なす債務に関する本格の研究はなされていないが、なす債務の概念は受け入れられつつあるといえる。上述の韓説のほか、徐草案においても、アルゼンチン民法典を参考しながら、債権総則の部分で、作為債務と不作為債務と分けて、なす債務の一般について定めている（徐・前掲注（9）474 頁）。しかし、そこにおいても、なす債務の不能、強制履行及び第三者による代替履行、不作為義務違反の場合の結果除去、損害賠償などの法的効果に関する規定は設けられているものの、なす債務の不完全履行に関する定めは欠いている。

第二章 役務提供契約に関わる中国法の現状

日本法の検討を経て中国法への具体的な示唆を得るためには、日本法に立ち入る前に、まず、提供された役務に瑕疵がある場合の責任に関する現行中国法の法状況に簡潔に触れておくことが必要であろう。この点に関する私法上¹⁾の規律は、中国法全体の中で、主に民法通則、契約法及び消費者権益保護法という三つの法律及びこれらに関する司法解釈²⁾に集中している。以下、これらを概観する。

第一節 民法通則における関連規定

1986年に発布された「民法通則」は、「1980年代中国の人権宣言」と讃えられ、156条の条文をもって9章にわたって「平等な主体の公民の間、法人の間、公民と法人の間の財産関係と人身関係を規律する」(同法2条)基本規定を定めている。具体的には、「基本原則」(第1章、1~8条)、民事主体制度に当たる「公民(自然人)」(第2章、9~35条)³⁾と「法人」(第3章、36~53条)⁴⁾、法律行為制度に当たる「民事法律行為と代理」(第4章、54~70

¹⁾ 中国では、民法典自体は存在していないが、1980年代以後、民事法は急速に整備されはじめ、ある程度の民事法体系が形成されている。具体的には、民法通則を中核として、婚姻家庭法、相続法、養子法、契約法、担保法、不正競争禁止法、消費者権益保護法、製品品質法、不動産管理法、土地管理法、農村土地請負法、著作権法、商標法、特許法、会社法、組合企業法、個人独資企業法、外資企業法、全民所有製企業法、郷鎮企業法、中外合弁企業法、中外共同経営企業法、破産法、手形法、保険法、海商法、証券取引法、競売法、入札札法、建築法、労働法、民用航空法、電力法、商業銀行法など幅広い法分野にわたって一応整備されている。

²⁾ 司法解釈とは、最高人民法院と最高検察院が、立法権限を有する全人代常務委員会による包括的授權と人民法院組織法に基づき、法律の実施過程で生じた法律問題について如何に具体的に対応するかについて一般的な法的効力を有する解釈を示すことをいい、中国法では法源として重要な位置を占める。この概念自体が日本の研究者にとってなじみのないものであることが懸念されることから、以下では、司法解釈についていくつかの点を紹介して補足する。司法解釈の法的根拠(授權)は、人民法院組織法33条(「最高人民法院は裁判活動において如何に具体的に法律、法令を適用するかについて、解釈を行う」という定めである)及び1981年に公布した全人代常務委員会の「法律解釋活動の強化に関する決議」にある(この決議によれば、最高人民法院と最高検察院の司法解釋が法規範の有権解釋として定められている。但し、憲法解釋は含まれない)。したがって、憲法自体は最高人民法院に立法権を与えていないが、前掲諸法律は一定の範囲で司法解釋権を最高人民法院に与えている。そして、その手続は、1997年発布された最高人民法院「司法解釋活動に関する若干の規定」によって明確に示された。とりわけ、すべての司法解釋が最高人民法院審判委員会の討論と採択を経なければならないという規定は特に重要な意義をもつ。また、最高人民法院による司法解釋は三つのタイプが存し(解釋、規定、批復)、いずれも全国各級各種の法院に対して普遍的な拘束力をもち、判決または裁決の根拠として司法文書の中に援用される(同規定14条)。司法解釋の主体には、判決理由の基礎となるような公理、学説、演繹的分析、概念計算の規則などに対する関心が非常に低いではあるが、司法解釋は、相当の程度まで一種の司法による立法という性質を備え、法律の細則化を通じ、一種の司法解釋を通しての法創造として捉えられ得る。しかし、その一方で、法律の細則化という側面から見れば、司法解釋権は相当の程度まで立法権の領分を侵食し、ないしは勝手に法律を改変し、場合によっては本来の権限を超える行為であるとの疑いも免れない。そのために、最近議論されている司法改革においては、司法解釋についても見直すべきであるとの意見が見られる。なお、司法解釋の問題状況については、周道鸞「論司法解釋及其規範化」『中国法学』1994年第1期13頁、王利明『合同法研究(第一卷)』(中国人民大学出版社2002年)62頁以下、季衛東『中国的裁判の構図』(有斐閣2004年)215頁以下など参照。

³⁾ 同章においては、「民事權利能力と民事行為能力」(第1節)、「監護」(第2節)、「失踪宣告と死亡宣告」(第3節)、「個人工商業者、農村請負經營者」(第4節)、「個人組合」(第5節)と分けて定めている。

⁴⁾ 同章のもとでは、さらに「一般規定」、「企業法人」、「機関、事業單位と社会团体法人」、「共同經營」との四つの節を分けて定めている。

条)、民事権利(第5章、71~105条)⁵、民事責任(第6章、106~134条)⁶、訴訟時効(第7章、135~141条)、涉外民事関係の法律適用(第8章、142~150条)、附則(第9章、151~156条)との9章をもって民事生活の基本的な規範が定められている。また、こうした「民法通則」の一般規定に応じて、最高法院は1988年に『中華人民共和國民法通則』の貫徹執行の若干問題に関する意見(計200条、以下では「民法通則意見」と称する)という司法解釈を發布し、具体的に適用するために民法通則を細則化した。

こうした民法通則の中で、役務について直接に定める規定は見当たらないが、役務の瑕疵判断に関連する定めとして、「…契約において、品質、期限、履行地または代金について約定が明確ではなく、かつ、契約の関連条項に従ってもその内容を確定できず、当事者間の補充協議による合意にも達成できないときは、以下の規定を適用する。(一)品質要求が明確でないときは、国家品質基準に従って履行し、国家品質基準がないときは、通常の基準にしたがって履行する。…」(民法通則88条)との規定が存在している。この通常基準に対応する司法解釈である「民法通則意見」105条によれば、「製品の基準について、…国家基準がないときは、部(省庁)に公表された基準または專業基準に従って取り扱い、部(省庁)に公表された基準または專業基準がないときは、許可された企業基準に従って取り扱い、許可された企業基準がないときは、目的物の産地における同業界その他の企業の許可された同種製品の品質基準に従って取扱う」とされている。

他方、提供された役務に瑕疵がある場合の責任については、役務の瑕疵のみについての定めではないが、民法通則106条の民事責任に関する一般規定及び111条の違約責任に関する一般規定が重要である。すなわち、「公民、法人が契約に違反し、またはその他の義務を履行しないとき、民事責任を負わなければならない」(民法通則106条1項)及び「当事者の一方が契約上の義務を履行せず、または契約上の義務を約定に適合せずに履行したとき、相手方は、履行または、手当ての措置を講じることを求めることができ、かつ、損害賠償を求めることができる」(民法通則111条)という定めである。なお、「手当ての措置」とは、契約違反の事実が発生した後、代替措置を講じたり、速やかに損害の発生及び拡大を防止するための方策を指す。

上記の規定を総合的に見れば、民法通則の下では、88条、106条、111条の法文自体は、役務提供契約を含むすべての契約に適用されると考えられうる。しかしながら、民法通則意見105条の趣旨から見れば、少なくとも品質に関する推定規定は、役務ではなく、むしろ

⁵ 同章においては、「財産所有権及び財産所有権に関わる財産権」、「債権」、「知的財産権」、「人身権」との四つの節で分けて定められている。

⁶ 同章においては、「一般規定」、「契約違反の民事責任」、「侵權(不法行為)の民事責任」、「民事責任の引受け方法」と分けて定められている。一般的には、日本民法における債務不履行責任と不法行為責任に関する制度に当たる定めと解される。しかしながら、民事責任を独立の一章として取り扱う立法技術について、特に将来の民法典についてもこうした立法技術を維持すべきかどうかについては、学者間において激しい議論が存在している。具体的には、魏振瀛「論債与責任的融合与分離——兼論民法典体系之革新」『中国法学』1998年第1期3頁以下、同「論民法典中的民事責任体系——我国民法典应建立新的民事責任体系」『中外法学』2001年第3期353頁以下等参照。

る「製品」という物取引型の場合のみを想定していることが窺えるであろう。したがって、民法通則の時代においては、役務提供契約ないしは役務の瑕疵及びその責任については十分に意識されず、主として物取引型を念頭に置いて債権に関する一般的規範のみが定められたことが明らかである。

第二節 契約法における関連規定

1999年3月に制定された現行契約法は、民法通則の特別法として、総則—各則—附則という構造になり、その条文の数（計428条）及び内容の豊富さの点で、1986年の民法通則をはるかに上回るものとなっている。本稿においても、この契約法に関する条文に言及することが少なくないことから、以下では、現行契約法の全体を概観しておきたい⁷。

まず、総則においては、「一般規定」（第1章、契約の概念、契約法の基本原則に関する定め、1～8条）、「契約の締結」（第2章、契約の形式、内容、申込み、承諾、約款、契約締結上の過失、締結過程における守秘義務などに関する定め、9～43条）、「契約の効力」（第3章、契約の効力発生時期、条件・期限付契約、制限行為能力者による契約、無権代理・表見代理、契約の無効、契約の取消・変更などに関する定め、44～59条）、「契約の履行」（第4章、契約履行の原則、契約条項が不明の場合の処理、第三者に対しなす債務の履行及び第三者がなす債務の履行、同時履行の抗弁権、先履行の抗弁権、不安の抗弁権、期限前履行、債権者代位権・債権者取消権などに関する定め、60～76条）、「契約の変更と譲渡」（第5章、契約の変更、債権譲渡、債務の移転、契約上の地位の譲渡に関する定め、77～90条）、契約の権利義務関係終了（第6章、契約の終了原因、契約解除、相殺、供託、免除、混同などに関する定め、91～106条）、違約責任（第7章、前掲契約の効力とは別の箇所では違約責任の章を特に設けており、違約責任の成立要件、違約行為の態様、違約責任の引受け方法、損害賠償責任、違約金、手付金、不可抗力、損害拡大防止義務、当事者双方の契約違反、第三者による違約、責任競合などに関する定め、107～122条）、その他の規定（第8章、法律の適用、契約の解釈、紛争の解決などに関する定め、123～129条）の8章が置かれている。

また、各則においては、15種類の典型契約について定めが置かれている。現行契約法は、典型契約として、①売買契約（第9章、130～175条）、②電力・水・熱エネルギー供給使用契約（第10章、176～184条）、③贈与契約（第11章、185～195条）、④貸金契約（第12章、196～211条）、⑤賃貸借契約（第13章、212～236条）、⑥ファイナンス・リース契約（第14章、237～250条）、⑦請負契約（第15章、251～268条）、⑧建設工事契約（第16章、269～287条）、⑨運送契約（第17章、旅客運送契約、物品運送契約、複合運送契約を含む、288～321条）、⑩技術契約（第18章、技術開発契約、技術譲渡契約、技術コンサルティング契約及び技術役務契約を含む、322～364条）、⑪寄託契約（第19章、365～380条）、⑫倉庫

⁷ なお、中国契約法を詳しく紹介する邦語文献として、塚本宏明監修『中国契約法の実務』（中央経済社2004年）がある。

保管契約（第 20 章、381～395 条）、⑬委任契約（第 21 章、396～413 条）、取次契約（第 22 章、414～423 条）、仲立契約（第 23 章、424～427 条）の 15 種類の類型を掲げる。

附則は一つの条文（428 条）のみであり、契約法の施行日付、旧法の廃止を定めている。

なお、現行契約法についても、最高法院がいくつかの司法解釈を發布した。その中で、特に重要なものとして、1999 年に發布された『中華人民共和国契約法』の適用に関する若干問題の解釈（一）（計 30 条、主に現行契約法総則に関する解釈）、2003 年に發布された「商品房売買契約紛争事件の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」（計 28 条）、2004 年に發布された「建設工事施工契約紛争事件の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」（28 条）及び「技術契約紛争事件の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」（計 47 条）を挙げることができる。

前述したとおり、現行契約法は条文の数（計 428 条）及び内容の豊富さの点で、1986 年の民法通則をはるかに上回るものとなっている。その中で、役務提供契約に関する規律についても、民法通則より進歩してきたとはいえ、それに伴って新たな問題も生じている。以下、その概略を示す。

（1）役務という用語を直接に用いられる条文が増えている。民法通則においては、事務管理に関する 93 条（法定的義務または約定の義務がないにもかかわらず、他人の利益が失われないうえに管理または役務を行った者は、それに費やされた必要費用の支払を受益者に求める権利を有する。）においてしか役務という用語が見られない。これに対し、契約法においては、相当数の条文で「役務」が用いられる。具体的には、事業者の損害賠償責任に関する 113 条 2 項、旅客運送人の役務変更に伴う報酬に関する 300 条、技術契約の定義規定である 322 条、技術役務契約の定義規定である 356 条 2 項、360 条以下の技術役務契約に関する諸規定（技術役務契約委託者の協力義務、受領義務、報酬給付義務に関する 360 条、技術役務契約の受託者の項目完成義務、技術問題を解決する義務、品質保証義務及び技術知識の伝授義務などに関する 361 条、技術役務契約の契約当事者の違約責任に関する 362 条、技術成果の帰属に関する 363 条）、仲立契約の定義規定である 424 条（仲立契約とは、仲立人が委託者に対し契約締結の機会を報告しまたは契約締結の媒介役務を提供し、委託者が報酬を支払う契約をいう）、仲立契約における委託者の報酬支払義務に関する 426 条などの条文が、役務を法律用語として直接に用いられている。しかしながら、用語の使用頻度は増えているものの、役務の概念に関する定めは欠いており、学説上も未解明のままである。そこで、こうした用語法自体から見ても、現行契約法の下での「役務」というものの法的意味の解明がますます重要となることが明らかである。

（2）次に、典型契約としての幾つかの役務提供契約類型が定められている。契約法に定められている 15 種類の典型契約を考察すると、少なくとも第 15 章以下の請負契約、建設工事契約、運送契約、技術契約、寄託契約、倉庫保管契約、委任契約、取次契約、仲立契約などの 9 種類が、役務提供契約に属するものであることは明らかである（ただし、技術契約に含まれる技術譲渡契約は、その限りではない）。単純に契約類型の数だけを見るとこ

これらの役務提供契約の数は、契約法に定められている売買、贈与、賃貸借などの財産移転型契約（物の所有と物の利用を含む物取引）の数及び条文数（計 6 種類、条文数 135 条）と比べると、数量的優勢（計 9 種類、条文数 163 条）が明らかであり、一見すると、契約法は物取引より、役務提供の方をより重視するように見える。しかしながら、典型契約とされた役務提供型契約は、中国で現実に行われている役務提供と比べて、ごく僅かな一部に過ぎないというのも事実である。例えば、契約法第 1 草案（1995 年 1 月試擬稿）に定められた出版契約、出演契約及び、契約法第 4 草案（1997 年 5 月意見徵求稿）に設けられたコンサルタント契約、旅行契約及び、現実に頻繁に行われている現代社会にとって不可欠な郵政役務、通信役務、医療役務、教育役務、宿泊役務等につき、現行契約法においては、典型契約としての規律はまったくなされていない。しかも、契約法においては、こうした典型契約を包括する上位概念である役務提供契約に関する一般規定も存在していない。そこで、こうした個々の典型契約を体系的により明確に解明するために、及び現実になされている諸役務提供に関する一般ルールを解明するためには、役務提供契約の一般についての研究が不可欠であろう。

勿論、それと同時に、契約の法的性質決定の関係で、役務提供に関する諸典型契約に対する各論レベルでの研究も非常に重要である。このことは、契約法 124 条の定めからも明らかとなる。すなわち、契約法 124 条によれば、「本法各則又はその他の法律に明文の規定がない契約は、本法総則の規定を適用する。それと同時に、本法各則またはその他の法律中の最も類似する規定を参照することができる」とされている。したがって、ある役務提供契約について、まずは契約法各則かその他の法律かに定められる契約にあたるかどうかという法的性質を判断し、そうでない場合には、契約法総則の規定を適用するとされ、そして、その際に、最も類似な各則における定めを「参照」することができる⁸とされる。裁判所には、各則上の規定を参照しようとするれば⁹、どの典型契約に最も類似するか及びどの条文が最も類似するかという判断も必要となる。したがって、こうした適用図式から見れば、二重の性質判断が存在する。つまり、どの典型契約に当てはまるかという判断と、どの典型契約に最も類似であるかという判断である。この点について、契約法各則においては、すべての典型契約について、冒頭規定として、当該典型契約の定義を定めている。しかしながら、単なる冒頭規定の定義だけでは、各典型契約の区別はそれほど容易ではない点も明らかである。そのために、実際に行われているある役務提供について、この 2 つの判断は、かなり困難な課題となる。したがって、各種の役務提供の特徴及び諸典型契約の異同を見極めること及び、各種の具体的な役務の類型化することが必要となる。

とりわけ、役務提供契約の性質決定を行う場合には委任型契約と請負型契約との区別が重要であろう。なぜならば、提供された役務に瑕疵がある場合あるいは不完全履行の場合に

⁸ なお、王利明教授は、契約法総則の規定より、契約法各則の規定がまず適用されるべきという反対説を主張している（王・前掲注（2）27 頁以下参照）。しかしながら、この説は、契約法 124 条に従った解釈とはいえないであろう。

⁹ 「できる」という法文から見れば、参照しなくても構わないという解釈も可能である。

は、瑕疵・不完全の判断及び法的効果としての違約責任の構成について、両者間に大きな隔たりが見られるからである。例えば、請負人の責任に関する 262 条によれば、「請負人が引き渡した仕事の成果が品質要求に符合しない場合は、注文者は請負人に対し修理、作り直し、報酬の減額、損害賠償等の違約責任を請求することができる」とされる。したがって、過失などは必要とされず、仕事結果上の瑕疵のみが、違約責任の構成要件となる¹⁰。他方、委任の場合には、406 条 1 項によれば、「有償の委任契約において、受任者の過失により委任者が損害を受けたときは、委任者は損害の賠償を請求することができる。無償の委任契約において、受任者の故意または重大なる過失により委任者が損害を受けたときは、委任者は損害の賠償を請求することができる」とされる。この条文を、請負の場合と比べると、追完、報酬減額などの定めが見あたらず、単なる損害賠償責任を定めるものに過ぎないこと¹¹が明らかとなると同時に、損害賠償責任の要件についても、過失の要否などの重大な相違が見られる。したがって、性質決定にしたがって当該契約類型を規律する条文を適用するとすれば、請負か委任かに関する性質決定が、提供された役務に瑕疵がある場合の損害賠償責任の構成要件面で重大な相違が生じうる。この点と関連して、契約法自体が、争点になりやすい役務提供について、明文の規定を置くことによりその性質決定を行っていると思われるものがある。例えば、工事監理契約については、276 条後段によれば、「発注者と監理人との権利及び義務並びに法律責任は、本法の委任契約及びその他の関係法律、行政法規の規定に従わなければならない」とされている。したがって、工事監理契約の請負的性質を明文によって明確に否定している。また、性質決定と関連する条文として、251 条 2 項は、請負契約に含まれるものとして、加工、注文制作、修理、複製、測定試験、検査（検査）などの 6 種類の仕事を例示的列挙している。さらに、356 条 2 項は、技術役務契約を、「当事者の一方が技術知識をもって他方の特定の技術的問題を解決するために締結する契約」と定義しつつ、「建設工事契約及び請負契約を含まない」とされる。このように、これらについては、ある特定の役務提供がどの契約類型に帰属するかまたは帰属しないかという性質決定が示されている。

以上を要すると、契約法分則において、比較的多数の役務提供契約類型が定められ、役務の瑕疵判断及びその法的効果についてある程度の法的基準が明確にされたが、それと同時

¹⁰ 同様に、建設工事請負においても、契約法 281、282 条によれば、実地調査者、設計者、施工者の責任についても類似な構造が採られている。なお、施工者の責任については、施工者の原因による瑕疵という要件が加えられる（281 条）。

¹¹ この点を補充的に説明すると、第 21 章委任契約に定められていない損害賠償責任以外の違約責任は、契約法総則の定めに従って適用すべきと考えられる。そうだとすると、違約責任一般については厳格責任を捉える以上、107 条、111 条に従って、損害賠償責任以外の継続履行、手当ての措置を講じ、修理、交換、やり直し、代金減額、返品などの責任については、過失要件が不要となる。したがって、委任契約と請負契約の場合の不完全履行または役務の瑕疵の法的効果上の区別は、一見すると、損害賠償責任を除き、接近するよう見える。しかし、問題になるのは、111 条に定められた「目的物の性質及び損害の大小に照らして」という違約責任選択権の要件である。そうだとすると、請負の目的物と委任の目的物との相違から、その違約責任の方式が異なることが十分可能である。しかし、それにしても、何よりも、損害賠償責任を除いた違約責任の諸引受方式につき過失要件不要という点は、両者間の区別が解消されているとは言えるであろう。この点は中国民法学界に十分に留意されていない点であるので、ここで補充しておく。

に、様々な典型契約が存在するゆえに、かえってその性質決定が一層困難となり、各典型契約の再類型化も一層重要となる。また、各典型契約の性質及び瑕疵がある場合の法的効果の相違、特に請負と委任との区別などが、実際に行われている各種の役務提供への法的適用にも影響を与えるのは間違いないが、現在のところこれらの点について十分に論じられるとはいえない状況にある¹²。

(3) 契約法 124 条が存するゆえに、役務提供契約との関係で、契約法各則における諸典型契約に関する定めほかに、契約法総則の定めも重要である。すでに述べたように、一方、契約法草案段階で試案された様々な役務提供契約類型が最終的には、削除された。他方、実際に行われている役務提供は、契約法に規定が設けられた契約類型にとどまるわけではない。これらの役務提供が、仮に契約法各則に定められている諸典型契約のいずれにも属しないと性質決定されたときには、契約法 124 条に基づき、契約法総則の規定が適用され、また、典型契約として定められているとしても、その具体的な規定が欠けている場合にも、契約法総則の規定が適用されるべきものとされる。契約法総則を適用しようとする際には、契約履行の原則、約定が不明確な場合の処理原則及びその具体的な処理方法を定めた 60、61、62 条 1 号、契約の解釈に関する 125 条及び、第 7 章の違約責任に関する関連規定などが、役務の瑕疵判断及びその法的効果にとって極めて重要であると考えられる。しかしながら、こうした定めは、提供された役務の瑕疵判断及びその法的効果についてある程度のルールを提供するものではあるが、瑕疵判断の要件、個々の法的効果の要件及び諸法的効果の相互間の順位関係については、必ずしも明確とはいえない状態である。ここでは、ひとまずこれらの条文を簡単なコメントを付して列挙するととどめ、その具体的な検討は、第七章で行う。

①瑕疵判断に関連する条文：

「第 60 条 当事者は、約定にしたがって自己の義務を全面的に履行しなければならない。

当事者は、信義誠実の原則に則り、契約の性質、目的及び取引慣行にしたがって通知、協力、秘密保持などの義務を履行しなければならない」。

本条は、全面履行原則(または約定遵守原則)と契約を履行する際の信義則を定めている。

¹² 現行契約法を前提として請負と委任との相違を論じている代表的文献として、謝懐斌ほか『合同法原理』(法律出版社 2000 年) 426 頁以下参照。そこにおいては、「①請負は、請負人が自己の名義と費用をもって注文者の要求に従って一定の仕事并完成するものである。これに対して、委任は、受任者が、委任者の名義と費用をもって委任者の要求に従って仕事を完成するものである。②請負の報酬は、仕事の成果に対する対価であるので、一定の労務を提供したにもかかわらず、仕事の成果をもたらしていない場合には、報酬請求権が発生しない。」などが指摘されている。その中で、自己名義かどうかという点は、費安玲主編『委託、贈与、行紀、居間合同実務指南』(知識産権出版社 2002 年) 11 頁以下も参照。しかし、現行契約法によれば、委任が、必ずしも「委任者の名義と費用をもって」という要件まで要求するわけではないことが明らかである。その理由として、以下のようなことになる。一方、委任者の名義かどうかに関連する定めとしては、402、403 条における受任者が第三者と契約する際についての定めのみ見られる。他方、委任契約の定義規定としての 396 条においては、「委任契約とは、委任者と受任者が約定し、受任者が委任者の事務を処理する契約をいう。」とされ、自己名義かどうか問題とならない点が明らかである。したがって、委任を、委任者の名義をもって事務を処理すると限定的に解釈することは、法の定めとのずれが存在し、再考が必要である。

特に、2項に定められている履行協力義務は、しばしば役務受領者の協力が必要となる役務提供契約にとって、重要な意義をもつと考えられる。

「第61条 契約の効力が生じた後、当事者は、品質、代金または報酬、履行場所等の内容について約定がなく又は約定が不明確なときは、協議により補充することができる。補充協議が達成できないときは、契約の関係条項又は取引慣行に従って確定する」。

本条は、契約の関連内容に約定がない、または約定が不明確な場合における処理の原則について規定したものである。また、当該条文における「品質」は、物、役務を含める概念として解される。したがって、役務瑕疵判断の際にも、その判断の前提である「役務の品質」の確定について、当該条文に定められる協議補充、協議達成できない場合の関係条項・取引慣行による確定という方法に従う。その中で、特に協議原則及び取引慣行について留意する必要があると考えられる。

「第62条1号 当事者は、契約内容についての約定が不明確で、本法第61条の規定に照らしても確定できないときは、以下の規定を適用する。

(一) 品質の要求が不明確なときは、国家標準、業界標準にしたがって履行し、国家標準、業界標準がないときは、通常標準又は契約目的に符合する特定の標準にしたがって履行する」。

本号は、品質に関する合意が不明確な場合の処理に関する定めるものである。本号も、物か役務かを問わず、すべての給付に適用されるので、役務の瑕疵判断にとってきわめて重要であると考えられる。前掲61条に定められる当事者間の意思（協議か契約の関係条項か）または取引慣行などにより決することに対して、本号は、むしろ法的定めによって契約の条項を補充する方法を採っていると考えられる。なお、後述するように、本条に定められる諸標準は、役務の瑕疵判断に役に立つものの、問題点も存する。

「第125条 当事者間で契約条項の解釈に争いがあるときは、契約に使用された文言、契約中の関連する条項、契約の目的、取引慣行及び信義誠実の原則に従って、当該条項の真の意味を確定する。(2項省略)」。

本条は、契約の解釈に関する一般原則を定めるものである。役務のようなしばしば視認困難な「もの」にとって、本条は、前60条、61条と同様に、瑕疵の判断の際に重要な意義をもつと考えられる。なお、本条が直接に適用を予定するのは、契約上の事件を受理した法院や仲裁機関が、契約各条項に使用された文言の意味を正確に解釈する場合であると解される。

②役務の瑕疵に対する責任に関する定め：

「第107条 当事者の一方が契約上の義務を履行しないとき又は契約上の義務の履行が約定に符合しないときは、継続して履行し、手当ての措置を講じ、又は損害を賠償するなどの違約責任を負担しなければならない」。

本条は、違約行為（債務不履行）の形態と違約責任（債務不履行責任）の内容とを定めている原則的規定であり、物・役務を問わず適用される規定である。役務の瑕疵を役務提供契

約上の義務の不完全履行として捉えると、その前段は、役務の瑕疵判断にも関連している。その後段は、具体的な法的効果を定めるものであり、役務提供契約の場合にも適用されるべきと考えられる。また、立法過程においては、当初、当事者が自分に過失がないことを証明できるときはこの限りではないと定められていたが、最終的に削除された。こうした経緯から、中国契約法上の違約責任は、過失責任ではなく厳格責任の考え方が採用されたものと解される。この点は、契約法各論に採用されている、過失を損害賠償責任の構成要件とする委任契約との関係で、十分に留意する必要があると考えられる。

「第 110 条 当事者の一方が非金銭債務を履行しないとき又は非金銭債務の履行が約定に符合しないときは、相手方は履行請求することができる。但し、以下の事由の一つでもあるときを除く。

- (一) 法律上又は事実上、履行不能であるとき。
- (二) 債務の目的が強制履行に適さず又は履行の費用が過度に高額なとき。
- (三) 債権者が合理的期間内に履行の請求をしなかったとき。」

本条は、非金銭債務の債務不履行の場合において、前 107 条の特則として、その効果を定めるものである。本条は、役務提供契約の場合にも、重要な意義をもつ。なぜならば、役務は、強制履行に適するかどうかの問題となりやすいからである。

「第 111 条 品質が約定に符合しないときは、当事者の約定に従って違約責任を負担しなければならない。違約責任について約定がなくまたは約定が不明確な場合で、本法第 61 条の規定に照らしても確定できないときは、損害を受けた当事者は、目的物の性質及び損害の大小に照らして、修理、交換、やり直し、返品、代金又は報酬の減額等の違約責任を合理的に選択して請求することができる」。

本条は、不完全履行の一内容として、品質が約定に合致していない場合の違約責任について定めるものである。前掲の諸規定と同様に、役務の場合にも適用される。ここで留意すべきなのは、約定及び 61 条の優先適用、損害を受けた当事者の選択請求権、及び選択権の制限——目的物の性質、損害の大小に照らすことという三点にある。特に、役務という目的物の性質は、その個々の役務内容により、違約責任の引受方式についてかなり制限を生ずる可能性があると考えられる。

「第 112 条 当事者の一方が契約の義務を履行せず、または契約の義務の履行が約定に符合しない場合において、義務を履行しまたは手当ての措置をとった後も、なお、その他の損害があるときは、その損害を賠償しなければならない」。

本条は、残余損害の賠償責任に関する定めである。役務の性質から、すでに提供された役務が役務受領対象に付着してしまった場合には、不完全な役務をやり直したとしても、なおお損害があるといえる場合もありうるので、本条も、役務提供契約にとって重要な規定であると考えられる。

「第 113 条 1 項 当事者の一方が契約の義務を履行せず又は履行が約定に符合しない場合において、相手方に損害を与えたときは、損害賠償額は違約によって生じた損害に相当し

なければならず、契約履行後獲得しうる利益を含むものとする。但し、契約に違反した当事者が契約締結時に予見し又は予見すべきであった契約の違反により生じうる損害を超えてはならない」。

本項は、違約責任における損害賠償の範囲について定めるものである。日本民法 416 条と同様に、物取引、役務提供を問わずに債務不履行責任の損害賠償範囲を決める重要な規範として、役務提供契約の場合にも重要な意義をもつと考えられる。なお、この条文においては、違約責任の損害賠償範囲に非財産的損害が含まれるか含まれないかについて、明確に言及されていない点も留意すべきである。

「第 122 条 当事者の一方の違約行為により、相手方の身体、財産上の権益を侵害したときは、損害を受けた一方は、本法に基づき違約責任を負うことを要求するか、またはその他の法律に基づき不法行為責任を負わせるかを選択できる権利を有する」。

本条は、違約責任と不法行為責任との競合関係について定めるものである。不法行為責任と競合しやすい役務提供契約にとって、本条も重要な意義をもつことは間違いない。基本的には、損害を受けた一方に選択権を与える規定であり、両方とともに基づき提訴することも選択できると解されうる¹³が、122 条に関する司法解釈（『中華人民共和国契約法』の適用に関する若干問題の解釈（一））「七 請求権競合」¹⁴というタイトルの下での 30 条によれば、債権者が、人民法院に対して訴を提起する際に契約法第 122 条の規定に基づき選択を行った後、第一審開廷以前に訴訟請求を変更する場合は、人民法院はこれを許可しなければならない。相手方当事者が管轄権の異議を提出し、審査を経て異議が成立する場合は、人民法院は提訴を却下しなければならないとされている。こうした解釈を受けて、中国契約法は、請求権競合説を採りつつ、損害を受けた当事者に選択権を与え、かつ、違約責任と不法行為責任の中のそのいずれしか選択できないという二者択一的な選択によるものと解する¹⁵のが一般的である。

(4) 売買契約に関する規定。契約法 174 条によれば、「法律でその他の有償契約について定めがあるときはその規定に従う。定めがないときは、売買契約の関係規定を参照する」とされる。

本条の「参照」の意味についても、前 124 条と同様に、具体的な意味の解明が必要であるが、本条の文言解釈によれば、有償的に提供された役務について、各典型契約に関する各則に特別規定がない場合、かつ、契約法総則及び他の法律にも定められていない場合には、売買契約に関する規定も準用されうるという点は明らかである。したがって、役務提供契約との関係で、提供された役務に瑕疵がある場合の責任を検討する際には、売買目的物に関する品質基準、目的物に瑕疵がある場合の法的効果及び、瑕疵を発見するための検査義務なども、役務提供契約の場合にも適用する可能性が存在する。具体的には、153 条に定め

¹³ 隋彭生『合同法要義』（中国政法大学出版社 2003 年）439 頁以下参照。

¹⁴ なお、学界においては、司法解釈において「請求権競合」というテーマを用いられた事実から、最高人民法院が請求権競合説を認めると解される。

¹⁵ 黄建中『合同法総則 重点疑点難点問題判解研究』（人民法院出版社 2005 年）665 頁以下など参照。

られる説明による品質要求¹⁶、61条及び62条1項の売買契約への適用に関する154条¹⁷、品質要求に達しない場合の111条に定められる違約責任に関する155条¹⁸及び157、158条に定められる検査義務と検査期間¹⁹などが挙げられうる。この中で、61条、62条1項、111条の適用に関する154条及び155条は、定めがなくても契約法総則の適用によりも同様であるから、役務提供の場合にも適用されると考えられる。ここでは、153条、157条及び158条について、簡略に付言する。まず、153条は、品質に関する説明が品質要求となると定めているものである。この定めが、有償役務提供の場合にも参照できるなら、物取引より重要な意義を持つと考えられる。なぜならば、物のようにその外形・存在などからある程度その品質にも推測できる場合とは異なって、相当数の役務には、その品質判断が役務提供者の事前の説明に頼るほかないからである。そうだとすると、明確に契約条項に入るかどうかを問わず、役務の品質に関する説明も品質要求の判断に取り込まれるので、役務の瑕疵判断についてはある程度の基準を提供しうると考えられる。次に、157、158条については、有償役務提供にも参照できるなら、役務提供の場合にとって、問題となる恐れがあると考えられる。特に、結果債務でない場合の役務提供には、役務受領者にも検査義務を課すすれば、役務受領者がどの対象に対して検査すべきか及び、どのように検査すべきか、あるいは検査することが可能であるかどうかとの問題が生じうるであろう。しかし、そうであるとしても、158条に定めている品質瑕疵に対して2年の期間制限を加えたことについては、不完全履行の短期消滅時効と同様な効果をもたらすので、参照できるなら、類似な規定を欠けている役務提供契約²⁰にとっても重要な意義をもつと考えられる。

¹⁶ 「契約法153条売主は約定された品質要求に基づき目的物を引き渡さなければならない。売主が目的物の品質に関する説明を提供した場合、引き渡す目的物は当該説明による品質要求に符合しなければならない」。

¹⁷ 「契約法154条当事者が目的物の品質要求について約定せずまたは約定が不明確な場合で、本法第61条の規定によっても確定できないときは、本法62条第1項の規定を適用する」。本条は、前掲契約法総則の適用規定なので、役務提供契約に対する意義は、契約法総則に関する紹介のところ参照。

¹⁸ 「契約法155条売主が引き渡した目的物が品質要求に符合しないときは、買主は、本法111条の規定に基づきその違約責任を負うことを要求することができる」。役務提供契約に対する意義は、前注と同様。

¹⁹ 「契約法157条買主が目的物を受領するときは約定された検査期間内に検査しなければならない。検査期間について約定されていないときは、遅滞なく検査しなければならない」。

「契約法158条当事者が検査期間を約定したときは、買主は検査期間内に目的物の数量または品質が約定に符合しない状況を売主に通知しなければならない。買主が通知を怠ったときは、目的物の数量または品質が約定に符合するものとみなす。

当事者が検査期間を約定していないときは、買主は目的物の数量または品質が約定に符合しないことを発見または発見すべき合理期間内に売主に通知しなければならない。買主が合理期間内に売主に通知せずまたは目的物を受取った日から2年以内に売主に通知しないときは、目的物の数量または品質は約定に符合するものとみなす。但し、目的物につき品質保証期間が存在するときは、品質保証期間を適用し、当該2年の定めを適用しない。

売主が提供した目的物が約定に符合しないことを知りまたは知るべきときは、買主は前両項の通知期間の制限を受けない」。

²⁰ なお、物品運送契約については、310条において荷受人の検査義務及び滅損通知義務が課されており、合意の期間または合理的な期間内に異議を提出しないときは、運送証券の記載どおり引き渡したの一応の証拠とみなすとされており、請負については、261条において注文者の検収義務が課されており、建設工事契約については、279条において発注者の検収義務を定めているが、310条は、一応の証拠にとどまり、261条と279条では、さらに検収義務のみ課され、158条のような期間制限は存在していない。

第三節 消費者権益保護法における関連規定

1993年「消費者権益保護法」は、もっぱら消費者保護を目的とする法律で、消費者の権利、事業者の義務、国による消費者の権利・利益の保護措置、紛争解決方法、事業者の民事及び行政上の責任について規定するものであり、計8章55条から成る。後述する製品品質法とは異なり、本法は商品のほか、役務もカバーし、展示即売会やテナントなども視野に入れていることから、ここでもその内容を概観する。

まず、本法の適用範囲については、消費者権益保護法2条によれば、「消費者が生活で消費するために商品を購入し、使用するまたは役務を受けるとき、その権益につき本法の保護を受ける。本法に定められていないものは、その他のこれに関係する法律、法規の保護を受ける。」とされる²¹。したがって、役務も商品と共に消費者権益保護法の適用範囲に含まれるので、消費者を当事者とする役務提供契約については、消費者権益保護法も適用される。

次に、消費者の権利については、その第2章において、消費者が商品を購入、使用する及び役務を受け際の権利を9種類に分けて定められている(同法第7条以下)。具体的には、人身・財産の安全に害を受けない権利(第7条)、商品及び役務の真実情況に対する知る権利(第8条)、選択権(第9条)、公正取引権(第10条)、賠償請求権(第11条)、結社権(第12条)、消費者保護に関わる知識を得る権利(第13条)、人格の尊厳、民族の風俗習慣を尊重される権利(第14条)及び監督権(第15条)などである。

第三に、同法第3章においては、前述の諸権利に対応する事業者の義務についても詳細に定められている。具体的には、第16条において経営者の法定義務と約定上の義務を抽象的に宣言した上で、第17条以下では消費者からの監督を受ける義務(第17条)、商品・役務の安全性の保証義務及び安全危険についての説明・警告義務及び発見した安全欠陥に対する危害発生防止義務(第18条)、真実の情報を提供する義務・商店商品の価格明示義務(第19条)、事業者名称などの明示義務(第20条)、物品購入証明書・役務証明書の交付義務(第21条)、品質保証義務(第22条)、三包(修理、交換、返品)義務(第23条)、不公平な定め及び責任排除規定の禁止義務(第24条)、消費者の人格尊厳、人身自由を侵害しない義務(第25条)などが定められている。

第四に、こうした権利義務の定めに加えて、第7章においては、事業者の法律責任について定められている。その中で、提供された役務に瑕疵がある場合の責任と直接に関連する

²¹ なお、本条によれば、消費者は生活消費のためのものに限定される。また、消費者を、情報・交渉力の格差に念頭をおき、「営利の要素は必要でなく、営利の目的をもってなされるかどうかを問わない」「事業としてでもなく、事業のためにでもなく」契約の当事者となる主体を意味する(内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法(補訂版)』(商事法務2004年)41頁以下参照)日本法と異なって、本法律における消費者は、事業者に対置される主体概念であり、そして、事業者は、営利事業を行うものであると解される。なお、日本においても、前掲消費者の定義は、あくまでも消費者契約法の適用対象を決めるための指標であり、消費者法全般で妥当するものではないという指摘も存している(齋藤雅弘「消費者契約法の適用範囲」法セ2000年9月号15頁、日本弁護士連合会編『消費者法講義』(日本評論社2004年)11頁以下参照)。

ものは、第40条に定められる「役務の内容及び費用が約定に反している場合」に事業者が民事責任を負うとの一般規定、41及び42条における提供された役務により消費者などが傷害・死亡した場合の民事責任に関する規定、43条に定められる人格の尊厳・人身自由に対する侵害の場合の民事責任に関する規定、44条における提供された役務により消費者の財産に損害を惹起したときの民事責任に関する規定、47条に定められる役務代金前払いの場合の代金返還に関する規定及び49条における役務提供の際に詐欺がある場合の懲罰損害賠償に関する定めである。これらの規定は、49条を除いて、提供された役務に瑕疵がある場合の責任に関する限り、民法通則、契約法の定めとの間にはそれほど差があるとはいえないであろう²²。また、これらの責任規定は、必ずしも前掲の諸権利・義務に対応したものとはいえない。したがって、消費者権益保護法は、役務受領者が消費者である場合に、49条における懲罰損害賠償を除いて、その法的効果の面に関しては、民法通則、契約法などの一般法より特別な解決策を定めたとはいえない。しかしながら、消費者権益保護法における消費者の権利、事業者の義務に関する規定は、例えば、品質保証義務、安全性についての説明・警告義務、真実情況の説明義務などの定めをはじめとして、役務受領者が消費者である限り、役務提供者の債務内容を認定する際の重要な法律根拠となると考えられる。

第四節 その他の関連規定

前掲諸法律のほかに、役務の瑕疵判断及びその法的効果と関連する定めとして、以下の諸規定が存在する。

まず、標準化法における定めである。契約法62条1項によれば、瑕疵の有無を判断する際に、品質標準が重要な位置を占める。こうした標準などは、もともと「中華人民共和国標準化法」(1988年に発布、1989年に施行、以下では標準化法と称する)に由来するものである。標準化法に想定されるのは、役務よりも、むしろ製品を対象とする標準の規制であるが、標準化法及びその関係法規に従って制定される、環境保護に関わる各種技術基準及

²² なお、この点については、反対説も見られる。例えば、金=王・前掲第一章注(10)393頁以下、金・前掲第一章注(10)43頁以下においては、消費者権益保護法に定められる賠償責任は、役務の品質が約定に合致しないことによる一般的な民事責任ではなくて、事業者が無過失でも責任を負うべき役務欠陥責任または役務安全責任であり、その性質は、契約責任と不法行為責任との混合責任と主張している。しかしながら、立法論として提唱するならば別ではあるが、条文の解釈に対して、疑問も免れないであろう。確かに、消費者権益保護法41条、42条、44条の定めから見れば、事業者提供された役務により消費者またはその他の被害者に人身傷害・死亡、及び消費者の財産に損害を与えた場合には、損害賠償責任を負わなければならないと定めたのみで、その要件として、事業者の過失までは要求されないとされる。しかし、同条文によれば、通常要件として取り上げられるべきである「役務の安全問題・欠陥による損害」ではなくて、「役務による損害」という構造しか定められていない、何らかの要件規定も見られていない。しかも、無過失責任なら、目立つな定めなので重大な社会反響を響くはずなのに、消費者権益保護法が発布した以来、当該三つの条文を無過失責任と解する事案・解釈はまったく見当たらない(例えば、高言=倪瑞蘭主編『消費者権益保護法理解適用与案例评析』(人民法院出版社1996年)参照)という点から見ても、同条文を、単なる消費者保護という名義で、製造物責任と比して、役務安全責任とか役務欠陥責任とかと解することはあまり行き過ぎであろう。この三つの条文は、要件規定よりも、むしろ損害賠償の範囲及び財産的損害を被った場合の救済方法の列举に止まるのみであり、その具体的な構成要件は、民法通則、契約法などに委ねると解すべきであろうと考えられる。したがって、同条文を無過失責任原則としての役務責任と解するよりも、当時の立法技術、法律の書き方の不足による問題であろうと考えられる。

び検査方法、建設工事の設計、施工方法及び安全の基準²³、建設工事の実地調査、検収の技術要求と方法、情報、エネルギー、資源、交通運送の技術要求²⁴、通用の実験、検驗（検査）の方法²⁵などは、役務にも関わるであろう。前掲契約法 62 条との関係で、標準法に従って制定されたこれらの標準が、役務の瑕疵判断にとっても重要であると考えられる。さらに、標準化法によれば、国家標準、業界標準は強制的標準と推薦的標準に分かれるとされる（第 7 条）。しかしながら、契約法 62 条 1 項においてこうした両方の標準とも含まれるかどうかについてはなお検討の余地があるであろう²⁶。

次に、民事訴訟証拠規則（「民事訴訟証拠に関する最高人民法院の若干の規定」、2001 年に発布、2002 年に施行、計 88 条、以下では証拠規則を称する）における定めの中で、契約に関わる訴訟における立証責任の分配についても定められている。証拠規則 5 条 1 項によれば、契約紛争事件においては、契約関係の成立及び発効を主張する一方当事者が、契約の締結及び発効の事実を立証する責任を負い、契約関係の変更、解除、終了及び取消を主張する他方当事者が、契約関係の変動をもたらした事実について立証する責任を負うとされる。さらに、5 条 2 項においては、契約が履行されたかどうかについて争いが生じた場合、履行義務を負う当事者が立証する責任を負うとされる。こうした司法解釈は、役務提供契約についても適用されると解される。しかしながら、5 条 2 項は、その文言解釈に従えば、履行しない場合のみに関する規定に過ぎない。そうだとすると、一応履行されたがその履行が不完全または瑕疵がある場合には、5 条 2 項を適用することはできず、立証責任の一般規定を適用するほかはなく、つまり、証拠規則 2 条に頼るしかないことになる。すなわち、「当事者は、自らが提出する訴訟請求の根拠となる事実または相手方の訴訟請求に反論する根拠となる事実について、証拠を提供し、証明する責任を有する」という定めである。また、証拠規則 4 条は、不法行為責任の場合の立証責任に関する定めではあるが、役務との関係で、その第 8 号に定められる医療過誤に関する立証責任に特に留意する必要がある。つまり、「医療行為により引き起こされた不法行為の訴訟は、医療機関が、医療行為と損害の結果との間に因果関係が存在しないこと及び医療過錯（過失と故意とを含む中国民法上の概念）が存在しないことを立証する責任を負う」とされる。この規定が存在するゆえに、中国においては、医療役務に瑕疵がある場合に、被害者が不法行為責任で提訴するのが一般的となっている。

最後に、製品品質法（日本の製造物責任法に相当する。1993 年に発布・施行、2000 年に改正、計 74 条）と旅行社管理条例（1996 年に国务院発布、2001 年改正、計 47 条）を紹介す

²³ 標準化法 2 条 1 項 3 号、4 号。

²⁴ 標準化法実施条例 2 条 4 号、7 号。

²⁵ 標準化法実施条例 11 条 5 号、国家標準管理弁法（国家技術監督局発布）2 条 5 号。

²⁶ この点について、条文の文言解釈から見れば、両方の標準とも含まれると解釈すべきであろう。というのは、中国法の原則によれば、強制的標準は遵守しなければならないのに対し、推薦性標準は当事者の約定によって排除される。そうだとすると、当事者間に特別な合意がない限り、推薦性標準にも目的物の品質標準になりうるという定めが、契約法 62 条の本来のねらいとも考えられる。なお、明確な解釈ではないが、強制的標準のみを強調される論者も見られる。例えば、隋・前掲注（13）196 頁。

る。前者の適用範囲は製品の製造及び販売活動に限られ、日本法と同様に、役務への適用は排除される。後者は、行政法規ではあるが、旅行役務においては非常に重要である。その中で、旅行会社の義務に関する定めは、旅行役務の契約解釈にも参考になると考えられる。

第三章 日本における役務提供契約の学説状況

冒頭でも述べたように、「役務提供型契約」の概念は、学説主導により登場してきた。その主な背景として、役務提供に関する民法典の定めの不十分さが考えられる。具体的には、民法典における契約法の諸規範は、主として「物」給付を中心に構成されており、役務への法的対応は不十分であると言われ、債権総則規定では、「債権の目的」につき、「与える債務」と「なす債務」といった債務の概念分類には一切言及しておらず、主体としての役務提供者の視点や対象としての役務の視点から定められた規定もない。また、契約各則の中に役務提供型の典型契約である雇用・請負・委任・寄託を置いたが、これらは多様な役務の一部を抽象的概念でもって対象とするものであり、不完全な役務に対する提供者責任の根拠の一端を提示するに留まっていると指摘されている¹。もちろん、役務提供契約においても提供者の債務不履行責任や瑕疵担保責任を追及して、契約解除や損害賠償を請求することは可能である。しかし、「物」給付とは異なり、役務提供にあつては、給付結果が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かがそもそも定まっていないう上に、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難である。したがって、欠陥ないし瑕疵ある役務を、債務の履行に際して必要とされる注意義務違反という一般的規準だけで捉えるのは不十分であり、別の判断規準を考える必要がある。導かれる効果についても、単に契約解除や損害賠償によって不完全な役務から役務受領者の救済を図るだけでは不十分ではないかと考えられる²。

1960年代後半以降、医療役務、教育役務、情報役務、運輸役務、福祉役務、レジャー役務など様々な役務を目的とする契約が拡大するとともに、このような契約類型に関する研究の必要性が指摘され、また典型契約上も、雇用、請負、委任、寄託を役務提供型契約として分類、説明する試みがなされるようになってきた。1990年代には、役務の提供を内容とする多様な契約を役務提供契約の概念の下に一括して、その特質を解明しようとする研究が本格的に開始され³、役務及び役務提供契約の特徴、役務の瑕疵判断及びその法的効果、事業者の説明・表示義務の内容や約款規制、役務の安全性確保の具体的方策、継続的契約関係における中途解約権の保証や代金前払契約の規制などの様々な面で展開された⁴。

1 長坂純「役務提供者責任の基本構造」『法律論叢』（明治大学法律研究所）78巻1号（2005年）40頁。

2 長坂・前掲注（1）41頁。

3 笠井修「役務提供型契約における要件事実」伊藤滋夫企画『要件事実の現在を考える』（商事法務2006年）77頁以下。

4 なお、本章で検討するのは、おおむね契約類型論、「物と役務」という契約の客体論との関係で展開されているものである。こうした契約の客体が役務であるという点に着目して展開するほか、役務提供契約について、役務提供の主体から出発する研究も見られる（小島彩「役務提供者の責任に関する一考察」『本郷法政紀要』12号（2003年）43頁以下）。すなわち、「物と役務」及びこれに関わる契約類型論ではなくて、フランス法を参照しながら、「事業者責任論」に基づき役務提供契約論を構築しようという試みである。しかしながら、こうした「事業者責任論」による役務提供契約論は、あくまでも瑕疵判断あるいは効果面においての役務の提供主体上の考量要素に過ぎず、これにより統一的な役務提供契約論を構成できるかどうかについてはなお検討の余地があるであろう。

第一節 役務提供の特徴に関する学説状況

一般的に、役務とは提供者により供与される労務や便益をいい、役務提供契約とは、このような役務の提供が債務内容の全部または一部をなす契約と解されている⁵。役務提供の様態は多様であり、その特徴もそれぞれではあるが、これまでに物取引と対比して⁶指摘されてきた、役務提供契約（役務取引）の法的特徴は、概ね以下のように整理される⁷。

(1) 役務の在庫不可能性。役務は提供と消費が同時であり在庫不可能であるため、時間的、場所的拘束を受ける。なお、商品として役務を提供する場合には、役務提供者にとって何時でも役務を提供しうることも少なくなく、こうした特徴が弱まると考えられる。

(2) 役務の無形性（視認困難性）及び債務内容の特定の困難性、品質の客観的評価の困難性。この点と関連して、役務提供契約に関する履行の同一性、契約適合性及び瑕疵の判断などが困難になると考えられる。

(3) いったん提供された役務の復元、返還の困難性。役務は、しばしばその提供に伴って、役務の対象が受領者によって費消、吸収、付着されてしまうので、役務自体の返還が殆ど不可能な場合が多いと指摘される。この点については、解除との関係で問題が生じやすいと考えられる。役務の供給と消費が同時にされることは、契約が解消された場合の原状回復が困難であること、クーリング・オフの機能が制約される場合が多いこと、不履行の場合の立証が困難であることに結び付くと指摘される⁸。しかも、既に給付された役務については、提供者による報酬等の対価的請求権もこの点にかかわると考えられる。

(4) 役務提供の人手依存性。役務の提供が、提供者本人又はその監督下にある補助者によって直接に受領者に対して行なわれるので、提供される役務の内容・質は、実際に担当する者の技能によって左右されることが多い。また、同じ者が行う場合でもすべての行為が完全に同じ行為ということはいえぬ特性もある。したがって、そのように機械ではない「人間」の行為を問題にする特質があるため、物のような客観的な画一性は考えられず、ある程度の幅が容認されるのは不可避的であり、問題としてはその幅が許容される範

⁵ 前掲第一章注(1) 諸論文を参照。

⁶ この点と関わり、日本における役務提供契約に関する研究について、以下のような指摘がある。すなわち、「ECに影響を受けた、『物』及び『役務』によって損害を被った者の救済という『物と役務』をめぐる動きがある。…このような動きの中で我々は、民法における『物』と『役務』について意識することになった。そこで、役務提供契約論にあたって、今一度『物と役務』の違いという原点に帰ることが可能である」という指摘である（小島・前掲注(4) 50頁以下）。後述する諸学説も、こうした考え方に同調するものであると考えられる。

⁷ 以下では、後藤巻則『消費契約法の法理論』（弘文堂 2002年）300頁以下、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済——不完全なサービス提供と役務提供者責任——」『岩波講座・現代の法（13）消費生活と法』（岩波書店 1997年）220頁以下、川端敏男「サービス契約の多様化と消費者保護」早稲田法学 74巻第3号（1999年）261頁以下、中田裕康「現代における役務提供契約の特徴」（上）（中）（下）NBL578号 21頁以下、579号 32頁以下、581号 36頁以下（1995年）、長坂純「民法典に規定がない概念・制度⑩・役務提供契約」NBL790号（2004年）105頁、同・前掲注(1) 39頁以下、北川善太郎『債権各論（第三版）』（有斐閣 2003年）31頁、松本・前掲第一章注(1)、潮見佳男『債権総論Ⅰ債権関係・契約規範・履行障害（第2版）』（信山社 2003年）81頁以下などに依拠するものである。

⁸ 中田・前掲第一章注(7)「(下)」38頁。

圈内か範囲外かという区別を考えるしかない。

(5) 役務提供者の従属性と独立性。提供者が従属的である場合には、役務給付を目的とする債務の履行過程で提供者の負う具体的な行為義務の判断に際しては、受領者による指揮管理、さらに受領者の危険領域への提供者の配置の可能性が考慮に入れられることになり、提供者が責任を負う範囲がそれだけ狭められるとともに、提供者固有の危険支配領域以外の領域に由来する危険について、提供者がこれを原因として債務不履行責任を負うということも、原則として否定される結果となる。他方、独立的地位を有する提供者の場合には、受領者がこの者の行為を統制できず、その独立の地位に基づく事務処理を信頼して関連する権利・利益への管理を付託したという点に鑑み、自らの注意を欠いた行為についてのみの責任負担にとどまらず、およそ一定の利益状態が生じることあるいは生じないことについての保証約束・損害担保約束を含んだ債務が当事者間で設定されたと判断する可能性を否定できないとされる⁹。

(6) 役務提供における受領者の協力の必要性和受領者の個性。役務の性質上、給付の結果には許容されるべき幅があるし、提供される役務の結果は、受領者の協力の度合いやその主観的事情（適性・能力・努力・感情・体調）によって異なることがある。受領者の協力は、役務提供の目標の達成と関連しており、法的には瑕疵の判断ないしは法的効果、特に役務提供者の注意義務軽減、損害賠償の過失相殺などにも繋がるとされる。

(7) 信用供与性。この点については、「サービスの提供と代金の支払を厳密に同時履行の関係にすることが困難であり、どちらかが先履行せざるを得ず、その分相手方に信用を供与していることになり」、「従来のサービス契約に関する議論ではサービス契約として重視されていなかった点であるが、前払式継続的サービス取引に関する紛争が多発している今日、この点を考慮する必要がある大きい」という指摘が見られる¹⁰。この点は、民法 624 条、633 条、648 条、665 条などとの関係で、重要な特徴の一つといえる。

(8) 役務に関する情報の非対称性。役務提供一般ではないとはいえ、専門家による役務提供の場合には、通常、受領者に比べて役務提供者が役務に関する情報をより詳しく知っている。それゆえに、契約締結段階の情報開示義務・説明義務・助言義務などが、物取引の場合に比べて、より重要である。

(9) 役務受領者の権利・利益領域への介入及び役務受領者からの役務提供者への権利・利益管理の付託。一方、役務給付を目的とする債務の内容と程度を確定していく際には、役務受領者のどのような権利・利益についての注意が役務提供者に委ねられたのかという法益面での評価が重要な位置を占める。他方、役務受領者が権利・利益への注意を役務提供者に「委ねた」という役務給付を目的とする債務の特徴は、さらに、これを権利・利益に関する管理権能の付託という点に注目して捉えた場合には、そこに信託的側面があることが

⁹ 潮見・前掲注(7) 86 頁参照。

¹⁰ 松本・前掲第一章注(1) 202 頁以下参照。

否定できない¹¹。最近、役務給付を目的とする債務が取り上げられる多くの局面において、特に医師の診療債務の場合に、「注意義務」と並ぶ「忠実義務」が構想されたり、「信認関係」が強調されているのも、この点を示唆するものである。

(10) 損害賠償の特徴。提供された役務に瑕疵がある場合には、役務が製品のように目的物それ自体に付着してとどまることはなく、提供と同時に受領者により直ちに消費され、あるいは分離困難な形で受領者の身体や既存の財産領域に吸着してしまう。そのため、提供された役務に瑕疵がある場合に生じる損害は、提供された物に瑕疵がある場合に主に「物それ自体の損害」として現れることとは異なって、受領者の身体・財産・時間・労力¹²などの「拡大損害」であり、「提供される役務それ自体の損害」があまり見られないと考えられている¹³。また、完全な役務提供がなされていればどのような財産状態であったかを考えることが、役務の場合にも物の場合と同様に可能であるとはいえ、その作業が困難であることも否定できないと思われる。

(11) 継続性。この特徴は、役務提供契約全般に共通する特徴ではないが、様々な役務提供に見られる。特に、特定商取引法の定めにおいても、そのような発想が見られる。物取引契約における継続性に比べて、役務提供契約における継続性にかかわる特有の問題は、「契約成立後、四囲の事情や当事者の状態の変化が生じうることに伴うものであり」、「事情変更や債務不履行の一般の問題として論じることができる」ことのほか、「提供者の債務の具体的内容が変化することもある」¹⁴との点にある。したがって、こうした債務内容の変化は、提供された役務の瑕疵判断も関連すると考えられる。

第二節 瑕疵の判断基準に関する学説状況

役務の瑕疵に関する判断基準をめぐって、一般的な注意義務論を措定するだけでは不十分である¹⁵との問題意識の下に、様々な面で展開されている。その中で、純粋役務提供については、「法定責任説でいう債務不履行責任とまったく区別された役務の瑕疵担保責任が存在する余地はほとんどなく、役務の瑕疵は不完全履行の問題であると解する契約責任説の妥当性を証明する領域であるように思われる」¹⁶という考え方は共通的な理解となっており、「欠陥・瑕疵ある役務」概念は、「役務提供を伴う契約において、『給付の不完全な履行』や

¹¹ 潮見・前掲注(7) 83頁以下参照。

¹² なお、受領者が協力のために費やした時間・労力及び他の「役務受領」の機会の喪失などの損害について、興味深い課題として検討すべきであろう。

¹³ この点については、役務自体の損害を完全に否定する論述も見られる。例えば、笠井・前掲注(3) 66頁においては、「(役務提供契約の)不完全履行から生ずる損害は、サービスそのものの損害ではなく、それによって、受給者の身体・財産に生じた『拡大損害』である…」と断言している。しかし、本稿においては、役務の瑕疵による損害は、瑕疵による惹起・拡大損害だけではなく、役務自体の損害も存在するという考え方も十分に可能であると考えられる。

¹⁴ 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点」(上)、NBL 599号(1996年) 8頁以下。

¹⁵ 河上・前掲第一章注(1)「(下)」16頁以下。そのほか、長坂純も、「従って、瑕疵ある役務を履行に際して必要とされる注意義務違反という一般的基準だけで捉えるのは不十分であり、別の判断基準が考えられてよい」と主張している(長坂・前掲注(7) 106頁)。

¹⁶ 松本・前掲第一章注(1) 202頁以下。

『債務の本旨に従った履行がなされていない』という表現の中に吸収されてしまうことのほうが多い¹⁷と指摘される。つまり、役務の瑕疵判断は、「本旨不履行」の有無の判断に委ねられることになる。しかし、こうした判断は必ずしも容易な作業とはいえず、これをめぐって様々な提案がなされている。

(1) 契約性質決定論。契約性質決定論は、直接に役務の瑕疵判断を想定したものではなく、役務提供契約をマクロ的に把握するためのものであるとはいえ、役務提供契約の代表的な典型契約である請負と委任との相違が存在する以上、かつ、634条以下の瑕疵担保責任の特則が存在するゆえに、契約性質決定論は、役務の瑕疵判断にも相当の影響を及ぼすと考えられる。諸説の中で、請負と委任との相違を重視して、役務提供契約を再編し統合する代表的な学説は、山本敬三説である¹⁸。この説は、請負を、労務そのものとは別に労務の結果を考え、それと金銭との交換と捉えた¹⁹上で、請負契約を、仕事の性質に応じて(物型仕事か役務型仕事か)、「物中心型請負と役務中心型請負」という二つの類型で分ける。即ち、請負の中で、実際に労務が物に対して行われる場合を、「物中心型請負」と呼ぶ。これは、結果だけに着目すると、まさに物と金銭の交換として捉えることができる。その代表例として、建築請負や製造・加工業のような場合が挙げられる。これに対して、後者は、設計や開発契約、情報提供や情報の加工・処理に関する契約などのように、必ずしも労働が物と結合していない場合や、そもそも労働そのものと労働の「結果」をはっきりと区別すること自体が難しい場合の請負である。このように従来の請負契約を類型化したで、「請負契約は、むしろ物中心型請負に純化し、役務中心型請負をそこから切り離して、委任・準委任と統合すること」を提案し、さらに、役務中心型請負と委任・準委任とを統合したものを、「役務提供契約」と呼ぶ。そして、独立労働と金銭の交換一般を「役務提供契約」とし、委任はその一つの下位類型として捉えるべきであろうという立法論上の統合を指摘している。具体的には、以下の図表のようになる。

¹⁷ 河上・前掲第一章注(1)「(上)」7頁。

¹⁸ 山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『債権法改正の課題と方向』別冊NBL No. 51(1998年)14頁以下、同『民法講義IV-1 契約』(有斐閣2005年)643頁、710頁など参照。

¹⁹ 請負に関する捉え方については、山本説のように結果と金銭との交換に着目する考え方のほか、対価に労務の提供まで含まれる考え方も見られる。例えば、潮見佳男『基本講義債権各論I 契約法・事務管理・不当利得』(新世社2005年)200頁においては、「請負契約においては、請負人が受けるべき対価(報酬)は売買における代金のように目的物そのものだけでなく、労務の提供に対する対価も含んでいる…」と指摘されている。

| | | | |
|-------|---------------|-----------------|--|
| 物型仕事 | 注文者の所有物に対する仕事 | 注文者が提供した物に対する仕事 | 自動車の修理・洗車、靴の修理・服の仕立直し、クリーニング、フィルム現像・スライド作成・製本、犬猫の去勢手術、物品運送 |
| | | 注文者の設備・施設に対する仕事 | 設備の組立て・機械の設置、設備・施設の保守・管理・検査・補修・修理・清掃、消毒・害虫駆除、ごみ処理、植木の手入れ・樹木の伐採、請負耕作 |
| | 新たな物を製作する仕事 | 製造・加工関係の仕事 | 衣服・靴の別注、合鍵・印鑑・スタンプ・看板・石碑の製作、宝石・貴金属の加工、美術工芸品の製作、部品・鋳型の製作、金属加工・プラスチック加工、塗装 |
| | | 建設関係の仕事 | 建設（壁塗り・屋根葺き・ガラス・タイル張り、電気の配線、上下水道の配管、内装、断熱・防音等をふくむ）、造園、造船 |
| 役務型仕事 | 学術・芸術・娯楽関係の仕事 | | 研究委託・原稿依頼・講演、絵画・彫刻の作成、作曲、舞台の上演、映画の上映、出演・司会・催し物の興行 |
| | 設計・開発関係の仕事 | | 建築設計、製品開発の委託 |
| | 情報関係の仕事 | | 鑑定、翻訳・通訳、試験・検査、情報収集・探偵、広告制作・企画・立案、プログラム作成・データ処理、簿記、市場調査 |
| | 注文者の身体に対する仕事 | | 理髪・美容・マッサージ・整形手術、旅客運送、教育 |

山本説は、上記の図表のように、物型の仕事の場合は、基本的に物のアナロジーが当てはまるが、注文者の設備や施設などに対して仕事が行われる場合は、労務その物の側面が強くなるが、物のアナロジーを中心とする請負に属させる一方、役務型仕事の場合は、請負とも委任とも言えるような性格をもつことを是認した上で、これらを請負か委任かに分断して規律することは少なくとも実態に合わない指摘して、請負を物型請負に純化して、役務を内容とする請負を請負から切り離して、委任や準委任とを統合して、役務提供契約として統一的に扱う方がはるかに合理的であると主張するものである。

上記山本説は、役務の瑕疵判断に対して直接に答えを提示するものではないが、現実の役務提供の態様に即して検討を行うものとして、重要な参考になると考えられる。例えば、従来の役務提供契約の一つの類型としての請負を物型仕事に純化することによって、従来から瑕疵担保責任の適用可能性について曖昧であった請負と委任との中間態様としての役務型仕事について、少なくとも 634 条以下の瑕疵担保責任の適用が排除されるという点が明確となる。そうだとすると、他の役務の瑕疵判断については、物型請負のように結果の瑕疵から判断するだけでは不十分であることが明らかとなる。

(2) 手段債務と結果債務との区別論

手段債務と結果債務との区別は、債務者が契約上負う債務の射程ないし厳格さ（強度）の程度の相違に基づくものであると思われる。その本来の意義は、債務不履行に関する帰責

事由及び証明責任にあるといわれる^{20 21}が、役務提供契約の研究への影響も見られる。

A. 長尾説

この説は、手段債務と結果債務との区別に基づいて、「当事者の意思表示や契約の解釈から、当該サービス契約上の事業者の債務が、結果債務と認められる場合には、右 (iii) ④の効果（役務の提供の場合に、その効能あるいは所定の結果）がもたらされないとき、なお、債務の本旨に従った履行ありといえないことになる。この種の債務では、質、量の問題は所定の結果が実現されたかどうかの判定要素として機能するといいうる」と判断している。一方、「手段債務にあつては、そもそも質的水準、量的範囲が不確定であるという場合もある。債務の本旨に従った履行の有無についての判定が曖昧にされているのはこの種の債務であるといえよう」と指摘している²²。つまり、長尾によれば、少なくとも「結果債務」的役務提供契約の瑕疵判断基準は明確である。

B. 河上説

河上説は、役務提供契約と「手段債務」との関係を以下のように論じている²³。まず、手段債務型の役務については、「適切な注意と技術をもって役務を提供せよ」という判断基準は「ほとんど無内容に近い」と表明した上で、「契約に際して当事者がなんらかの結果を志向していることは明らかであり、一定の結果を志向した活動である」という判断に基づき、「志向された結果を遠ざけたり、これと矛盾するような行為態様が役務提供者によってとられている場合、あるいは結果への接近を阻害するような事情が見出される場合には、役務の欠陥が推定されるのではなかろうか」と提案されている。従って、手段債務型の役務提供契約に対して、結果の不実現がまったく無意味とは言えず、役務提供者の行為と結果実現との関係を出発点とする考え方は、合理的であるといえよう。

一方、結果債務型の役務における「欠陥」の評価について、河上は、「第一に、提供される役務が、社会的に期待されるその『本質的要素』を含んでいること。第二に、役務提供者には、当該役務を遂行するにふさわしい能力が備わっていること。第三に、提供される役務が、顧客から提供者に知らされた契約目的に合理的に適合し、その役務が顧客の望んでいた結果の達成が合理的に期待できるような『質』を有するものであること。第四に、契約の性質又は顧客から提供者に知らされた契約の目的から考えて、合理的な時期もしくは期間内に役務提供が完了すること（民法 542 条参照）」という各具体的な要素を挙げて、

²⁰ 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣 2002 年）1 頁以下。

²¹ なお、後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約——フランス法における事務処理委託契約を参照して」『民法学の軌跡と展望』（日本評論社 2002 年）においては、「手段債務と結果債務を判別するために、役務提供が知的・無形なものか、それとも、物質的・有形なものかどうかを一つの判断材料とするわけである。その根拠として、先に挙げた射倖性の発想がある。敷衍すれば、物質的なもの世界では、常に客観的にそうであるといえないにしても、人はその成功を約束しうるのに対し、知的な役務提供では、それは他人の事項に属する事柄にかかっており、ある種の射倖性・偶然性を含んでいる」という射倖性論が主張されている。

²² 長尾治助「サービス法と消費者問題」『製造物責任と消費者サービス取引法』立命館大学人文科学研究所紀要 60 号（1994 年）105 頁以下。

²³ 河上・前掲第一章注 (1)「(下)」16 頁以下。

「これらの点が満たされていないときは、役務に『欠陥』があったと評価されてもやむをえないであろうし」と主張している。したがって、河上説によれば、結果債務型の役務にしても、「結果」の要素だけではなく、「社会的期待」、「提供者の能力」、「契約目的に対する適合性」、「顧客の期待」、「時期内の完了」などのような様々な判断因子が考えられる。そうだとすると、結果的役務提供契約の代表としての請負についても、役務によってもたらされた結果に瑕疵がないにもかかわらず、役務自体に瑕疵がある場合には、役務の瑕疵による債務不履行責任を負うことも不可能とはいえない。こうした考え方は、結果の瑕疵ではなくて、役務の瑕疵という本来の役務の瑕疵概念に還元されるように見えるので、役務提供契約全体に大きな示唆があると考えられる。

しかし、こうした結果債務型の役務にかかわる判断基準は、結果債務における「結果」の本来の意味に基づく判断基準とはいえないであろう。実際、河上説の判断基準及びその諸要素によれば、こうした判断要素は手段債務に適用させても構わないであろう。しかも、前掲の「手段債務型の役務」の場合に主張される、結果の実現と役務提供者の行為との関係からなる判断基準は、結果債務型の役務に際しても、「志向された結果を遠ざけたり、これと矛盾するような行為態様が役務提供者によってとられている場合、あるいは結果への接近を阻害するような事情が見出される場合には」、「(結果債務型の) 役務の欠陥が推定されるのではなかろうか」。したがって、手段債務と結果債務との区別に依拠しながら、結局のところ、役務の瑕疵判断に限り、両者間の実質的な区別が見えにくくなるとも言えるであろう。しかしながら、そうだとすると、こうした判断基準を、結果か手段かを区別せずに、役務自体の瑕疵という本来の瑕疵概念に着目することは、役務提供契約全体からいえば、重要な判断基準を提示したことも否定できない。

C. 他の関連する諸説

長尾説、河上説のほか、後藤巻則、松本恒雄、長坂純などの論文においても、手段債務・結果債務論が指摘されている。まず、後藤説は、手段債務と結果債務との相違に基づいて、「サービス提供者の責任」を考察している²⁴。その中で、手段債務内容の特定の困難性が指摘される。次に、松本説は、「債務者によって結果の実現が約束されている場合」が「債務不履行の判定の容易な場合」であり、「サービス契約は結果債務型の場合と手段債務型の場合とがあり」、「サービス取引の特徴の一つである債務内容の特定の困難性や評価の困難性は、この手段債務性と結び付いたものであり、手段債務論のより本格的な研究がサービス契約の研究にとって不可欠である」²⁵と指摘している。最後に、長坂の論文においても、手段債務と結果債務という概念が用いられたが、その具体的な展開はなされていない²⁶。

上記のように、手段債務と結果債務との区別論は、新たな分析道具として、役務提供契約

²⁴ 後藤・前掲注(7) 304頁以下。後藤によれば、「結果債務とは、売主が買主に物を引き渡す債務のように特定の結果の実現が債務の内容になっている場合であり、手段債務とは、結果の実現ではなく、結果の実現に向けて最善を尽くすことが債務の内容になっている場合である」とされる。

²⁵ 松本・前掲第一章注(1) 202頁以下。

²⁶ 長坂・前掲注(7) 105頁以下。

への親和性及びその役割が明らかであるが、その具体的な判断手法はまだ完全に解明されていない状態である。

(3) 契約義務構造論

役務提供者の債務不履行責任を追及するためには、その契約においてどのような内容が約束されたかという前提及び提供者の役務提供がそのような約束に離反したか否かという判断が必要であろう。それに応じて、債務発生原因である義務及び、履行のプロセスにおいて債務者に行なわれた行為を特定したうえで、両者間の食い違いがあるか否かによって、「債務の本旨」に従う履行か否かを決めるという判断構造が提案されている²⁷。したがって、役務の瑕疵を本旨不履行と同一視するとの前提に基づき、契約内容となる当事者間の負う義務が債務不履行責任を解明するための手がかりとなる。こうした考え方に基づいた役務提供契約の体系的な検討は十分になされていないとはいえ、役務提供者の義務の構造を考察することは役務の瑕疵判断の重要な手法となる²⁸。具体的には、以下のようなものが見られる。

A. 給付義務と付随義務・保護義務について

こうした契約債務構造論をめぐって、役務提供契約の場合に限り、二つの見解が分かれている。一方の考え方は、役務提供契約の場合にもこうした義務構造の意義があると主張している。例えば、潮見説によれば、「給付義務・付随義務構造に対して、最近の学説では批判が強い」であり、『なす債務』においても、債権総論レベルでの伝統的枠組みを基礎とした給付義務・付随義務二分論が、明示的あるいは暗黙裡に、その基礎に据えられている。このことは、とりわけ、労働者の債務不履行、診療債務及び委任事務処理債務の不履行の場面で顕著である。義務論の意義については、「付随義務『論』が目的とした前述の点を、①債務内容の射程ならびに履行過程の具体的状況下で講じられるべき措置（具体的行為義務内容）の特定と、②問題の行為を履行行為ならびに債務不履行として評価する作業の中へと組み入れるのが適切であると考え。そして、こうした認識の下、債務発生原因たる契約からどのような考量を立て規範的約束としての債務の内容と射程が確定され、またそれが履行過程における具体的行為要請として結実していくのかという意味での『債務論』に焦点にあわせて、『なす債務』のもつ特徴を描き出すことが、『なす債務の不履行』を体系的に捉える上で有用だ」と指摘される²⁹。さらに、長坂説は、こうした義務構造論に依拠しながら、もっぱら役務提供契約に焦点を当てて検討を行っている。即ち、「役務提供者責任の構造を検討するに際しては、契約関係にある当事者の行為自体を評価の対象とせざるを得ず、不完全履行論（とりわけ債務・契約義務構造に関する議論）は、このような検討に対して理論的素材を提供するものである。（中略）…そのため、役務提供契約における債務

²⁷ 平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂1994年）65頁以下。

²⁸ なお、長坂・前掲注（1）59頁以下においては、債務・義務構造に立脚した不完全履行論は、本旨不履行の判断、帰責事由及び役務提供契約における債務内容の特定、本旨不履行の評価などに有益であると指摘されている。

²⁹ 潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣2000年版）216頁以下。

内容及び当事者の保護法益についても、このような不完全履行論の成果を踏まえ、給付義務・付随的義務・保護義務といった義務類型に即して整理してみると、不完全な役務を評価するためにも必要な作業だといえ、「特に、(主たる)給付義務をまず明らかにすることにより、それを尽くしたか否かが役務の質の評価に取り込まれることになる」³⁰と述べる。長坂説は、さらに、給付義務の不履行がある場合には、債務の本旨に不適合な履行と不適合な履行に起因する侵害とを分けて、前者の不履行の帰責根拠は給付義務違反に求められ、後者については完全性利益の侵害が問題となり、帰責根拠を保護義務違反に求めるのが一般的な理解であると指摘する。そして、給付義務違反はないが侵害性だけが問題となる場合は、もっぱら保護義務違反の問題となる。こうした保護義務論は、しばしば拡大損害を伴う役務の瑕疵にとって、重要な示唆に富むと同時に、実際の事案において、完全性利益の侵害と債務の本旨に不適合な侵害との見分けることが困難であることも留意すべきであろう。

これに対立する考え方は、松本説、河上説をはじめ、給付義務・付随義務構造論の役務提供契約への適用を否定している。すなわち、「付随義務・保護義務と主たる給付義務との区別が困難であるのが、サービス契約(とりわけ手段債務型)の特徴といえよう」、また、説明義務についても、「表示や説明は、商品やサービスの提供を受ける顧客にとって、適切なものと選択するために必要であるが、物取引の場合には一般に付随義務であると考えられている。これに対して、サービス取引においては、その特徴としての視認困難性から、一体何を契約するのかを明らかにするという意味で、そもそも債務の主たる給付義務のかかわるものであり、契約の成否にかかわる本来の義務というべきである」との指摘がある³¹。そのほか、河上説は、「物の提供と異なり、役務提供者が『なすべきこと』は性質上も一体としてとらえることが可能だからである。役務は本体的か付随的かは、効果として解除権まで付与すべきかどうかの区分としても、適当とは思われない」³²と主張している。

前掲両方の見解の相違は明らかのようにみえるが、付随義務論の意義から見れば、実際には、そのような大きな差はないと考えられる。前掲潮見説のように、「給付義務・付随義務構成が契約解除の場合においても決定的意義を見出さないことがほぼ明らかとなった今日」³³、付随義務論の存在意義が、契約解釈の際、当事者義務を拡張するという点に残るとはいえるであろう。したがって、本来の義務か付随義務かという判断の意義がなくなったとはいえ、付随義務論にとって、債務の射程を描くときの有力な道具としての機能は、役務提供契約の場合にもなお否定できないと考えられる。

B. 説明義務について

役務の無形性に由来することであるが、契約締結段階においては、受領者にとって、事前にその役務の具体的内容を明確に知ることは困難である。その理由から、役務の瑕疵判断

³⁰ 長坂・前掲注(7)108頁、同・前掲注(1)59頁以下。

³¹ 松本・前掲第一章注(1)220頁以下。

³² 河上・前掲第一章注(1)「(下)」19頁。

³³ 潮見・前掲注(29)217頁。

を論じる際に、役務提供者側の契約締結段階の説明義務もよく論じられる。例えば、松本説は、契約対象・条件の表示義務・説明義務が、「物取引では付随義務であるが、サービス取引では債務の主たる給付義務の確定にかかわるより本質的な義務であるから、この義務がきちんと履行されていない場合は、契約の不成立の問題に直結する。したがって、表示がなされていないことの結果として、契約対象が確定していないということであれば、契約は不成立となる。また、錯誤が問題になる余地もある」³⁴と指摘している。長尾説もほぼ同旨である³⁵。

C. 保護義務について

役務提供契約に関わる保護義務については、「債務は一応履行された（給付義務違反はない）が、侵害性だけ（完全性利益）が問題とされ、もっぱら保護義務違反が問題とされ、また、不法行為との境界を接する場合として捉えられる」³⁶との指摘が見られる。その理由から、保護義務の問題は、瑕疵判断の問題となると同時に、法的効果の問題、特に不法行為責任と債務不履行責任との競合の問題にも関連する³⁷と考えられる。保護義務の問題は、完全性利益の侵害が生じやすい旅行契約、診療契約、介護契約などの役務提供契約にとって重要な意義をもつであろう。なお、保護義務と安全配慮義務との関係については争いが存する。

D. 受領者の協力義務

「受領者の協力の必要性」は多数の役務提供契約の特徴として挙げられる。その理由から、受領者の協力義務も強調される。こうした協力義務を果たさなかったことは、「サービス提供者の債務不履行が問題となった場合に、それを否定したり、あるいは債務不履行は認められても損害賠償の算定にあたって過失相殺の対象となる」³⁸。こうした考え方にに基づき、「サービス契約の性質から必要な場合は、サービス受領者は、契約の目的の達成のためにサービス提供者に対して必要な協力をする義務を負う。サービス受領者の協力義務の不履行により、サービス提供者の債務の履行ができず、または契約目的が達成できなかった場合であっても、サービス受領者は報酬又は料金の支払義務を免れない。但し、サービス提供者として、自己の債務を免れたことによって利益を得た場合は、その限度において、報酬又は料金を請求することができない」³⁹との立法論が提案されている。

また、役務提供契約の場合に、受領者の協力がなければ、提供者の実質的な「履行」（役

³⁴ 松本・前掲第一章注(1) 239頁。

³⁵ 長尾・前掲注(22) 105頁以下。即ち、「この開示は、予定されている契約の要素をなす権利、義務からみれば付随義務と位置付けられるものの、契約内容が練りあげられていく当事者の交渉段階から見れば、サービスを企画し提供する業者の相手方に対する基本義務であるといえるものである。したがって、開示がなされなかったサービス契約の効力に、本来、重要な影響を与えずには置かないのであって、消費者は錯誤、詐欺による意思表示法上の救済を受けることができるほか、不実表示を理由とする債務不履行法上の救済が認められてもよいと考える」という考え方である。

³⁶ 長坂・前掲注(7) 109頁。

³⁷ 保護義務違反と不法行為責任との関係については、潮見・前掲注(7) 105頁以下参照。

³⁸ 松本・前掲第一章注(1) 202頁以下。

³⁹ 松本・前掲第一章注(1) 202頁以下。

務提供) をすることができない場面も存在している。この場合に、物取引の場合と比べて、役務提供契約における受領者の協力義務は、より複雑になる履行不能論の問題も出てくるであろう。例えば、役務に関する情報が乏しいために、どのように協力すべきかさえも分からない状況がしばしばある。そうすると、履行過程に提供者の情報提供義務と受領者の協力義務との関係も問題となる。そのほか、協力義務と関連して、提供された役務に瑕疵がある場合に、役務受領者の損害拡大軽減義務があるかどうかも問題となる。例えば、旅行役務の瑕疵による精神的苦痛を抑える義務があるかどうかとの問題である。

(4) なす債務論

なす債務については、なす債務の不履行と過失との関係がよく論じられている。その中で、裁判例の実際に応じてなす債務を展開した潮見説⁴⁰が役務提供契約にとって重要な示唆を与えると考えられる。以下では、この点を概略する。

まず、なす債務の特徴として、「①個々の契約における具体的行為形態に応じて契約の内容(対象)を確定する作業が必要である；②契約内容が契約締結時には細部まで確定しておらず、債務履行過程の展開を待ってはじめて具体化されることが多い；③具体的行為がなされた結果として生じている事態の評価は、一定の利益実現についての保証約束がなされるかどうかと解されるのか、問題がある」などが挙げられる。こうした特徴は、役務提供契約の場合にもあたると考えられる。かつ、「利益実現についての保証約束」がなされるか否かという点は、「手段債務」と「結果債務」との区分にも類似している。

ついで、潮見説は、「このような特徴に面した時、履行障害は遅滞・不能・不完全履行に分類しうるとの三分体系的発想とか、瑕疵担保か不完全履行かという点をめぐり『与える債務』を念頭において展開されてきた議論は、『なす債務』にあっては、重要性を失う。むしろ、①履行過程のそれぞれの具体的状況下において契約に適合した作為・不作為(具体的行為)がなされたかどうかを捉えることと、②具体的行為のなされた結果として現れた事態(利益状態)が不法評価の対象となるかどうか、かりに不法評価に取り込まれるとして、どのような態様でその評価に関係するか、つまり、『保証約束』として契約内容に取り込まれ、対応する利益状態が実現されていないことを理由としての独自の不法領域を形成するか(純然たる結果不法)、それとも、具体的行為の向かう方向性を捉え、想定された結果や事態との関係の中で当該具体的行為の価値を評価する際に機能にとどまるか(結果に関係付けられた行為不法)、に焦点をあわせることが重要である」と主張している。基本的に、なす債務を中心とする役務提供契約の場合にも同様に考えられうる。問題は、「契約に適合した作為・不作為がなされたかどうか」が、どのように判断すべきかとの点にある。

この点について、役務給付となす債務とを同一視する潮見説によれば、「なす債務」が「債権者の権利・利益領域に介入」⁴¹及び「給付内容の非定型性及び個別性・相対性」⁴²という特

⁴⁰ 潮見・前掲注(29) 218頁以下、同・前掲注(7) 83頁以下など参照。

⁴¹ 潮見・前掲注(29) 218頁以下、同・前掲注(7) 83頁以下など参照。

⁴² 規格化・基準化された役務も存するため、この点についてはなお検討の余地があると考えられる。

徴が備えているので、なす債務の特徴に「そこに信託的側面があることを否定できない」、
『なす債務』が取り上げられる多くの局面において、『注意義務』と並ぶ『忠実義務』が
構想されたり、『信認関係』が強調されている。しかも、「個々の契約当事者間に妥当する
規範内容を決定する際の決め手」について、「『債権者が、当該契約の中で、債務者の給付
能力に対していかなる期待を抱き、自己の権利・利益領域への介入に同意し、即ち権利・利
益領域の管理に関する注意を債務者に託したのか』、また、『債務者は、当該契約の中で、
債権者に対してどこまでの給付能力の引き受けをしたのか』という点が探求されなければ
ならない」。したがって、「契約に適合した作為・不作為がなされたかどうか」を判断する際
に、「忠実義務」、「信認関係」、「債権者の期待・同意」などの要素が強調される。特に、「債
権者の同意」という点は、他の論者においてはあまり強調されていなかった。確かに、「債
権者の権利・利益領域に介入」からみれば、債権者がどこまでの「被介入」という点も役務
提供契約内容を定める際の重要な要素となる。また、「情報の非対称性」という特徴からみ
ても、「債権者の期待」は物取引より重要となる。なぜなら、役務の特定がもつばら提供者
からの説明に依存し、かかる説明のあり方の決定が役務提供者に委ねられていることを考
えると、これによって形成された受領者の合理的な期待が保護されるべきということから
である。しかし、どこまでの「期待」が合理であり、どこまでの「期待」を契約内容に取り
入れることができるかとの点はなお問題である。

こうした考え方から、潮見説は、さらに、「①『なす債務』における給付の『不可視性』、
②給付内容が履行過程の展開を待って具体化する傾向、③注意の付託の基礎をなす両当事
者の人的信頼関係の強度、④債務者の行為が向けられた債権者の権利・利益——善良な注意
をもってする管理を付託された権利・利益・財産——の多様性・個別性といったような、個別
契約関係に関連付けられた変動要因に面して」、「『なす債務』において債務内容確定に際し、
『平均的注意』・『合理人の注意』を規準として挙げることの意義は、相当程度減殺される
可能性を秘めている」と指摘している。その上で、潮見説は、債権者の自己決定と債務者
の裁量的判断とのバランス、及び両方当事者間の能力差が債務者の負担する義務の内容及
び程度に対する影響を与えるという理解をもって、「なす債務」における債務内容確定に作
用する要因として、「①債務者の能力・技術の専門性と、債権者の理解能力・情報収集能力、
ならびにその相関性、②債務者の従属性・独立性と、債権者の行為統制能力、ならびにその
相関性、③個人的信頼関係の重要性と、この要因と給付内容との相関性、④委ねられた権
利・利益の種類と重大性」などの要因を指摘している。

上記の諸要因が「なす債務」の内容を確定する際に重要な役割を果たしうると考える。も
っとも、潮見説は「なす債務」である個別契約における債権者と債務者との人的特別関係
に着目している。つまり、契約当事者の具体的な性質が、債務者が引き受けた注意の内容
あるいは契約義務の範囲を決めるというプロセスである。すなわち、役務提供契約の内容
及びその「本旨不履行」を各個別の契約の解釈に委ねることになるが、これは、かえって、
役務提供契約に関する統一的ルールを作ることが不必要とする可能性も含んでいる。

(5) 総合的評価

河上説は、役務の「欠陥・瑕疵」を判断する際に、役務の性質に照らして総合的評価が必要であると主張している⁴³。即ち、「役務は、その性質上、あらかじめきちんと内容が確定しているとは限らず、また特定の役務が遂行される意味も、その背景にある状況によって異なってくる可能性がある。さらに、複合的役務になると、接合された他の役務との関係を考慮して各パーツの役務を見なければ、その意味は十分に理解できない。したがって、役務の欠陥・瑕疵を考える場合には、常に総合的評価の必要性を意識しておくことの重要性がまずもって指摘されるべきであろう」との総合的評価視点である。

役務の個別性、無形性、不確定性、複合性などの特徴に照らして、この視点に含まれる「抽象的な役務内容（抽象的目標）」と「具体的になされた役務」との乖離度、及び複合・継続的役務についての全体的な評価視点が重要な示唆を含むとはいえ、どのように具体的に総合評価すべきかという点については、なお具体化する必要があるであろう。

(6) 役務水準論

役務の「欠陥」の評価基準について、河上説は、一般的役務水準と特殊的役務水準を分けて論じている⁴⁴。まず、一般的水準については、個々の役務について若干の出来・不出来が生じることは、状況や人手依存的な役務の性格上やむをえまいと指摘した上で、EC 指令草案一条の条文を引用して⁴⁵、ある時点の一般的水準を満たすか否かによって「欠陥」の存否を判定すると主張している。この際、製造物責任上の「欠陥」概念について論じられた判断基準に依拠しながら、「消費者期待基準」、「危険効用基準」、「標準逸脱基準」なども成り立ちうると提案されている。また、一般的な水準以上の特殊的役務水準については、『特段の合意』を前提として語られよう。合意の内容として、通常とは異なる特殊な水準が求められていると解される場合には、それが合理的期待である限りこれによるべきである。

(中略) …顧客からの申告がない場合でも、その性質上個別に特殊なレベルの役務が必要であると判明した場合には、役務提供者はそのような特別の水準での役務を顧客に獲得させるべきであり、場合によって別より高度な専門的能力の保有者への紹介義務・伝送義務が要求されることもあろう。特別な資格者による役務提供を約している場合にも、同様であろう」と述べる。そして、河上説においては、医療水準論の進展が「商品のサービス化の将来を考える上での一つのモデルを提供してくれよう」⁴⁶との考え方も見られる。類似な見解は、委任契約における善良な管理者の注意の基準を論じる際にも見られる⁴⁷。すなわち、定型的な事務の処理を目的とする場合、特に事務処理の引き受けが事業として行われる場合は、特別な事情がない限り、その種の事務を処理するために一般的に期待されてい

⁴³ 河上・前掲第一章注(1)「(下)」18頁。

⁴⁴ 河上・前掲第一章注(1)「(下)」19頁。

⁴⁵ 即ち、「役務提供の時点またはその後、提供された役務よりも優れた役務が存在していたという事実、または、より優れた役務提供の可能性があったという事実だけでは帰責事由ありとすることはできない」という定めである。

⁴⁶ 河上・前掲第一章注(1)「(上)」12頁。

⁴⁷ 山本・前掲注(18)契約712頁以下。

る知識・能力を備えていることが契約上想定されているという定型的基準と、定型的な基準がある場合でも、契約で定められた内容や契約が締結された経緯などから、それと異なる基準が合意されたと見ることができるときに個別的基準である。

(7) 三層基準論

これは、役務提供契約全体に対する提案ではなく、特定の役務、とりわけ福祉役務に対してなされるものである⁴⁸。この理論によれば、役務の瑕疵判断は、「契約解釈によって求められる債務としてのサービスの質の水準が確定できればそれによって判断されることになる。しかし、契約解釈からそれを導けない場合には、提供されたサービスが水準を満たしたものであったか否かを、中等の品質のサービス（民法 401 条 1 項のサービスへの類推準用）、善管注意義務（民法 644 条）の枠内での判断に委ねる」とされる。こうした「中等品質」や「善管注意義務」の具体化基準として三層基準論が導入される。即ち、「福祉サービスの評価の枠組みは、一般に、ストラクチャーベースの基準、プロセスベースの基準、アウトカムベースの三層の基準から構成されているものとみることができる。ストラクチャーとは、サービス提供を行なう事業者側の人的・物的設備の面からの評価であり、そのサービスが提供される組織やその組織の持つ施設環境、備品、その施設で働く専門職の多さなどが評価の対象となる。（中略）…プロセスとは、サービスが提供される過程の諸要素からの評価であり、誰が、どのようにそのサービスを提供しているか、その提供方法が基準に合致しているかを評価対象とすることになる。（中略）…アウトカムは、サービスの成果からの評価であり、具体的にサービスを受けた結果、利用者によどのような変化が現われたかを評価することになる」という評価基準である。

民法においても、こうした基準の具体的な現れが見られる。即ち、「物品、器具、施設などを利用するサービスについては、その物品などが通常有すべき安全性などの性質を欠いていたという場合には、その物品などの選定、維持、管理もサービス提供の『準備行為』であるから、その物品などの瑕疵からサービスの瑕疵を判断することができる」とする議論がある。これは物品などというストラクチャーに着目したものとみることができる。他方、サービスの成果が物になって現われる場合には、もっぱらその物の瑕疵判断を通じてサービスの不備も評価することが考えられる。実際に請負契約や製作物供給契約では仕事有体物の場合にはもっぱらその仕事が瑕疵の評価対象とされている。仕事に瑕疵があるということは、仕事完成に向けた役務に瑕疵があったことを推定させる。これは不適切な結果の方からみてサービスの瑕疵を判断するという方法である。これは仕事というアウトカムに注目したものである。ただ、民法ではプロセスに注目した基準としては、善管注意義務をつくしたか否かの評価を挙げることができようが、その評価基準が十分に明確ではないということである。

こうした三層基準論は、福祉役務の「質」の評価基準のみならず、他の役務の瑕疵に対しても、重要な示唆を富むと考えられる。例えば、「その物品などの瑕疵からサービスの瑕疵

⁴⁸ 笠井修「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」『筑波法政』35号（2003年）35頁。

を判断することができるとする議論がある」というストラクチャー評価は、物と伴う役務提供契約については大きな意義をもつ。また、こうした三層基準論は、本質的には、役務の準備段階・提供段階・完成段階に分けて展開される段階的評価論ともいえよう。段階的になされる役務提供にとって、こうした段階的な評価は合理的であろう。しかし、この判断基準によっても、プロセスの評価に関わる善管注意義務については、具体的な評価基準が提案されていない。

(8) 業界基準論

役務の品質あるいはその瑕疵にかかわる重要な基準として、業界基準論もよく論じられている。例えば、松本説は、オーストラリアの取引慣行法⁴⁹、中国契約法草案⁵⁰を参考しつつ、役務の内容・品質基準については、「サービスの種類・名称のみを定め、その内容・品質について特段の取り決めがなされていない場合で、法律行為の性質又は当事者の意思によりその内容・品質を定められないときは、サービス提供者は、法令や事業者団体の自主基準などに準拠して債務を履行しなければならない」⁵¹とのルールを提示している。そのほか、河上説も、定型化・標準化・規格化の進んだ役務について、ほぼ同様な見解を示している⁵²。

(9) マニュアル論

役務の瑕疵判断について、「役務提供を業とする者は、事業者内部において担当者が変わっても業務処理の内容が画一性を保つように業務処理マニュアルを作成していることが多い点に着目して、このマニュアルを瑕疵の判定素材とするとの提案もなされている。提供者側の都合のよいマニュアルになっている可能性は否定できないにせよ、その水準にすら達していない場合には、瑕疵認定の有力な証拠としてもよいであろう」⁵³との主張も見られる。したがって、役務提供者側のマニュアルは、役務提供のプロセスを評価する一応の基準となりうるという提案である。しかしながら、マニュアルとしても、様々な態様のマニュアルが存在する可能性があり得、こうした様々なマニュアルを、統一的な法的効果を導くのはなお問題があるがため、役務の瑕疵を判断する際には、マニュアルの重要性を認めつつ、個々のマニュアルの性質などを見極めた上で判断する必要があると考えられる。

(10) 外来原因論

こうした見解によれば、一般的には、役務の欠陥とは、債務の本旨に従った時期になされなかった場合と、契約の解釈により確定された役務を一応履行したが不完全である場合を

⁴⁹ この法律によれば、業界による自主規制も法的拘束力をもって、また、裁判所が関係業界の自主規制を考慮に入れることができることも明示されていた（松本・前掲第一章注（1）240頁以下）。

⁵⁰ 中国契約法草案第314条。しかし、発布された契約法においては、「役務」についての特別規定が削除された。なお、現行契約法第62条1項は、総則的な規定であり、物か役務かを問わず適用されるので、草案と同様な考え方をとると解される。

⁵¹ 松本・前掲第一章注（1）239頁以下。

⁵² 河上・前掲第一章注（1）「(上)」12頁。即ち、このような役務について、「一般に役務提供者の代替性も認められる」、「かような一般的・合理的役務水準（公的規格・業界内基準など）に達していなければ、役務に瑕疵・欠陥があるといえる」という指摘である。

⁵³ 長尾治助「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」『星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣1996年）781頁以下及び、松本・前掲第一章注（1）216頁以下。

言うが、より具体的には、役務の成果が視認できる場合にはそれが契約目的に合致しているか否かが基準とされ、結果無体型についても、一定の結果の実現を重視するものについては、不実現の原因が外来的原因に基づくことを役務提供者において証明されないときは履行不完全と判断される⁵⁴。これは、消費者保護の見地から、役務提供者の注意義務の水準を引き上げ（役務提供者の注意と技能とは、役務を妨げる外来的原因以外の事由であるならば克服することができる水準が要求される）、外来的原因のため役務の欠陥を生じたことを証明できなければ免責されない、という考え方に由来するものである⁵⁵。

(11) 小括

上記の考察を踏まえて、現段階において、役務の瑕疵の判断基準に関する学説状況は、諸説林立の状態であり、体系的な理論の整序がまだ行われていない状態にあるといえる。しかし、ある程度の共通点も見られる。すなわち、こうした議論は、①物取引に比して、その相違点を前提として、役務における瑕疵の判断基準を解明しようとするものである。②契約の規範構造及びその理論に基づき、役務提供契約における瑕疵の判断基準を明確化、具体化しようとするものである。その中で、「本旨不履行」を中心として、手段債務論、契約義務構造論、民法 401 条の「中等品質」の準用、委任契約における善管注意義務の具体化などの作業がなされている。③債務不履行論の最新発展を役務提供契約の場合に取り込み、役務提供契約に適合する判断基準を探る作業である。例えば、手段債務論、当事者の期待、説明義務などは、その例である。

第三節 役務に瑕疵がある場合の法的効果に関する議論状況

全体的に見れば、役務提供契約に瑕疵がある場合の法的効果について体系的な議論がなされていないとはいえ、以下のような成果も見られる。

(1) 現実履行・間接強制・追完

この点については、「物取引の場合は、原則的に直接強制が可能である。これに対して、役務取引では、債務者の自由意思の尊重の原則から、直接強制は利用できず、代替性のある役務債務（修理債務）では代替執行が可能であるが、そうでない場合は間接強制によるしかない」⁵⁶とされる見解や、「提供者からの任意の追完が有益であったり、不完全な給付の結果の是正ないし原状回復としての新たな役務提供が必要となることもある（再手術、誤って教えた技術の矯正など）」⁵⁷との見解や、及び完全性利益の侵害の特殊性に着目する

⁵⁴ 長尾・前掲注 (53) 770、776、788~794 頁参照。

⁵⁵ 長尾・前掲注 (53) 794~797 頁、799~800 頁参照。なお、この点については、「このような処理の他、注意義務の水準を引き上げる反面、その義務を尽くしたことを役務提供者が証明すれば足りるという処理、注意義務の水準（予見可能性と結果回避可能性に依存する）を現状どおり維持して、その違反を推定することで顧客の証明負担を軽くするという処理、あるいは、通常の防止手段措置を講じたことの証明で役務提供者は注意義務を尽くしたという扱いなど、いくつかの段階が考えられ、具体的な契約特性によってはこれらの処理を弾力的に扱おうとする」という指摘も見られる（長坂・前掲注 (1) 50 頁）。

⁵⁶ 松本・前掲第一章注 (1) 219 頁、平野裕之「教育サービスの債務不履行とその救済」慶応法学第 3 号 (2005 年) 251 頁などを参照。

⁵⁷ 中田・前掲注 (7) 「役務提供契約(下)」39 頁。

見解⁵⁸が見られる。そのほか、損害論に止まらず、より広範な法的効果の枠組みを構築しようとする見解も見られる。後者によれば、契約責任の効果を論じる際に、不法行為責任との効果上の相違がよく論じられているが、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任制度に対し、履行請求権を第一次的保護手段とする日本民法の契約責任制度の下では、役務提供契約において、債務の本旨に従った履行がなされなかった場合には、第三者による追完の困難性、役務の連続性及び設計などの著作者人格権との関係などで、追完請求権の行使が認められると指摘されている⁵⁹。そのほか、委任契約の不完全履行について、民法は 634 条のような瑕疵修補請求権に関する規定を設けていないが、無償を原則としても、債務不履行の一般原則に基づき、不完全を理由とする追完請求権の行使を認められてしかるべき⁶⁰とも主張している。つまり、特定の役務の場合に、追完可能性があるとされる。しかし、「これらの場合に、受給者の協力も必要となる。いったん、債務不履行があつて崩れた信頼関係の下で、このような履行を実現する方法の検討が必要である」⁶¹とも思われる。

それと同時に、不完全履行の態様に即して法的効果を考える見解も見られる。具体的には、給付義務の不履行がある場合の「債務の本旨に不適合な履行」の場面では、不完全履行の処理または適合的な履行へ向かう処理が問題となる。一般的には、「与える債務」と「為す債務」とを区別する実質的意義は、現実履行の方法にあるとされ、「与える債務」では、物の引渡の場合、物が引き渡されるという結果の実現が債務内容であり、直接強制が妥当する。これに対し、「なす債務」では、債務者の行為自体が評価の対象とされるから、代替執行または間接強制がその方法となるとされる。しかし、より具体的には、この場面では、不完全な結果の是正ないし提供原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては提供者の変更請求（「物」取引における代物請求に相応する）などが考えられる。そして、結果の是正が不可能であれば、代金（報酬）減額請求、さらには契約目的が達成できない場合に契約解除・代金の返還、損害賠償請求、その他、代金支払拒絶や受領拒絶などが問題となる。なお、継続的契約関係においては、解除後の役務については、前払代金があればその中から返還してもらうことができるが、既履行部分についても代金の減額さらにはその返還が認められる場合もあり得るであろう。また、損害賠償についても、解除をしないでなす場合と、解除とともになす場合が考えられる。さらに、給付義務の不

⁵⁸ 例えば、中田・前掲注(7)「役務提供契約(下)」39頁においては、受給者の下に損害が留まることが多く、特に、知識、情報、技能などを内容とする場合には、質の悪い内容が受給者に「刷り込まれて」抹消しにくい場合もあるとする。

⁵⁹ 下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明(上)(下)」NBL546号(1994年)40頁、NBL547号(1994年)39頁、同「弁護士の専門家責任」加藤雅信ほか編『21世紀の日韓民事法学——高翔龍先生日韓法学交流記念』(信山社2005年)170頁など参照。下森説によれば、「受任事務や請け負った仕事の追完は、裁判外では、日常的に行われているところであり、追完請求権の法的認容は、同時履行の抗弁権の行使その他で、事実上のものとどまらず、法的にも意義がある。さらには、債務者たる専門家にとっても一種の『追完権』が認められることは、依頼者側から即時の損害賠償請求権や契約解除権の行使が為されることを防げることとなり、その保護ともなろう」と指摘されている。

⁶⁰ 下森定「日本法における『専門家の契約責任』」川井健編『専門家の責任』(日本評論社1993年)32頁以下。

⁶¹ 中田・前掲注(7)「役務提供契約(下)」39頁。

履行がある場合の「不適合な履行に起因する侵害」及び給付義務の不履行がない場合については、不完全役務の是正が不可能な場合であると考え、主に契約解除と損害賠償請求が問題となる⁶²、という考え方である。

上記のように、提供された役務に瑕疵があるとされる場合の法的効果として、追完請求権がよく強調される。しかしながら、追完請求権を認めても、その具体的な条件・行使の方式などは⁶³、例えば、提供された役務の結果に対する修補請求権のように行使するか瑕疵のある役務自体をやり直すか、役務受領者の協力が必要であるが当事者間の信頼関係が崩れた場合、追完可能性と追完不能の問題及び追完権か追完請求権かなどの諸問題についてはまだ明らかにされていない。また、追完という法的効果の実体法上の根拠についてもなお検討を要する問題である⁶⁴。

(2) 損害賠償

役務に瑕疵がある場合の損害賠償について、その算定の困難性がよく指摘される。例えば、「役務の客観的な経済的価値の判定が難しく、また、受給者の蒙る損害が、『拡大損害』であることにより、損害額の認定が困難となる。また、原状回復（復元・返還）や転売が不可能であり、清算に支障が生じることもある」⁶⁵という指摘である。また、「受給者側では、一定期間の役務の提供を受けることにより、その分の便益の享受や知識・技能の習得という利益を受けることもあれば、自分の時間を無駄にされ、さらには、誤った知識・技能を植えつけられその矯正に苦勞するという損失を蒙ることもある」⁶⁶。さらに、「瑕疵発生に対する役務受給者の寄与は提供者の責任軽減をもたらすこと」⁶⁷という「軽減論」も見られる。そして、役務の瑕疵による損害については、役務そのものの損害ではなく、それによって受給者の身体・財産に生じた「拡大損害」であるという見解⁶⁸もある。しかしながら、すでに述べたように、役務の瑕疵による損害は、完全性利益の侵害による損害のみならず、瑕疵のある役務自体も、物取引の場合における瑕疵のある物のように、それ自体を損害として評価すべきであろう。さらに、完全な役務提供を受ける利益も、物取引の場合における物の給付利益と同様に、その不完全性により損害として評価しうるであろう。その中で、役務自体の損害に関する評価は、労務と報酬との交換と捉えると（なお、物的仕事を対象

⁶² 長坂・前掲注(1) 67頁。

⁶³ この点について、河上説は、「瑕疵修補・補完は、損害賠償より経済的である場合に限定されること」と主張している（河上・前掲第一章注(1)「(下)」22頁参照）。また、この点に関連して、役務提供者責任の厳格化について、役務が時間的・場所的に限定された環境の中でマンパワーにより提供されるという要素、及び役務によっては低廉な対価で高価な対象を取り扱わなければならないという要素からは、役務提供者責任を厳格化していく限界があるという慎重論をもっている（浦川・前掲注(7) 239頁）。

⁶⁴ なお、物型仕事を対象とする請負としては、特則としての瑕疵担保責任が存在しているので、瑕疵修補請求権の実体法上の根拠が明らかである。しかし、これらの規定が、役務型仕事を対象とする請負及びその他の役務提供にも準用できるかどうかは不明である。本稿では、明確な定めがなくとも、民法に定められない規則として認められるべきと考える。

⁶⁵ 中田・前掲第一章注(1) 34頁。

⁶⁶ 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点」(下)、NBL 602号(1996年) 42頁。

⁶⁷ 河上・前掲第一章注(1)「(下)」22頁。

⁶⁸ 笠井・前掲注(3) 66頁。

とする請負は労務の結果と報酬との交換関係を立つとされる)、報酬減額請求権として取り扱う可能性もあるであろう。給付利益自体の損害は、履行利益として取り扱ってよいであろう。

(3) 契約解除

役務提供契約の解除については、クーリング・オフ制度、初期解約権及び中途解約権を中心としての離脱権保障制度⁶⁹の中でよく論じられている。その中で、契約締結後の一定期間内のクーリング・オフは、誇大広告や過度の勧誘に遭って契約を結んでしまった者に、考え直す機会を与える制度である。初期解約権制度は、役務取引の無形性（実際に試して見ないと分からない）によって、役務提供開始後一定期間は無条件の解約権が与えられる制度である。他方、中途解約権は、当事者双方の事情の変化による解約権である。また、「特定継続的役務提供」のクーリング・オフと中途解約については、「特定商取引法」48、49条において定められている。

しかし、役務の瑕疵による解約は、こうした「離脱権の保障」と異なり、債務不履行による契約解除権である。この点について、付随義務と給付義務とを分けて契約解除できるか否かを論じる手法を批判する見解がある⁷⁰。また、損害賠償請求権のための瑕疵と解除権のための瑕疵を分けて論ずるべきという考え方もある⁷¹。

役務提供契約の解除について、何よりも問題となりやすいのは委任に関する651条の解除である。当該条文が役務提供契約の場合に適用すると、債務不履行を理由とする解除が認められなくても、委任型の役務提供契約の場合には、当該条文の援用によってその解除ができると考えられる。しかしながら、この点については、なお議論が存在している⁷²。

なお、解除権の問題について、その重要性はいうまでもないが、中国契約法の視点から見れば、債務不履行の法的効果としての位置づけよりも、むしろ債務不履行責任とは別に、契約関係の終了という位置づけと捉えるので、本稿では、これらの検討を省略する。

(4) 小括

上記のように、法的効果に関する論説は、現段階においては、瑕疵判断の場合と同様に、諸説が様々に主張されている状態であり、体系的な理論がまだ形成されておらず、瑕疵の判断に関する学説に比べて、それほど活発に議論されたともいえないとはいえ、少なくとも役務と物との相違が顕在化されつつあるという点は明らかである。

⁶⁹ 松本・前掲第一章注(1)222頁以下。

⁷⁰ 潮見説によれば、「給付義務・付随義務構成が契約解除の場合においても決定的意義を見出さないことがほぼ明らかとなった」(潮見・前掲注(29)216頁以下参照)。

⁷¹ この点について、河上説は『「役務の不完全であること」の評価は変化しうるものと考えらるべきであろう。したがって、たとえば、解除にふさわしい『不完全さ』と、損害賠償にふさわしい『不完全さ』は、その質・程度において、必ずしも一致しない』と指摘した上で、解除については、「契約目的が達成できない場合ややむを得ない場合に認められるべきこと」と主張している(河上・前掲第一章注(1)「(下)」22頁)。

⁷² 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点」(下)、NBL602号(1996年)39頁以下。その理由として、「①役務提供契約が、当然に準委任の性質をもつということではできない。②『信託関係』というのは個人的なものであり、651条の起源を委任の無償性に求める見解が存すること。③病氣・転勤などの『やむを得ない事由』による解除も存するため、信託関係論による解除は一般的な見解とはいえない」と挙げている。

第四章 日本法における各種役務の展開（1）——請負型役務

典型契約を、財産移転型、財産利用型、役務提供型、その他の契約群に分け、雇用、請負、委任、寄託を役務提供型契約として理解することは、現在の教科書では一般的となりつつある¹。本稿でも、こうした分け方に基づき役務提供型契約を考察しようとする。本章においては、請負型役務提供契約に関する学説、裁判実務の考察を行う²。また、請負契約には、その他の役務提供型契約と異なって 634 条以下では瑕疵担保責任制度が定められるので、本稿では、こうした特殊の法的効果を考量して、請負型役務提供契約における役務の瑕疵判断とその法的効果とを分けて検討する。

第一節 学説状況

一 学説状況

請負とは、当事者の一方がある仕事を完成し、相手方がその仕事の結果に対して報酬を与える契約である。債務不履行の視点から見れば、請負人の債務不履行状態は、仕事完成義務の違反、引渡が必要な場合の結果物の引渡義務の違反及び完成された仕事の目的物に瑕疵があるなどの場合が想定される。こうした債務不履行状態に対して、請負人にはそれぞれ一般債務不履行責任と特則である請負瑕疵担保責任が課される。議論もあるが、一般的に、両責任の適用要件は仕事の完成か否かによって分けられる³。後者の責任について、民法は仕事の目的物に瑕疵があった場合に特別の規定を設けた（634 条～640 条）。通説によれば、請負は有償契約で、本来ならば、買主の担保責任に関する売買の規定が準用されるはずである。然し、請負は請負人の仕事をするをもその内容とし、完成された仕事の瑕疵は、単に材料の瑕疵からだけでなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことから生じ

¹ 我妻栄『債権各論中巻二』（民法講義 V3）（岩波書店 1969 年）531 頁に「労務供給契約」、鈴木祿弥『債権法講義（四訂版）』（創文社 2001 年）631 頁に「他人の労務を利用する契約」、北川・前掲第三章注（7）31 頁に「役務（サービス）提供型の契約」、品川孝次『契約法下巻』（青林書院 1998 年）103 頁に「他人の労務の利用を目的とする契約」、内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会 2003 年）253 頁に「役務型の契約」、幾代通編『注釈民法（16）』〔幾代通〕（有斐閣 1967 年）1 頁、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法（16）』〔幾代通〕（有斐閣 1989 年）1 頁に「労務供給契約」など、それぞれ呼ばれている。ただし、契約類型としての「役務提供契約」概念に対して、疑問視している論文もある。例えば、沖野眞巳「契約類型としての『役務提供契約』概念（上）（下）」（NBL583 号（1995 年）6 頁、585 号（1996 年）41 頁）においては「役務提供契約の概念は一義的に明確ではなく、これを語るには様々な観点がありうる。その達成度は疑わしい…」と指摘している。

² なお、ここで取り上げられる裁判例のすべてを請負契約として性質決定するわけではなく、その具体的な性質は、個々の検討に委ねる。

³ この点について、通説の説く「完成」と近時有力説の説く「受領」がある。なお、請負瑕疵担保責任における適用開始要件に関する近時の議論状況は、三宅正男『契約法（各論）下巻』（青山書院 1988 年）899 頁、北川・前掲第三章注（7）81 頁、黒田尚樹「請負担保責任における適用開始要件論再考——フランス七八年改正法における完全完成担保責任を契機として」法学政治学論究 63 号（2004 年）93 頁及び山本・前掲第三章注（18）契約 677 頁以下など参照。

得るので、その点に着眼して、特別の内容を定めたのである⁴。また、請負契約の瑕疵担保責任について、「634条以下の規定は、559条の特則であるだけでなく、不完全履行の特則である」と考えるのが通説である。さらに、「請負は売買と違って仕事の完成を目的としており、仕事の完成の概念の中には、請負人において労務を供給する義務を負担する要素が加わっている。したがって、請負人の担保責任の概念の中には、材料の瑕疵がある場合のほか、工作について不完全な点がある場合もあり、この場合は、不完全な履行の問題の問題となり、担保責任の問題ではないとも考えられる」⁵という指摘もあるが、「民法 634条以下の規定は、瑕疵を生じた理由を問わず瑕疵の種類や程度に応じて要件、効果を定めたものと解すべきであり、これらの規定によって、不完全履行の一般理論は排斥されると解するのが正当である」⁶というのは通説とされている⁷。

瑕疵担保責任の成立要件については、以下のように指摘されている。

まず、仕事の目的物に瑕疵があること。目的物に瑕疵があることとは、完成された仕事が契約で定めた内容通りでなく、——使用価値もしくは交換価値を減少させる缺點があるか、または当事者が豫め定めた性質を缺くなど——不完全な点を有することである⁸。または、「ここにいう瑕疵とは、隠れた瑕疵に限らず、外見上知りうる瑕疵や相当の注意をすれば知りうる瑕疵をも含むものであり、さらに別の観点からいえば、材料の物質的欠陥だけでなく、仕事の仕方が不十分であったために仕事の結果としての目的物に欠陥が生じた場合をも含むことは言うまでもない。具体的には、有体物に関する請負において、仕事の結果が契約に定められたことと一致しないこと、あるいは（契約で必ずしも明確な定めがないときに）仕事の結果が当該請負において取引通念上通常期待されるところの一定の性状を欠いていたり、仕事の結果が請負人の保証した性質を有しないこと、という」⁹。そのほか、ドイツ法を参考しながら、請負契約における瑕疵を具体的に論じる文献もある。即ち、仕事の目的の瑕疵とは、「①材料の欠点から生じたものであると、仕事を完成するために支出した精神的もしくは肉体的労務の不完全から生じた仕事の疎漏であるに拘わらず、②通常もしくは当事者が契約によって期待していた一定の性状を欠いていたり、③仕事の結果が請負人の保証した性質を有しなかったり、④それが経済的価値を減ずるような不完全な点があったり、⑤法律上の制限があったりする場合である」¹⁰。

次に、民法は「仕事の目的物」と定めているが、有形的な仕事に限らず、無形の仕事でもかまわないこと。理論上は、無形の仕事の完成を内容とする請負（例えば、訴訟事件や病

⁴ 我妻・前掲注(1) 631頁、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)』〔内山尚三〕(有斐閣1989年) 136頁。

⁵ 内山・前掲注(4) 136頁。

⁶ 我妻・前掲注(1) 633頁。

⁷ 内山尚三=山口康夫『民法総合判例研究・請負(新版)』(一粒社1999年) 135頁。

⁸ 我妻・前掲注(1) 631~632頁。

⁹ 品川・前掲注(1) 170頁。

¹⁰ 津曲蔵之丞「請負人の担保責任(一)」曹時4巻3号33~34頁、内山・前掲注(4) 137頁。

気の治療など)にも適用されるべきであるとされる¹¹。しかしながら、この点については、前掲山本説のように請負を物型に純化し、役務型を請負から切り離して、委任と統合して統一的な役務提供契約と構築しようという動き¹²も見られる。

第三に、無過失責任であり、隠れた瑕疵であることを必要としない。なお、この点に関して、債務不履行責任については一般に過失責任原則が妥当すると理解し、請負の担保責任でも、請負人に故意・過失がなければ免責されるとする過失責任説¹³も見られる。

第四に、特別の事情があるときは、責任が排除または軽減される¹⁴。具体的には、①仕事の目的物の瑕疵が注文者の供給した材料の性質または注文者の与えた指図によって生じた場合には、請負人に責任を負わせるのは妥当ではないので、請負人は瑕疵担保責任を負わない(636条)。ただし、請負人がその材料または指図の不適當なことを知りながらこれを注文者に告げなかったときは、責任を免れない(636条但書)。請負人は専門的知識をもっているから、右のような場合に責任を負わされるのである。②担保責任に関する規定は補充規定であるから、担保責任を負わない旨または軽減する旨の当事者間の特約は一般に有効である。ただし、請負人が知りながら告げなかった事実については、責任を免れることができない(640条)という定めである。

二 役務提供契約的な視点からの可能な考え方

1 諸学説の問題点

前述した学説によれば、請負人が課される責任は、未完成状態の債務不履行責任と完成した場合の瑕疵担保責任との二つの類型がある。完成義務あるいは引渡が必要な場合の引渡義務を違反した場合には、物取引か役務提供かを問わずに、請負人が債務不履行責任を負うことが明らかであり、役務提供契約の視点から見ても問題にならないと考えられる。問題となるのは、仕事が一応完成されたが仕事の目的物に瑕疵がある場合の瑕疵担保責任である。学説上には、請負に役務の性質が含まれることと、請負の瑕疵担保責任の売買の瑕疵担保責任と異なった特則性とを関連させるように見える。しかし、634条以下の諸規定から見れば、請負人の瑕疵担保責任は、「仕事の目的物に瑕疵がある」ことを要件としていることが明らかになる。したがって、こうした瑕疵は、目的物の瑕疵であり、提供された役務自体の瑕疵ではないことが明らかである。つまり、請負契約は典型的な役務提供型契約

¹¹ 我妻・前掲注(1) 632頁。

¹² 山本・前掲第三章注(18)「契約法の改正」14頁以下、同・前掲第三章注(18)契約643頁、710頁参照。

¹³ 石田穰『現代法律学講座 13 民法V(契約法)』(青林書院1982年)332頁以下、来栖三郎『契約法』(有斐閣1974年)470頁は、修補請求・代金減額請求・契約解除は請負人の過失の有無を問わないが、代金減額と区別された意味での損害賠償は請負人の過失が必要であるとする(平野裕之『契約法(第2版)』(信山社1999年)461、465頁以下、山本・前掲第三章注(18)契約679頁なども参照)。さらに、下森定『建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』(日本住宅センター1984年)48頁以下においては、瑕疵修補請求は履行請求と同じ性格をもつため、請負人の帰責事由は問題にならないことから、修補に要する費用の賠償請求は、請負人の帰責事由を問題とせず認めるべきであるのに対して、瑕疵修補によってつぐなわれない損害賠償(例えば、瑕疵結果損害)については過失責任と見るべきであるとされている。

¹⁴ 品川・前掲注(1) 170頁。

でありながら、その瑕疵担保責任と役務の瑕疵との間には、直接的な関係ではなく、目的物の瑕疵を介在する間接的な関係である。換言すれば、目的物の瑕疵という要件の下には、役務自体は問題とならないはずであり、請負契約の役務性が強調される場面は、仕事の未完成の場合のみである。従って、論理的に言えば、目的物の瑕疵との要件によって、請負契約の役務性が遮断され、請負人に瑕疵担保責任を負わせるためには目的物の瑕疵自体が足り、役務に対する判断を持ち出さなくてもよいと考えられうる。

ところで、前掲の諸学説では、瑕疵担保責任における瑕疵を、材料の欠陥から生じたものと仕事のやり方の不完全性から生じたものとを分けて検討することも見られる。後者の場合には、役務の瑕疵とはいえ、いかにしても瑕疵担保責任における目的物の瑕疵ではなく、その形成原因の一つにとどまる。したがって、目的物に瑕疵があることさえが認定されれば、636条と640条における責任排除あるいは軽減の要件に満たす場合を除き、常に瑕疵担保責任が成立し、役務の完全性の認定は要しないと考えられる。

前述を要するに、瑕疵担保責任の構成要件自体が請負契約の役務性を度外視するという帰結と、請負契約が役務提供型契約であるという前提との間で、論理的な不一致が見られる。この点について裁判実務はどうなっているかを考察するために、本章では、請負契約に関わる裁判例の分析を試みる。

2 役務提供という性格に基礎付けた議論

前述したように、従来の学説においては、請負契約の役務的性格は、瑕疵担保責任の特則性を説明するときのみ意義をもつ。これに対して、以下では、もっぱら役務提供契約の特性に着目する議論が、請負人の瑕疵担保責任をどのように説明しているかを考察してみる。

まず、委任・準委任と役務中心型請負の統合という理論提示である¹⁵。その具体的な内容は、第三章第二節で参照、ここでは省略する。

次に、役務の瑕疵の化体論¹⁶。この説も物との関係に着目して、役務を、物の引渡を伴う役務、手段・施設・材料として物が用いられる役務と純粹役務との三つのタイプに分けた上で、「請負人の瑕疵担保責任については、『請負』は本来、『仕事』(=役務の遂行)の完成を約したものであり、物の完全性には直結していない」と指摘しながら、「しかし翻って考えてみると、請負人の『仕事』は、キズのない物を完成させるという目標によって方向づけられているわけであって、目的物である物に現れる瑕疵は、もとをただせば(目的の達成にはそぐわない)素材の選択ミスであるとか、当初の設計をはじめとする役務の遂行過程での不注意やずさんさに起因するものであることが多く、まさに『役務の欠陥』や『物の欠陥』に化体しているといえなくもない。したがって、少なくとも物に結晶する役務に関しては、物自体の瑕疵の存在が役務の瑕疵・欠陥を強く推定させることになり、そのような瑕疵が注文者の指示や不可抗力に起因するものであることを主張・立証できないかぎり、役務提供者の責任は免れないことになる」と説いている。しかし、すでに述べたように、

¹⁵ 山本・前掲第三章注(18)「契約法の改正」14頁以下、同・前掲第三章注(18)契約643頁以下参照。

¹⁶ 河上・前掲第一章注(1)「(上)」9頁。

瑕疵担保責任は無過失責任であり、目的物に瑕疵があると、法的免責事由がなければ、請負人の責任を免れないとは当然の帰結となり、そもそも提供された役務が完全か否かを推定する必要はないと考えられうる。つまり、請負人の瑕疵担保責任は、役務の瑕疵による責任ではなくて、目的物の瑕疵による責任である。これに対し、こうした役務化体論によれば、目的物の瑕疵が役務の瑕疵を推定させるとされる。この考え方に従えば、推定である以上、目的物の瑕疵は明らかに存在するにもかかわらず、役務の瑕疵そのものが否定される場合には、請負人の瑕疵担保責任を免れる可能性もある。そうだとすると、「目的物の瑕疵」が「役務の瑕疵の推定」に変えられ、注文者を保護するための無過失責任は実質的解消されるので、こうした解釈は、請負人の責任を軽減し、注文者の保護を弱め、条文の意義・通説の解釈に逸脱する恐れがあるといわざるを得ない。

第三に、「債務としての役務」と「発生すべき結果」とを区別する観点である¹⁷。即ち、「請負契約は仕事の完成を目的とするものであり、まさに一定の性質を備えた結果の実現そのものが債務内容に含まれている。このような請負契約において、請負人によって実現されるべき一定の性質がもたらせず履行が不首尾となった場合の処理方法については、請負人が負うべき『債務としての役務』と『発生すべき結果』の位置づけ、そして、請負人の給付義務の特質に着目した検討が必要となる…」という指摘である。請負契約に含まれる「役務の性格」について具体的に検討されたとはいえないが、この考え方は、役務提供型契約を検討する際の請負契約の位置づけについて、重要な示唆に富む。例えば、役務の結果に対する瑕疵担保責任のほか、請負人には役務自体の瑕疵についても責任を負う可能性があるという点は示唆されうるであろう¹⁸。

3 役務提供契約的な視点からみる瑕疵担保責任

前述したように、634条以下における瑕疵担保責任は、役務の瑕疵ではなくて、役務の結果である目的物の瑕疵に着目することが明らかである。また、役務提供契約という「契約類型」を統合するために物中心型請負と役務中心型請負とを分けて役務提供契約の下に統合するとか、目的物の瑕疵が役務の瑕疵を強く推定するとか、あるいは「債務としての役務」と「発生すべき結果」の区別に基づく考え方などの指摘は、様々な視点から示唆を得られる。統一的な結論はまだ形成されていないが、こうした見解によれば、少なくとも、請負契約において、過程としての役務と結果である目的物などが混在していることは明らかとなる。その理由から、役務提供契約的な視点から、請負契約における物と役務の関係、特に役務の位置づけに関する検討は必要となると考えられる。そこで、以下では、この視点に基づき裁判例の検討を試みる。

¹⁷ 笠井修「請負人の瑕疵担保責任規定の特則性について(1)」成城法学 54号(1997年)15頁。特に役務の性格から請負人の瑕疵担保責任規定の特則性を説明するものではなくて、性質保証論からその特則性を説明するものではあるが、請負契約がもっている役務の性格に関する提示は示唆に富む。

¹⁸ しかしながら、この点については、完成基準説や受領基準説などのように、瑕疵担保責任を、債務不履行責任を制限したものと解すれば、一旦完成した請負に対して完成または受領前の役務自体に対してその債務不履行責任を追及することは、瑕疵担保責任の趣旨に反する可能性がある。完成基準説と受領基準説については、山本・前掲第三章注(18)契約 677頁以下参照。

第二節 請負型役務の瑕疵判断をめぐる展開

請負契約に関する裁判例は、比較的に多く現れるのは建築請負であり、比較的に新たな時代と伴って生じるのは情報システムの構築などの裁判例である。そのほか、警備請負のように、「請負」の名をつけたまま、実質的には民法上の請負契約として捉えうるかどうかの問題となるものもある。以下では、このような完成物の相違に従って考察する。

一 裁判例及び分析

(一) 建築工事請負契約に関する裁判例¹⁹

A 役務の結果としての目的物の瑕疵のみに基づき判断された裁判例

a 裁判例

1. 建物の瑕疵が認められた事例

神戸地判昭和 63 年 5 月 30 日判時 1297 号 109 頁

【事案】

注文者Xは、Y会社との間で、本件建築工事に関する請負契約を締結した。その後、Yは、当該建築工事を完了し、本件建物をXに引渡した。Xは、本件建物に、相当な構造の安全性能の欠落と相当な材料品質、美粧仕上げ及び空間性能の欠落という本件建築工事の施工による瑕疵が存在するとして、Y及びその代表取締役Y1に対して不法行為責任、Yに対して債務不履行責任、瑕疵担保責任を選択的に主張し、慰謝料を含める損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容。

「請負の仕事の目的物に瑕疵があるとは、完成された仕事が契約で定めた内容通りでなく、不完全な点を有することであるから、瑕疵があるか否かを判断するに当たっては、まず契約によって定められた仕事の具体的内容が何であったかを図面や見積書、当事者間の了解事項等で確定する必要がある、これに反する工事内容があったり、低級の品質の材料が使用されておれば、仕事の目的物に瑕疵があることになる。また、明示の特約がなくとも、請負の目的物が通常備えるべき品質・性能を具備することも黙示に合意されているとみるべきであり、建物の建築工事において、雨漏りや顕著な壁の亀裂、柱の傾き、床の不陸があれば、仕事の目的物に瑕疵があることになる。そのほか、建物の建築工事において、契約の内容が不明確な場合は、当事者間には少なくとも建築基準法の第二章（中略）…に適合した建築工事をする合意ができたものと推認するのが相当であり、同法に適合しないことは建築工事に瑕疵があるというべきである。蓋し、建築基準法第二章は、建築物が安全であるための構造等に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図ることを目的とし、国民に対してその遵守を義務づけているからである」。

「本件建物は、数箇所本件請負契約の約定や建築基準法（中略）…に違反する瑕疵を帯

¹⁹ 物中心型請負の代表例としての建築請負は、山本説のように物の売買に接するとはいえ、過程としての役務と結果である目的物とが混在していることは否認できないであろう。その理由から、以下では、過程としての役務と結果である目的物との着目点の相違及び634条以下の法文に基づき、単なる目的物の瑕疵が問題となる場合とそうではない場合とを分けて考察する。

有しており、(中略) …とりわけ基礎及び軸組構造は、本件建物に作用する荷重や外力に対して法定の構造耐力上の安全性に欠けているから、本件建物は、地震や台風等の振動・衝撃を契機にして倒壊しかねない危険性を内蔵する建築物であるといわざるをえない」。

2. 車庫の瑕疵が認められた事例

東京地判平成3年6月14日判時1413号78頁

【事案】

Xは、Yとの間で本件請負契約を締結した。その後、Yは、本件建物をXに引き渡した。ところが、Xは、本件建物には、その付属する地下車庫にXの所有する普通乗用車が入出できないという瑕疵及び採光に瑕疵があるなどと主張して、Yに対して約款上の損害賠償責任・瑕疵担保責任・債務不履行責任・不法行為責任のいずれかに基づき、Yの代表取締役であるY1に対し、保証責任・取締役の第三者に対する責任のいずれかに基づき、連帯して慰謝料を含む損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容・一部棄却。

「請負契約において請負人の瑕疵担保責任を基礎づける仕事の目的物の瑕疵とは、仕事の結果が請負人の保証した性質を有せず、通常もしくは当事者が契約によって期待していた一定の性状を完全には備えないことをいうものと解すべきである。そして、瑕疵であるか否か、欠陥が許容限度内のものであるかどうかは、契約当事者が取決め、期待したものが何であったかを設計図、仕様書、見積書等契約内容を明らかにする資料から確定する必要がある。しかし、建設請負契約は、極めて大雑把な契約文書しか備えず、また口頭によるものも少なくなく、契約当事者の意図の客観的な再現が極めて困難なものが多い。そうになると、結局工事目的物の性質・種類、契約締結時の事情、請負代金額、工事目的物についての法令制限、当事者の意図など諸般の事情を考慮してこれを決するほかはない」。

「そもそも本件建物は違反建築であり、敷地面積や前面道路との関係でXの期待するような車庫を建築することには相当な無理があったものと推認せざるをえないが、建築工事の専門家たるYは、そうした事情を十分知悉しながら、『本件乗用車が入出庫可能な車庫の施工』という工事内容をXに対し保証し、結局それを実現できなかったのであるから、本件において設計図書等により本件建物の工事内容が必ずしも完全に明らかにしえないとしても、一階の採光不良の点も含めて、Yの実施した本件建物の工事は社会通念上最低限期待される性状を備えているものということとはできず、この種の契約に基づいてなされた工事としては受容されないもので瑕疵ある工事というべきである」。

「本件車庫の設置について、Xが、Yに対し、相当強い希望を表明したことは十分に窺われるけれども、発注者がその住宅である工事目的物に重大な関心をもち、素人なりにこれに関与するのは通常であることを考えると、話合いの結果本件車庫の工事が行なわれたことだけから指図によって右工事が行なわれたとは認められないし、仮にXの右希望の表明をもって発注者の指図とみるとしても、請負人Yは、建築工事の専門家として本件乗用車及び前面道路の位置・形状等物理的客観的に当時判明していた諸事情から、より慎重に本件

車庫の設置の可否及びその構造等を決すべき注意義務があったのであり、Yはこれを怠り（中略）…、この点でYには重大な過失があったといわざるをえない。

3. 建物の瑕疵が認められた事例

札幌地裁小樽支部判平成12年2月8日判タ1089号180頁

【事案】

建築工事請負会社Xは、Yらとの間で本件請負契約を締結し、本件建物の建築工事を完成し、Yらに引き渡した。そこで、Xは、Yらに対し、未払分の請負代金及び立替金の支払を請求した。これに対し、Yらは、本件建物には、合計28ヶ所の瑕疵があり、これにより損害賠償債権を取得したとした上、右損害賠償債権をもってXの本訴請求債権と相殺し、反訴によって、Xに対し、相殺後の残損害賠償債権の支払を請求した。

【判旨】一部認容。

まず、構造上の瑕疵及び施工上の瑕疵について、①「大引及び梁の中に必要な断面寸法に達しないものがあり、これにより建物自体に（中略）…という構造上の瑕疵が存在し、修補が必要であり」、②「和室全体のゆがみは、建物の使用価値を損なうものであるから、瑕疵というべきものであり」、③「これらによって土台がたわんだり、土台の耐用年数が短くなることがあり、さらに大引が土台から落ちやすくなっていることが認められる。これは、本件建物が木造建築物として通常備えるべき性質を欠き、その価値も低下させるものであるから、瑕疵というべきものであり」、④「雨漏りは、本件建物の使用価値を損ない、耐用年数も短くするものであるから、瑕疵というべきであり」、⑤「右の床鳴りは、本件建物の使用価値を損なうものであるから、瑕疵というべきであり」、⑥「断熱材の押さえにアスファルトフェルトを使用していることは、（中略）…、瑕疵というべきものであり」、⑦「一階居間の出窓の右状態（水平になっていない）は、出窓の使用価値を損なうものであるから、瑕疵というべきであり」、⑧「（一階和室の造作材の一部にトノコで傷を隠した部分が存在し）、これは、内装の美観を損なうものであるから、瑕疵というべきであり」、⑨「二階寝室及び子供室の幅木に、仕上げが未了の部分があること（中略）…は、内装の美観を損なうものであるから、瑕疵というべきである」などと認められた。

また、契約違反による瑕疵については、「請負契約において、完成した仕事が契約の内容と異なっていた場合には、その仕事は契約当事者があらかじめ定めた性質を欠くものであって、不完全なものといえることができるから、その箇所は一般に瑕疵であるといえるべきものである」とした上で、本件契約に違反した瑕疵があると認められた。

4. 防音工事の瑕疵が認められなかった事例

東京地判平成11年12月10日判タ1079号301頁

【事案】

Xらはピアノ等の演奏場用などに使用する目的で、Y社との間で本件建物のうち、洋室二部屋部分について防音工事契約を締結した。その後、Xらは、防音工事が契約に定められた防音水準であるS防音程度に達するものではないと主張して、Yに対し、S防音工事を

行うに必要な工事費用相当額の損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「Xらが本件防音工事契約を締結する際に、Yに対し要求した防音性能としては、人に迷惑をかけない防音というあいまいなもので、（中略）…S防音に相当するような現在の技術水準における最高水準の本格的な防音工事を施すよう明確に求めたものではなかったこと、かえって、Xらは、Yに対し、本件建物の売買代金と本件防音工事代金の合計が6000万円以内に収まるよう要求したほか、Xらは、Y担当者Cから、事前に本件建物には窓や換気扇などの換気口があるから、多少の音漏れは避けられないと告げられながら、人に迷惑がかからない程度の防音をすることを求めたすぎなかったこと、本件防音工事契約の請負代金はS防音を前提とする算定となっていないことなどからすると、本件防音工事契約でXらとYとの間で、S防音の性能を前提とする契約が成立したと認めることはできない」。

5. 輸送施設「ウォーターライド」の瑕疵が否定された事例

東京地判平成7年3月29日判時1555号65頁

【事案】

博覧会の開幕二日目に「ウォーターライド」施設からの転落により乗客が負傷した事故について、Xは、輸送機等の製造等を営むYとの間で締結した請負契約又は製造物供給契約に基づき、①本件施設には瑕疵があった、②Yは、危険に関する説明・警告義務を怠った、と主張して、Yに対して、瑕疵担保責任又は債務不履行責任及び使用者責任を追及した。

【判旨】請求棄却。

「本件施設のような高架の遊戯施設の設計者ないし施工者としては、当該施設を建築基準法令の定める基準に適合させるべき義務を負うことはもとより、当該施設が事業者によって不特定・多数の乗客等の利用に供されるものであるという特性に鑑み、当該施設の本来の運行管理体制ないし運行ルール及び合理的に予見することができる運行管理上の過誤を前提として、当該施設が通常有すべき安全性を具備したものとすべき契約上又は条理上の義務を負うものである」。

「本件施設におけるライドの動きは、（中略）…、秒速約一メートルないし一・五メートルの緩行性の施設であり、運行管理者は、本件施設の水路の敷設状態や構造上も、ライドの走行状態ないし異常事態の発生を容易に視認することができ、また、各駅のホーム前のホームコンベアが起動しなくなるという故障が生じても、本件事故におけるように、（中略）…、なお十分に対応することが可能であるということができ、本件施設の設計者ないし施工者として、このような人的な措置が奏効しなかった場合に備えてこれを補完するような他の人的又は物的な措置を講じるまでの必要はないものといつてよい。したがって、本件施設の予定したシステムをもって、合理的に予見することができる運行管理上の過誤を看過したものであるということとはできない」。

「本件施設は、これらの建築基準法令の定めるところに違背するものとはいえない。（中略）…本件ウォーターライド施設は、この種の遊戯施設が通常有すべき安全性を具備した

ものであったといえることができる」。

6. 社会通念上最低限期待される性状を瑕疵の基準とする事例

福岡地判昭和 61 年 7 月 16 日判タ 637 号 155 頁

【事案】

X（注文者）は、Y1 会社（請負人）、Y1 会社の代表取締役 Y2（監理技師）との間で建物の建築請負契約を締結した。その後、X は建物が完成したとして引渡しを受け、請負代金を支払ったが、建物に瑕疵があったとして、Y らに対して損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容。

「建築工事の瑕疵とは、完成された建物が契約書等で定められた内容どおりのものではなく、使用価値や交換価値を減少させるか、当事者が特に要求した点を欠くなど、契約内容に照らして不完全な部分を有することであるが、本件請負契約書には設計図面が添付されていないし、（中略）…、本件請負契約において、本件建物の仕様はその建築確認通知書添付の設計図面のおりとする旨の合意が成立していたと認めることはできないから、右建築確認通知書添付の設計図面を基準にして右瑕疵の有無を判断するのは相当でなく、他に特段の事情の認められない本件においては、結局、社会通念上最低限期待される建物の性状を基準として決するほかはない。この場合、建築基準法に建築物の構造設備等に関する最低の基準を定めており、同法の基準に合致しない工事は着工が許されず、完成しても検査済証を受けられず使用も許されないことからして、契約当事者が建築基準法の定める最低基準を認識しながら敢えてこれに反するような設計、工事を契約したと認められるような特段の事情のない限り、契約当事者は同法所定の最低基準による意思を有していたものと推認するのが相当である」。

7. 便所を鬼門の方角に設置したことが瑕疵に当る事例

名古屋地判昭和 54 年 6 月 22 日判タ 397 号 102 頁

【事案】

X は、Y との間で建築請負契約を締結し、これを完成させ、Y に引き渡した。しかし、便所の位置が鬼門を避けるつもりで当初 Y が予定した位置を変更したにもかかわらず、鬼門の方角に設置した。X からの残代金請求に対し、Y は目的物に瑕疵があると主張した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「わが国の家屋の建築においては、習俗的な嫌忌として右の鬼門の問題があり、（中略）…その意識は次第に稀薄になって来ているものの、なお大工職などの建築関係の業者の中では、住宅の建築に際して必ずこの鬼門を避けることに心掛けている事実が認められ、（中略）…、この鬼門の嫌忌は、建物の構造、性状そのものについての欠陥ではなく、あくまでも心理的、精神的なものであるけれども、建物の構造ないし間取の位置に関連してその入居者に不幸、病難が起るかも知れないとの不安、懸念を与え、心理的な圧迫感をもたらすものであることを否定し難く、しかも、前掲のように建築関係業者においても家屋建築上この習俗的嫌忌を避止すべきものとして認識されている以上、便所が鬼門の方角にある

ことは、注文者においてこの嫌忌に格別の関心を有しないなどの特段の事情のない限り、建物建築工事契約における目的物の瑕疵に該当すると解するのが相当である」。

8. 通常の住宅用木造建築の工法を基準として瑕疵を認めた事例

札幌高判昭和 51 年 8 月 23 日判タ 349 号 232 頁

【事案】

Xは、Yとの間で、建物増改築工事の請負契約を締結した。Yからの残代金請求に対し、Xは工事の瑕疵等による損害賠償債権を主張し、右請負代金債権と相殺する旨を主張した。

【判旨】判決変更。

「通常の住宅用木造建築において梁の上に立てられて棟や母屋を支える束はそれによって屋根を支え、これを安定させるものであるから住宅用建物としての一定の安全性と耐久性を確保する必要上、その建築工事においては、前掲のような束には原則としてその上下に柄を施さなければならないものというべきである」。

9. 建売建物の客観的価値が注文代金よりはるかに価値の劣る場合に瑕疵に当たる事例

東京高判昭和 48 年 9 月 21 日判時 724 号 35 頁

【事案】

Aは、Bに建売住宅三棟の建築を坪単価 8 万円とし、建物の完成引渡し前に 185 万円、残代金は完成と同時に支払う約定で依頼した。建築が完成した後、Aは、三棟とも、瑕疵のあることが判ったので残代金の支払を拒絶し、Bに対し瑕疵の修補に代わる損害賠償請求権と工事残代金債権とを対等額で相殺する意思表示をした。その後、Bは、本件建物について代金の支払が大部分未了であるとして引渡しを拒絶し、Yに依頼してこれを占有させている。Aから代物弁済により本件建物を取得したXは、Yに本件建物の明渡しを訴求したところ、Yは、三棟の建物の工事残代金債権などに基づく留置権の抗弁を提出した。

【判旨】控訴棄却。

「本件請負契約においては、三棟の建物は、建売用の物件として、工事代金を一坪につき金 8 万円と定めてその建築が請け負わせたものであるから、注文者であるAは完成された物件を坪単価 8 万円以上で売却して利益を収めようとしていたことは明らかであり、請負人であるBも当然このことを知っていたものと認められる。かような点から考えると、工事代金を坪単価 8 万円と定めた趣旨は、単に請負代金額を算出するための基準単価を定めたというにとどまらず、坪単価金 8 万円以上で売却できるような建物を完成する趣旨、換言すれば、目的物を坪単価 8 万円の客観的価値を有するものとして仕上げる趣旨の約定を含むものと解するのが相当である。

(前略) Bが仕上げた三棟の客観的価値はたかだか坪単価金 5 万 5 千円にすぎず、契約で定められていたところよりはるかに価値の劣るものであったというのであるから、かような場合は、とりもなおさず、民法第 634 条にいう『仕事の目的物に瑕疵がある』場合に該当するというべきである」。

10. 建築基準法の最低基準に適合しないことが目的物の瑕疵とされた事例

東京地判昭和 47 年 2 月 29 日判時 676 号 44 頁

【事案】

Xの請負代金支払請求に対し、Yは、工事の瑕疵に基づく損害賠償請求権による相殺、瑕疵の修補との同時履行等で抗弁した。Yは、建物の各所に工事の不完全な箇所があることのほか、建物が建築基準法に定める消防関係の基準に適合せず、防災上必要な設備構造を備えていないことをもって、工事の瑕疵と主張した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「設計請負契約、工事請負契約において、請負人が建築士、登録建築業者であり、しかも契約の目的、内容等諸般の情況に照らし、契約当事者が特に建築基準法の定める最低基準と異なるような設計、工事を契約したと認められるような特段の事情のない限り、契約当事者は同法所定の最低基準による意思表示を有したと推認するのを相当とする」。

「Xの請け負った工事の瑕疵は浴室から水がもることと、階下客室ばらに雨水か浴槽の水かがもることと、建築基準法に違反して非常口の戸が内開きになっていることである」。

11. 左官請負工事人の瑕疵担保責任を認めた事例

大阪地判昭和 44 年 9 月 24 日判時 587 号 60 頁

【事案】

工事代金額だけを約定し、細目にわたっての仕様書等がなく、工事の具体的内容も明確でない左官請負契約において、請負人Xは残代金の支払を求めた。これに対し、注文者Yは、瑕疵担保に基づく損害賠償債権を自働債権として残代金債務と相殺したと主張した。

【判旨】請求棄却。

「本件左官工事は最後の仕上げであり、建物の出来ばえを決定する重要な工事であって、その壁面の平面性を保つことは左官工事の生命であるから、右(1)については明らかに工事の下手際であると云うべきであり、(2)については、(中略)…凹部箇所は特別に厚く仕上げる等の努力を払うべきは勿論、水はけの配慮を欠かすことができないのは当然であり、もし約定金額の範囲内では右配慮を尽くすことが採算上困難であるならば、その旨を施主に告げてその判断を仰ぐべきが信義則上当然期待されるべく、(中略)…、(3)本件建物の陸屋根には数箇所雨漏りが生じ、ブロックや内壁にしみができた、(中略)…、(4)についてはコンクリート造に多少の亀裂が(中略)…、Xのずさんな前掲施工方法と無縁でないと認めるべきが相当である」。

「たとえ本件工事代金が格安であったとしても、Xにおいて右代金を承知の上本件工事の完成を約している以上、Yがその仕事の性質にかなった一定の出来ばえを期待するのは当然であり、又社会通念上予定された性状は最低限これを保証されるべきであるから、前掲(1)乃至(4)はいずれも本件工事による瑕疵に該当すると解すべきである」。

12. 耐風性の欠いたことが仕事の目的物に瑕疵があるとされた事例

東京地判昭和 44 年 3 月 8 日判時 564 号 56 頁

【事案】

XはYより木造建物の建築を請け負い、これを完成引き渡した。XはYに対し残代金額の支払を求めて本訴として提起した。これに対し、Yは、本件建物に瑕疵があるとして、損害賠償請求債権を自働債権として残代金債務と相殺した上で、相殺に供した残余金の支払いを反訴として求めた。

【判旨】本訴一部認容、一部棄却、反訴棄却。

「(前略) 請負契約において請負人の担保責任を基礎付ける仕事の目的物の瑕疵とは、仕事の結果が請負人の保証した性質を有せず通常もしくは、当事者が契約によって期待していた一定の性状を完全には備えないことをいうものと解すべきであるところ、前示 1 ないし 3 については、請負人たるXが保証し注文者たるYが期待していた設計図のとおり基礎工事ではなかったのであるから、仕事の目的物の瑕疵というべきであり、また前示 4 については、わが国においては例年 9 月前後に台風が襲来しかなりの風雨にみまわれること公知の事実であるから、異例空前の大台風であって簡易建築はおおかた倒壊破損するような場合以外通常の台風には耐えうるものと期待するのが通常であり、その故にこそ請負人も右の程度の耐風性は注文者に対して保証するのが合理的であるから、(中略) …、本件屋根工事には前示 4 (一) 認定のような瑕疵が存し、これがため前示 4 (二) 認定のような災害を生じたもので、その間に相当因果関係があるというべきである」。

13. 契約の内容と異なったため利用価値が減少した場合に瑕疵が認められた事例

東京高判昭和 44 年 2 月 10 日判時 555 号 50 頁

【事案】

Xは分譲住宅用ビルを建築中のYと、該ビル中の特定の一區劃(A室)を、Yにおいて残工事を完成する約定でYから買い受ける旨の契約をした。ところが、契約後Yの設計変更によりA室の脇に非常階段が設けられたために出来上がったA室は、床面積が当初の約定より 2.1 m²減少し、また、形状が当初の設計図と異なって部屋の出入口が窮屈になった。そこで、XはYに対して、代金減額請求に基づく返還または損害賠償を請求した。原審はXの請求につき、一部認容した。Xが控訴。

【判旨】判決変更。

「本件契約は(中略) …、いわゆる製作物供給契約に該当し、もしその後完成した建物に瑕疵があるときは、売主たるYは請負に関する民法第 634 条の規定に基づく担保責任を負担すべきであり、そしてその瑕疵には売買契約の際両当事者の予定した部屋の形状、床面積等がその後当初予定しない設計変更により変更され、そのため利用価値が相当程度減少するにいたった場合をも包含すると解すべきである(中略) …これらの事実(床面積が当初の約定より 2.1 m²減少し、また部屋の出入口が窮屈になったこと)を勘案すると、本件契約の際当事者の合意した建物に比べて、完成した建物は買主たるXにとって無視し難い利用価値の減少があることが認められ、これは(中略) …瑕疵に該当する(後略) …」。

14. 約定に反する太さの鉄骨が使用された建築工事に瑕疵があるとされた事例

最判平成 15 年 10 月 10 日判時 1840 号 18 頁

【事案】

注文者であるYは、平成7年11月、建築業者であるXに対し、神戸市灘区内において、学生、特に神戸大学の学生向けのマンションを建築する工事を請け負わせた。Yは、本件建物の安全性の確保に神経質となっており、本件請負契約を締結するに際し、Xに対し、重量負荷を考慮して、特に南棟の支柱については、耐震性を高めるため、当初の設計内容を変更し、その断面の寸法 300mm×300mm の、より太い鉄骨を使用することを求め、Xは、これを承諾した。ところが、Xは、前掲の約定に反し、Yの了解を得ないで、構造計算上安全であることを理由に、同 250mm×250mm の鉄骨を南棟の支柱に使用し、施工をした。本件建物は、平成8年3月26日、Yに引き渡された。Xからの請負残代金の支払請求に対し、Yは、建築された建物の南棟の支柱に係る工事に瑕疵があること等を主張し、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権等を自働債権として請負残代金債権を相殺する旨の意思表示をしたなどと主張して、Xの前掲請負残代金の請求を争った。原審は、契約違反はあるが、使用された鉄骨であっても、安全性に問題はないから、本件工事に瑕疵があるということではできないとした。そこで、Yは控訴。

【判旨】破棄差戻し。

「本件請負契約においては、Y及びX間で、本件建物の耐震性を高め、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、南棟の支柱につき断面の寸法 300mm×300mmの鉄骨を使用することが、特に約定され、これが契約の重要な内容になっていたものというべきである。そうすると、この約定に違反して、同 250mm×250mmの鉄骨を使用して施工された南棟の支柱の工事には、瑕疵があるものというべきである。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」。

b 裁判例に関する分析

前掲14件の裁判例を見ると、目的物に瑕疵があるか否かを判断する際に、以下の諸要素が用いられたことは明らかである²⁰。

まず、諸裁判例において、基本的には、瑕疵担保責任における「瑕疵」を請負契約の内容に違反することと捉える。具体的には、「数箇所本件請負契約の約定や建築基準法に違反する瑕疵を帯有しており…」(裁判例1)、「瑕疵であるか否か…契約内容を明らかにする資料から確定する必要がある」(裁判例2)、「契約の内容と異なっていた場合には、…不完全なものといえることができるから、その箇所は一般に瑕疵であるといえるべきものである」(裁判例3)、「瑕疵の存在を否定する前提である「S防音の性能を前提とする契約が成立したと認めることはできない」(裁判例4)、「施工者が…契約上または条理上の義務を負うものであり」(裁判例5)、「契約当事者は同法(建築基準法)所定の最低基準による意思を有していたものと推認するのが相当である」(裁判例6、裁判例10も同趣旨)、「契約で定められて

²⁰ 瑕疵の判断に関する裁判例の状況について、山地修「請負人の瑕疵担保責任における『瑕疵』概念について」判タ1148号(2004年)4頁、塩崎勤「建物の瑕疵の担保責任」塩崎勤=安藤一郎編『新・裁判実務大系2 建築関係訴訟法』(青林書院1999年)166頁なども参照。

いたところよりはるかに価値の劣るものであったというのであるから」(裁判例 9)、「瑕疵とは、…当事者が契約によって期待していた一定の性状を完全には備えないこと」(裁判例 12)、などが見られる。

最高裁の判決として、裁判例 14 においては、安全性に問題はないとしても、「特に約定され、契約の重要な内容になっていたもの…の約定に違反して、…瑕疵があるものというべきである」とされる。従って、重要な内容ではない場合について議論の余地があるとはいえ、瑕疵の存否を認定する際に、少なくとも契約の重要な内容を違反する場合には、契約の内容の違反の有無という要素が優先的に考量されるべきといえるであろう。

前掲の認定方法は、通説²¹と一致する。具体的には、まず、契約に定められた内容が何であるかを確定する。そして、仕事の目的物が、その内容に違反したかどうかを判断する(裁判例 14)。次に、契約に定められた内容が不明確な場合には、諸般の事情から合理的に解釈することによって契約の内容を明らかにする。前掲諸裁判例は、ほぼこれと同調するものである。さらに、諸裁判例によれば、「諸般の事情」については、通常備えるべき品質・性能を具備することも黙示に合意されているとみるべき(裁判例 1)、建築基準法に定められた最低の基準を合意の推定として(裁判例 1、2、6、10)、工事目的物の性質・種類、契約締結時の事情、請負代金額、工事目的物についての法令制限(建築基準法など)、当事者の意図など(裁判例 2、そのほか、裁判例 4、9 においても、請負代金という要素が考慮された。なお、裁判例 11 においては、代金が格安であったとしても、瑕疵の構成に影響を与えないと判断した。)などを挙げるができる。なお、当事者の期待を契約解釈の要素として取り込んだ裁判例も見られる(裁判例 12)。

第 2 に、契約の具体的な内容の認定がなされず、あるいは契約内容のみならず、他の要素によって瑕疵の存否が判断された裁判例も見られる。例えば、裁判例 3 においては、契約違反による瑕疵を認定したとともに、「構造上の瑕疵及び施工上の瑕疵」を瑕疵の一場面として詳細に検討した(この際に、通常備えるべき性質、使用価値を損なうのか、危険を生じさせるのか、内装の美観を損なうのかなどが重要な判断要素とされる)。また、裁判例 7 においては、契約内容の認定が直接にはなされず、「便所の鬼門の方角にあることは」、「心理的、精神的なものであるけれども」、「目的物の瑕疵に該当する」とされる。そのほか、裁判例 8 においても、契約の具体的な内容の認定はせずに、通常の住宅用木造建築の工法を基準として瑕疵を認めた。裁判例 11 においては、直接に契約の内容からではなく、注文者の期待と社会通念上の予定された性状である最低限の保証に基づき、工事の結果に瑕疵があると認定した。裁判例 13 においては、瑕疵を認定する際に、「予定した部屋の形状、床面積等がその後当初予定しない…変更され」との契約違反の要素のほか、「そのため利用価値が相当減少するにいたった場合」との契約違反の結果に対する判断も取り込まれた。

第 2 の場面における諸裁判例は、契約内容違反説を否定するものとはいえないが、少なくとも、裁判の実際において、目的物に瑕疵があるか否かを判断する際に、契約内容違反の

²¹ 我妻・前掲注 (1) 631~632 頁。

有無のほか（主観的瑕疵）、他の判断基準（客観的瑕疵）も存在することは明らかである。その中で、「通常」（裁判例 3、8）、あるいは「社会通念上」（裁判例 11）との一般論によって目的物の瑕疵を判断する方法がよく見られる。全体的にみれば、契約の内容が不明確な場合に、こうした方法の用いられる可能性が高いという傾向が見られる。

第三に、瑕疵の判断基準について、やや異質なものも見られる。裁判例 5 においては、「施工者としては、…当該施設の本来の運行管理体制ないし運行ルール及び合理的に予見することができる運行管理上の過誤を前提として、当該施設が通常有すべき安全性を具備したものとすべき契約上または条理上の義務を負うものであり」とされる。こうした「予見可能」性を前提とする契約上の義務に基づく判断と瑕疵担保責任の無過失責任説との間は問題となりうる。なぜならば、無過失責任である以上、過失の判断要素としての予見可能性は問題とならないからである。本件裁判例においては、妥当な結論を導いたとはいえ、論理的な説明がかなり難しい。なお、製造物責任法においては、事業者の開発抗弁として、予見不可能な欠陥が、一種の無過失責任における事業者の免責事由となっている（製造物責任法 4 条①）。同様に、新開発と見えるような目的物の完成を請け負った場合には、予見不可能な瑕疵まで無過失責任を負うことはないというような帰責事由の側面ではなくて、契約内容の側面からの考え方も成り立ちうると考えられる。

B 役務の結果以外の要素が取り込まれる裁判例

a 裁判例

15. 宅地造成工事請負契約に造成地に瑕疵があるとされた事例

東京地判平成 6 年 9 月 8 日判時 1540 号 54 頁

【事案】

Y1 は、所有していた本件土地（沼地）を宅地に造成して分譲することを計画し、Y にその工事を請け負わせた。その後、Y1 は X に対し本件土地を 8 億 5000 万円で売却する旨の契約を締結した（Y は Y1 の連帯保証人とした）。同時に X と Y の間で本件造成工事請負契約が締結された（Y1、Y2 が連帯保証人となった）。ところが、その後、本件造成地は地盤沈下等が生じた。そこで、X は、Y らに対して、債務不履行による損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件造成地に右のような地盤沈下が生じた原因は、本件土地が（中略）…、沼地であって、（前略）から、ボーリング、土質・水質調査等の地盤調査をし、これに基づき適切な埋立法や地盤改良法を選択すべきであったのに、Y は、地盤調査を全くせずに、当初は単に土砂を埋め立て、途中から地盤改良法を施したものの、安易に 3～4m までのヘドロをケミコライザー工法という不十分な地盤改良法を選択施工したことにあり、また、岩盤まで達しない 5m 程度の P C 矢板を護岸工事に用いたことによるものである」。

「請負契約の仕事の目的物に瑕疵があるというのは、完成された仕事が契約で定められた内容どおりでなく、使用価値若しくは交換価値を減少させる欠点があるか、あるいは、当事者があらかじめ定めた性質を欠くなど不完全な点を有することであるところ、（中略）…

Xが本件土地を買い受けたのは前示のような経緯と目的によるものであって、(中略) …、本件契約によって定められた仕事の具体的内容は、少なくとも、宅地としての使用に耐え分譲することのできる程度の土地を造成することであったと解すべきである。(中略) …本件造成地が右性格を欠く土地であることが明らかであるから、本件造成地には瑕疵があるというべきである」。

「Yは、本件地盤沈下は不可抗力であると主張するが、前掲事実、特にYが本件土地が沼地であることを認識しながら、全く地質調査もせず本件工事を開始していることからしても、右主張は採用できない」。

16. ひび割れ、雨漏りなどが瑕疵にあたとされた事例

東京地判平成4年12月21日判時1485号41頁

【事案】

注文者Xは、請負人Yとの間で本件請負契約を締結した。Yは右建物を完成し、Xにこれを引き渡した。その後、Xは本件建物について、鉄筋コンクリートの素材及び工事が契約の内容と異なっていることなどの瑕疵を発見した。そこで、Xは、Yに対して、請負契約の債務不履行又は瑕疵担保責任に基づき、損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「請負人の瑕疵担保責任に関する民法第634条以下の規定は、単に売主の担保責任に関する同法第561条以下の特則であるのみならず、不完全履行の一般理論の適用を排除するものと解すべきであり、瑕疵担保責任を問うのはともかく、不完全履行の責任は問い得ないというべきである。何故ならば、請負は請負人による仕事の完成を目的としており、完成された仕事の瑕疵は、単に材料の瑕疵からだけではなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことによっても発生するものであるところ、請負契約についての瑕疵担保責任の規定は瑕疵を生じた理由について何ら限定を加えておらず、右規定は、右のような請負における瑕疵の特殊性に着眼して特別な内容を定めたものと解すべきであるからである」。

「カラータイルのひび割れは、タイル若しくは接着材の欠陥又は接着の施工方法に原因があることが認められ、これは、建築工事上の瑕疵に当たるといふべきである。(中略) …サッシ周りのコーキングやパッキングが不十分であるために、雨が吹きつけるとサッシ下端から雨水が吹き上げてくるのと、サッシ周りの充填モルタルが貝殻等の異物を異常に多く含んでいるため簡単に水を吸い上げることから、サッシの周りから雨が滲んでくるのが、右雨漏りの原因であると推認される。(中略) …、右雨漏りは建築工事上の瑕疵に当たるといふべきである」。

17. 水切り処理等の瑕疵があるとされた事例

東京地判平成3年12月25日判時1434号90頁

【事案】

Xらは、Yらとの間で本件請負契約を締結し、完成した本件ペンションの引渡しを受けたが、その後、梅雨期を迎えて、床面に雨水が浸水し、畳が腐蝕するなどの、ペンションの

営業上も放置することができない重大な被害が発生した。そこで、Xらは、本件建築工事に重大な瑕疵があるとして、Yらに対し、損害賠償を求めた。

【判旨】請求認容。

「一階及び壁面への浸水は、(中略)…。右のような水切り処理を施すこと、土間コンクリートと布基礎の間に断熱材を敷くこと等は、この種建築工事の基本に属することであり、これらを欠いていることは、重大な工事瑕疵に当たる。また、一階玄関の外壁裏床入隅部や両開きドア、一階食堂の南側で出窓及びテラスへの出入口部分の天井等からの雨水の吹込み、二階客室等の雨漏りは、①アルミサッシュやその他の外部開口部枠との取り合いの不良、②屋根ケバラの納まりの不良、③出窓屋根と外壁取り合いの谷桶の納まりの不良、④外壁の亀裂、⑤アルミサッシュの水密生・耐風圧強度が弱いこと等によるものである」。

18. 汚水管設備の工事瑕疵が認められた事例

京都地判平4年12月4日判時1476号142頁

【事案】

YはXから賃貸マンションの新築工事を請け負い、これを完成して引き渡した。ところが、下請負のAが施工した汚水管設備は、汚物が残留しやすい構造になっていたため、Xが各室の賃貸を開始した直後からトイレが詰まったり、汚水が逆流するなどの事故が頻繁に発生するに至った。そこで、Xは、Yに対し瑕疵修補に代わる損害賠償を請求した。これに対し、Yは、右の構造の汚水管を接続したのは、Xが本件建物の設計等を委託したBの指図によるものであるから、民法636条本文により担保責任を負わないと反論した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件施工は、そのT字型の継ぎ手付近に汚物が残留しやすい構造になっている(中略)…。汚水管設備に社会通念上要求される品質・性状を有しないことが明らかであるから、瑕疵のある工事である。そして、T字型の継ぎ手が汚水の横引管の合流箇所用いられることは稀だというのであるから、この継ぎ手が配管部分の選択として適切ではなかったといふべきである」。

「建築工事請負人は、有償契約の一方当事者であり、かつ専門的知識・経験を有するものとして専門的技能を十分に駆使して仕事を遂行することが期待されている。したがって、工事請負人が、工事に関する注文者の指図に従って工事をすれば、その指図の当不当を吟味しなくとも、常に担保責任を免れると容易に理解することはできない。(中略)…。工事請負人の担保責任を免除するような注文者の十分な知識や調査結果に基づいて行われた指示、あるいはその当時の工事の状況から判断して事実上の強い拘束力を有する指示などであると制限的理解しなければならない。(中略)…。したがって、Bが本件施工に賛同しこれを承諾としても、本件施工が注文者の『指図』に基づくものとすることはできない」。

19. 研磨材設備の瑕疵が認められた事例

東京地判平成3年9月17日判時1430号100頁

【事案】

Xは、Yとの間で、研磨材の大型ラインの製造設備工事を行うことを内容とする請負契約を締結した。ところが、本件設備で研磨材の生産を始めた後、本件設備について様々な問題点が生じたため、Yは、昭和56年8月ころまでは点検修理をしていたが、同年9月の話し合いを最後に、本件設備の点検修理をしなかった。Xは、本件設備に瑕疵があると主張して、Yに対して、請負人の担保責任を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「充填器は本件設備のいわば心臓部であり、(中略)…少量で油脂が漏れると、(中略)…、本件設備で研磨材を製造すること自体が困難になるのである。したがって、改造前の充填器には容易に漏れが生じてしまう点でその設計製作に瑕疵があったと認めざるを得ない」。

「Yらは、本件設備は、わが国で最初に開発されたものであり、設計製作に当たってはいまだ確立された技術がなく、本件設備の故障箇所はXとYで協力して調整、改良していくべきであって、直ちに本件設備の瑕疵と考えるべきではないと主張し(中略)…Yとしては、もともと研磨材による部品の磨耗等過酷な使用条件が予想されたのであるから、どの程度の使用期間で充填器から油脂の漏れが発生するか等のテストをした上で密閉性、部品の材質、構造等に十分配慮していれば、充填器の漏れが発生しないように設計製作することがそれほど困難であったとは思われない。また、その他の故障箇所についても専門家であるYらがテストや調整を繰り返すことによって問題点を解消することは可能だったと考えられる。(中略)…、本件設備の故障箇所については、Yの設計製作に瑕疵があったというべきである」。

20. 工事の瑕疵の存在に関する主張立証責任を判示した事例

東京地判平成2年2月9日判時1365号71頁

【事案】

Xは、Yに対し、ポーリング場の建設工事及び設備設置工事を依頼し、Yは、この工事を完成させてXに引き渡した。ところが、引渡し後約一ヶ月も経たないうちに天井等に雨漏りが生じ、また、梁、柱、壁、床等に亀裂が発生し、駐車場舗装面の隆起等の損傷が生じたため、Xは、建物引渡しの約5年後に本件建物を取り毀し、建築工事請負代金その他の損害を被ったとして、Yに請負契約の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求を行った。

【判旨】請求棄却。

「(瑕疵の推定)について検討するに、仕事の目的物に瑕疵があることは、完成された仕事が契約で定めた内容通りでなく、使用価値等を減少させる欠陥がある等不完全な点を有することをいうところ、請負人が注文者に対し完成した仕事の目的物を引渡した後に右目的物に損傷が発生した場合において、注文者が請負人に対し瑕疵担保責任を追及するには、民法634条の文言、形成及び請負人の瑕疵担保責任が無過失責任であること等を勘案すると、単に損傷が存在することのみから直ちに瑕疵の存在を法律上推定したうえ、右損傷の存在のみを主張、立証すれば足りると解すべきではなく、むしろ注文者において右損傷の存在のみならず、その発生原因である欠陥を瑕疵として具体的に主張、立証すべきである

と解するのが相当である」。

21. 特別の防音設備のないことが瑕疵として認められなかった事例

東京地判昭和 51 年 9 月 29 日判時 829 号 27 頁

【事案】

Y から、X が分譲住宅を買い受けた。本件建物所在の団地の東側に国分寺市が所有管理する幅員約 13m の舗装道路が設置され、右道路に定期バスが運行されている。X は、室内における自動車騒音が告示指定の基準以下となるよう本件建物の窓を二重構造にする等適切な措置を採らない等を理由として、Y に対し損害賠償請求を提起した。

【判旨】請求棄却。

「本件道路の存在により X が有形無形の便益を享受していることもまた否定しえないところであり、本件定期バスの如き、X を含めた団地住民の殆んどが、足代りに利用している公衆交通機関については、その最もうるさい時間帯は、団地住民が稼働のため出勤する時間帯であり、一般住民と X との生活サイクルの違いからこれに対して X が被害感情を抱くとしても、先に認定した程度の騒音レベル、時間率に鑑みるときは不法行為に関する現行法制の適用上においては、本件道路騒音及びその被害は X においてこれを受忍すべきものと解するのが相当である。(中略) …そうすると、前掲認定の本件道路における騒音度、本件各建物の構造、本件道路との位置関係等の事実と鑑みると本件各建物は、前掲認定のとおり遮音度を持つアルミサツシユの窓が取付けられている以上、さらに二重窓等特別の防音施設が設けられていないとしても、本件各建物に民法 634 条にいう『瑕疵』、その他 X が主張の『瑕疵』があるものといふことができないと解するのが相当である」。

22. 瑕疵が許容差の範囲内であるとして瑕疵担保責任が否定された事例

名古屋高判昭和 49 年 11 月 27 日判時 774 号 80 頁

【事案】

請負人 X は、注文者 Y の注文により常時恒温、恒湿の状態を維持しうる無窓の化粧板製造工場の建築工事を請け負い、完成したが、建物に歪みがあったため、Y の請求に応じて補修工事を施し、歪を殆ど修正して引き渡した。ところで、屋根及び外壁に使用していたシボレックスには補修工事に着手した当時亀裂があったため、X は、本件シボレックス製造した A 社の指示により補修を施したが、亀裂は進行を止めない状態にある。そこで、X の請負代金請求に対し、Y は右瑕疵に基づく損害賠償請求権を主張しこれを争った。

【判旨】一部変更、一部控訴棄却。

「右瑕疵(歪み、撓み)の程度は、(中略)…常時恒温・恒湿の状態を維持することを目的とする本件建物においては、許容差の範囲は極めて狭い者といふべきである。そうとすれば、本件建物に当初存した前掲歪み等は、許容差の範囲を超え建物の瑕疵に該当するものといふべく、(中略)…。しかしながら、(中略)…前掲歪み等を修補すべく施工した前掲補修工事完成当時においては、残存した歪み等の程度は、(中略)…本件建物の規模・構造・使用目的等前述の特殊性を考慮しても、もはや、いわゆる許容差の範囲を超えないものと

なったというべきである」。

「本件建物に取り付けされたシボレックスには現存する前掲亀裂の発生は、(中略)…、Xの施工した本件建物建築工事及びその補修工事に起因するものでないことが明らかである。しかるところ、Yの本件請負契約締結以前にすでに本件建物シボレックスを屋根材及び壁材として使用することを確定していたものであり、この方針にそって本件請負契約をなし、XはYの右シボレックス使用の指定に基づき本件建物にこれを使用した(後略)…。してみると、本件建物に存するシボレックスの亀裂による前掲瑕疵は、注文者であるYの指図によって生じたものというべきであり、Xが右瑕疵について瑕疵担保責任を負担すべきものではない」。

b 裁判例に関する分析

前掲の8件の裁判例は、本節Aの部分で述べた諸裁判例と異なって、役務の結果である目的物の不完全のみならず、他の要素も加えられて、あるいは単に他の要素のみによって瑕疵の有無を判断した裁判例である。具体的には、以下のとおりである。

まず、完成した目的物に支障²²が存在する場合に、直ちに瑕疵担保責任を成立させる手法ではなく、こうした支障の発生原因まで遡る判断手法がよく見られる。例えば、裁判例15、16、17、20、22等の5件がそれに属する。

諸裁判例における「原因」及びその判断は、以下のように類型化することが可能である。

①原因としての工事(やり方)の不完全と原因としての欠陥。裁判例15、16、17、22は、工事の不完全に属する。すでに述べたように、瑕疵担保責任が、目的物に対する評価に基づくものなので、こうしたやり方まで検証することは、瑕疵担保責任の構成にどのような位置づけになるかが問題となるであろう。これに対して、裁判例20においては、「単に損傷が存在することのみから直ちに瑕疵の存在を法律上推定した」ことはできず、「その発生原因である欠陥を瑕疵として具体的に主張、立証すべきである」とされる。なお、「完成された仕事が契約で定められた内容通りでなく、使用価値等を減少させる欠陥」との判旨における瑕疵の定義から見ると、損傷とこうした「欠陥」との区別を明らかにすることが困難であろう。

②その役割に基づき、「原因」を請負人の抗弁を否定または認容するための原因と瑕疵を認定するための要素とを分けることができる。裁判例15、16、22は、前者に属する。具体的にみれば、裁判例15においては、地盤沈下は不可抗力であるという主張に対して、不適切な役務をなされていたことが原因であることを認定したうえ、請負人の不可抗力の抗弁を否定する役割を果たした。裁判例16においても、請負人の不可抗力などの主張を否定する役割を果たした。裁判例22においては、支障の発生原因は、請負人の工事に起因するものではなく、注文者の指図であると認定して、請負人の瑕疵担保責任を否定した。これに対して、裁判例16、17は、後者に属する。裁判例16においては、「原因」を、請負人の抗

²² 瑕疵担保責任の構成要件である「瑕疵」、あるいは不完全履行における「不完全」などのような特定の法的意味をもつ法律用語を区別するために、ここでは一応「支障」という表現を用いる。

弁を否定するための原因と捉えたほか、瑕疵認定の要素として働いた側面もある。即ち、支障の発生（ひび割れ、雨漏り）は、材料の瑕疵又は施工方法、あるいは完成した建物の一部の不十分（サッシ周りの不十分など）に原因があることを認定したうえで、こうした原因により発生した支障は、建築工事上の瑕疵に当たると判断した。裁判例 17 においては、当該種の建築工事の基本を欠けていることによって、支障（浸水などの被害）の発生メカニズムを解明した上で、基本的な施工方法がなされていないことが工事瑕疵として認定された。

次に、瑕疵の判断基準として、原因究明という判断手法のほか、諸裁判例の中に、「許容範囲」との用語も見られる。具体的な例として、裁判例 21、22 を挙げるができる。裁判例 21 においては、騒音を完全に遮断されるまでの防音施設を設けることが要求されない以上、こうした防音施設の欠き（支障）は、完成された目的物の許容範囲内の不十分であり、瑕疵ではないとされる。裁判例 22 においても、修補して残した支障（歪み）の程度は、使用目的に照らし許容差の範囲を超えないものであり、瑕疵に当たらないと判断された。

第三に、目的物の支障ではなく、工事（やり方）の不完全を瑕疵担保責任における瑕疵とされ、あるいは目的物の支障のほか、工事（やり方）の不完全性にも認定されたこと。裁判例 17、19 は、前者に属する。裁判例 17 においては、当該種の建築工事の基本的な工法（水切り処理、断熱材を敷くこと）を欠いていることを、重大な工事瑕疵とされる。そして、裁判例 19 の判旨である「本件設備の故障箇所については、Y の設計製作に瑕疵があったというべきである」によれば、瑕疵担保責任における瑕疵は、完成した設備の支障ではなく、設備の支障によって推定された設計製作（やり方）の瑕疵であると見ることも可能である。これに対して、裁判例 18 は、後者に属する。本件では、目的物に物的瑕疵を認定したとともに、こうした部品を選択したことは適切ではなかったとも判断される。目的物の支障のみならず、こうした支障を形成する原因である部品選択の適切さまで、特に判断することは、瑕疵担保責任における目的物の瑕疵との具体的な関係が明らかにされていないとはいえ、こうした選択が適切である場合には、本件の瑕疵担保責任を否定する余地があるのではないかと考えられる。こうした推断が正しければ、目的物の支障のみならず、役務としてのやり方の完全さも瑕疵担保責任を判断する際の考量要素になる。

第四に、目標の達成可能性（目的物の完成可能性）が、瑕疵を認定する際の重要な要素となる裁判例も見られる。裁判例 19 においては、請負人による「技術」抗弁に対して、裁判所は本件設備の設計製作について、「それほど困難であったと思われない…専門家である Y が…問題点を解消することは可能だったと考えられる」と判断した。即ち、本件設備の設計製作の目標達成可能性も瑕疵判断の要素として取り込まれた。本件は、裁判例 5 と同様に、新開発の目的物の製作請負という特徴が見られる。しかし、本件の場合では、管理過誤・危険に関する予見可能性に係る裁判例 5 と異なり、もっぱら目的物の故障が回避可能か否かに着目している。両件を併せてみると、新製品の製造を請け負う事案においては、無過失責任である瑕疵担保責任としても、予見可能・回避可能などの要素は、過失に関わる

かどうかは不明であるが、瑕疵の判断要素として取り込まれる可能性はある。

第五に、請負人の専門家的性格が強調される裁判例も見られる。例えば、裁判例 18、19 である。裁判例 18 においては、請負人が「専門的知識・経験を有するものとして専門的技能を十分に駆使して仕事を遂行することが期待されている」として、注文者による指示に対する適切な判断義務が要求される。こうした義務が怠った場合には、636 条の抗弁事由に当たらないとされる。裁判例 19 においては、請負人の専門家的性格は、結果の達成可能性の判断要素となり、専門家にとって達成可能な結果の未達成は、瑕疵に当たるとされる。あえて両者を分けると、前者は請負人が負う誠実義務²³の判断基準となることに対して、後者は目的物である結果の達成可能性に直接に繋がる。

前掲諸点を総合すると、個々の事案ごとに様々な判断手法がなされるとの特徴が明らかとなる。その中で、建築請負契約の役務的性格も現れる。つまり、発生すべき結果のみに着目する諸裁判例と異なって、提供された役務であるやり方まで着目する点が特徴である。以下では、この点に関わって、建築請負契約における役務の位置づけを簡略に検討する。

①636 条における注文者による「指図」に対する適切な判断・行動に結びつける（裁判例 18）。なお、前掲諸裁判例はもっぱら瑕疵の判断をめぐる裁判例であり、636 条の但書に関わる裁判例はそれ以上にあることは言うまでもない。しかも、636 条の但書の法文から見ても、その役務的性格が明らかである。

②完成した目的物の支障の発生原因に位置づける（裁判例 15、16、17、22）。既に述べたように、こうしたやり方まで検証することは、瑕疵担保責任の構成にどのような位置づけになるかが問題となりうる。再抗弁要素としての裁判例 15、22 はともかく、裁判例 17、18 では瑕疵認定の要素となる。こうした判断構造の合理性を認めれば、完成した結果には支障があるのに、請負人が自らなされた役務・工事が問題なしと証明すれば、その担保責任を免れる可能性も否定できないと考えられる。しかしながら、このような判断手法は、634 条以下の「目的物に瑕疵がある」との法文を「目的物だけではなく、その前提であるやり方に瑕疵がある」と置き換えたように、法文本来の意味を逸脱する恐れもある。

③役務と瑕疵担保責任における「瑕疵」との関係について、さらに進んだ裁判例も見られる（裁判例 17、18、19）。例えば、裁判例 17 においては、ある工法がなされていないこと、即ちある役務がなされていないことを、直接に瑕疵担保責任における瑕疵とされる。すなわち、役務の不完全性を瑕疵担保責任における「瑕疵」とされる可能性もありうる。

（二）情報システムの構築・ソフトの製作に関する裁判例

A 裁判例

23. 製作納入されたシステムの重大な瑕疵が認められた事例
東京地判平成 16 年 12 月 22 日判時 1905 号 94 頁

²³ 内山・前掲注 (4) 153 頁によれば、636 条但書について、「請負人が材料または指図の不適當なことを知っていて、注文者にそれを告げなかった場合には、誠実義務を欠くため、担保責任を免れることはできない」と解釈されている。

【事案】

Xは、Yとの間で販売管理システム開発を目的とする本件請負契約を締結した。Xは、順次交付されたシステムを受領して試験を行い、不具合の発生する都度、修正を依頼してきたが、修正不可能な不具合が発生したため、順次交付されてから4ヶ月後、本件請負契約を解除する旨通知し、損害賠償の支払を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件各不具合のうち、少なくとも一括在庫引当処理及び排他制御の問題については、(中略)…、契約の目的を達成することのできない重大な瑕疵に該当するというべきである」。

「確かに、コンピュータのシステム開発においては、通常、完成時に不具合が全く存在しないことは少なく、一応のシステム完成後もその修正が必要となり、また、不具合の発見については、コンピュータのシステム開発が外見から直ちに不具合が明らかにならない性質のものであることに照らし、注文者から当該システムで実際に扱うべきデータの提供を受け、あるいは注文者が自ら実際のデータを用いてシステムを使用することにより不具合がないかどうか点検する必要があることについては基本的には首肯できる。しかしながら、システム開発におけるバグの除去は、あくまで第一次的には請負人の責任であり、当該システムの納入後、定められた期間内ないし一定の相当期間内に、当該システムが実用に耐えうる程度にまでなされるべきであり、注文者の指示による仕様の変更等であればともかくとして、少なくとも通常のシステムにおいて存在することが許されないような不具合については、注文者の指摘を待つまでもなく、請負人が当然に自ら是正すべきであり、注文者が当該システムに対する不具合を具体的に指摘できない限り、当該不具合が注文者の責任によって生じたものとして解除を制限することは許されないというべきである」。

「本件システムには重大な瑕疵があり、そのため本件契約の目的を達することができないから、基本契約書8条1項ないし民法635条の解除事由が存在し、解除の要件にも欠けるところはないから、本件契約は本件解除通知の到達により解除された(後略)…」。

24. 納品されたソフトの瑕疵が否定された事例

東京地裁八王子支判平成15年11月5日判例時報1857号73頁

【事案】

注文者Xは、Yに対し、納品されたシステムに瑕疵があり、全く使いものにならなかったと主張して、主位的に、民法635条による請負契約の解除に基づき、予備的に、Yが使用可能なシステムを納入すべき義務の不履行があるとして、民法541条による請負契約の解除に基づき、請負代金の返還を求め、さらに予備的に、Yには、システムの構築に当たってXから十分なヒアリングをすべき善管注意義務及びXがシステムを本稼働させるまでサポートすべき義務の懈怠があるとして、民法415条に基づき損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

システムの瑕疵については、①当事者間に合意したものは瑕疵とはいえず、②作業などに時間がかかり、誤入力も発生したようであることは、社員の不慣れであったことも原因で

あり、システム自体の問題であると断ずることはできず、③日付の誤入力する場合のシステムの停止設定とログリストが発行されるような設定は、合理性を欠くものとは言えず、さらに停止しない設定も可能であるので、システムの瑕疵と認めることはできず、また、エラーの原因を突き止め、これを修正する作業はシステム管理者が行うのが一般的であるから、システム管理者と同等の知識を有しない者においてこれらの作業を行うことができないからといって、これがシステムの瑕疵に当たるともいえず、④紙詰まりは、故障の頻度・態様に照らして、システムの瑕疵とまでいうことはできず、⑤入力方法の煩雑は、使用に耐えないものであるとまで認められないなどとして、その存在が否定された。

「Yは、(中略) …、システム導入目的に適うシステムを構築すべき義務を本件請負契約に基づき負うものと解されるが、他方、Xも、一つの企業体として事業を営み、その事業のためにシステムを導入する以上、自己の業務の内容等Yがシステムを構築するについて必要とする事項について、正確な情報をYに提供すべき信義則上の義務を負うものと解される。したがって、たとえYがコンピュータシステムの専門家であるとしても、システムを構築する前提としてのXの業務の実態が正確にYに伝達されなければ、Yにおいて、Xの業務に適合するシステムを構築することは困難であるから、本件システムが、発注データを変更するのは全商品数の一割程度であること、バイヤーが変更を検討する時間自体は20分程度であることを前提として構築されたものであることについて、Yに責任があるとはいいがたく、これに起因する事由をもって、本件システムの瑕疵に当たるということはできない」。

「Xが指摘する点はいずれも本件システムの瑕疵とはいえず、上記運用テストで発注業務に時間が掛かりすぎたとの点をもって、本件システムの瑕疵に当たるといってもできないところ、他に、本件システムがXの業務に適合しないものであったことを認めるに足りる証拠はないから、本件システムに構造的欠陥が存すると認めることはできない」。

25. プログラム製作に瑕疵があると認められた事例

東京地判平成14年4月22日判タ1127号161頁

【事案】

X会社は、Y会社から、同社の販売管理、製造などの総合システム開発の業務を請け負った。本件システムを納入した一ヶ月後から、Yは、本件システムを本格的に稼働させた。本件システムは本稼働後も不具合が発生したため、Yは、Xに対応を求めたが、Yの納得する補修をすることが出来なかった。Yは、Xに対し、代金の一部しか支払っていなかったため、XはYに対し残代金を請求した(本訴請求)。これに対し、Yは、Xの不適切な本件システム開発により損害を被ったなどとして、反訴して損害賠償を求めた。

【判旨】本訴請求棄却、反訴一部認容。

「情報処理システムの開発に当たっては、作成したプログラムに不具合が生じることは不可避であり、プログラムに関する不具合は、納品及び検収等の過程における補修が当然に予定されているものというべきである。このような情報処理システム開発の特殊性に照ら

すと、システム開発の途中で発生したシステムの不具合はシステムの瑕疵には当たらず、システムの納品及び検収後についても、注文者から不具合が発生したとの指摘を受けた後、請負人が遅滞なく補修を終えるか、注文者と協議した上で相当な代替措置を講じたと認められるときは、システムの瑕疵には当たらないものと解するのが相当である」。

「販売管理システムには、迅速化及び合理化が必須の要素として求められていること、Yの営業所では、検索に時間がかかるために、手書きの在庫台帳を作成して顧客からの問い合わせに応じていることによれば、本件本稼働後、本件システムに生じた処理速度に関する不具合は、Yが本件システムを用いて通常業務を行う上で、看過することができない重大な不具合であると認めるのが相当である」。

「墓石等関連システムは、(中略) …、Xが、Yによる旧システムへの復帰時までに、処理速度を改善するために適切な代替措置をとったと認めるに足りる証拠が存在しないこと等に照らすと、本件システムに生じた処理速度に関する不具合は、本件システムの瑕疵と認めるのが相当であり、(後略) …」。

「Xは、通信費の増加について、適切な対応をとっていないことが認められ、他に、Xが、通信費用の高騰を抑えるために適切な代替措置を採ったと認めるに足りる証拠は存在しない。本件システムには通信費が多額に上るとの瑕疵が存在するものと認められる」。

26. 作成されたプログラムに重大な瑕疵があったと認められた事例

東京地判平成5年1月28日判時1473号80頁

【事案】

Xは、Yとの間で、プログラムの作成を内容とする請負契約を締結した。ところが、その後Xは、納入されたプログラムに多数の瑕疵があり契約の目的を達成できないことを理由に、本件契約を解除し、Yに対し損害賠償を請求した。これに対し、Yは、残代金の支払を求める反訴を提起した。

【判旨】本訴一部認容・一部棄却・反訴棄却。

「(前略) XとYとで初期化の時間についてなんらかの合意をしたものではないし、また、弁論の全趣旨によれば、初期化に時間がかかるとしても、複写の方法を用いればデータフロッピーを短時間で作成できることが認められるから、これをプログラムの欠陥であるといふことはできない。

しかし、その他の点は、Yが納入すべき文字・図形デザインプログラム及びワープロプログラムの内容に反するから、第三納入文字・図形デザインプログラム及び最終納入ワープロプログラムは、不完全なもので、瑕疵があると認められる」。

「したがって、Yの納入したプログラムには、全体として重大な瑕疵があるといえ(一部は未納入)、(中略) …、Xは本件契約を締結した目的を達成することができないと解されるから、本件契約を解除し、Yに対し、損害賠償を請求することができる(後略) …」。

27. 「バグ」がソフトの欠陥といえるための要件を判示した事例

東京地判平成9年2月18日判タ964号172頁

【事案】

運送業を営むXは、Yとの間でソフト開発委託契約を締結した。しかし、右ソフトが納入された後にも営業管理システムが正常に稼働しなかったことから、Xは、本件システムには重大な不具合が多数あり、それがプログラムに欠陥があるためであるとして、Yに対し本件委託契約の解除に基づく損害賠償及び不法行為に基づく損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「本件システムの内容、プログラムの全体規模、プログラムが右システムのためのオーダーメイドされたソフトウェアであり、多数の顧客が実際に運用することによりテスト済みの既成のソフトウェアを利用したものではないことに照らせば、本件システムのプログラムに右のようなバグが生ずることは避けることができないものであるということができ、その補修は、プログラム製作者と本件システムの利用者との共同作業によってなされるほかないものといえる」。

「プログラムには右のとおりバグが存在することがありうるものであるから、コンピュータシステムの構築後検収を終え、本稼働態勢となった後に、プログラムにいわゆるバグがあることが発見された場合においても、プログラム納入者が不具合発生の指摘を受けた後、遅滞なく補修を終え、又はユーザーと協議の上相当と認める代替措置を講じたときは、右バグの存在をもってプログラムの欠陥（瑕疵）と評価することはできないものというべきである。これに対して、バグといえども、システムの機能に軽微とはいえない支障を生じさせる上、遅滞なく補修することができないものであり、又はその数が著しく多く、しかも順次発現してシステムの稼働に支障が生じるような場合には、プログラムに欠陥（瑕疵）があるものといわなければならない」。

本件バグについては、指摘された後に遅滞なく補修を終えており、プログラムの欠陥とはいえないとして、「Xの本件委託契約の解除に基づく損害賠償請求ないし不法行為に基づく損害賠償請求は理由がない」とされた。

28. ソフト製作者の債務不履行責任が認容された事例

広島地判平成11年10月27日判時1699号101頁

【事案】

X会社は完成したソフトは統括・統合ができておらず、また、販売管理・財務管理システムに種々の欠陥があると主張して、ソフトの製作販売等を業とするY会社に対し、基幹業務システムソフトの製作請負もしくは製造販売契約の債務不履行に基づき、ソフトの欠陥により被った損害の賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yは『ご提案書』において本件システムの目的として販売管理、経営管理の迅速化、合理化を図ることを提示していたのであるから、コンピュータソフトの製作に関し自らが有する高度の専門的知識経験に基づき右目的の実現に努めるべき責務を負うと解するのが相当である。しかるところ、Yは、(中略)…参考資料を受領していたのであるから、Xの調

査結果や右各資料に基づいてXの業務の内容を分析した上、専門技術的な視点で判断して必要と思われる事項を提案、指摘するなどしてXをサポートする義務があったというべきである」。

その上で、Yのサポート義務の違反したこと、「売上データについて合計値で引き渡すのみでは右仕様に適合しない」こと、「本件ソフトの操作性の不備は、Yの設計が適正を欠いたことに起因すると認められ、YはXが作業コードを円滑に入力できるよう設計する義務があったのにこれと怠った」こと、「本件ソフトの仕様の不備は、コンピュータソフトとして通常有すべき機能を欠くもの」、「消費税の方式が変更できないこと」等を理由として、販売管理システムについてYの債務不履行が認められる。

そのほか、財務管理システムについては、「本件ソフトの処理能力の低劣さは、財務管理システムとしての機能を著しく欠くもの」、「LAN機能が著しく劣っていること」、「Yとしては専門技術的見地から統一性・拡張性を備えたシステムになるようサポートする義務があり、Aの設計を漫然使用したことは右義務を怠ったもの」、「口座振替一覧表の不備」は「適正なものを作成するようサポートする義務」を怠ったものであること、「仕様の不備は、売掛請求の迅速な請求書の発行と請求及び記帳の合理化の経営内容に反」すること等を理由に、Yの債務不履行が認められる。また、車両管理システムについては、「本件ソフトの車両管理システムが事業活動の管理に必要な機能を備えているとはいえず、Yの債務不履行に当たるといえる」とされた。

29. 注文者の要望と瑕疵との関係を判示した事例

那覇地判平成12年5月10日判タ1094号177頁

【事案】

Xは、信用調査会社Yとの間で、信用情報管理用のソフトの開発委託契約を締結した。Yは、本件ソフトに種々の欠陥があるとして、本件ソフトは、開発目標を達成していないため、業務上使用できる状態ではなく、請負契約上の仕事は完成していないとして民法641条に基づき本件契約を解除し、仮に本件ソフトの作成が一応完了したとしても、右の瑕疵が存在するため、契約の目的を達することができないとして、民法635条に基づき本件契約を解除し、二回目の分割金の支払を拒んだ。そこで、Xは残代金の支払を求めた。

【判旨】請求認容。

「Y主張のシステム化の目標は、あくまでも将来の開発目標であり、(中略)…本件契約の内容及び契約の目的となっていたとは認められない」。

「入力に要する時間は、調査内容や担当者の資質により変動することに加え、(中略)…XY間で、様々な改善策を講じた上、入力に要する時間を実測するなどした結果、本件契約書の締結に至ったものであり、遅くとも本件契約の時点では、一応の目標を達していたものと認めるのが相当である」。「Yが本件ソフトの瑕疵であると指摘する四点については、〔1〕及び〔2〕については、Yが本件契約を解除する前に修正済みであり、(中略)…〔3〕については、Yが本件契約の締結前から改善要望を出して、Xも様々な対応策を提案して

いたこと、〔4〕については、本件契約締結後に出された改善要望であること、百を超える被告の改善要望のうちの残った二項目に過ぎず、他の要望事項については、その都度Xが改良を加えていること、「入力画面の見やすさ等、形式面がYの要望と異なるという次元の問題であり、例えば計算ミスが起こるといったソフトの機能自体に不具合が生じたものではないこと」を総合すると、「右の二点でYの要望が受け入れられなかったからといって、直ちに本件ソフトに瑕疵があるとは認められない」。「以上によれば、Xは、本件ソフトを完成し、本件ソフトに瑕疵は存しないのであるから、本件解除事由を認めることはできず、本件解除の意思表示は効力がない」。

B 裁判例に関する分析

情報システムの構築のような知的給付の場合には、「材料は不要」であるが「引渡しは必要」という側面がある。しかし、そのような独自性は有するものの、「他人の役務により」「仕事を完成する」という請負契約の性質からは、特異なものではない²⁴と思われる。また、山本説によると、こうした請負は、労働そのものと労働の「結果」を区別すること自体はできるが、その代価が必ずしも労働の結果との交換とはいえないので、役務型の請負に属するとされている。

まず、この種の請負における瑕疵について、前掲諸裁判例は以下のように判示される。

裁判例 23 では、システムの不具合を事実レベルで具体的に認定した上で、当該不具合を契約目的に達成することができない重大な瑕疵として認められた。また、システム開発の特性に即して、裁判所は、「システム開発においては、通常、完成時に不具合が全く存在しないことは少なく、一応のシステム完成後もその修正が必要となり、また、不具合の発見については、コンピュータのシステム開発が外見から直ちに不具合が明らかにならない性質のものであること」を認めながら、本件では、「システム開発におけるバグの除去は、あくまで第一次的には請負人の責任であり、当該システムの納入後、定められた期間内ないし一定の相当期間内に、当該システムが実用に耐えうる程度にまでなされるべきであり」、「少なくとも通常のシステムにおいて存在することが許されないような不具合については、注文者の指摘を待つまでもなく、請負人が当然に自ら是正すべきであり、注文者が当該システムに対する不具合を具体的に指摘できない限り、当該不具合が注文者の責任によって生じたものとして解除を制限することは許されないというべきである」と判示した。

裁判例 24 においては、裁判所が、注文者の主張した個々の瑕疵の存在を否定した。また、注文者がシステム構築するについて必要とする事項について、正確な情報を請負人に提供すべき信義則上の義務を負うとして、注文者の提供した不十分な情報を前提として構築されたシステムは、システムの瑕疵に当たるとはいえないとも判示された。

裁判例 25 においては、情報処理システム開発の特殊性に照らして、「システム開発の途中で発生したシステムの不具合はシステムの瑕疵には当たらず、システムの納品及び検収後についても、注文者から不具合が発生したとの指摘を受けた後、請負人が遅滞なく補修を

²⁴ 芦野訓和「判批」(裁判例 25 に関する評釈) リマックス 29 号 (2004 年) 30 頁。

終えるか、注文者と協議した上で相当な代替措置を講じたと認められるときは、システムの瑕疵には当たらないものと解するのが相当である」という一般論を採った上で、本件システムの処理速度は注文者が通常業務を行う上で看過することができない重大な不具合であり、これに対して請負人側は別個対応することを告げながらも代替措置を取るなどの適切な対応を取っていないことから瑕疵があり、またそれに伴う通信費の増加についても瑕疵があると認定された。

裁判例 26 では、文字・図形デザインプログラム及びワープロプログラムについて、印字ができないなどの事実があり納入すべき内容に反するとして、プログラムは不完全であり重大な瑕疵があると認められた。

裁判例 27 においては、プログラムのいわゆるバグが瑕疵といえるための要件について判示された。

裁判例 29 は、注文者側の主張は契約の内容及び目的となっていたとは認められず、また、製作者側も修正あるいは様々な対応策を提案し対応している、さらに、入力時間や様式などで注文者の要望と異なるところがあるが、ソフトの機能自体に不具合が生じたものではないとして、瑕疵とまでは認められないとされる。

なお、裁判例 28 は、前掲 6 件と異なる判断構造を採用した。即ち、結果向けの瑕疵判断構造ではなくて、義務違反としての債務不履行判断構造が採られた。本件においては、請負人に「ソフトの製作に関し自らが有する高度の専門的知識経験に基づき右目的の実現に努めるべき責務」と「調査結果や受領された参考資料に基づいて注文者の業務の内容を分析した上、専門的な視点で判断して必要と思われる事項を提案、指摘するなどして注文者をサポートする義務があった」とした上で、請負人の債務不履行が認められた。しかし、具体的な義務違反の有無を認定する際には、ソフトの機能上の支障などの認定に基づきその債務不履行を認めた。こうした構造から見れば、結果債務ではなく、努力義務・サポート義務という前提を出発するものの、仕事の結果の不完全性に着目して、帰責事由を問題とせず、債務不履行責任の有無が判断される。こうした認定方法は、請負契約における瑕疵担保責任の判断構造と実質的な区別がないともいえる。なお、こうした判断手法は、一定の結果の不完全性から提供された役務の不完全性を強く推定される瑕疵化体論に似ているところも見られる。

前掲諸裁判例を総合的に考察すると、この種の請負における瑕疵の判断においては、少なくとも以下の傾向が見られる。

①契約内容重視という点は建築請負と同様である。例えば、裁判例 24、26、27、29 においては、合意の内容及びその内容違反の有無によって瑕疵の存否が判断された。

②瑕疵の判断について、建築請負と同様に、発生すべき結果である目的物に瑕疵があるか否かが重要な役割を果たす。例えば、裁判例 26、28（債務不履行の判断構造であるが、実質的には結果である完成物に瑕疵があるか否かに帰結する）はその典型的な例である。なお、後述するように、発生すべき結果以外の要素も取り込まれる傾向は、建築請負の場合

に比べて、より一層顕著である。例えば、裁判例 23、24、25、27、29 である。

③発生すべき結果以外の要素が取り込また諸裁判例において、建築請負の場合と異なって、この種の請負に相応しい特徴的なものが見られる。建築請負においては、結果完成前の請負人のやり方の重視、瑕疵の形成原因の究明の重視、目標の達成可能性や専門家的性格などの諸要素が見られ、情報システム構築請負の場合においては、仕事が一応完成した後のプロセスがより重要な要素として扱われる。特に、裁判例 25、27 において明確に提示され、裁判例 29 に潜んでいる「請負人の補修・代替措置の採ること」という要素は、建築請負の場合と明らかに異なる。以下では、この点について簡略な検討を加える。

裁判例 27 の判旨によれば、「プログラムにバグがあることが発見された場合においても、不具合発生の指摘を受けた後遅滞なく修補を終え、またはユーザーと協議の上相当と認める代替措置を講じたときは、バグの存在をもってプログラムの欠陥と評価することができず、これに対して、バグといえども、システムの機能に軽微とはいえない支障を生じさせる上、遅滞なく補修することができないものであり、又はその数が著しく多く、しかも順次発現してシステムの稼働に支障が生じるような場合には、プログラムに欠陥（瑕疵）があるものといわなければならない」とされる。裁判例 25 も同旨である。即ち、修補請求・不具合発生の指摘に応じるか否か（修補か代替措置か）というような請負人側の事情が瑕疵の認定に影響を及ぼす要素となる。これらと類似に、裁判例 29 においては、請負人側の対応（修正・対応策の提案など）が、瑕疵を認定する際の考量要素となる。

ところが、一般的には、物理的概念である瑕疵の認定に際して、「瑕疵」発生した後の対応は、瑕疵の有無に影響を及ぼさないとされる。判旨に現れたように、この種のような知的給付の場合には、その給付の特殊性であるバグなどの不可避性に基づき、請負契約における結果完成義務が緩和され、請負人にも制限的な結果債務しか負わないことになる。これは、634 条以下における「目的物に瑕疵がある」という要件及び、「修補に代えて」の損害賠償と修補請求との選択は、注文者に属すると解釈と明らかに異なるので、なお検討の余地があると考えられる。特に、瑕疵担保責任とは別に、完全な目的物を引渡し義務の遅延による損害賠償は、代替措置が採ったかどうかを問わずに、認められるべきのではないかと考えられる。

なお、裁判例 23 の判旨によれば、仕事が一応完成した後のプロセス的要素は瑕疵判断の際に取り込まれないが、その要素は契約解除できるかどうかに関わる要素となりうる。このように、仕事が一応完成した後の請負人の対応が、瑕疵判断の要素ではなくて、瑕疵に対する救済手段の側面に位置づけることは、追完・追完請求権の考え方からみれば、相当の合理性があると考えられる。

そのほか、既に述べたように、情報システム構築のみならず、建築請負においても、プロセス的要素が見られる。しかし、情報システム請負の場合は、建築請負の場合における目的物を形成する過程（やり方である役務を含め）に着目することと異なって、仕事が一応完成した後の請負人の対応がより重視される。また、役務提供過程における役務の不完全

性まで論じたことは、建築請負と異なって、情報システム請負に関する諸裁判例の中には見当たらない。

④建築請負の場合と同様に、瑕疵を判断する際に、「許容範囲」の概念が用いられた。裁判例 24 は、システムに発生した支障が使用に耐えないものではないとして、その瑕疵の存在を否定したものである。また、その支障が軽微といえない場合のみ瑕疵に当る（裁判例 27）という一般論も見られる。したがって、建築請負の場合と同様に、支障の程度が、瑕疵か否かにかかわる重要な要素となる。

⑤協力義務が瑕疵判断の要素に取り込まれたこと。例えば、「ユーザーと協議の上相当と認める代替措置を講じたとき」（裁判例 25、27）、「正確な情報の提供」（裁判例 24）などのような表現である。なお、裁判例 23 においては、瑕疵による解除という法的効果に限り、「システム開発におけるバグの除去は、あくまで第一次的には請負人の責任であり、（中略）…少なくとも通常のシステムにおいて存在することが許されないような不具合については、注文者の指摘を待つまでもなく、請負人が当然に自ら是正すべきであり、注文者が当該システムに対する不具合を具体的に指摘できない限り、当該不具合が注文者の責任によって生じたものとして解除を制限することは許されないというべきである」とされる。したがって、請負人の第一的責任との性格から見れば、協力義務のあることから直ちにその瑕疵の存在及びその特定の法的効果を否定するわけではないことが明らかとなる。

⑥瑕疵か否かを判断する際に、期待の役割が軽減される。情報処理システムについて、一般の人々には、「情報処理システムは、テレビジョンのようなもので、電源さえあればすぐに使える」との誤解がある。コンピュータによる情報処理システムとテレビジョンを、同じもののように考えている人は意外に多く、これがコンピュータ訴訟の発生する原因の一つとなっていると指摘される²⁵。その理由から、この種の請負における当事者の期待・要望に対する扱い方も特徴的である。例えば、裁判例 29 においては、注文者の要望が受け入れられない点があるからといって直ちにソフトに瑕疵があるとは認められないとされる。

（三）その他の裁判例

A 裁判例

30. 提供された情報に瑕疵があるとはいえない事例

東京地判昭和 63 年 6 月 29 日金判 824 号 37 頁

【事案】

Y は、会員となった一般投資家に対して株式投資についての正確な情報を提供するとともに、取引銘柄の選択及び売買の時機を指示し、会員に対して非会員以上の利益を得させしめることを業とする会社である。X が、年会費を支払って、Y の会員になった。ところで、X は、Y の社員 A の指示により株式売買をしたところ、損失を被ったため、X の担当を A から B に代えてもらった。しかしながら、B の指示どおり株式売買を行ったものの、右同

²⁵ コンピュータ訴訟研究会『コンピュータ紛争事件のケース研究・争点の技術的な見方』（尚文社 1999 年）236 頁。

様やはり損失を被った。そこで、XはYに対して、主位的に債務不履行、瑕疵担保責任、予備的に不法行為に基づき損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「本件会員契約は、株式投資についての専門家としてのYが、年会費という名称で対価を得て株式に関する情報を提供するという契約であるから、一種の請負契約の性質を有すると認めることができる。そして、本件会員契約が右のような性質を有する以上、YはXに対し、株式投資の専門家として、善良な管理者と同質の注意をはらって、一般投資家が有する以上の株式投資に関するより正確な情報を提供し、適切な指示、助言をなすべき債務を負担すべきであり、その提供した情報の内容が重要な部分において誤っていた場合には、目的物が契約に定められた性質を完全に具有しておらず、『仕事の目的物に瑕疵がある』ことになるから、これを知らないXがその提供された情報を正確なものとして信じてこれに基づいて行動したために、なんらかの損害を被った場合には、原則としてXはYに対する損害賠償請求をすることができると解される。しかしながら、一方、本件会員契約が株式投資に関する情報提供を目的とするものであり、株式投資における株価の動向については、その要因が複雑であるという性質から、個々の動向を事前にしかも十分に予見、予測することが著しく困難であるということは、明らかな事実であるから、このような株式投資に関して提供された情報の内容について、その重要な部分に誤りがあったか否かについて判断する場合には、ただ単に提供された情報及びこれに基づけば通常判断、予測されるであろう結果と、現実に生じた結果とがたまたま異なっていたからといって、直ちにその提供された情報には内容の誤りがあったものと判断することはできないといわざるをえない。(中略) …その結果、株式投資についての情報提供については、情報提供者が判断の対象とした資料について、株式投資についての専門知識を有する者が判断すれば、そのような情報を構成するのが通常であり極端な判断の逸脱とはいえないような場合には、この判断は一応妥当であり、提供された情報にも瑕疵があるとはいえないことになる」。

31. 印刷上の瑕疵が認められた事例

東京地判昭和51年5月17日判時840号79頁下民集27巻5-8号305頁

【事案】

Xは、児童向けの交通規制教本を発行しようとして企画し、Yとの間で印刷請負契約を締結し、その納品を受けたが、それには文言の逆印刷、判読不能箇所、交通標識の杜撰な印刷が存在した。そこで、XはYに対し、右の瑕疵は印刷契約の目的を達成できない重大な瑕疵であるとして、契約を解除し、代金の返還と逸失利益の賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「(前略)の逆印刷および(中略)…色の誤り部分は、交通規則を児童に誤って理解させるおそれが多大であるから、重大な瑕疵と認めるのが相当であり、次に(中略)…の判読不能箇所は、概ね通常人が記載されている文字を熟視すれば辛字で判読できるとはいえるものの、漢字の知識に乏しく、振り仮名に頼りがちな児童にとっては、その正確な把握を

期待することは困難であり、児童向けの交通規則理解用具として作製された本件教本の性格からすれば、右の瑕疵もまた致命的な欠陥であるというべきである」。

「本件教本作製の趣旨、目的からすれば、本件教本全体にわたって 27 箇所にも上る重大ないし致命的な瑕疵が存在するということはとりもなおさず本件教本の印刷につき、本件印刷契約の目的を達成できないほどの重大な瑕疵が存するものというべきであると断ぜざるを得ない」。

「凡そ印刷物の校正の責任は、特段の事情のない限り、最終的には注文者に属するものと解すべき（中略）…が、印刷業者もその道の専門家として注文者の校正結果に明白な誤謬、書損じ、その他これに類する瑕疵を発見したときは、直ちに注文者にその訂正方を申入れてその指示を俟つ等注文による印刷の万全を期すべきことはもとより当然であり、特に本件においては、右に認定のようにXの行なつた校正は、本件教本の四分の一の縮刷版によるものであるから、原寸大に比べて絵柄および活字が小さいため見難く、しかも絵柄部分と文字部分とを別個に校正したのであるから、印刷に通暁しないXとしては、これらを一体として印刷した場合に（中略）…に判読不能箇所が生ずることは予期し得なかつたものというほかなく、その上、Yとしては本件教本が児童を対象とするものであることは印刷目的物に徴し、たやすく了知し得るところであるから、文字の判読不能等先に認定の瑕疵が本件教本にとって重大な欠陥となることは容易に知り得たはずであるから、Xによる前認定程度の校正を経たことを理由にYはその瑕疵担保責任を免れ得ない（後略）…」。

32. 完成された銅像の瑕疵が否定された事例

福島地判昭和 39 年 7 月 2 日下民集 15 卷 7 号 1709 頁

【事案】

Yは、Xとの間で、娘の銅像を製作する請負契約を締結した。Yは完成した銅像が娘に似ていないとして、顔の部分の作り直しを要求したところ、Xはこれを改鑄し引き渡した。その後、Xは、残代金を請求した。これに対し、Yは、似ている完全な銅像を作り替えて引き渡すまで残代金を支払わないと主張した。

【判旨】請求認容。

「同条の瑕疵とは、目的物が契約に定められた性質を完全に具有しないことをいうものであるから、銅像が本人と似ていない場合、即ち相似性を欠く場合も含まれことは勿論であるが、元来、銅像製作という仕事は、極めて高度の技術を要する困難な仕事であるのみならず、Xは生前のA子に接したことはなく、正面から撮影した同女の写真一枚のみを資料に、父親であるXの助言を求め、本件銅像を製作したものであること（中略）…、この程度の資料から注文者が十分に満足するような本人に生き写しの銅像の製作を期待することは、一般的にいつて無理であり、かかる場合、注文者として期待可能な相似性の程度は、自ら一定の限界があるといわなければならないからである。

（前略）本件銅像が本人の故A子に幾分似ていない点があるといいえども、本件の如き程度では、未だ注文主の受忍すべき程度を超えていないものと認めるものである。即ち本件

銅像には第 634 条以下に所謂目的物の瑕疵に該当する程度の不完全性即ち非相似性があるとはいえない」。

33. 店舗内装設計請負契約を履行したとされた事例

東京地判昭和 62 年 5 月 18 日判時 1272 号 107 頁

【事案】

Xは、Y社に対し、希望するデザインのイメージを説明したうえ、店舗デザインについて設計請負を締結した。Xは、Yの提出したデザインが自己の希望するイメージに合わないため、別個のデザインの製作を要求したが、Yはこれを拒否した。そこで、Xは、Yに債務不履行があったとして、本件設計契約を解除し、既に支払った代金の返還を求めた。

【判旨】請求棄却。

「デザインにおける素材、色彩又は形状等について発注者から指示があればデザイナーはそれに従うべきことは当然であるが、そのような指示のない限りそのようなイメージのデザイン化は、あげてデザイナーの感性、創作能力に委ねられるものであって、デザイナーが予め発注者とイメージについて十分に打ち合わせをし、その結果に基づきそのイメージにあうものとしてその感性、創作能力をもってデザインを製作した以上、結果的にデザインが発注者の意に沿わないものであったとしても、デザイナーとしてはその債務を履行したものであるべきであって、発注者とデザイナーとの間で明示的又は黙示的にその旨の合意がない限り、デザイナーにおいて発注者の意に沿うまでデザインを製作し直す義務はないというべきである（信義則上要求される程度の修正は別問題である）。

けだし、デザインがあるイメージに合うか否かは全く個人の主観によるものであり、デザイナーがその感性、製作能力により真摯に発注者の希望するイメージを表現すべくデザインを製作したにもかかわらず、発注者において希望するイメージに合わないと判断する限り、デザイナーの費用負担において幾度でもデザインを製作し直さなければならないとすれば、デザイナーの不利益は甚だしいものがあるからである」。

B 裁判例に関する分析

裁判例 30 は、情報提供請負契約に関わるものである。裁判所は、当該契約が請負契約の性質を有すると認めたとうえで、請負人が「善良な管理者と同質の注意をはらって、一般投資家が有する以上の株式投資に関するより正確な情報を提供し、適切な指示、助言をなすべき債務を負担すべきであり、その提供した情報の内容が重要な部分において誤っていた場合には、目的物が契約に定められた性質を完全に具有しておらず、『仕事の目的物に瑕疵がある』ことになる」という前提に基づき、請負人が注文者に対してこうした瑕疵による損害を賠償すべき義務を有するとされた。その上で、情報提供請負の特性に着目しながら、提供された情報が誤ったか否かが、単なる現実に生じた結果により判断するわけではない、むしろ「株式投資についての情報提供については、情報提供者が判断の対象とした資料について、株式投資についての専門知識を有する者が判断すれば、そのような情報を構成するのが通常であり極端な判断の逸脱とはいえないような場合には、この判断は一応妥当で

あり、提供された情報にも瑕疵があるとはいえないことになる」とされる。

裁判例 31 では、請負の趣旨、目的から本件瑕疵の程度が重大であることが認められたうえ、注文者の校正困難性、本件印刷物の特性による請負人の注意義務などの当該瑕疵に至った具体的な原因を認定して、請負人の抗弁（注文者の指図としての校正）を否定した。

裁判例 32 は、仕事自体の困難性との理由で、注文者期待の限界があり、完成した結果が注文主の受忍すべき程度を超えないとした上で、瑕疵の存在を否定した。

裁判例 33 は、デザイン請負に関する裁判例である。本件では、デザイナーの感性、創作能力による裁量権を広く認められ、当該事案によれば、瑕疵か否かを判断する際に、情報システム構築と同様に、特別の合意がなければ、請負人に裁量の余地が大きな場合に、注文者の期待の役割が軽減されるという傾向が見られる。

前掲の 4 件の裁判例においては、以下の特徴が見られる。

第一に、4 件の裁判例は、いずれも完成した目的物に瑕疵があるか否かをめぐって展開された事案である。その際に、契約内容違反の有無が重要な要素となると同時に、他の要素も取り込まれている。裁判例 30 においては、善管注意義務、適切な助言義務、情報提供請負の特性、同種類の者の場合の達成可能性などの要素が取り込まれた。裁判例 31 においては、636 条の抗弁の成否について判断された。裁判例 32 においては、仕事の困難性、注文者期待の達成可能性、受忍程度などが瑕疵判断の要素となった。裁判例 33 においては、特別の合意の重要性を認めながら、当該合意がなければ、仕事の特殊性による請負人の裁量的要素が重視された。

第二に、瑕疵を認定する際に、専門家的性格が重要な要素となること。裁判例 30 においては、専門家であるから、一般の投資家に比べて、より正確な情報を提供し、適切な指示、助言をなすべき債務を負担すべきと認定され、また、完成した目的物に瑕疵の有無を判断する際には、同種類の他の専門家との対比も判断基準とされた。裁判例 31 においては、印刷業者の専門家としての注文者に対する義務が論じられた。

第三に、結果の達成可能性が瑕疵判断の重要な要素となること。例えば、裁判例 32 である。前掲裁判例 5、19 と併せて見れば、請負人が負う完成義務及び瑕疵担保責任は、実現可能な限度で負うべきと見ることができる。

第四に、リスク分配論のようなものが見られる。裁判例 3 では、注文者の校正困難性を認定した上で、注文者の校正は、目的物の支障を排除することは困難である以上、注文者に責任を負わせることは不合理であるとされた。こうした判断手法は、完成した目的物の支障に対する責任が最も克服可能な当事者に割り当てるというリスク分配論的な手法と一致しているともいえる。

第五に、許容範囲の判断。他の請負の場合と同様に、許容範囲の概念も見られる。裁判例 32 は、その具体的な例である。

第六に、請負人の裁量性が重要な判断要素となること。情報システム構築の場合と同様に、裁判例 30、33 においても、特別の合意がなければ、請負人に裁量の余地が大きな場合に

は、注文者の期待の役割が軽減されるとの傾向が見られる。

二 請負型役務の瑕疵判断に関する総合的考察

(一) 裁判例に関する分析の再確認

前掲諸裁判例の分析を総合してみれば、以下の諸点が明らかとなる。

第一に、裁判例の大部分は、「目的物に瑕疵があること」を瑕疵とされる。具体的には、二つの場面に分けることができる。

①相当数の裁判例においては、請負人の責任を判断する際に、もっぱら発生すべき結果である目的物のみ、即ち「役務の瑕疵」を問題とせず、「物の瑕疵」のみに着目する傾向が見られる。この点は、伝統的な学説と同旨である。

この種の事案においては、請負契約の役務的性格が瑕疵担保責任の特則性を説明するための概念にとどまり、役務に瑕疵があるか否か自体は問題とならない。つまり、瑕疵の判断に限り、この種の請負は、もっぱら物取引に接近するとも言えるであろう。

②発生すべき結果以外の要素、特に、役務的要素が取り込まれた裁判例も見られる。具体的には、完成した目的物に支障があることに加えて役務であるやり方の不完全にも瑕疵の構成要素となる裁判例が見られる。この種の裁判例の諸判旨によれば、「物の瑕疵」だけでは、瑕疵担保責任における瑕疵にならないと見ることも不可能ではない（例えば、裁判例 16、17、19 における仕事に従事する過程におけるやり方の不十分さ、裁判例 25、27、29 における仕事が一応完成した後の請負人の対応の不十分さまでなされること）。この点は、請負瑕疵担保責任の無過失責任原則を実質的に緩和させ、636 条以下の規定に逸脱する恐れがある。

全体的には、「物の瑕疵」により「役務の瑕疵」を強く推定したうえで、その瑕疵担保責任を認めるという役務の瑕疵化体論との判断手法は、諸裁判例において明確に現れたことはないが、類似なものは見られる。例えば、債務不履行構成を採った裁判例 28 である。

さらに、前掲諸裁判例は、目的物の支障以外の要素が取り込まれたが、目的物重視という請負契約の特性を否定することはない。というのは、前掲諸裁判例の殆どが（裁判例 28 は例外である）、完成した目的物に支障があることを前提とした上で、他の要素を加えることに過ぎないからである。

最後に、目的物に瑕疵があるか否かに判断する際に、目的物に支障があることから直ちに請負人に瑕疵担保責任を負わせるわけではなく、瑕疵の程度も考量される。具体的には、その瑕疵の程度が「許容範囲」の範囲内に属するか否かなどの手法も見られる。そのほか、情報システム構築などのような特殊な請負、特に、請負人の裁量の余地が高い場合には、瑕疵を認定する際に、当事者の期待の役割が軽減されるという傾向も見られる。

第二に、「物の瑕疵」ではなく、役務の瑕疵を瑕疵担保責任における瑕疵とされる事案もある（裁判例 17、18、19）。その詳細な検討は、後述する（二）の部分で行う。

第三に、原因究明の方法がしばしば用いられた。諸裁判例から見れば、目的物の瑕疵の形成原因を検証することは、三つの場面に見られる。即ち、請負人の抗弁を否定・認容する場

合、瑕疵を認定する場合及び瑕疵の形成に複数の原因が関与したときのリスク分配との場面である。

第四に、目標の達成可能性・仕事完成の困難度が瑕疵判断の要素となること。諸裁判例においては、仕事の完成困難度が目的物以外の他の要素を取り込む可能性を高めるのみならず、直接に瑕疵認定に繋がる場合も見られる。予見可能を前提とする安全性の具備とされた裁判例 5、目標の実現可能性が瑕疵判断の要素となる裁判例 19、同種の専門家が実現できる結果を実現すれば、その瑕疵を否定する裁判例 30、不十分な資料に基づく銅像製作の困難性により瑕疵を否定した裁判例 32 などが、その具体例である。これらの裁判例によれば、請負人には、実現可能な限度でのみ、仕事完成義務及び瑕疵担保責任を負うともみることとも可能である。

第五に、仕事が一応完成した後の対応が瑕疵判断の要素となること。情報システム構築請負の場合には、支障があるという結果から直ちに瑕疵担保責任を負わず、不具合発生の指摘を受けた後遅滞なく補修を終え、または相当と認める代替措置を講じたときは、瑕疵に当たらないとされる。このように、仕事が一応完成した後の対応も瑕疵判断の枠組みに取り込んで、請負契約をプロセス的にみることは他の役務提供型契約についても参考になるであろう。しかしながら、修補・代替措置などがなされたか否かが瑕疵判断の要素となることは、民法の規定との相違も見られる。従って、瑕疵の判断要素として捉えることよりも、むしろ完成した目的物に支障があることを瑕疵として認めたいうえで、現れた瑕疵の程度などに応じてそれぞれの救済方式をとることが論理的である。その際に、修補か代替措置をとることかなどは、追完権、追完請求権の問題として取り扱われれば足りると考える。

第六に、請負契約について、仕事が一応完成したが目的物に不完全な点があるときに瑕疵担保責任をとることは通説である。しかし、仕事が完成した場合においても、債務不履行構成をとる裁判例が見られる（例えば、裁判例 28、33 など）。これらの裁判例の共通性として、請負人側の裁量余地が高いという点が見られる。この点をさらに敷衍すると、役務提供者である請負人側の裁量余地が高い「請負」型役務提供を、請負から切り離して、委任型役務提供と同様に、結果の不完全ないしは役務自体の不完全につき、瑕疵担保責任ではなくて、債務不履行責任として構成することも不可能ではないと考えられる²⁶。

（二）請負契約における役務の位置づけについて

すでに述べたように、役務提供型契約としての請負には役務的要素が含まれるので、こうした役務的要素を検討する必要もある。諸裁判例を総合的に見れば、役務的要素は以下の諸場面で役割を果たすことが明らかとなる。

①瑕疵担保責任の特則性を説明するための根拠付けとしての役務。こうした場合の役務は、瑕疵担保責任における瑕疵を判断する際には実質的な役割を担うとはいえず、瑕疵ももつ

²⁶ この点と関連して、通説と異なって、「請負人の瑕疵担保責任から債務不履行・不法行為責任へ」という主張もなされている（植木哲「欠陥住宅問題の本質——請負人の瑕疵担保責任から債務不履行・不法行為責任へ」千葉大学法学論集 19 巻 1 号（2004 年）31 頁）。

ば「物の瑕疵」に焦点を合わせる。この点は、通説とほぼ一致している。

②「目的物に瑕疵があること」に至るまでの原因としての役務。学説上は、役務が、完成された目的物の瑕疵の形成原因の一つとして把握されているが、634条以下の規定及び通説の本旨から見れば、その特則性を説明するための根拠づけにとどまり、請負瑕疵担保責任における目的物の瑕疵を判断する際には、提供された役務自体の不完全性まで認定する必要がないと考えられる。しかしながら、裁判実務上は、目的物の瑕疵を認定しながら仕事のやり方の不完全性までも認定したことも見られる。

③注文者の指図または材料の性質に対する請負人の対応として現れた役務。636条但書によれば、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、請負人の担保責任に関する規定の不適用の例外とされている。こうした対応が、もっぱら役務的なものであること自体は否定できないであろう。この点は、諸裁判例においても現れた。例えば、裁判例18、31である²⁷。

④瑕疵の不完全を瑕疵担保責任における瑕疵とされた役務。つまり、「目的物に瑕疵があること」という要件を「役務に瑕疵があること」というように入れ替えて、「物の瑕疵」ではなく、「役務の瑕疵」を瑕疵担保責任における瑕疵とされる。裁判例自体がそれほど多くないとはいえ、ある工法（すなわち、やり方・役務）がなされないため瑕疵にあたる裁判例17、物の瑕疵か役務の瑕疵かの区別がはっきりしていない裁判例19、請負人の瑕疵担保責任と並行的に論じる請負人の善管注意義務、適切な指示、助言義務に関する裁判例30などがある。

⑤一応完成した後の対応としての役務。この点は、情報システム構築請負における特殊的なものである。つまり、一応完成した目的物の不具合の指摘を受けたとき、請負人の補修を終え、又は適切な代替措置を講じたかどうか、即ち一定の行為・役務がなされるかどうかで瑕疵判断の構成要素となり、その行為・役務がなされた場合には、瑕疵担保責任の前提である瑕疵があることは否定される。

諸裁判例における役務の位置づけについては、大体上記五つの場面に限られる。これらの点と役務提供契約に関する学説を対照すると、少なくとも以下の諸点が明らかとなる。

まず、請負契約と他の役務提供契約との統合可能性及びその統合困難性について。前掲五点から見れば、請負の役務的性格は否定できないことが明らかになるとともに、裁判実務上は、結果重視のほかに、委任型役務提供契約においてよく見られる過程重視という判断手法が用いられた裁判例も見られる。このような過程重視の「請負」を、不完全な結果に対する瑕疵担保責任を伴う請負契約に属させることが適切かどうかについては、疑問である。請負として取り扱うことよりも、請負の瑕疵担保責任をもっぱら結果重視の類型に限定して、その他の請負を、請負から切り離して、委任などの役務と統合する山本説の方が論理的であると考えられる。

²⁷ 本章に挙げられた諸裁判例は、もっぱら瑕疵の判断が問題となる事案であり、636条但書に係る裁判例はそれ以上に存することは無い。

しかしながら、統合するための前提である請負自体を類型化することの困難性も無視できない。裁判実務上は、瑕疵認定の際に、物給付に親和性が高いという「物的性格」が内在しており、瑕疵を目的物における「物の瑕疵」のみに着目するものと、役務要素が取り込まれ、「役務の瑕疵」が考察されるものとともに見られる。両者を比較すれば、目標達成の困難度の差異という抽象的な基準を除き、両者を区別するための基準は見当たらない。つまり、こうした抽象的な基準をもって物給付に親和性が高いものと役務給付に親和性が高いものとを区別することは困難な仕事であるといわざるを得ない。

この点について、山本説は、ほぼ仕事類型・業種基準によって区別される。これに対し、裁判実務においては、必ずこうした仕事または業種基準に従って役務の要素を取り込もうかどうかを決めるとは言えない。山本説の役務統合論に比べて、前掲諸裁判例は、業種基準よりも、むしろ事案ごとに分かれることが明らかである。裁判実務に現れた事案ごとに分別することもある程度の合理性があるとはいえ、基準の明確さからみれば、山本説の方がより論理的に説明されると考えられる。

次に、上記役務の位置づけに関する②③④⑤の諸点から見れば、瑕疵担保責任における瑕疵を認定する際に、役務であるやり方までの不完全性にも判断される事案が多数存在している。しかし、請負に含まれる役務が完全かどうかに関する具体的な判断基準・要素などは明らかにされていない。前掲諸裁判例から見れば、請負における役務の完全性が問題となるのは、大体一定の行為（工法、やり方、補修ないし適切な代替措置）がなされていないことと、なされた行為が適切か否かという側面に集中している。一般的に、こうした判断手法を採用するためには、請負人に一定の役務提供義務があることを前提しており、役務の不完全性はこうした義務違反がある場合に認定されると考えられる。そして、こうした義務の存在を認めるためには、何らかの基準が必要であろう。しかし、前掲諸裁判例においては、何らかの理由付けもせずに義務の存在を当然の前提であるとされる裁判例もあるし（裁判例 16、17）、請負人の専門家的性格によるその義務の存在を認定した裁判例もあるし（裁判例 18）、請け負った仕事の特異性に基いて「補修を終え、または適切な代替措置を講じる」義務を認めた裁判例もあるし（裁判例 25、27、29）、善管注意義務という抽象的義務を採る裁判例もあるし（裁判例 30）、ないしは裁判例 28 のように目的物の不完全性からその役務の不完全を認定するという役務化体論的なものも見られる。したがって、裁判実務においても、請負契約における役務の完全性に関する共通的評価基準・要素などはいまだ明らかにされていない。

最後に、役務提供契約を論じるときに、結果債務と手段債務との区別論がよく用いられる。論理的に言えば、結果債務である以上、債務不履行責任をとるためには、結果不発生の事実があればそれだけで債務の本旨に従わない履行であり、残したのは「責めに帰すべき事

由」の認定だけである²⁸。不完全履行責任の特則としての請負瑕疵担保責任の場合には、無過失責任である以上、帰責事由の認定の必要はないと解される。しかし、前掲諸裁判例から見れば、結果債務である請負契約にもかかわらず、結果のほか手段（工法・役務など）にも検証されたことが明らかになる。この点については、裁判実務上においても再考すべきのではないかと考えられる。

第三節 請負型役務に瑕疵がある場合の法的効果

一 裁判例及び分析

（一）建築工事請負契約に関する裁判例

A 裁判例

1. 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例

東京地判昭和 30 年 10 月 28 日下民集 6 卷 10 号 2275 頁

【事案】

Xは、石崖築造工事につきYとの間で土木請負契約を締結した。右の請負工事はほとんど完成をみるに至ったところ、石崖が西北面に崩潰した。その後、Xは、訴外会社Aに復旧工事を請け負わせた。そこで、Xは、Yの不完全な施工によって被った損害として、その復旧工事請負報酬金のうち 80 万円をYに対して求めた。

【判旨】一部認容。

裁判所は、工事に瑕疵があるとしたうえで、次のように判示した。

「Xは右復旧工事を訴外Aに請負わせ、(中略)…、復旧工事請負代金として金 118 万 9060 円を支払っていることが認められるけれども、(中略)…、右の金額をもって直ちにX会社の蒙った損害額であると認定するわけにはいかないのであるが、本件にあっては、右復旧工事につきYがXに宛てて見積書を提出し工事代金を金 77 万 3600 円と計上している事実がYの主張自体によって明白であるから、この事実を以て、Xが現実に支出した右金のうち少なくともYが自から見積った金額の限度までは適正なものであったと認めるべきであるから、この金 77 万 3600 円の限度に限ってXの蒙った損害額と認定するのを相当とする」。

2. 瑕疵修補請求及び損害賠償が認められた事例

東京地裁八王子支判昭和 38 年 4 月 18 日判タ 147 号 114 頁

【事案】

請負人Xは、注文者Yの注文でアパートを建築した。工事が遅延し、それに不完全な箇所があったため、Yは訴外Aなどに修補工事を施工させた。その後、XはYに対して残代金の請求の訴えを提起したのに対して、Yはその余の瑕疵修補請求、履行遅滞による損害の賠償請求、不完全履行による損害の賠償請求などとの反訴を提起した。

²⁸ なお、結果債務の帰責事由について、「結果債務では、結果不発生の実事があればそれだけで債務の本旨に従わない履行であり、かつ、債務者の『責めに帰すべき事由』の存在が高い程度で推測される」という見解がある（潮見・前掲第三章注（7）263 頁）。

【判旨】引換に認容。

「〔修補請求に対する判断〕（前略）本件建物には、三階および二階に施設した上水および下水の工事に瑕疵がある。しかして、該瑕疵は、本件請負契約上の義務履行の範囲に属するものであること明らかであるから、XはYの請求どおり、本判決言渡しの日から二箇月以内にこれが漏水箇所を修補すべき責任を負うものと言わなければならない。〔修補に要した損害額〕しかるに、XはYの修補請求に応じないので、Yはやむなくこれを自から修補した（後略）。Yはその修補工事費として（中略）…の損害を被ったこととなる。〔工事不完全のため生じた損害額〕（前略）の期間一階店舗を賃貸することができなかったこともXの責任によるものであること明らかである。したがって、Yは、右期間内、その賃料および敷金の利息相当額のうち利益の損害をこうむったものというべきである（後略）…。（前略）の損害も、Xの本件建築工事の瑕疵によること明らかであるから、Yは合計金3万8500円の賃料と同額の得べかりし利益の損害をこうむったこととなる。〔工事遅延による損害額〕Xは、（中略）…、本件工事の完成義務を（中略）…の間遅滞した。（前略）同35年1月分からこれが賃料を得ることができる状況にあったことが認められる。したがって、Yは（中略）…の間、賃料および敷金の利息相当額の得べかりし利益を失ったこととなる。〔同時履行の抗弁権に対する判断〕（後略）…」。

3. 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例

東京地判昭和43年9月6日判時557号246頁

【事案】

建築業者Xは、注文者Yのために、五階建店舗兼住宅を建築することを請け負った。Xは、Yに対し、請負代金請求の訴えを提起した。これに対し、Yは、約定による違約金債権及び瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺を主張した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「してみると、本件建物の完成、引渡は約定期限に遅れること（中略）…、Xは結局83日間の遅延について、その責に任ずべきものと認められる」。

「Yは浴室の防水工事として、Xの瑕疵修補義務の程度を越えた資材により施工したことになるから、修補に代る損害賠償としてXに請求し得る金額は本来のモルタル工法によった場合の費用の範囲内にとどめられるべきところ、（中略）…、アスファルト防水工事関係の費用は少なくとも29567円を下らないものと認められるから、その金額はこの二分の一である14783円50銭を減じた限度で正当と認められる」。

4. 瑕疵によって減額が認められた事例

東京高判昭和44年2月10日判時555号50頁

【事案】同前第二節裁判例13.

【判旨】判決変更。

「しからば本件建物の完成したとき、XはYに対し事実上不可能な瑕疵の修補に代えて損害の賠償を請求することができ、その損害は特段の事情の認められない本件においては、

居宅部分の売買代金を基準として算出した減少面積についての代金相当額であるというべきであり、そして（中略）…算出すると金 18 万 6000 円（円以下四捨五入）となり、YはXに対しこれが損害を賠償する責任があるものといわねばならない」。

5. 衡平の見地から裁量して瑕疵による損害賠償範囲が決められた事例

東京地判昭和 47 年 2 月 29 日判時 676 号 44 頁

【事案】同前第二節裁判例 10.

【判旨】一部認容、一部棄却。

「客室使用不能による逸失利益、（中略）…よって右使用期間中瑕疵がなければ客に使用させることができたと考えられる日数をうめ、（中略）…、これらの室につき右日数に応じた得べかりし利益は合計 108000 円となる」。そのほか、瑕疵によって、水漏れによる汚損物の洗濯費用、水漏れによる火災感知器調整費用、水漏れによる壁の塗装費用などが認められた。また、瑕疵修補にかわる損害賠償につき、裁判所は以下のように判断した。

「Aらの修補工事のみについて検討すると、土台の白あり食害部分も取りかえられているが、これが水もれに起因するとの確証はなく、また（中略）…も新品にとりかえられているけれども、これらに使用した材料費、労務賃金は旅館営業に不可欠な営業政策上の模様替え費用とはいっても修補に必要な費用とは断定し難く、さらに五年間使用した浴室が前掲根本的な解体修補により新築同様となったため、建物所有者であるYは、その価格の差だけ建物価格が上昇したことによる利益を受けたというべく、その利益額は損害額から控除すべきである。以上のように物価上昇差額、瑕疵と因果関係を欠き不必要な修補費用、Yの受けた利益額は、これを正確に算定する資料を欠く。しかし、瑕疵が存し修補を必要としたこと、Yは修補に代るいくばくかの損害を受けたことはいずれも明らかであり、（中略）…このような場合、損害の立証がないと判定することは当事者に過大な立証の負担をかけるもので妥当でなく、裁判所は一切の事情を考慮して衡平の見地からその健全な裁量によって、右支出金額中修補に代る損害賠償としてXに負担させるのを相当とする金額を決定すべきである」。

6. 瑕疵の修補に代わる損害賠償が認められた事例

東京高判昭和 48 年 9 月 21 日判時 724 号 35 頁

【事案】同前第二節裁判例 9.

【判旨】控訴棄却。

「契約で定められていたところよりはるかに価値の劣るものであったというのであるから、かような場合は、とりもなおさず、民法第 634 条にいう『仕事の目的物に瑕疵がある』場合に該当するというべきである。そうして、この場合、注文者であるAは、請負人であるBに対し、価値の差額（中略）…、瑕疵の修補に代わる損害賠償として請求しうるものと解するのが相当である」。

7. 修補費用は認められないが慰謝料は認められた事例

札幌高判昭和 51 年 8 月 23 日判タ 349 号 232 頁

【事案】同前第二節裁判例 8.

【判旨】判決変更。

「YがXに対し、右瑕疵の修補に代えてそれに因って被る損害の賠償を請求しうることは、明らかである」。

「而して請負工事の瑕疵による損害賠償債権については、原則として当該瑕疵の修補に要する費用の額をもって損害額と認めるを相当とするのであるが、先ず前示 1 の瑕疵について言えば、(中略) …、右瑕疵に因って本件建物の安全性、耐久性に欠けるところはさしてないものと認められるので、この意味において右瑕疵は重要なものとは認め難い。他方、右瑕疵を修補するには、(中略) …、以上一連の工事に伴って相当額の材料費、人件費を必要とすることは(証拠)に徴して明らかであり、従って右瑕疵の修補には右瑕疵の程度との対比において過分と認められる多額の費用が必要であると認められる。従ってYとしては、仮にXに対して前示 1 の瑕疵の修補請求をしようとしても、民法第 634 条第 1 項但し書の規定により、これをなし得ない場合に当たるものと認められるので、YがXに対して右瑕疵に因る損害賠償を請求する場合に右瑕疵の修補に要する費用をもって直ちに損害額と認めるのは民法の前掲条項但し書の法意を没却することになり不当といわなければならない。しかし、Yは右瑕疵に因り、少くともそれ相当の精神的な苦痛は受けたものというべきであるし、右の場合に、Yに全く損害なしとするのが不当であることは明らかである。それゆえ、かかる場合は、裁判所が諸般の事情を考慮して請負人たるXの賠償すべき損害額を決定することができるものと解するのが相当である。(中略) …Yの被った損害としてXの賠償すべき金額は金 2 万円と認めるを相当と料する」。

「(前略) 前示 2 の瑕疵を修補するには、(中略) …の方法とが考えられ、本件建物の安全性確保という観点からは前者の方法も後者の方法もさしたる差異はないものと認められるが、所要の修補費用の点では、前者の方法によるときは前掲の束の修補方法として述べた方法と同じような方法によらざるを得ないので、後者の方法によるときよりもその金額がはるかに多くなるものと考えられる。かかる場合、請負人の賠償すべき損害額を算定するには修補費用の少ない方法によって修補した場合の修補費用を基礎とするのが相当であるから、前掲瑕疵に因ってYの被った損害額を算定するには、後者の方法即ち柱取付けの方法による修補費用を基礎とするのが相当である。(中略) …証拠によれば右の柱取付けの方法によって修補した場合は外観その他の点でなお、無形の損害が若干残るものと考えられ、その意味において前掲瑕疵の完全な修補とはならないと考えられるから、前掲瑕疵に因ってYの被った損害額を算定するには、右の柱取付の方法による修補費用に右修補後の状況を想定して相当と認められる金額を付加した金額をもって損害額と認めるのが相当である。(中略) …。而して叙上の損害額算定方法に則って右修補完了後を想定した状況を斟酌して相当額の金員を右修補費用額に付加した趣旨において、前示 2 の瑕疵に因ってYの被った損害としてXの賠償すべき金額は、金 10 万円と認めるを相当と料する」。

8. 修補に代えて損害賠償及び拡大損害が認められた事例

【事案】

注文者Xは、請負人Yらとの間で宅地造成請負契約を締結した。ところで、施工した石垣が降雨のため崩壊した。Y会社は人手不足などを理由としてその工事を進めようとしなかったため、XはYらとの間の請負契約を解除する旨の意思表示をしたのち、訴外Aとの間でその復元工事を含めた残余の宅地造成工事の請負契約を結んだ。そこで、Xは、石垣が崩壊したのはYらのなした工事がずさんであったうえ、不正なものであったからであるとして、Yらに対して、石垣の復元工事のために要した費用、石垣の崩壊により近隣農家に与えた損害に対する支払った賠償金の8割及びその遅延損害金の支払いを求めた。

【判旨】請求認容。

「したがって、Xの請求は民法 634 条 2 項により石垣の崩壊という瑕疵の修補に代えて損害の賠償を請求する趣旨であると解するのが相当である。そして、本件のような事例においても同条同項が適用されると解するのが相当である（大審院大正 15 年 11 月 25 日判決民集 5 卷 11 号 763 頁参照）。この損害賠償責任は無過失責任である。また、その責任は瑕疵によって生ずるすべての損害の賠償に及ぶ。

そうすると、(中略)…石垣の復元工事等に要した費用 989 万 1400 円はこの損害に当たるとみるのが相当であり、(中略)…隣接地の被害者らに支払った賠償金 308 万 4000 円もこの損害に当たるとみるのが相当である」。

9. 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例

東京高判昭和 52 年 11 月 30 日判時 879 号 83 頁

【事案】

X会社は、Y会社に対し、アパートの塗装工事を注文した。その後、Yは工事を完成させXに引き渡した。しかしその後瑕疵が現れた。そこで、Xは、Yに対して損害賠償を求めた。一審はXの勝訴。Yは控訴。

【判旨】一部変更。

「本件塗装工事には瑕疵があるというべく、YはXに対し、担保責任として、瑕疵修補に代わる損害賠償の義務があるものというべきである」。

「(前略) Xは、前示のようにYが修補の請求に応じなかったため、建物保存上やむをえず、訴外D会社に本件剥離部分の修補を依頼し、工事の完成引渡を得て、(中略)…修補代金 215 万円を支払ったことが認められるので、Xは、本件工事の瑕疵によって右金 215 万円の出捐を余儀なくされ、同額の損害を被ったものというべきである。

(前略) 塗装関係にも詳しいX会社営業課長Aおよび同課員Bが、Yの専務取締役Cと共に、三回位右作業の現場に立会ってその際目についた作業不十分の箇所を指摘するなど指示・検査をしたけれども、それも結果的には十分なものでなかったことが認められるので、民法第 636 条の法意にかんがみ、過失相殺の規定を準用することとして、右金 215 万円からその二割を減じた金 172 万円をもってYがXに賠償をなすべき損害額と認めるのが相当

である」。

10. 修補の請求をすることなく直ちに損害賠償を請求することもできるとされた事例
最判昭和 52 年 2 月 28 日金商 520 号 19 頁

【事案】

Xと請負人Yとの間で、石垣、石積工事請負契約を締結した。ところで、上段石垣の部分に軽微な亀裂が二ヶ所あることが発見した。そこで、XとYとの間、こうした二ヶ所の亀裂が存在することを確認し、覚書を交付した時から 2 年の間、XはYに対して、この工事の修補またはその修補に代えて、もしくは修補とともに損害の賠償を請求できるという覚書が作成された。その後、上段石垣部分が崩壊した。そこで、Xは、Yに対し、損害賠償訴訟を提起した。Yは、崩壊の原因は他にある及び過失相殺などをもって抗弁した。一審では、X側の過失が三割と判断され、請求金額の七割が認められた。二審は、Yの控訴を棄却した。そこで、Yは上告した。

【判旨】上告棄却。

「民法 634 条 1 項所定の瑕疵修補請求権と同条 2 項所定の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者において自由に選択することができるのであって、注文者は、瑕疵修補の請求をすることなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することもできるものと解するのが相当である」。

11. 修補を請求することなく損害賠償を請求することの可否に関する事例
最判昭和 54 年 3 月 20 日判時 927 号 184 頁

【事案】

Xは、Yからコンクリート塀を築造する工事を請け負い、これに着手した。Xは、約定による出来高払いの代金を請求したが、Yは支払を拒んだ。そこで、XからYに対し、民法 541 条によって請負契約を解除したうえ、出来高による代金相当額の損害を被ったとして、損害賠償を請求した。これに対し、Yは、相殺の抗弁を提出し、自働債権として、工事に瑕疵があったとし、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権を主張した。原審は、主張の一部につき自働債権の成立を認め、Xの請求の一部しか認容しなかった。そこで、Xは上告した。

【判旨】上告棄却。

「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができるものと解すべく、これと同旨の見解を前提とする原判決に所論の違法はない」。

12. 瑕疵修補費用、精神的損害が認められた事例
名古屋高判昭和 57 年 6 月 9 日判時 1051 号 99 頁

【事案】

XがYに住宅の建築を注文し、Yはこれを完成してXに引き渡したが、その後間もなく雨漏りがはじまり、数度の小修繕が施されたが効果がなく、三年後にY以外の建築業者が防水工事をして、漸く雨漏りは止まった。そこで、XはYに対し、この防水工事費用と、将

来防水工事以外に支出が見込まれる修補費用との支払、及びYの仕事の瑕疵によってXが被った精神的損害の賠償を求めた。一審は、Yの担保責任を肯定し、Xの請求額に近い金額の支払をYに命じた。そこで、Yは控訴した。

【判旨】一部変更。

「請負目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償に関しては、その評価基準時は、一方、責任発生時点たる目的物の完成ないし引渡時点よりも、損害の内容が一応確定する時点を選ぶのが相当であると共に、他方、右確定の時期を注文者の意思に委ねて物価の上昇等により損害額が一方的に増大することを避けるためには、右一応の確定の時期を一定時点の客観的な事実にかからしめるのが相当であるから、これらを彼我総合して考えると、右基準時は、注文者が修補請求をなしている事案にあっては、その請求が合理的時期に行なわれている限り、同請求時をもって評価基準時とするのが相当である（最判昭和36年7月7日民集15巻7号1800頁。なお、同昭和54年2月2日判時924号54頁参照）」。

「次に、Xは精神的損害をも被ったとしてその慰謝料を求めるので考えるに、法は瑕疵担保による損害賠償につき民法710条の如き明文の規定をもうけていないけれども、同法416条の解釈として同条の損害には精神的損害をも含むと解すべきこと（最判昭和32年2月7日裁判集民25号383頁参照）を参酌し、又一般に瑕疵担保責任の制度が特殊法定の制度だと解しても、右における損害賠償において特に精神的損害の賠償を除外しているとみるべき合理的理由も見出し難いので、右請求は法律上許されるものと解するのが相当である。

そこで、(中略)…本件家屋の瑕疵、漏水、汚損及び損傷の各態様、程度に、《証拠略》を総合し、弁論の全趣旨を参酌すると、Xは、その期待していた新築家屋の快適さを短時日しか享受できず、(前略)不快な生活を余儀なくされ、他方(中略)…、請負契約は元来完全な工事をなすべきこと、又右防水工事によっても後遺症が残存すること、そしてこれらが長期間に及び且つその程度が著しいことなど本件諸般の事情にかんがみると、本件については、Xにつき、前掲物的損害の賠償によってはなお回復されない精神的損害があるものと認めるべきである。

しかし、その額については、元来本件請負契約の報酬がその工事内容に比し低廉な600万円であったこと、X側の設計図ないし指示にも不備な点のみられること、瑕疵の修補等につきX方にも不適切な面のあるのを否定しえないこと、物的損害につき一応の賠償がえられること等の諸点を考慮すると、本件においてXの精神的損害を慰謝する額としては金50万円をもって相当とすべきである」。

13. 瑕疵修補費用、工事調査費用、慰謝料の請求が認められた事例

山形地裁新庄支判昭和60年2月28日判時1169号133頁

【事案】

Yは、Xに対し、医院兼住宅の建築工事及び追加工事を注文した。Xは、これらの各工事を完成引渡したとして、工事代金請求訴訟を提起した。これに対し、Yは、各工事が未完

成であるから完成引渡まで代金支払を拒絶する旨²⁹、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権及び補修工事の履行に代わる損害賠償請求権と相殺する旨を主張した。

【判旨】請求棄却。

「Yの財産的損害額（瑕疵修補に代わる損害賠償、補修工事の履行に代わる損害賠償、本件工事調査費用など相当損害金を含め）は、2358万9260円となる」。

「慰謝料について（中略）…Yとしては、事実存在する欠陥部分を無視しておくことが出来ないという注文者として無理もない要求をしたまでのことであって、Xがこれを放置してしまった点は、Xの落度として評価せざるを得ず、そのため、Yは、引渡しを受けたものの、一日として期待していた快適さを享受できず、不快な生活を余儀なくされ、そのうえ、Xの本件提訴により、自らの医業まで犠牲にして、裁判所に出頭したり、訴訟代理人と打合せをするために幾度も新庄市から仙台市まで足を運んだりし、また、証拠資料等の収集、保全などのため要した費用や弁護士費用も多額に上り、以上の工事経過から見て、将来に亘り当初の目的の達成は期待できず、これらによって、Yが負った精神的苦痛は重大である。しかしながら、Yには、（中略）…、いささか性急で細微に亘り過ぎる点があり、この点は、やはり、Yのマイナス面として評価せざるを得ない。（中略）…。そして、以上の諸点に、Yが医師という社会的地位の高い職業に就いていて、その故に地域社会のために高度な医療活動を通して社会に奉仕したいと思ったその期待がかなりの程度において阻害されていること、Yが負った財産的損害が（中略）…、2358万9260円と多額に上ること等から考え、請負契約における債務不履行の場合には、人身事故のような場合と異なり、どちらかといえば、財産的損害の賠償に重点が置かれるとはいえ、本件でYが被った精神的苦痛に対する慰謝料は、Y主張の1000万円ないしその半額でも高過ぎるが、なおかなり多額に上るものとみるべきであるから、結局、350万円が相当と思料する」。

14. 建替え費用は否定されたが、調査費用、慰謝料及び弁護士費用は認められた事例
神戸地判昭和63年5月30日判時1297号109頁

【事案】同前第二節裁判例1.

【判旨】一部認容。

「前掲の瑕疵が存在するのであるから、Y会社は、Xに対し、民法634条2項による担保責任として、瑕疵の修補に代わる損害賠償をすべき責任がある。Y会社の代表取締役であるY1に不法行為が成立する（中略）…、Y会社も、民法44条1項に基づき不法行為責任を負い、Xの蒙った損害を賠償すべきである」。

「(一) (前略) 本件建物の瑕疵は、前示のとおり社会通念上修補不能であり、そもそも瑕疵修補の請求はできない事案である。(二) 瑕疵修補の請求ができない場合に、注文者が請負人に対して請求しうる損害賠償の額は、一般的に言って、瑕疵を修補するために要する費用ということとはできない。このことは、民法634条1項但書の趣旨からも明らかである。

(三) 民法635条但書により、建物やその他の土地の工作物については、契約の目的を達

²⁹ なお、本件では工事の完成、引渡があったと認定された。この点については省略する。

することのできない瑕疵があっても、請負契約を解除することはできず、右規定は強行規定と解されているのに、建替え費用等を損害と認めることは、実質的に契約解除以上のことを認める結果になる。(四) 瑕疵修補の請求ができない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにその物の客観的な交換価値が減少したことによる損害を基準にして、これを定めるのが相当である。何故なら、右の考え方は、財産上の損害のとらえ方について、請負人の担保責任、売主の瑕疵担保責任及び物の毀損による不法行為責任の全てに共通した理解を可能にするからである。

以上によれば、本件建物の瑕疵によりXの蒙った財産上の損害は、瑕疵があるために本件建物の客観的な交換価値が減少したことによる損害と解すべきであるから、X主張の損害のうち、本件建物の建替え費用及び建替えを前提とする諸費用は全て理由がなく、失当といわざるをえない。(中略) …Xは、建替え費用及び建替えを前提とする諸費用の請求に固執する余り、右瑕疵による本件建物の価値の減少額について鑑定等による立証を何らしようとせず、結局、本件において右価値の減少額を認めるに足る証拠は皆無なのである。

「本件建物の瑕疵の内容、程度、その判定の困難性等を考えると、Xの支出した調査・鑑定費用 45 万円は、本件建物の瑕疵と相当因果関係にある損害と認めるのが相当である」。

「Xは、念願の自宅を新築したものの、本件建物に入居直後から種々の欠陥に悩まされ、やがて建築専門家に調査・鑑定を依頼した結果、本件建物には基礎や軸組構造に重大な瑕疵があることが判明し、大きな精神的打撃を受けたことが認められる。そして、本件建物の瑕疵の内容・程度その他一切の事情を総合し、とりわけ本件建物がいわゆる欠陥住宅でその瑕疵は重大であるのに、Xの主張立証のまずさから瑕疵の修補に代わる損害賠償が認容されなかった事情があるので、この回復されない損害をも考慮して、慰謝料の額は 100 万円を相当と認める」。

「Xは、本件訴訟の追行を弁護士に委任し、相当額の費用・報酬の支払いを約したことが認められる。そして、Y1が不法行為責任を、Y会社が担保責任のほか不法行為責任を負うことは前示のとおりであるから、本件事案の内容、損害額その他一切の事情を考慮し、Yらが負担すべき相当因果関係にあるXの弁護士費用は 100 万円とするのが相当である」。

15. 修理管理費請求が棄却された事例

大阪高判平 1. 12. 20 判例集未登載 (原審判時 1262 号 121 頁)

【事案】

Yから福知山市上水道の公認工業者として指定を受けたXは、Xが本件補修工事を法律上の原因なくして行って工事費相当の損害を被り、Yはこれにより同額の利得をしたと主張した。原審は、Xの主張を一部認容した。そこで、Yは控訴した。

【判旨】原判決取消、請求棄却。

「本件漏水事故の原因となった継手の亀裂は、水道管の布設を内容とする本件新設工事請負契約における工事の目的物の瑕疵に当たることは明らかである」。

「(前略) Xが施工した本件補修工事は、Yと共同企業体との本件新設工事請負契約に基

づく工事の目的物の瑕疵補修義務の履行としてなしたものであるから、右補修工事によって、Yがその工事費相当額を不当に利得したということとはできない」。

16. 報酬債権全額と修補に代わる損害賠償債権との同時履行の可否に関する判例
最判平成9年2月14日民集51巻2号337頁判時1598号65頁判タ936号196頁

【事案】

Xは、注文者Yに対して工事残代金及びこれに対する約定遅延損害金の支払を求めた。Yは、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権との同時履行の抗弁を主張した。これに対し、Xは、Yがその抗弁を主張し得るのは、公平の原則上、右損害賠償額の範囲内に限られるべきであり、Yが工事残代金全額について同時履行の抗弁を主張するのは、信義則に反し、権利の濫用として許されない旨を主張した。Yの同時履行抗弁を認めた原審に対し、Xは上告。

【判旨】上告棄却。

「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法634条2項により右両債権は同時履行の關係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わないものと解するのが相当である。しかしながら、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときは、この限りではない。そして、同条1項但書は『瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキ』は瑕疵の修補請求はできず損害賠償請求のみをなし得ると規定しているところ、右のように瑕疵の内容が契約の目的や仕事の目的物の性質等に照らして重要でなく、かつ、その修補に要する費用が修補によって生ずる利益と比較して過分であると認められる場合においても、必ずしも前掲同時履行の抗弁が肯定されるとは限らず、他の事情をも併せ考慮して、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するとして否定されることもあり得るものというべきである。けだし、右のように解さなければ、注文者が同条1項に基づいて瑕疵の修補の請求を行った場合と均衡を失し、瑕疵ある目的物しか得られなかった注文者の保護に欠ける一方、瑕疵が軽微な場合においても報酬残債権全額について支払が受けられないとすると請負人に不公平な結果となるからである」。

「本件の請負契約の目的及び目的物の性質等に照らし、本件の瑕疵の内容は重要でないとはいえず、また、その修補に過分の費用を要するともいえない上、(前略)交渉経緯及び交渉態度をも勘案すれば、Yが瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって工事残代金債権全額との同時履行を主張することが信義則に反するものとは言い難い」。

17. 相殺後の報酬残債務につき履行遅滞を生じる時期について判断された判例
最判平成9年7月15日民集51巻6号2581頁判時1616号65頁判タ952号188頁

【事案】

XとYとの間でホテル新築工事請負契約を締結した。その後、建物の引渡は遅延に陥った。また、本件工事の目的物である建物には、瑕疵(1)と瑕疵(2)が存在する。Yは、昭和59年11月1日に、履行遅滞による損害賠償債権及び瑕疵(1)の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として、Xの本訴請求債権(報酬残債権)と相殺する旨の意思表示をし、平成3年3月4日に、瑕疵(2)の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として、Xの本訴請求債権と相殺する旨の意思表示をした。原審は、Xの本訴請求を、Yに対し報酬残債権694万4420円及びこれに対する建物引渡の日の翌日である昭和59年4月18日から支払済みまで約定の1日につき一〇〇〇分の一の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容した。これに対し、Yは上告。

【判旨】一部破棄自判、一部棄却。

「請負人の報酬債権に対し注文者がこれと同時履行の関係にある目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の報酬残債務について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負うものと解するのが相当である。

けだし、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権とは、民法634条2項により同時履行の関係に立つから、注文者は、請負人から瑕疵修補に代わる損害賠償債務の履行又はその提供を受けるまで、自己の報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わないと解されるところ(最判平成9年2月14日民集51巻2号337頁)、注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として請負人に対する報酬債務と相殺する旨の意思表示をしたことにより、注文者の損害賠償債権が相殺適状時にさかのぼって消滅したとしても、相殺の意思表示をするまで注文者がこれと同時履行の関係にある報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わなかったという効果に影響はないと解すべきだからである(後略)…。

(前略)本件においては、Yが平成3年3月4日に相殺の意思表示をするまではY主張の右同時履行の関係があったものというべきであり、Yは、右相殺後の報酬残債務について、右相殺の意思表示をした日の翌日である同月5日から履行遅滞による責任を負うものというべきである。(中略)…、前掲事実関係の下においては、本訴請求は、右相殺後の報酬残債権694万4420円及びこれに対する平成3年3月5日から支払済みまで約定の一日につき一〇〇〇分の一の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があり、(後略)…」。

18. 損害賠償債権と代金債権との同時履行抗弁が信義則に反して許されない事例

福岡高判平成9年11月28日判時1638号95頁

【事案】

請負人XはYに対し請負残代金1325万円の支払を求めた。これに対し、Yは瑕疵の修補があるまで請負代金の支払を拒絶する、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって相殺すると主張した。一審判決に対して、Yが控訴。

【判旨】控訴棄却。

「右瑕疵は（中略）…、その修補費用に照らしても軽微なものということができる。（中略）…、Yは、民法 634 条 1 項に従い、相当の期限を定めて瑕疵の修補を求めたことはなく、当初から一貫して、瑕疵修補に代わる損害賠償債権の金額を本件請負代金から減額するよう求めていたにすぎず、右のような同時履行の抗弁を確定的に主張したのは、当審における審理の終結間際であった。以上の事情にかんがみると、Yが瑕疵修補を求めて本件請負代金全額の支払いを拒むことは信義則に反して許されないというべきである」。

「本来、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と請負代金債権とは民法 634 条 2 項によって同時履行の関係に立つから、注文者は相殺の意思表示をするまで請負代金債権全額について履行遅滞による責任を負わない（最判平成 9 年 7 月 15 日裁判集民 183 号参照）。しかし、（中略）…、本件建物の瑕疵は軽微であるうえ、Yの代理人Aは、Xの請求に対して何度も支払いを約束しながらこれを反故にし、揚句には、本件建物に値打ちがないとか、瑕疵があるなどと主張するようになったが、具体的に瑕疵のある箇所を指摘することなく支払いを拒み続けたため、本訴が提起されるに至ったものである。これらの事情にかんがみると、（中略）…本件請負代金全額の支払いを拒むことは信義則に反して許されないというべきであって、Yは履行遅滞の責任を負う」。

19. 修補費用、慰謝料、弁護士費用の損害賠償が認められた事例

福岡高判平成 11 年 10 月 28 日判タ 1079 号 235 頁

【事案】

Xは、建築業者Yに対し、自宅の新築を発注し、Yは、自らの設計・施工・監理の下にこれを完成させてXに引き渡した。ところが、本件建物には、単純な施工ミスや構造的な問題による瑕疵などがあった。Xは、瑕疵担保責任のほか、Yの不法行為に基づく損害賠償責任も主張して、Yに対し、支出済みの瑕疵修補費用、支出予定の修補費用、瑕疵発見後の度重なる修補請求をYが無視したことなどを理由とする慰謝料、弁護士費用及び遅延損害金の支払を請求した。これに対して、Yは、Xの主張に対して争ったほか、Xに対し、反訴として、未払いの追加工事代金及び遅延損害金の支払を請求した。原審は、Xの本訴請求を一部認容したところ、Yは、本訴請求は全部棄却を求めて控訴した。他方、Xは、本訴請求の全部認容を求めて附帯控訴した。

【判旨】 原判決変更、本訴一部認容。

「一般に、請負人が、その建築に係る建物に瑕疵を生じさせたことが、請負人の故意による場合や、あるいは、過失による場合であっても、その瑕疵が居住者の健康に重大な影響を及ぼすようなものである等、当該瑕疵を生じさせたことの反社会性ないし反倫理性が強い場合には、請負人は、瑕疵担保責任のみならず、不法行為責任をも負うものと解するのが相当である。しかし、本件において、Yが瑕疵を生じさせたことが（中略）…不法行為を構成するということとはできない」。

「その代金（修補代金）として支払われた 648 万 9000 円は、同工事の代金額として、必ずしも不当に高額とまで断じることはできない」。

「(慰謝料について) Xは、補修工事中、受験期の長女を抱えながら、部屋が二つか三つしか使えず、食事も外食やテイクアウトの弁当で済ませる等の不便を約二か月にわたり強いられ、家族の関係もぎくしゃくしたものになりがちであったことが認められる。これらは、瑕疵に係る修復費用相当額の賠償をもって補填できる範囲を超える損害というべきであり、かつ、Yにおいて予見可能であったと認められるから、Yは、瑕疵担保責任として、これらによりXが被った精神的損害をも賠償すべき義務を負うものと解するのが相当である。そして、右認定の事実その他本件に現われた一切の事情を斟酌すれば、その慰謝料額は、金50万円が相当である。なお、Xは、Yが、Xから度重なる補修要求を受けたにもかかわらず不誠実な対応をしたことも慰謝料請求の根拠として主張するところ、(中略)…請負工事に係る瑕疵修補請求権と請負代金請求権は同時履行の関係に立つところ、Xが反訴請求に係る本件追加契約による代金の支払をしていないことは明らかであるから、Yが、瑕疵の修補ないしその前提となる調査をしなかったことをもって、直ちに債務不履行ないし不法行為にあたることはできない」。

「(弁護士費用について) 一般に、建築工事の瑕疵を理由とする損害賠償請求訴訟は、訴訟の中でも専門性ないし難度の高い部類に属するものであり、いわゆる本人訴訟によって適切な主張、立証をすることはほとんど不可能である。したがって、特段の事情のないかぎり、右訴訟においては、弁護士費用についても賠償を請求できるものと解するのが相当である。本件においては、右特段の事情は認められないところ、本訴請求についての弁護士費用を除く認容額、本件の難易等一切の事情を考慮すると、Yが瑕疵担保責任としてXに賠償すべき弁護士費用としては、金80万円が相当である」。

20. 瑕疵修補に要する費用、慰謝料が認められた事例

札幌地裁小樽支判平成12年2月8日判タ1089号180頁

【事案】同前第二節裁判例3。

【判旨】一部認容。

「請負工事の目的物に瑕疵が存在した場合には、注文者は、請負人に対し、修補に過大な費用を要する場合を除き、瑕疵を修補するよう請求し、又は、これに代えて損害賠償を請求することができるのであるから、請負人が注文者に対して賠償すべき財産的損害は、瑕疵の修補に過大な費用を要しない場合には、右瑕疵の修補に要する費用相当額であり、瑕疵の修補に過大な費用を要する場合には、右瑕疵が存在することにより低下した目的物の価値相当額であるというべきである。そして、本件建物のように、多数の瑕疵が存在する場合に、そのうち複数の瑕疵を同時に修補し、修補工事のうち共通する部分の重複を免れることができるならば、修補に要する費用は、右のように同時に複数の瑕疵を修補することを前提として算定すべきである」。

「物の瑕疵による損害は財産的損害を主とするものであるから、一般には、財産的損害が賠償されれば、精神的損害も回復されるのが通常であると考えられる。しかしながら、精神的損害が多額であって、財産的損害が賠償されてもなお、回復されない精神的損害が残

存する場合には、これを回復するための慰謝料の請求も認められるべきと解するのが相当である。(中略) …本件建物は新築の住居でありながら、(前略) 認定したとおり既に安全性を欠いており、建物の安全性を確保するために、大引及び梁の交換も含めた修補が必要であること、(前略) Yらとその家族が一時転居する必要があることなどからすれば、Yらは、Xが瑕疵のある本件建物を建築し、Yらに引き渡したことによって、多大な精神的苦痛を被ったものと認めることができ、(前略) 財産的損害を賠償されても、なお回復されない精神的損害があるというべきである。そして、これまで認定した本件建物の瑕疵の程度に加え、(中略) …現実に修補工事を行う場合には(前略) 認定した金額よりも多額の費用が必要になると見込まれるなど、本件訴訟に顕れた一切の事情を考慮すると、Yらの右精神的苦痛に対する慰謝料は、Yら合計 100 万円とするのが相当である」。

21. 建替費用、代替建物の賃料、慰謝料、弁護士費用等の賠償が認められた事例

長崎地判平成 12 年 12 月 22 日判タ 1109 号 166 頁

【事案】

Xは、Y1 会社との間で診療所兼住居建物の新築請負契約を締結した。Xが、代金全額を支払って完成した建物の引渡を受け、一階を診療所、二階を居宅として使用してきた後間もなく、本件建物の基礎構造、木構造などに建替える以外に相当な補修方法がない欠陥があることが判明した。そこで、Xは、Y1 に対しては瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求及び選択的に、損害の発生について過失があったと主張して、会社の代表取締役 Y2 に対しては不法行為に基づく損害賠償請求もしくは民法 44 条 2 項の法人の代表者としての損害賠償責任として、会社の一級建築士 Y3 に対しては不法行為に基づき、損害賠償を請求した。

【判旨】請求認容。

「本件建物の欠陥は、(中略) …、取り壊して建て替える方法によらざるを得ない」。

「Yが右認定の欠陥について瑕疵担保責任を、Y1、Y2 において、それぞれこれを防止すべき注意義務を負いながら、これを果たさなかった過失によりかかる欠陥を生ぜしめたと認められるから、不法行為責任を負うと認められる」。

損害として³⁰、「建替えるのに要する費用」、「本件建物に相当する建物を賃借しなければ、Xの鍼灸院の営業に支障が生じるから、本件建物に相当する建物を賃借する必要がある建替期間中の建物賃借料、引越費用」、「Xは、建築に関して素人であって、本件建物の欠陥を調査、鑑定するためには建築専門家に依頼せざるを得なかった。そのための費用としての欠陥調査費用」、「屋外階段の転倒を防止するための費用」、「本件建物の欠陥は建物の構造上の安全性にかかるものであり、これを知ったX及びその家族の精神的打撃は大きく、Yらの誠意のない対応から受けた被害も甚大であった。これを慰謝する慰謝料」、「欠陥住宅に関する訴訟は技術的専門的であって、Xは弁護士に依頼せざるを得なかった。これに要する弁護士費用など」を認められ、その限度でXの本訴請求を全面的に認容した。

22. 瑕疵修補に要する費用額、弁護士費用が認められた事例

³⁰ 具体的な費用額については省略する。

京都地判平成 13 年 10 月 30 日判例集未登載

【事案】

身長 137.5cm の小柄で、単身生活をしている高齢者 X は、Y との間に、建物建築請負契約を締結し、本件建物の引渡を受けた。その後、X は、建物の瑕疵を理由に、Y に対し、瑕疵の修補に代わる損害賠償、建築士に支払った調査費用の賠償などを求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「B (Y の営業担当) は、小柄で高齢である自分が快適に居住できる居宅を建築してもらえるか否かを気にかけていた X に対し、(中略) …、『大抵の要望には応じることができる。』と説明したし、C (Y の設計担当) は、X から『設備等を X の身長に適合した高さに取り付ける』旨の依頼を受け、これを了承したのであるから、Y において、設備の設置等について、可能な限り X の身長や年齢に配慮した設計、施工をすることが本件請負契約の一内容となっていたというべきである」。

裁判所は瑕疵の存在を認めた上で、それぞれの瑕疵に対応する修補費用額及び、弁護士費用の賠償 (本件訴訟の性格、難易、訴訟経過、認容額等に照らし、本件工事の瑕疵と相当因果関係のある弁護士費用としては、金 50 万円をもって相当と認める) を認容した。

23. 修補に代わる損害賠償請求権の発生時期は引渡を受けた時とされた事例

名古屋高判平成 13 年 11 月 27 日判例集未登載

【事案】

X は家族の居住用建物として発注した建物には多数の瑕疵が存在するので契約の目的を達することができないとして、受注者である Y に対し、本件請負契約代金相当額その他の損害賠償を請求した。原審で棄却されたため、X は控訴。

【判旨】控訴棄却。

「目的物の引渡しを要する請負契約において瑕疵が存在した場合に、注文者が有する瑕疵の修補に代わる損害賠償請求権は、注文者が目的物の引渡しを受けたときに発生すると解するのが相当である。なぜならば、民法 637 条 1 項によれば、この損害賠償請求権は、目的物の引渡しを受けたときより 1 年以内に行使しなければならない旨定められているので、目的物の引渡しを受けたときに請求権が発生すると解するのが自然であるし、実質的にも、瑕疵による損害は注文者が目的物の引渡しを受けることによって初めて現実化するものであるからである」。

「X は未だ本件建物の引渡しを受けていないことが認められ、今後も引渡しを受ける意思がないと主張しているのであるから、X の Y に対する本件建物の瑕疵の存在を理由とする損害賠償請求権は、未だ発生していないというべきである。したがって、本件建物の瑕疵の有無について判断するまでもなく、X の本訴請求は理由がないことになる」。

24. 瑕疵補修工事費用、遅延の違約金及び慰謝料が認められた事例

仙台高判平成 13 年 11 月 28 日判例集未登載

【事案】

Xは、建築工事の瑕疵や完成引渡しの遅延があるなどとして、請負人Y及び工事監理人A（原審被告）に対し、瑕疵の補修工事費用、補修工事にともなう大工宿泊費など、完成遅延にともなう約定違約金、並びに慰謝料のうち、未払残代金を控除した後の額及びこれに対する遅延損害金の連帯支払いを求めて提訴した。原審は、Yに対する請求についてのみ、一部認容した。そこで、Yが控訴した。

【判旨】一部変更、一部棄却。

裁判所は、本件工事に瑕疵があると判断した上で、以下のように判示した。

補修工事関係の費用として、本件工事の瑕疵と相当因果関係がある損害は、187万円余が認められた。

「本件工事現場の近くに、工事が遅延している本件工事の進捗を見守る目的で妻のEが居住するアパートを借りて、その家賃合計（中略）…を支出したことが認められるが、その経緯に照らし、社会通念上、その支出の必要性があるものとは考えられず、（中略）…、本件請負契約と相当因果関係にある損害とは認められない」。

「工事遅延についての責任は、本件工事の内容を早期に確定させる方法及び機会を提供できる立場にある専門業者のYの方が素人のXに比較してより重いものというべきであるから、Yは、（中略）…違約金（中略）…を支払う義務がある。上記の範囲を超えて本件工事が遅延したことについて、Yの責めに帰することのできない事情は認められない」。

慰謝料の支払義務の有無について、「Xは、YがX及びその家族との打ち合せや連絡に十分な意を注がず、打ち合せ等に基づく合意事項を本件工事に的確に反映させず、本件建物に対するX及びその家族の期待を失わせ、かつ、完成遅延についても工期遵守の姿勢に乏しいうえ、その現状に不安を感じたXが本件工事現場付近にアパートを借り、現場のY業員に対し、頻繁に茶菓子を提供するなどの世話をもして対応したにもかかわらず、誠実な対応をしなかったことで、少なからぬ精神的打撃を受けたことが認められ、これに、前掲認定の工事の瑕疵の程度、及びYが請負契約の内容を明確にしないまま、本件工事を進行させたことが本件紛争の主要な原因の一つであることをも考慮すると、本件では、前掲の損害賠償や違約金では償いきれない精神的損害があるものと認められるから、これを補填するために、慰謝料として200万円をYに負担させるのが相当というべきである」。

25. 再建築の費用、慰謝料、欠陥調査費が認められた事例

神戸地判平成13年11月30日判例集未掲載

【事案】

XがYに請け負わせて建築した建物につき、(1) Xは、本訴請求として、同建物には構造上重大な欠陥があり、再建築を要する損害を被ったと主張して、Yらに対し、不法行為、請負契約の債務不履行、瑕疵担保による損害賠償（選択的主張）を、(2) Yは、反訴請求として、Xに対し、本件建物建築工事の残代金の支払を、それぞれ求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件建物には、（中略）…構造上の重大な欠陥のあることが認められるところ、これら

はYの本件建物建築工事の施工上の瑕疵にほかならず、また、それら瑕疵の発生は、少なくともこれを施工したYの過失によるものと認められるから、Yは、Xに対し、民法 634 条の瑕疵担保責任の規定及び民法 709 条の不法行為責任の規定に基づき、Xが被った損害を賠償する責任があるものと認められる」。

「本件建物の補修は、建て替えによるのが妥当であるところ、鑑定の結果によれば、その工事期間は約 110 日を要し、建て替え費用は、地上部の本件建物取り壊し費用も含め、4170 万円を要するものと認められる」。

「本件建物の欠陥が本件建物の構造上の安全性に関わるものであることや、その他本件に現れた一切の事情を総合すると、Xの受けた精神的損害は大きなものがあり、財産損害が回復されたとしても、なお、それによってすべてが回復されるものとは認められず、慰謝料として 100 万円を認めるのが相当である」。

「本件建物の欠陥調査は、専門家の助力を得てこれをしなければならなかったため、Xは、それら費用（中略）…を支出したことが認められるところ、本件事案の内容や専門性、さらには本件における認容額等を総合考慮すると、それらに要した費用のうち、Yの不法行為と相当因果関係のある建物欠陥調査費用は、100 万円と認めるのが相当である」。

「本件事案の内容、認容額等に鑑み、Yの不法行為と相当因果関係のある弁護士費用は、430 万円と認めるのが相当である」。

26. 補修費用、工事中の賃料の賠償が認められた事例

神戸地判平成 14 年 1 月 24 日判例集未登載

【事案】

Xを注文主、Yを請負人とする居宅の建築工事請負契約が締結され、工事がなされたが、躯体の傾き等があったため、Xは、Yの工事に瑕疵があり、損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

裁判所は、瑕疵を認めたとうえで、以下のように判示した。

「Yには、民法 634 条の瑕疵担保責任があると認められる」。

「鑑定の結果によれば、補修費用は合計 5878 万円と査定されること、工事期間としては 3 か月程度であることが認められ、これを覆すに足りる証拠はない」。

「賃料については、本件建物と同程度の面積の住宅を借りなければならない理由はないから、Xの家族が居住するに足る通常の住宅を基準にその金額を算定するのが相当であるところ、民訴法 248 条の趣旨に鑑み、月額 10 万円、3 か月分合計 30 万円を損害として認容する。慰謝料請求についてであるが、財産的損害については、その賠償がなされれば、特段の事情のない限り、それに加えて慰謝料を支払う程の違法性があるとはいえないところ、本件ではそのような特段の主張があるとまでは認められないから、Xの請求は失当である。請負金額 6000 万円の工事につきほぼ同額の損害賠償を認容する本件においては、欠陥調査費用についてまでの賠償はY会社に命じないこととする。本件では、Yの行為に不法行為責任があるとまでは認め難いから、弁護士費用の支払までYに命じるのは相当でない」。

27. 未だ未発生した損害の賠償が認められた事例

札幌地判平成 14 年 9 月 5 日判例集未登載

【事案】

請負人である X は、注文者である Y に対し、工事代金残金及び遅延損害金の支払を請求した。これに対し、Y は、当該工事の手順には誤りがあり、工事のやり直しが必要であり前掲金額を上回る損害賠償請求権を取得したとして、これを自働債権とし工事代金残金の債権を受働債権とする相殺の主張をした。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件手順は防水シートの設置方法として通常備えるべき性状を欠いているということができるから、本件工事の仕事の目的物には、瑕疵があるということができる」。

「本件工事の仕事の目的物の瑕疵による損害額は、本件工事に瑕疵がない場合（中略）…の価値と、現況による価値との差額をもって算定することが相当である（篠塚昭次＝前田達明編「講義債権各論」188 頁（2）」）。

「このように、本件工事の目的物は、現況でも相応に外壁としての機能を果たしていることが窺われることからすると、全く無価値であるとはいえないから、工事のやり直しの費用をもって損害額を算定することは相当とはいえない（最判昭和 58 年 1 月 20 日判時 1076 号 56 頁）（後略）…」。

「本件工事の仕事の目的物の瑕疵による損害額は、損害が未だ具体化していないため算定が困難であるので、民事訴訟法 248 条の適用により、本件建物が築後 20 年を経過していることや、本件工事に使用された合板である OSB が耐久性の強いものであることに照らし、本件建物の耐用年数内に具体的損害が発生する蓋然性が必ずしも高いとはいえないことを考慮の上、本件工事代金の 2 割に相当する 43 万 9950 円をもって相当な損害額と認定することが相当である」。

28. 補修費用、瑕疵調査費用、弁護士費用、慰謝料の賠償が認められた事例

神戸地判平成 14 年 11 月 29 日判例集未登載

【事案】

X らは、Y との間で、建築請負契約を締結したが、本件建物にはその設計・施工・監理に重大な過失があり、それが原因で床が傾斜する等の被害が生じたとして、債務不履行責任、瑕疵担保責任、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件建物の設計・施工・監理には前掲のような瑕疵があり、それを原因として、本件建物には、阪神・淡路大震災前から、前掲の被害の一部が発生し、阪神・淡路大震災を契機に、前掲のような被害が発生又は拡大したことが認められるので、Y は、X らに対し、民法 415 条、民法 634 条、民法 715 条に基づき、その損害を賠償すべき責任がある」。

上記のように認定したうえで、1575 万円の補修費用、120 万円の瑕疵調査費用及び 260 万円の弁護士費用を、それぞれ損害として認めたと同時に、慰謝料については、以下のよう

に判示した。「Xらは、阪神・淡路大震災から現在に至るまで、7年10か月間にわたり、地震により大きな被害を受けた本件建物に居住し、不快で非健康的な生活を送ってきた。特に、本件建物全体が東側の擁壁側に大きく傾いているため、Xら及びその家族は、平衡感覚がおかしくなり、時には眩暈をおこすことがあり、むかつきを覚えることもある。Xらが、阪神・淡路大震災から現在まで7年10か月間にわたり本件建物に居住し、不快で非健康的な生活を送ってきたことによる慰籍料は、合計700万円（1年間あたり100万円弱の7年10日月分）と認めるのが相当である」。

「本件建物の補修を行ったとしても、本件建物は、当初から瑕疵（欠陥）のなかった建物になるわけではなく、瑕疵（欠陥）のない建物と比較して、当然経済的価値が下落している。そこで、それらの事情を慰籍料斟酌事情として加味し、経済価値下落による慰籍料として、本件建物の請負代金の約3%である200万円を認める」。

29. 補修費用、慰謝料、欠陥調査費用及び弁護士費用の賠償が認められた事例 神戸地判平成15年4月8日判例集未掲載

【事案】

Xらは、Yに対し、Y会社に請け負わせて建築した建物につき、構造上重大な欠陥があり、損害を被ったと主張して、不法行為、債務不履行ないし瑕疵担保責任に基づく損害賠償を請求し、これに対し、Yらは、工事代金の支払を反訴として主張した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件建物については、上記(1)のと通りの欠陥があったものであるから、請負人であるY会社は、Xらに対し、瑕疵担保責任に基づき、Xらが被った損害を賠償する義務があるものと認められる。また、上記欠陥は、Y会社がその請負人として通常の施工方法を遵守していれば、生じなかったものと認められるから、Y会社には、民法709条の不法行為者としての損害賠償責任もあるものと認められる」。

このように判示したうえで、Xらの損害について、865万825円の本件建物補修費用相当損害金が認められ、「本件建物には（中略）…重大な欠陥が生じているものであり、これに悩まされてきたXらが被った精神的苦痛は、大きなものがあるといわざるを得ず」として、その精神的苦痛に対する慰謝料は50万円が認められ、そのほかに、10万円の欠陥調査費用及び100万円の弁護士費用もそれぞれ認められた。

B 裁判例に関する分析

上記29件の裁判例を総合的に見れば、以下のような諸点が明らかとなる。

第一に、請負人の責任方式については、履行遅延の場合の債務不履行責任（裁判例2、24）及び特定の場合の不法行為責任など少数の例外を除き、おおむね瑕疵担保責任をめぐって展開された。その中で、当事者は不完全履行責任を選択的に求めたが、裁判所の判断は瑕疵担保責任に基づき判示した裁判例もある（裁判例2、25、29）。そのほか、注文者は仕事の未完成として債務不履行責任を求めたが、裁判所は瑕疵担保責任に基づき判示した裁判例も見られる（裁判例8）。しかしながら、例外も見られる。例えば、裁判例28においては、

債務不履行責任、瑕疵担保責任と不法行為責任三者とも認められた³¹。

また、瑕疵担保責任について、民法 634 条以下では、瑕疵修補請求権、損害賠償請求権、契約解除権を設けているが、裁判の実際から見れば、訴訟に至るのは、ほぼ損害賠償請求にかかわる事件である。その主な原因は、建物その他の土地の工作物の場合の解除権の否定に関する民法 635 条後段の存在及び、瑕疵修補請求権が非訴訟的に行使するのが多いという現実に存すると思われる（但し、引換に認容として直接に修補請求を認めた裁判例 2 もあるし、瑕疵修補を求めて代金支払の同時履行抗弁を主張したが、信義則に反して認められないとされた裁判例 18 もある。また、瑕疵担保としての請負人の修補義務を確認したが修補工事相当費の請求を棄却する裁判例 15 も、ある程度上の瑕疵修補請求権に係る裁判例と見なすことができる）。

第二に、瑕疵担保責任としての請負人の損害賠償責任は、民法 634 条 2 項の規定によれば、瑕疵の修補に代わる損害賠償と瑕疵の修補とともに損害賠償とを分けられる。前掲諸裁判例においても、請負人の損害賠償責任を認定する際に、修補費用分の損害とその他の損害とを区別して認定したものが裁判例の大部分を占める（裁判例 2、5、7、8、12、13、14、19、20、21、22、24、25、26、28、29）。他方、当事者の訴訟請求に応じて、修補費用分の損害だけが認められた裁判例も見られる（裁判例 1、3、9、10、11、16、17）。そして、瑕疵による価値減額分を瑕疵の修補に代わる損害とされた裁判例もある（裁判例 4、6、20、27）。なお、裁判例 7 のように、修補費用分の損害とその他の損害を区別する面もあるが、瑕疵の修補が過大な費用を要する場合には、当該瑕疵に因る損害賠償を請求する場合に右瑕疵の修補を要する費用をもって直ちに損害額と認めるのは民法 634 条 1 項但書の法意を没却することになり不当であるとして、その修補に代わる損害賠償ではなく、諸般の事情に基づいて、損害賠償としての慰謝料が認められた裁判例も存する。

しかし、瑕疵の修補に代わる損害賠償とその他の損害賠償とを分ける手法を用いたにもかかわらず、直ちに「瑕疵の修補とともに損害賠償」という概念を用いた裁判例は見当たらない。また、瑕疵の修補に代わる損害賠償責任とその他の損害賠償責任との要件構成を明確に区別する裁判例も見当たらない。従って、裁判実務における修補に代わる損害賠償かその他の損害賠償かとの分け方は、要件面の相違という面に着目するものではなく、むしろ両者の要件を同一視して、具体的な損害を認定する項目の一つとして損害額の計算上の便利のために用いられたものにすぎないと見ることができる。

第三に、修補費用分の損害賠償責任について、過失は不要である。裁判実務においては、民法 634 条に関する学説と一致して、修補費用分の損害賠償責任を判断する際に、請負人の過失の有無に関する判断はまったくなされていないという傾向が見られる。

第四に、その他の損害（瑕疵の修補とともに損害賠償を含む）について、不法行為的な構成をとった裁判例（例えば、裁判例 21、25）を除き、過失要件も不要である。しかも、注

³¹ なお、本件においては、設計、施工、監理などが一括して請け負わせたのも特徴である。それゆえに、債務不履行責任と瑕疵担保責任とが共存となるのではないかと考えられる。

文者が得べかりし利益とか瑕疵による拡大損害とかを問わず、請負人の過失は不要である。この点は、学説上における過失不要説、過失必要説などの争いとの間に対照的になる³²。また、この損害賠償の範囲内に入る損害類型を概ねに見れば、得べかりし利益（裁判例 2（賃料）、5（客室使用不能による逸失利益））、瑕疵による第三者に対して生じる損害（裁判例 8）、工事調査・鑑定費用（裁判例 13、14、21、29）、基準時以後の拡大損害（裁判例 12、認められない）、慰謝料（裁判例 7、12、13、14、19、20、21、24、25、28、29）、瑕疵担保責任としての弁護士費用の賠償（裁判例 19、21、22、29）、建替え期間中・工事中の建物賃借料・引越費用（裁判例 21、26）などが見られる。その中で、慰謝料の賠償が認められたことが重要な傾向の一つとなるので、以下、この点を付言する。

慰謝料の賠償が認められた裁判例は様々である。概ねに、明確に瑕疵担保責任の効果として認められた裁判例（裁判例 12、13、19、20、25、その中で、裁判例 12 は、瑕疵担保責任の効果としての慰謝料賠償を詳しく検討した）、不法行為責任の構成をとった裁判例、さらに、不法行為責任と瑕疵担保責任両方とも認められ、慰謝料については瑕疵担保責任の効果か不法行為責任の効果かを明らかにされていない裁判例などの三つの類型が見られる。また、慰謝料請求が認められなかった裁判例も存在する（裁判例 22、26）。そして、慰謝料の発生根拠として、原則としては物的損害によってなお回復されない精神的損害がある場合、瑕疵修補費用相当額の賠償をもって填補できる範囲を超える損害、あるいは財産的損害の算定が困難である場合、あるいは修補費用が認められない場合の填補（7、14）に限定される。最後に、慰謝料の金額を決める際の考慮要素として、瑕疵の程度、瑕疵修補後の状況、工事の価格、精神的苦痛の程度、訴訟の面倒さ、期待の裏切り・阻害、営業の犠牲、請負人の対応の誠意、構造上の安全性に関わる瑕疵であるか否か、予見の可能性などのようなさまざまな要素が見られる。

要するに、慰謝料の賠償は、瑕疵担保責任か不法行為責任かを問わず、建物の欠陥について、精神的苦痛に対する賠償、あるいは財産的損害賠償をもって填補されない損害に対する填補として、慰謝料の賠償を認める傾向が明らかになる。しかしながら、慰謝料の賠償、特に請負人の対応の誠意や予見可能性などのような過失の判断と繋がりやすい要素を考量要素として捉える場合の慰謝料の賠償は、無過失責任を前提とする瑕疵担保責任の中に完全に取り込まれうるかどうかについてはなお疑問である。

第五に、損害賠償責任という法的効果から見れば、売買契約の瑕疵担保責任を契約責任説ととる場合の法的効果との区別は少ない。少なくとも、損害賠償責任から見れば、時効の特則を除き、物中心型請負契約の法的効果においては、瑕疵の認定の場合と同じように、売買に接する点が明らかであろう。

³² 平野・前掲注（13）461頁、466頁、山本・前掲第三章注（18）契約679頁など参照。特に、下森・前掲注（13）48頁以下においては、瑕疵修補請求は履行請求と同じ性格をもつため、請負人の帰責事由は問題にならないことから、修補に要する費用の賠償請求は、請負人の帰責事由を問題とせず認めるべきであるのに対して、瑕疵修補によってつぐなわれない損害賠償（例えば、瑕疵結果損害）については過失責任と見るべきであるとされている。

(二) 情報システムの構築・ソフトの製作に関する裁判例

A 裁判例

30. プログラムの重大な瑕疵につき、解除及び損害賠償責任が認められた事例

東京地判平成5年1月28日判時1473号80頁

【事案】同前第二節裁判例26。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Xが本件システムを販売する計画に基づいて前掲出捐をすることは、本件契約から通常予定されるどころと認められる。また、(中略)…、Xが当初から本件システムを将来販売等する計画で開発し、かつ、YもXの右計画を知っていたことは明らかである。そして、Xは、右計画に基づいて前掲出捐をしたものの、前掲瑕疵等のため本件契約を解除して右計画の断念を余儀なくされ、販売等の収益を得て開発費用を回収する機会を奪われたのであるから、右出捐は、これと相当因果関係を有する損害と認められる」。

31. ソフトの製作につき債務不履行責任が認容された事例

広島地判平成11年10月27日判時1699号101頁

【事案】同前第二節裁判例28。

【判旨】一部認容、一部棄却。

本件においては、販売管理システム、財務管理システム及び車両管理システムについて、それぞれYの債務不履行が認められたうえで、損害については、「販売管理システムから財務管理システムへのデータの受渡しの機能がないこと並びに財務管理システムのLAN及び車両管理システムが具備すべき機能を有しないことから、それらのためにXが負担した費用(XがAとの本件リース契約により金融を得て実質的にYに対し支払った製作代金)はいずれも無為に帰したことになり、Xは右費用相当額の損害」及び「前掲債務不履行により要した人件費相当の損害」などが前掲債務不履行による損害として認められた。

32. システム開発請負人の損害賠償責任が認められた事例

東京地判平成14年4月22日判タ1127号161頁

【事案】同前第二節裁判例25。

【判旨】本訴請求棄却、反訴一部認容。

「本件基本契約書第17条は、Xが債務不履行によりYに損害を与えた場合、Yは被った損害を別途請求することができる」と規定し(中略)…本件システムには、本件各瑕疵が認められるところ、Xは、システム開発の専門家として、要求されていた注意義務に違反し、その結果、本件システムに本件各瑕疵が発生したことが認められる。したがって、Xは、Yに対し、本件基本契約書第17条に基づき、Xが被った損害のうち、前掲注意義務の懈怠と相当因果関係のある損害について賠償する責任を負うものと解するのが相当である」。

「民法635条は、請負契約の仕事の目的物に瑕疵があり、その瑕疵により契約をした目的を達成することができない場合に限って、注文者に契約の解除を認め、同636条は、その場合でも、瑕疵の原因が注文者にある場合には、解除することができないとしている。

(前略) X Y双方の利益の保護及び当事者の合理的な意思解釈の見地から、〔1〕本件各瑕疵により契約の目的を達成することができないか否か、〔2〕本件各瑕疵の原因がYにあるか否かを検討するのが相当である。「本件各瑕疵は、契約の目的を達成することのできない瑕疵であると認めるのが相当である」、「本件各瑕疵が発生した原因は、Yにあると認めるに足りる証拠はなく、むしろXによるシステム開発作業における注意義務違反にあるものと認めるのが相当である」、「Yによる本件解除は有効であり、本件基本契約の解除に伴い、本件請負契約等もその効力を失ったものと解するのが相当である」。

33. システムの重大な瑕疵につき解除に伴う損害賠償が認められた事例

東京地判平成16年2月22日判時1905号94頁

【事案】同前第二節裁判例23。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「XからYに対し、Xの現状の販売管理業務の調査費用として824万円が支払われたことが認められ、これが本件システム開発の一環として支払われたことは明らかである。そして、本件契約解除により、前期現状調査費用の支払は意義を失ったものであるから、Xの被った損害と認めることができる。

また、(中略)…Xは本件システム開発にあたり、ソフトウェア及びハードウェア等のリース代金2434万9200円をB会社に支払っていることが認められるところ、本件システムが本件契約の目的を達しない重大な瑕疵があるものである(中略)…、結局前掲リース物件も無用であるといわざるを得ないものであるから、これもまたXの被った損害と認めることができる」。

B 裁判例に関する分析

前掲諸裁判例から、情報システムの構築請負において、「目的物」に瑕疵がある場合の法的効果について、以下のような諸点が見られる。

第一に、構築された情報システムに瑕疵があるとされる場合に、請負人の損害賠償責任については、瑕疵担保責任に基づくもの(裁判例30、33)と債務不履行責任に基づくもの(裁判例31、32、特に裁判例31は、注文者の解除権については瑕疵担保責任による解除に関する635条を適用しながら、請負人の損害賠償責任については、注意義務違反の有無によって判断した)とのいずれも見られる。これと関連して、請負契約について、単なる仕事の完成行為が問題となるに過ぎない場合には、不完全履行で処理するしかなく、但し、調査報告のような無形の仕事には瑕疵担保責任を適用してよいという指摘³³が見られる。この見解に従えば、システム構築に関する請負についても、瑕疵担保責任の構成をとるべきと考えられるが、前掲諸裁判例に限り、裁判の実際においては分かれる状態であり、しかも、瑕疵担保責任構成より、むしろ債務不履行(不完全履行)構成に親しいという傾向が見られる。

第二に、システム構築請負における不完全履行・瑕疵担保責任の構成要件上の特徴につい

³³ 我妻・前掲注(1)625頁、田山輝明『民法講義案V契約法』(成文堂1985年)221頁。

ては、本章第二節の部分で参照する。ここで付言するのは、請負人の責任を認定する際に、努力義務・サポート義務、及び仕事が一応完成した後の対応なども瑕疵判断の枠組みに取り入れながら、仕事の結果の不完全性（代替措置なども含む）に着目して、帰責事由などを認定せず、その債務不履行の有無が導かれるという特徴をもつものがみられるとともに（裁判例 31）、裁判例 32 は、注文者の解除権については瑕疵担保責任による解除に関する 635 条を適用しながら、請負人の損害賠償責任については、注意義務違反の有無に基づき判断した点である。この点から見れば、情報システム構築に関する裁判実務においては、瑕疵の認定だけでなく、法的効果面である損害賠償責任についても、瑕疵担保責任を不完全履行の特則として存在するとの原則との間にずれが見られる。

第三に、法的効果として、建築請負の場合と異なり、システム構築請負の場合においては、瑕疵修補に代わる損害賠償と瑕疵修補とともに損害賠償との分け方は見当たらない。それのみならず、修補などは、救済手段ではなくて、瑕疵認定の要素として取り扱われた。それと同時に、諸裁判例において、修補に代わる損害賠償も見当たらない。かえって、瑕疵の存在をもって、それによる個々の損害を具体的に認定する方法である。それは 634 条の適用ではなく、むしろ民法 415 条の債務不履行責任の適用であるといえるであろう。

第四に、損害賠償の範囲については、システムの開発のための出捐（裁判例 30、33）、製作代金・人件費（裁判例 31）、設備リース代（裁判例 33）、事務局の費用、テスト費用、瑕疵による拡大支出（瑕疵による通信費用の増加）などがみられる。これらは不完全履行一般に則したものであり、システム構築請負の独特なものではないと考える。

（三）設計上の瑕疵に関わる裁判例

山本説によれば、設計契約は、「役務中心型請負」の代表例として挙げられている³⁴。また、設計契約の法的性質については、周知のように、契約性質決定の重要な争点として、従来よりこれを請負契約とする説、委任契約とする説及び無名契約とする説が存在してきた³⁵。しかし、請負であろうか委任であろうか、ないし無名契約であろうか、設計契約は、設計人から見れば、一定の役務の提供を内容とする契約であり、顧客から見れば、他人の労務を利用する契約であるという役務提供契約の特性を帯びるという点は変わらない。

なお、今までの裁判例から見れば、設計契約においては、建物の設計とか内装設計とか、設計、監理、施工三者が絡んだ場合が多かった³⁶。そのために、前掲建築請負に関する裁判

³⁴ 山本・前掲第三章注（18）「契約法の改正」14 頁以下。

³⁵ 設計契約の法的性質に関する学説動向の紹介について、安藤一郎「建築設計監理契約の成否と法的性質」塩崎=安藤・前掲注（20）12 頁以下参照。その他の代表的な文献として、安藤一郎「建築設計監理契約の法的性質と建築家の責任」NB L 125 号（1976 年）24 頁以下、高橋弘「建築家（設計監理技師）の法的地位」法律時報 43 卷 12 号（1971 年）55 頁以下、日向野毅毅「建築家の民事責任——設計監理契約の法的性質を中心として」判タ 748 号（1991 年）22 頁以下、大森文彦「建築設計契約・工事監理契約の法的性質」判タ 772 号（1992 年）35 頁以下、森島昭夫「建築家の専門家責任」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（安田火災記念財団 1994 年）87 頁以下、花立文子『建築家の法的責任』（法律文化社 1998 年）等がある。

³⁶ 設計、施工、監理三者の組み合わせ方によって、裁判例の整理ないし建築士の専門家的責任を論じる文献も見られる。たとえば、高橋寿一「建築士の責任」川井健=塩崎勤編『専門家責任訴訟』（新・裁判実務大

例と重複する裁判例があることもやむをえない。以下では、その代表的な裁判例を挙げて検討してみる。

A 裁判例

34. 設計請負において仕事の目的物の瑕疵が認められた事例

東京地判昭和 47 年 2 月 29 日判時 676 号 44 頁

【事案】同前第二節裁判例 10。

【判旨】同前第二節裁判例 10 及び本節裁判例 5。

35. 設計監理契約における境界の調査義務が認められた事例

東京地判昭和 50 年 2 月 20 日判時 794 号 89 頁

【事案】

注文主 Y から建物設計及び訴外建築請負会社が行う建物建築の施工監理を依頼され、設計及び施工監理を行った設計監理会社 X は、Y が報酬の残額を支払わないので、Y に対し報酬残額の支払を求めた（X は設計監理契約を委任類似の契約として主張した）。これに対し、Y は、X が隣地との境界についての調査義務を怠ったため、後に隣接土地の所有者から異議が出て、当初予定していた棟数の建物が建設できなくなり、X は委任事務を完全に尽くしていないなどとして、その損害賠償金と X の報酬残金との相殺を主張した。

【判旨】一部認容。

「右設計監理契約によって、X は設計の一項として『敷地の現況調査及び整地計画』について義務を負うとされているのであるが、その具体的な内容については明細な記載は契約書にも記載されていない（中略）…。敷地の境界・範囲について格別争のない通常の場合においては、設計監理の受任者は、その事務の内容からみて、常に進んで Y 主張の点まで厳格に調査確定させて設計する義務があるとはいえず、委任者の指示・提出する図面等にもとづき現実に敷地に当るなどしてその範囲を実測確定し、高低差を含め敷地の現状を調査すれば足りると解されるが、できるだけ正確な設計を行うため、専門家として、その必要とする限度で、相応の注意をもって調査を行う必要があり、境界の不明など敷地の範囲が確定できない等の事情があるときは、委任者の協力を求めるなどして、法的な解決はともかく、できるだけその範囲を確定のうえ、可及的に正確な調査を基に設計を行い、紛争の態様によってはこれを考慮して委任者に不利益を及ぼさないよう配慮し、委任の趣旨に添うよう努めるべき義務があるのであって、常に単に委任者から指示・提示された図面のみに基づいて処理すれば足りるものとはいえない。

本件土地においては、（中略）…。敷地の調査を含め包括的に設計監理を委任したとしても、当然 Y 主張のような義務を含む契約が明示もしくは黙示になされたとはいい難く、前掲一般的な範囲で敷地の調査・確定義務を負っていたと認めるのが相当である」。

「監理の委任義務については、結局前掲のとおり五棟については工事の監理が行われたが、六棟目の一棟については工事を施工しないで終わったのであるから、これについては、契約

系 8) (青林書院 2004 年) 11 頁以下。

どおりの監理が行われたものということはできない」。

36. 建築士に敷地調査義務を尽くさなかつた設計上の過失があるとされた事例
大阪地判昭和 53 年 11 月 2 日判時 934 号 81 頁判タ 387 号 86 頁

【事案】

XはY1 建築事務所と本件建物の設計監理契約を締結し、Y1 は一級建築士Y2 に右設計監理を担当させた。Y2 は敷地状況を調査せずに本件建物の建築位置と基礎構造を設計した。A工務店は右設計図に従い、Y2 監理の下に施工したが、設計図どおりに基礎工事を行わず、木工事にも手抜きをしていた。そのため、竣工後の大雨を契機に本件建物の基礎に不同沈下が生じ、上部構造に欠陥が生じた。そこで、Xは、Y1 に対しては、履行補助者たるY2 の行為について民法 715 条、Y2 に対しては、設計監理者としての注意義務を怠ったとして民法 709 条による責任を追及した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「(一) 設計上の過失について (1) 建築士法 18 条 2 項は、建築士は、設計を行う場合においては、これを法令又は条例の定める建築物に関する基準に適合するようにしなければならない旨規定し、建築基準法施行令 38 条 1 項は、建築物の基礎は、建築物に作用する荷重及び外力を安全に地盤に伝え、かつ、地盤の沈下又は変形に対して構造耐力上安全なものとしなければならないと規定している。したがって、Y2 は、一級建築士として設計にあたり、現地を十分調査し、敷地上に完全な建築物が建築されるように基礎構造を十分検討して設計すべき注意義務があるというべきである。(2) Y2 は、本件土地が造成地であり切土と盛土の硬軟両質の地盤で構成されていることを認識していたから、(中略) …、本件建物がひずむ危険があることを容易に予見できたのに、地盤の状態をまったく無視して基礎構造を初め本件建物の設計図を作成したから、設計にあたり、敷地調査義務を十分に尽くさなかつた過失がある。(3) (中略) …、前掲認定の本件設計監理報酬決定の経過に照らすと右報酬額をもって直ちに本件の場合にも予備調査で足りるとすることはできない。さらに(中略) …、本件の場合、Y2 は本調査をしなくても不同沈下のおこる危険性を容易に認識できたというほかはないから、予備調査の義務しかないことを理由に過失を免れることはできない」。

「本件建物の欠陥は(中略) …不同沈下と施工不完全にその原因があるところ、Y2 が一級建築士として誠実に設計監理義務を尽くしていたなら不同沈下の発生を避けることができたし、施工の不完全も是正できたといえる。従って、Y2 の過失と本件建物に欠陥が生じたことの間には相当因果関係があるから、Y2 は民法 709 条に基づき、本件建物に欠陥が生じたことによってXの被った損害を賠償する責任がある。(中略) …Y1 会社は、従業員であるY2 に本件設計監理を担当させたから、民法 715 条に基づきXの被った損害を賠償する責任がある」。

「Xの被った損害は、本件建物に支出した総金額と引渡しを受けた建物の価値との差額と認めるのが相当である」。その上、鑑定料 10 万円、慰謝料 30 万円も認められた。

37. 店舗内装設計請負契約に関わる事例

東京地判昭和 62 年 5 月 18 日判時 1272 号 107 頁

【事案】同前第二節裁判例 33。

【判旨】同前第二節裁判例 33。

38. 設計上の過失に基づく不法行為責任が認められた事例

大阪高判平成元年 2 月 17 日判時 1323 号 68 頁判タ 705 号 185 頁

【事案】

X 会社およびその代表取締役 X らは、Y1 会社との間で本件建物の設計、施工につき建築工事請負契約を締結し、同工事を完了した Y1 から建物の引渡しを受けたが、本件請負工事には設計、施工および工事監理上の瑕疵があるとして、Y1 に対し、債務不履行責任ないし請負人の担保責任に基づき損害賠償を求めた。また、Y2 会社は設計監理会社、Y3 はその代表取締役で、一級建築士事務所の業務管理をする管理建築士であるが、X らは、Y1 会社から本件工事の下請負契約をした Y3 が、本件建物の設計・工事監理の担当者として、注意義務を怠り前掲の瑕疵を生じさせたと主張して、Y3 に対しては民法 709 条、Y2 会社に対しては同法 44 条または 715 条に基づき同様の損害賠償を求めた。

一審判決は、本件建物には設計、工事監理及び施工上の瑕疵があると認定し、Y1 について、請負人の担保責任に関する規定により不完全履行の一般理論は排斥されると解した上で、民法 634 条に基づき右瑕疵により生じた損害を賠償する責任があるとした。Y2Y3 については、建築確認を得るために便宜上名義を貸したにすぎず、Y1 から工事監理を引き受けたものではないことが認められるから、本件建物の工事監理についてその責任を負わないと判断したが、他方、Y3 は一級建築士として実際の工事施工のための設計図書の作成に当たり法令などの基準に適合させねばならないのに、本件建物の基礎構造を設計するに際し地質調査を怠り、誤った地耐力を設定して基礎構造の不等沈下を生じさせたから、Y3 は民法 709 条に基づき、Y2 は 44 条に基づきそれぞれ本件建物の設計上の瑕疵により X らがこうむった損害を賠償する責任があるとした。そして、Y1 について再築による修補費用相当の損害金の支払い義務を認めた。Y2Y3 については、設計上の瑕疵である基礎構造の欠陥の補修に限って考えた場合には部分修復法によるべきであるとして、部分修復法による補修費用の限度で設計上の瑕疵と相当因果関係にある損害であると認めた。その他、諸費用及び慰謝料のほか、Y1 につき、本件瑕疵の内容、程度、態様及び発生原因に加えて契約成立や補修交渉の経緯などの諸事情に照らせば、右瑕疵担保責任の内実は反社会性ないし反倫理性の程度において不法行為に匹敵すべき違法性を有するとして、弁護士費用の賠償を命じた。そこで、Y2、Y3 が、(1) Y2 は、大阪市建築指導課担当官からの指導に基づいて基礎構造の設計をしたのであるから、注意義務違反はない、(2) 本件建物の不等沈下の原因は、これに隣接する土地に建てられた建物の基礎工事の際、土砂滑動予防措置を講じないで素掘りしたことにあるので、Y2 の設計との間に因果関係はない、と主張して、控訴した。なお、X らが損害額を拡張して附帯控訴を請求した。

【判旨】一部変更、附帯控訴棄却。

裁判所は、(1) Y2 は一級建築士として設計図書を作成するにあたっては、法令に定める基準に適合させなければならず、建築物の基礎は、地盤の沈下に対して構造耐力上安全なものでなければならないので、建物の設計に際してはその敷地の地耐力を把握するための地盤調査を行い、それに照らして基礎構造の設計をなすべき注意義務があるから、予備調査にかかる大阪市建築指導課担当官の指導に従ったにせよ、本調査を欠く以上基礎構造設計が法令に適合しないばかりでなく、右担当官といえども市内の土地の地耐力を正確に認識しているものでない以上、推定値を前提として基礎構造を設計すれば、不等沈下等の事態が生ずることがありうることは予見に難くないから、過失責任を免れない、(2) 本件建物は、隣接建物敷地の素掘りのみが不等沈下の原因とは考えられない、と判示した。

39. 設備の瑕疵につき損害賠償責任が認められた事例

東京地判平成3年9月17日判時1430号100頁

【事案】同前第二節裁判例19。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件設備の故障箇所については、Yの設計製作に瑕疵があったというべきである」とした上で、修繕改修費用、逸失利益としての本件設備の瑕疵によって予定生産量と実際の生産量との差額、本件設備の故障により流失した材料に相当する費用、本件設備の故障により生じた人件費その他の経費など、それぞれ瑕疵担保責任に基づき認められた。

40. 構造について明らかな設計ミスが認められた事例

東京地判平成3年12月25日判時1434号90頁

【事案】同前第二節裁判例17。

【判旨】請求認容。

「本件契約の請負者であるY1は、工事の設計・施工につき、また、Y1の代表取締役であり、本件契約の監理技師であるY2は、本件建物の設計・監理・施工につき、それぞれ十分な注意をなすべき義務があるところ、前掲工事瑕疵はいずれも建物建築上の初歩的部分であり、一階床組の構造については明らかな設計ミスがあり、雨仕舞・断熱・防水工事については施工・監理のミスがあったというべきであるから、Yらは、瑕疵担保責任及び過失による不法行為責任を免れず、右工事瑕疵によってXらの被った損害を賠償する責任がある」とした上、損害については、補修工事の費用、補修工事中の引越費用・家賃、営業損害・健康損害・精神的苦痛などとしての慰謝料(300万円)が認められた。

41. 設計及び工事監理の過失による不法行為責任が認められた事例

大阪地判平成10年7月29日金判1052号40頁

【事案】

Y2会社は、訴外会社が施工したコンクリート擁壁の上にブロック擁壁を設置して盛土をし、そのため、コンクリート擁壁が回転移動した。これが原因で、本件建物の基礎構造、軸組構造に瑕疵が生じた。本件建物の購入者Xは、本件建物の取り壊し、再築費用などの

損害賠償をY2会社及び建物の販売会社（Y1会社）（債務不履行ないし不法行為）、さらに本件建物の設計者兼工事監理者のY3（不法行為）に対して求めた。

【判旨】請求認容。

「ところで、建築基準法5条の2及び建築士法3条の3第1項は、延べ面積が100㎡を超える木造建物を建築する場合、必ず一級又は二級建築士でなければ設計及び工事監理をしてはならず、これらに違反した工事をしてはならない旨規定している。

これは、延べ面積が100㎡を超える新築木造建物の安全性を確保するために設けられた強行規定であるから、一級又は二級建築士は、建物の設計及び工事監理をする意思もないのに設計者・工事監理者として届け出ることは許されないのものであって、右建物の設計者・工事監理者として届け出た以上は、その業務を誠実に遂行すべき義務を負っているというべきである（建築士法18条1項参照）。（中略）…Y3は、本件建物の設計及び工事監理を怠り（設計及び工事監理は行わなかった）、この結果、本件ブロック擁壁や本件建物には、（中略）…のような瑕疵が生じた。したがって、Y3には、過失によって右瑕疵を生じさせたというべきである」。

損害額として、取壊し・再築費用、造園費用、建具補修費用、雨樋補修費用、建築士の調査鑑定費用、地盤調査費用、引越費用、代替建物の賃料、登記費用、慰謝料（100万円）、弁護士費用等合計6002万円余が認められた。

42. 設計の瑕疵が認められた事例

神戸地判平成14年11月29日判例集未登載TKC

【事案】同前裁判例28.

【判旨】一部認容、一部棄却。

「建築基準法施行令38条1項は、（中略）…と規定している。しかし、（中略）…本件建物の基礎は、構造耐力上の安全性に対する配慮を欠いているものであり、『建築物に作用する荷重及び外力を安全に地盤に伝え、かつ、地盤の沈下又は変形に対して構造耐力上安全なもの』とは認められず、建築基準法施行令38条1項に違反しており、設計上の瑕疵があるものといわざるを得ない」。

「本件建築請負契約は、地震による被害を最小限に食い止められるように注意して、建物の設計・施工・監理を行うことが契約内容となっていたといえる。ところが、Yは、本件建物敷地の地盤改良工事を実施せず、本件建物の基礎を杭基礎やベタ基礎にもせず、構造耐力上の安全性の劣る布基礎で設計している。しかも、本件建物の布基礎と車庫躯体との間に、アンカー筋等による緊結も施していない。したがって、Yは、本件建築請負契約の内容を誠実に履行しているものとは認められず、本件建築請負契約の債務不履行が認められる。それゆえ、かかる観点からしても、本件建物の基礎は、設計上の瑕疵があるものといわざるを得ない」。

B 裁判例に関する分析

前掲の9件の裁判例から見れば、提供された設計（役務）に瑕疵がある場合の法的効果な

どについて、以下のようないくつかの特徴が見られる。

第一に、役務提供者の責任構成方面の混迷及びその異同。責任の根拠から見れば、上記9件の裁判例の中で、瑕疵担保責任の構成をとったのは、裁判例34、38、39、40、42の5件であり、債務不履行責任の構成をとったのは裁判例35、37、42の3件であり、そのほか、不法行為責任の構成をとったのは裁判例36、38、40、41、42の5件である。

なお、裁判例38においては、設計契約の当事者である建築会社に対しては、瑕疵担保責任が用いられた一方、直接契約関係がない下請け会社およびその建築士に対しては、709条と44条に依拠しながら不法行為責任の構成がとられた。裁判例40においても、瑕疵担保責任と過失による不法行為責任両方が認められた。裁判例41においては、設計上の瑕疵について、設計・施工・監理を一括請負った請負人の債務不履行責任（415条）、瑕疵担保責任（634条）、不法行為責任（715条）がすべて認められた。

前掲諸責任構成には一定の特徴が見られる。設計契約の法的性質について、設計上の瑕疵が問題となる場合には、直接に請負か委任かを性質決定した裁判例は見当たらないが、瑕疵担保責任をとった5件の裁判例は、いずれも設計・施工を一括請負させたものである。全体的には、設計・施工を一括負わせる以上、設計上の瑕疵について必ず瑕疵担保責任の構成をとるとは断定できないが（たとえば、不完全履行の一般理論を排斥する裁判例38と異なって、裁判例42においては、原告の主張のとおり、債務不履行責任・瑕疵担保責任のいずれも認められた）、それを採る可能性が高いという点は否定できない³⁷。他方、債務不履行責任の構成をとった3件の裁判例からみれば、裁判例35、37では、施工を負わない設計者の責任について債務不履行構成をとったが、裁判例42においては、設計・施工・監理を一括負させた事案にもかかわらず、債務不履行責任・瑕疵担保責任のいずれも認められた。従って、単に設計のみを請け負った場合の設計者には、設計上の瑕疵について、すべて債務不履行の構成をとるまでとはいえないが、その可能性が高いという点も明らかとなる。他方、不法行為責任の判断構造を採る裁判例の事実関係からみれば、設計の具体的な担当者の債務履行補助者の地位、下請負関係の存在、あるいは注文者と直接契約関係がないときなどの場面では、不法行為責任を採る可能性が高いと見える。

瑕疵担保責任をとった諸裁判例における具体的な法的構成（要件）がどのような特徴をもつのかを見ていくと、以下のようなことになる。裁判例34では、建築基準法の最低基準を設計上の瑕疵の判断基準とした。裁判例38においては、完成した建物の構造上の欠陥によって設計上の瑕疵を認定した。裁判例39においては、設備の設計と製作を一体として扱ったので、完成した目的物の欠陥から設計上の瑕疵も認められた。裁判例40においては、瑕疵担保責任、不法行為責任とも認めながら、設計・施工・監理につき十分な注意をなすべき義務を認めた上で、設計上のミスを認めた。裁判例42においては、建築基準法施行違反のほか、設

³⁷ 原告側の主張事由にも関わるが、同様な損害について、施工上の瑕疵による瑕疵担保責任が負われた以上、同一の当事者に別の責任を負わせる必要がない、あるいは設計・施工が同一の請負者に請負させた場合に、設計とは最後の建物の完成の一つの中間的仕事に過ぎないので、完成された建物の状態全体からその責任の有無を考察すれば足りるという考え方にに基づき判断されたように見える。

計請負人の債務不履行があったことも、設計上の瑕疵を認定する際の要素となる。しかも、裁判例 42 においては、瑕疵を認定する際に、設計上の瑕疵と施工上の瑕疵をはっきり分けて認定した。したがって、瑕疵の認定について、事案ごとに特徴をもつとはいえ、瑕疵認定の一般傾向（すなわち完成した目的物に着目する点及び他の要素が取り込まれる点）と同旨である。しかしながら、請負契約としての設計契約といえ、その完成物（目的物）は一定の設計図書などの作成であるとは言うまでもなく、瑕疵担保責任における瑕疵に当たるか否かについては、完成した設計図書を対象として検討すべきにもかかわらず、前掲諸裁判例においては、設計図書ではなく、さらに具体的な設計図書の存在与否を問わず、請負人の設計に基づき建設された建物を設計上の瑕疵の判断対象となる。この点について、通常、設計契約といっても、顧客にとって、単に設計図の完成を目標とするわけではない、設計図に基づき建物・設備などを作るために設計を任せただけで、最終の作り物が完成されるまでには、設計上の瑕疵が問題とならないという社会事情に原因にあるであろう。

次に、債務不履行責任の判断構造を採る裁判例を具体的に考察してみよう。裁判例 35 では、設計者からの委任類似の契約に基づく報酬請求に対して、注文者は設計者の境界の調査義務の違反を理由としてその委任事務の履行の不完全性に基づき、相殺を主張した。裁判所は設計者の調査義務の存在を認めながら、その義務が一応尽くされたと認定して、注文者の相殺主張を認めなかった。裁判例 37 は、債務不履行による解除に基づく代金返還訴訟であり、裁判所は設計者の自由裁量を認めながら、設計者に裁量の余地が大きな場合に、注文者の期待の役割が軽減されるという不完全性の認定方法が見られる。裁判例 42 においては、債務不履行責任と瑕疵担保責任いずれも認めたが、その具体的な認定方法は、完成した目的物に瑕疵があるという瑕疵担保責任の手法に傾ける。そうだとすると、債務不履行責任の判断構造を採る諸裁判例は、裁判例 42 のような特例を除外して、完成した目的物（設計図とか建物とか）に瑕疵があるかどうかの判断ではなく、債務者の債務内容の認定（提供すべき役務の認定）及びその違反の有無という債務不履行の一般方法を採っている。裁判例 35、37 においてはいずれも債務（義務）の不履行が否定されたので、過失などの他の要件を認定する必要がなくなる。

さらに、前述のように、注文者との間に直接的な契約関係が存在しない場合、あるいは履行補助者の場合に、不法行為責任の構成をとったことがよく見られる。不法行為責任の構成から見れば、裁判例 36 では、設計担当者の建築士法に基づく敷地調査義務という注意義務の違反による過失の存在、予見可能性の存在及び回避義務の違反による過失の存在などを認めたと、設計担当者の不法行為責任及びその設計事務所の 715 条の責任を認めた。裁判例 38 では、下請け会社及びその設計担当者に対して、調査義務違反による設計上の瑕疵について、不法行為責任及び民法 44 条に基づく責任を負わせた。裁判例 40 においては、瑕疵担保責任と不法行為責任いずれも認めたが、不法行為責任については、具体的な過失判断がなされず、抽象的な「注意義務違反」という用語が用いられながら、その過失による不法行為責任が認められた。裁判例 41 においては、建物売買契約の買主による損害賠償

請求なので、設計担当者と買主の間では直接的な契約関係が存在しないという事情に基づき、設計担当者の責任については、建築士法における「業務を誠実に遂行すべき義務」の違反という過失によって瑕疵を生じさせたと認定したうえで不法行為責任を負わせた。裁判例 42 では、債務不履行責任、瑕疵担保責任、不法行為責任がいずれも原告側の主張のまま認められたので、その具体的な根拠付けがなされていなかった。この 5 件の裁判例を総合すると、過失の認定（義務違反）と前掲債務不履行責任の構成を採った諸裁判例との間に、一定の共通性が見られる。直接的な契約関係の存在の有無を別としてなら、両者とも「一定の義務の存在」と「その義務の違反の有無」というようにみえる。又は、両者とも設計という役務を過程的に捉えた上で、具体的な設計に必要な調査義務の存在が義務・債務の認定する際の重要な参考となるという点も興味深い類似なところである。前者が債務の内容であり、後者は過失判断の前提となるという形式的な区別に過ぎないと考えうる。そうだとすると、少なくとも、証明責任などを別として、要件面から見れば、一定の行為の完成を債務内容とした役務提供契約における債務不履行責任の判断構造と不法行為責任の判断構造との類似性は明らかとなる。

最後に、前述瑕疵担保責任を採った裁判例と債務不履行・不法行為責任を採った裁判例を比較してみれば、前者にみられる設計上の瑕疵あるいは最後の完成物である建物の瑕疵という結果重視方法と対照的に、後者は、設計上の客観的な不完全あるいは注文者の期待に満たさない結果にいたるまでの原因・過程、そして、そういう過程における役務提供者の具体的な義務の存在及びその義務違反の有無の方に傾いていた点が明らかになる。つまり、後者の場合には、結果の支障から直ちにその責任になるわけではない、支障の形成原因・具体的な行為義務（債務）違反の有無がその手がかりとなる。この点について、学説上は、「設計契約…瑕疵担保責任の発生要件…結局のところ、建築家として一般有すべき知識と技術に基づき相当と見られる設計をしなかった場合であるから、債務不履行の場合と異ならないであろう。…設計については、請負契約の目的である仕事を完成したかどうかは建築家としての注意義務を果たしたかどうかによって判定されることになるから、設計契約を請負と解する場合であっても、結局は建築家に過失（注意義務違反）があることが必要となり、無過失責任ということはない」³⁸という主張も見られていたが、前述した諸裁判例の考察からみれば、少なくとも債務不履行構成を採る場合と瑕疵担保責任を採る場合の違いは一定程度存在しており、瑕疵担保責任を採った場合には、特に注意義務違反の有無は問題とならない。そのため、設計契約における瑕疵担保責任と債務不履行責任との違いは、少なくとも裁判の実際では、まったく違いがないわけではない。

第二に、法的効果の異同を考察してみよう。上記諸裁判例は、瑕疵修補請求・解除に関わる裁判例 37 を除き、概ね損害賠償責任に関わるものである。また、損害賠償責任の発生根拠については、瑕疵担保責任、債務不履行あるいは不法行為などそれぞれである。

まず、瑕疵担保責任による損害賠償責任については、建築請負契約に対する考察・分析に

³⁸ 森島・前掲注 (35) 93 頁。

において述べたように、瑕疵の修補に代わる損害賠償か瑕疵の修補とともに損害賠償か、過失要件の有無、損害賠償の範囲などを含め、設計契約の場合にも適用されうると考える。

次に、債務不履行による損害賠償責任については、裁判例 35、37 とも債務不履行が否定されていた。裁判例 42 は、債務不履行責任、瑕疵担保責任、不法行為責任がいずれも原告側の主張のまま認められたので、認められた損害賠償責任が三者の共同結果となるであろう。その理由から、設計契約における債務不履行による損害賠償責任に関する裁判実務上の傾向については、前掲諸裁判例だけではいまだ明らかにされたとは言えない状態にある。

最後に、不法行為責任による損害賠償責任については、諸裁判例において、義務違反の有無についての認定、過失の認定、予見可能性、相当因果関係などがよく用いられていた。この点については、一般の不法行為責任との差は見当たらない。

(四) 警備請負契約

A 裁判例

43. 盗難事故につき警備員の過失は認められた事例

高松地判昭和 48 年 1 月 26 日判時 706 号 54 頁

【事案】

X 倉庫会社は Y 警備保障会社との間で警備契約を結んだ。ところが、ある夜 A からの施錠を破壊して進入する盗難事故に遭った。その約 40 分後 Y の警備員が右倉庫を巡回したが、所定の業務である施錠の点検を怠ったため、右盗難に気づかず、結局盗難の発見が翌朝になってしまい、その間 A らは県境を越えて遠隔地にまで逃亡し、右盗難品を処分してしまった。そこで、X は Y に対し、警備員が施錠の点検を怠らなかったならば、盗難を早期に発見でき、警察への通報、警察における緊急手配も直ちに行われた結果、A が県境を越えないうちに逮捕できたはずであると主張し、前掲契約上の債務不履行を理由として、右盗難による損害の賠償を訴求した。

【判旨】請求棄却。

「本件契約が、Y 会社に於て X 所有の警備対象倉庫につき、火災、盗難等の予防ないし発見の為の警備業務の提供を内容とする。(中略) …、施錠の点検を警備業務の主要な一内容として約定した以上、これを確実に実施出来るように警備計画を策定すべきであり、この為警備員の増員を要し、延いて経費の増加を招来するのであれば、それに見合った警備料金を顧客との間に約定すべきものであって、約定の警備料金の低廉を理由に右点検義務が一部でも免除されるものとは到底解されない。

そうとすれば本件事故当夜、Y の履行補助者である警備員 B らが第三回巡回警備に当り、犯行後の異常事態が前認定の通り明らかに存するのに、施錠の有無の点検を怠った結果これに気づかず、契約に定められた必要な措置をとらなかったのであるから、右警備員らに警備上の過失があったことは明らかであるし、又 Y に本件警備契約に基づく義務の不履行があったことは明らかである」。

「仮に警備員が第三回巡回の際必要な注意義務を尽し約旨に従った措置をとっていたと

しても、Aらの窃盗行為によるXの損害を防止出来る蓋然性があったとはにわかに断定出来ないのであるから、(中略)…警備員の過失ないしはYの債務不履行とXの右損害との間に相当因果関係があると認めることは困難であると云うほかない」。

44. 警備会社に債務不履行に基づく損害賠償責任が認められた事例

鹿児島地判昭和50年2月20日判時793号92頁

【事案】

X会社はボーリング場等の夜間警備を警備会社Yに請負わせていた。深夜に二人組の強盗が侵入し、警備室で仮眠中のY会社のガードマンAに短刀を突きつけて縛り上げ、サルグつわをして鍵たばを奪った上で、事務室内の金庫から売上金148万余円を奪って逃げた。事件は犯人不明で未解決事件として現在捜査中のものである。そこで、Xは、Yに対し、警備保障請負契約の債務不履行を理由として損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件警備契約の性質は、Yにおいて午後八時三〇分から翌朝午前九時三〇分までの間本件建物およびその敷地内における不法行為者、不法侵入者の排除、警察への通報等の警備を行うことにより、右警備対象の時間的および場所的範囲内における火災、盗難、その他の事故の発生を未然に防止することを主たる目的とする請負契約であると解せられる(本件契約書も、「警備請負契約書」と題されている)」。

「本件事故の発生についてYの履行補助者たるAの無過失が立証されない限り、Yは本件警備契約に基づく債務不履行責任を免れないものといわねばならない。そこで、(中略)…本件錠の性状およびその破壊状況に照らし、本件施錠の破壊に際してはかなりの音が発生し且つある程度の時間を要したであろうことが推測され、Aが仮眠状態におちいらず、また屋内巡視の時間的間隔が適切であったならば、賊の屋内への侵入を未然に防止できた可能性を否定しることができない」。

「Y会社においては、本件のような警備形態による場合常駐警備士が仮眠をとることは禁じられていなかったことが認められるが、しかし、本件警備契約の目的を達成するため具体的にどのような警備を行うかは、原則として請負人たるYの責任において決定すべきことであり、Yが一定の警備方法によったがなお結果的に事故の発生を防止できなかった場合には、Yにおいて当該事故の発生を防止するため他に適切な警備方法を取りえたと認められる限り、依頼者たるXが当該警備方法を指示し、若しくは契約上当該警備方法によって防止し得なかった事故についてはYの責任が免除されることが予定されていると解される場合を除き、Yは事故の責任を免れないものというべきである。

(前略)本件事故の発生につきAに過失がなかったとはいえず、したがってまた、Yも本件事故による賠償責任を免れることはできないといわねばならない」。

「そこで、(中略)…本件事故による現金被害額は、本件事故被害書庫に保管されていた(中略)…148万820円と認められる。(中略)…耐火書庫一個およびレストラン引戸の錠一個を破壊され、右合計7万5800円相当の損害を受けたことが認められ、(中略)…Xの

逸失利益の請求は認め難い」。

45. 火災につき警備義務が尽くされているとされた事例

名古屋地判昭和 50 年 4 月 22 日判時 794 号 93 頁判夕 326 号 266 頁

【事案】

X 会社は、警備会社 Y との間で工場の夜間警備契約を締結した。ところが、ある日午前 5 時頃、右工場内の倉庫から出火し、同倉庫およびその中にあった材料・部品等を全焼し、かつそれに接続する作業場を焼損したが、右火災は、右工場の東隣にある X 会社の工員寮に起居していた X 会社従業員である少年 A による放火したことが判明した。そこで、X は、Y に対し、右警備契約は、警備作業を遂行して盗難、火災等の事故を防止することを目的とする請負契約であるから、右契約は警備対象物件の安全の保証をも内容とする、無過失的損害担保の契約であること、仮にそうでないとしても、本件火災は Y の責めに帰すべき事由によること等を理由として、右契約上の債務不履行による損害の賠償を訴求した。

【判旨】請求棄却。

「本件警備契約は一定の報酬を支払うから有償契約である点は請負と同一性質を有するが、本件警備契約は一定の範囲の物件につき包括的かつ専属的に警備を実施し、それによって一定期間火災や盗難等の事故の発生を防止することを終局的目的としている点、すなわち結果を発生せしめないことを目的としている点において、請負契約が所期の結果を生ぜしめるような仕事の完成を目的としていることを要する点において異なるから、右用語が『請負』、『保障』を用いているのにもかかわらず直ちに請負とは断定できない。

(前略) 他方警備をしなくても偶発的、自然発生的にも生じるものと認められること、警備計画書により警備時間および警備に要する組織人員が限定され、警備方法についても具体的に協定されていることが認められること、Y は警備対象物件について人的物的に不備があってもせいぜい X にそれを指摘すべき義務があるのにすぎず、自ら積極的にその対策を講ずる権限もないものと認められること、警備対象物件に生じた事故による X の損害について Y はその損害が Y の責に帰すべき事由により生じたものについてのみ保険会社との保険契約により賠償の責に任ずべきことおよび Y が警備計画書記載の事項および協定事項に違反しなかった場合は事故が発生した場合でも報酬を受けうることを約していることが認められ、本件警備契約は契約書、警備計画書および協定事項に定められた方法を基準として Y に警備事務をしてもらう点で準委任と同一性質を有するが、本件警備契約が有償で事故の発生を防止を目的としている点で委任とも断定できない。

さらに本件警備契約は、事故の発生を防止する警備事務である点において労務を供すること自体を目的とする雇傭とも異り、本件警備料は 1 月金 17 万 5000 円であるが、これは単に一人の警備員についての費用ではなく、Y の統制室、予備員、交替要員の人的物的設備一切についてのものであるから、通常の守衛の賃金と比較すべきものではないからそれをもって本件警備契約を雇傭契約と解すべきではない。

従って本件警備契約は民法典に規定する労務供給契約の典型である請負、委任、雇傭のい

ずれにも属しない無名契約である労務供給の有償契約であって、有償契約の法理の下に解決すべきである。

されば、Yは本件警備契約につき原則として契約期間中XY間で合意された契約書、警備計画書、協定事項等に定められた範囲を所定の人的物的設備および方法により善良なる管理者の注意義務をもって警備を継続する義務があり、その義務を尽さなかったことにより本件警備対象物件に火災や盗難等の事故が発生しまたは既に発生した損害が拡大した場合にのみXに対し損害賠償の義務を負うのであって、所定の警備を尽してもなお損害を生じたり拡大した場合については特段の事情なき限りYはその責任を問われることはないものと解すべきものであって、事故が発生したり損害が拡大したことのみに基づき直ちにYがその責任を問われることはない」と解すべきである。

46. 盗難事故につき警備会社の注意義務を怠ったとされた事例
名古屋地判平成2年3月1日判時1366号102頁

【事案】

Xは、Yとの間で、店舗の盗難予防などのための警備業務委託契約を締結していた。ところが、盗難にあった。そこで、Xは、債務不履行に基づき損害賠償を求めた。

【判旨】請求認容。

「右契約や警備実施要領によれば、Yとしては、まず本件店舗内に設置された本件装置が、異常事態が発生したときには、即刻これを感知し、これをYの警備本部へ通報することができる状態に常時置く義務があったものであり、もしこの点につき義務違反つまり過失があるときは、Xに対してこれによって生じた損害を賠償しなければならない」。

「本件盗難事故当時、窃盗犯人が本店舗内の前掲◎センサーの下周辺を通過して宝石類が保管されている陳列ケースを物色しても、本件装置が右異常事態を感知してこれをYの警備本部に通報することができる状態にはなかったものと認められ、Yにはこの点につき義務違反つまり過失があったことになる」。

「そして、(中略)…本件装置のセンサーが本店舗内の異を感知したときは、即刻Yの警備本部に警報が発信され、これを受信したYの警備員や、警備実施要領に基づき、Yから直ちに電話連絡を受けた本件盗難当時、右店舗建物の四階に住んでいたXの従業員らが右店舗に急行して、盗難を未然に防止し得たものと認められるから、Xの前掲本件装置に関する義務違反によって本件盗難が生じてしまったものと認められる」。

47. 警報機器の不作動につき警備保障契約上の義務不履行が否定された事例
東京地判平成7年11月27日判タ918号160頁

【事案】

医院を開設する医師Xは、昭和56年12月Y1との間で警備保障契約を締結していた。平成2年2月、泥棒が同医院に侵入し、現金757万余円を窃取された。そこで、Xは、盗難当時、Y1が設置した警報機器が正常に作動せず、警報機器に接続する電話回線も切断され、医院内で警報音が発せず、異常情報も送信されない状態にあったにもかかわらず、Y1が警

報機器が正常に機能するように点検補修すべき警備保障契約上の義務を怠ったとして、Y1 に対し、損害賠償を請求した（Y2 につき省略）。

【判旨】請求棄却。

「本件警備保障契約では、本件警報機器の正常作動はXの責任で保持されるものとし、（中略）…YはXより通知を受けたときは速やかに点検を行い、必要に応じて修理又は交換を行い、これに要する費用は、その原因がY1の責めに帰すことができないときは、すべてXの負担とする旨定めていること（中略）…、Y1が、Xからの通知がないのに、一般的に本件警報機器の点検補修を行うべき義務を負担していたものとはいえない」。

「（前略）したがって、Xが、Y1に対し、モード設定ができないことを理由に点検補修を依頼していたにもかかわらず、Y1がこれを怠ったとするならば、Y1の点検補修義務違反と本件盗難による損害との間には因果関係が存在することとなる」。

「（前略）Xは、本件盗難の約一か月前に、Aらが四桁化作業のため本件医院を訪問した際、本件警報機器の異常を認識しており、Aらにモード設定がうまくいかない旨述べたが、具体的な異常箇所を話さなかったこともあって、Aらにはモード設定それ自体に異常がある趣旨は伝わらなかったことは前示のとおりである。ところで、顧客に対して継続的に防犯等の役務の提供及び警報機器の貸与を行う立場にあるY1としては、顧客に対する対応の在り方として、Xの申出の趣旨を最大限に汲み取って必要な処置を講ずることが望ましいところ、Xの申出をモード設定のやり方が分からないとの趣旨に理解し、何ら点検等の措置を講じなかったのであるから、本件警備保障契約が当時既に約九年間継続しており、その間、何らかの工事等も行われたなどの前示事実関係からすれば、顧客サービスの在り方としては十全でなかった憾みがあるといわざるを得ない。しかしながら、XがAらに対しモード設定がうまくいかない旨述べた際、モード設定をしようとしても音声が出ないなどの具体的な異常箇所を話していないこと、Aらが、その訪問時に、本件警報機器の電池異常表示ランプが点灯しており、モード切替えに必要な鍵が紛失していたなどの事情を認識していたことにかんがみれば、Xが本件警報機器をあまり利用していないと受け取り、そのようなXがモード設定のやり方という極めて初歩的な質問をしてきたと理解し、その理解に従った対応しかとらなかつたとしても、やむを得ないところというべきであり、このことをもって、Y1に前掲顧客サービス上の当否を超えて契約上の点検補修義務違反があったとまでは認めることができない」。

48. 警備保障会社の債務不履行ないし不法行為が否定された事例

東京地判平成8年1月25日判タ918号150頁

【事案】

Xらは、警備会社Yとの間で、防犯、防火等に関するホームセキュリティ契約を締結したところ、Yは、煙感知器については1階厨房部分の1箇所しか設置しなかった。そうした中で、その後、2階和室から出火し、その結果、右家屋と家具類の相当部分が焼失した。そこで、Xらは、(1) Yの感知器の設置方法には欠陥（不完全履行）があり、そのために

出火の早期発見と初期消火が遅れたこと、(2) 防火関係の機器の設置に当たっては、消費者の要望を正確に聞きだすための質問を行い、適切な提案や助言等をすべき義務があったにもかかわらず、Yはそのような説明等を一切しなかったことなどを理由として、Yに対し債務不履行ないし不法行為責任による損害賠償を求めた。

【判旨】 請求棄却。

「Y担当者Aは、本件契約の履行に当たり、Xら宅の現地見分を行った上で、防犯、防火に関する機器の設置等について必要な説明を一通り行い、Xらの意見と要望を適宜取り入れながら、前掲のような内容の見積明細書、図面及び取扱説明書を交付し、Xから、機器の種類、設置個数及び設置位置等の全般について了承を得た後、機器等の設置工事を行ったものであり、また、X居住部分について煙感知器を一階の厨房部分の一箇所にしか設置しなかったのは、日常的に火気を使用する場所に設置すれば足りるというYの標準的取扱例に従ったものであり、この点についてXらから異議が出たことはなかったことが認められる。

右事実と一般の家庭において一年間を通じて日常的な火気の使用によって出火の可能性の最も高い場所が台所・厨房であると考えられること、防犯、防火及び非常時の通報等のセキュリティシステムを設置する場合、様々な機器を多数設置すればするだけその効果が高いといえるものの、一方で、家庭の美観を害し、機器の購入や設置工事に要する代金等がかさむことになるため、右設置には自ずと限度が生ずるものと考えられることなどに照らすと、Yが本件契約の履行に当たりX居住部分について煙感知器を一階の厨房部分の一箇所にのみ設置し、本件火災の出火場所となった二階の部屋にはこれを設置しなかったとしても、Xらから煙感知器の設置に関して特別の要望が出されなかった以上、Yとしては防火関係の設備として通常備えるべき程度の機器等の設置を行ったものというべきである。

したがって、Yの右煙感知器設置の点について欠陥があり、不完全なものであったとすることはできないといわなければならない」。

「(前略) Yが本件契約の締結に当たりXらに対して行った機器の設置等に関する説明に不十分なところがあったとは認められず、Xらにおいても、煙感知器を含む防火関係の機器の設置内容については十分理解していたものといえることができる。したがって、Yに右告知・説明義務違反があったとするXらの前掲主張は採用できない」。

49. 警備請負契約の債務不履行が否定された事例

広島高判平成 13 年 9 月 12 日判例集未登載

【事案】

Yと警備請負契約を締結していたXは、工場に置いていた新車及び注文車合計 17 台が、台風が山口県西部に上陸した際に水没し、全壊したのは、Yが前掲警備請負契約に基づく報告義務・通知義務に違反したため上記車両を避難させることができなかったことによるものであるとして、Yに対し、債務不履行による損害賠償として、上記車両の価格相当額、弁護士費用及び遅延損害金の支払いを求めた。原審は棄却した。そこで、Xは控訴。

【判旨】控訴棄却。

「本件警備請負契約は、盗難について異常の感知、事故確知時における関係先への通報・連絡、警備実施事項の報告を業務内容とするものと認められ、Yに通知義務・報告義務違反は認められない。

そうであれば、車両の水没により損害が発生したことを理由とするXの本訴請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がなく、(中略) …、本件控訴を棄却」。

B 裁判例に関する分析

警備請負契約に関する前掲の7件の裁判例を総合的に見ると、以下の諸点が見られる。

第一に、警備請負契約の性質決定について、契約書などでは「請負」の名をつけたにもかかわらず、裁判所の認定は一律とはいえない。具体的にみれば、裁判例43、46、47、48では、請負契約か委任契約かとの性質決定をせず、裁判例43では警備業務の提供を内容とする契約とされ、裁判例46では警備業務委託契約とされ、裁判例47、48では警備保障契約という名のままとされた。裁判例44では、契約書のどおり請負契約と決定した。裁判例45では、「本件警備契約は民法典に規定する労務供給契約の典型である請負、委任、雇用のいずれにも属しない無名契約である労務供給の有償契約」とされた。裁判例49では、「請負」(警備請負契約)との名を用いながら、その具体的な法的性質は不明である。全体的には、警備請負の場合の契約性質決定について、明確な争点にならない場合に、裁判所は積極的に性質決定をすることはなく、契約の実際の中身(内容)を重視する傾向が見られる。

第二に、警備上の瑕疵・不完全について、瑕疵担保責任ではなく、不完全履行・債務不履行責任の一般ルールに委ねる傾向がある。すべての裁判例において、盗難などの不完全な結果の発生ではなく、具体的な義務違反の有無(提供された役務自体の完全性・適切さ)に基づき判断を下した(裁判例43は必要な注意義務違反の有無、44は警備方法の適切さ、45は善良なる管理者の注意義務をもって警備を継続する義務、46は装置性能の維持に関する義務、47は警備装置の点検補修義務、48は警備装置の設置方法の適切さ・告知説明義務、49は通知報告義務)。特に、裁判例44においては、請負という契約性質を採用しながら、「事故の発生を未然に防止すること」という仕事の「目的物」に瑕疵がある場合に(盗難事故の発生)、瑕疵担保責任を適用せず、「一定の警備方法によったがなお結果的に事故の発生を防止できなかった場合には、当該事故発生を防止するため他に適切な警備方法を取りえたと認められる限り…事故の責任を免れない」という前提で、適切な方法が存在する以上、警備会社の過失による債務不履行が認められた。すなわち、「ある状態の不発生」のような無形的な結果を対象とする役務提供契約については、請負にしろ委任にしろ、その結果の不完全から直ちに役務提供者に責任を負わせるという手法ではなく、その個々の具体的な義務違反の有無、提供された役務自身の適切さの判断に委ねる傾向が見られる。こうした場合には、請負であれ委任であれ、両方とも義務違反の有無に着目する以上、不完全履行の責任に限り、請負か委任かという実質の差がなくなるともいえるであろう。しかも、どちらとえば、委任の方に接近する。この傾向は山本説と一致する。

第三に、義務違反の有無の認定方法については、役務提供側の自由裁量を認めながら（裁判例 44）、警備契約に定められた条項と警備計画書などの記載を重視する方針が見られた。

（五）その他の裁判例

A 裁判例

50. 印刷の瑕疵によって得べかりし利益の賠償が認められた事例

東京地判昭和 51 年 5 月 17 日判時 840 号 79 頁下民集 27 巻 5=8 号 305 頁

【事案】同前第二節裁判例 31。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「XはYより本件教本を受領後順次前掲頒布先に配布したが、右配布先から前認定の瑕疵の指摘を受けるに及んでそのすべてを回収するのやむなきに至り、結局Yから受領した本件教本三万部はすべて商品として販売できなかつたことが認められ、右事実によれば、YはXに対し、Xが本件教本の販売によって得べかりし利益の喪失による損害の賠償義務を負うものというべきである。（中略）…これらの事実によれば、Xとしては、本件教本三万部のうち少なくとも二万部を一部 150 円で販売することが可能であり、これによって合計 300 万円の売上を得られたものと推認するのが相当である。

してみれば、右金額から本件印刷代金額であること当事者間に争いのない 225 万円を差引いた 75 万円が前認定の瑕疵によりXの蒙った損害というべきである」。

51. ジャケットの再生加工請負契約

東京簡判平成 17 年 4 月 27 日判例集未登載

【事案】

Xは、Yとの間で、X所有の高級ブランド品である本件ジャケットを新品と同様の状態に再生加工することを内容とする本件請負契約を締結したが、本件ジャケットにとってデザイン上重要な要素を占めるエナメル部分に致命的かつ回復不可能な損傷を与えたとして、Yに対し、民法 634 条 2 項に基づき損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容。

「前掲損傷は本件請負契約に基づくクリーニングによって生じたものと認めることができる」。

「（前略）クリーニングを依頼した結果として、争点（1）で述べたように、ジャケットに損傷が生じたことは明らかであるので、その具体的損害額については争点（3）に譲るとして、民法 634 条 2 項に基づき、その瑕疵の修補に代わる損害賠償を請求することは可能であると考え」。

「よって、Xの本訴請求は、民法 634 条 2 項に基づき、その瑕疵の修補に代わる損害賠償請求として、3 万円及びこれに対する（中略）…遅延損害金の支払を求める限度において理由があるからこれを認容し、その余は失当であるからこれを棄却する」。

B 裁判例に関する分析

上記 2 件の裁判例は、類型上それぞれであるので、以下では別々に検討してみる。

まず、裁判例 50 における損害賠償責任は、建築請負の場合と異なって、瑕疵修補に代わる損害か他の損害かとの定式をとったことは見当たらない。本件は、完成した目的物（印刷物）の販売を目的としたので、瑕疵によって得られない販売収入の賠償（得べかりし利益の喪失による損害の賠償）が認められたのがその特徴である。

裁判例 51 は、仕事作業の対象に損傷を与える場合にも瑕疵担保責任が負われた裁判例である。契約に定めた仕事の結果が完全に達成したかどうかの問題ではなく、その作業対象に対する損傷の賠償でも、不法行為責任ではなく、瑕疵担保責任をとったのがその特徴である。また、仕事が一応完成した後、完成した有形物あるいは仕事の対象である有形物に瑕疵がある場合に、瑕疵担保責任および瑕疵修補に代わる損害賠償などの手法をとる可能性が高いとも考えられる。

二 請負における瑕疵がある場合の法的効果に関する総合的考察

前掲諸裁判例及びそれぞれの分析を総合すると、以下の諸点が明らかになる。

第一に、建築などのような物中心型請負においては、損害賠償の構成からみれば、瑕疵担保責任による損害賠償責任に集約して、634 条における瑕疵修補に代わる損害賠償及びその他の損害という定式も見られる。これに対し、役務中心型の請負については、特に「請負」との名をつけた警備請負契約のように、「ある結果の発生しない」という一定の無形的な仕事の完成が問題となる場合には、一定の仕事の完成を契約の目的とするが、損害賠償責任の構成上から見れば、もっぱら一般の債務不履行責任に集約したことが明らかになる。この種の責任については、請負契約の不完全履行責任をとった裁判例、契約性質決定上から委任契約の方をとった裁判例、及びいずれも採らないまま、無名の有償契約として債務不履行の一般ルールに服する裁判例などそれぞれである。

第二に、単に物の完成でもない、単に仕事（行為）の完成でもない中間的な請負でもある。特に、設計契約、システム構築契約はその代表例である。裁判実務上は、このような仕事の結果が一定の目的物の形で現れる契約についても、完成した目的物あるいは仕事に瑕疵がある場合に、瑕疵担保責任ではなく、不完全履行の一般ルールに服する傾向が見られる。しかし、設計契約の場合には、設計と施工が一括請け負わせた限り、設計が最後の目的物の完成に向かう一つの段階に過ぎないので、建築請負の一環として、最後の目的物の瑕疵に対する瑕疵担保責任に服するとの傾向も見られる。

第三に、瑕疵担保責任が採られた裁判例においては、瑕疵修補に代わる損害賠償であろうその他の損害賠償であろう、過失要件が不要であるのが原則である。また、損害賠償の範囲が広がる傾向も見られる。特に、瑕疵担保責任のみあるいは瑕疵担保責任と不法行為責任との競合によって慰謝料が認められつつある傾向がある。

第四に、不完全履行責任をとった裁判例においては、契約の法的性質が請負契約か無名契約かを問わず、契約上の義務を具体的に認定し、その違反の有無によって判断するとの傾向が見られる。これは、一定の仕事の完成の有無を前提とするものの、その過失判断においては、具体的な義務違反の有無に譲るので、委任契約における善良なる管理者の注意義

務による判断とほぼ一致するようになる。

第五に、瑕疵担保責任構成と不完全履行責任の構成との区別を勘案すれば、前者は結果である目的物に着目するのに対し、後者は結果のほか、役務提供の過程における具体的な行為義務にも着目するとの要件面の相違が見られるが、損害賠償責任の構成については、前者は過失不要であるのに対して、後者は過失の認定と債務内容の違反と交錯する点がある。損害賠償の範囲についても、両者の区別がほとんどないと言える。その他の区別は、時効面の区別もあるが、前掲諸裁判例では現れていなかった。

第六に、前述したように、諸裁判例から見れば、物中心型か役務中心型かによって瑕疵担保責任か不完全履行責任かという区別が、相当程度上見られる。しかし、この点に対する疑問も見られる。たとえば、大村教授は、永久脱毛に関する裁判例の分析を経て、瑕疵担保責任の法律構成と債務不履行責任の法律構成との区別を疑問視している³⁹。即ち、永久脱毛に関しては、永久脱毛機の瑕疵に関する裁判例と脱毛治療の不成功に関する裁判例とがあり、法律構成は、前者は瑕疵担保責任、後者は債務不履行責任ということになるが、実質はほぼ同じなのに（機械の所有権の所在と施術の主体が違う）、法的な帰結・構成が異なる（たとえば、責任の存続期間）のはおかしいともいえるだろうとの指摘である。大村説は、さらに進んで、物の有無にかかわらず同様の取り扱いをすべきだと指摘している（あるべき役務内容が給付されない場合には、瑕疵担保責任を問題にすることも考えられる）。この考え方によれば、物中心型か役務中心型かを問わずに、瑕疵担保責任とか不完全履行責任とか、そのいずれかを統一的な法律構成をとし、その責任を再構成すべきとされる。しかしながら、すべての請負型役務提供にとって適切かどうかは疑問である。特に、あるべき役務内容が給付されないということと請負の結果としての目的物に瑕疵があることとを実質的に同一視できるかどうかは疑問である。前者を過程としての役務を捉えれば、両者間の区別が明らかである。問題なのは、物との関わりの有無の問題ではなくて、義務・債務を、過程としての役務しか負わないか、結果の完全性まで負うのかという問題にあるであろう。その理由から、大村説よりも、むしろ物中心型と役務中心型とを分けて考える方が合理性があると考えられる。

³⁹ 大村敦志「もうひとつの基本民法第25回債権各論編⑦売買——瑕疵担保責任の位置づけ」法教295号（2005年）98頁、及び同『基本民法I』（有斐閣2001年）巻末の「民法学習で大切なこと①」参照。

第五章 日本法における各種役務の展開 (2) ——委任型役務

第一節 旅行契約に関する裁判例及び分析

一 裁判例

1. 踏切事故につき旅行主催者に対する損害賠償請求が棄却された事例

大阪地判昭和 12 年 3 月 30 日法律新聞 4135 号 5 頁

【事案】

国鉄大阪駅長が企画募集した団体旅行において、私鉄の踏切事故で旅行主催者の手配した私営自動車に乗っていた旅行者が死亡した。そこで、Xらは、私鉄、自動車所有者などとともに、旅行主催者であるY（国・国鉄）に対しても損害賠償責任を負うと主張した。

【判旨】請求棄却。

「同駅長において、省線鉄道船舶に依る団体旅客運送を中心に、国営以外の自動車に依る旅客運送及び旅館の宿泊飲食等を仕組みたる旅行行程を作成し、省線鉄道船舶及其他の自動車に依る旅客運送の運賃宿泊飲食代及び旅行中団体旅行者の処弁すべき弁当湯茶代其の他の雑費を計上したる概算費用を会費と定め、これを以て右旅行行程を実行すべき団体旅客を募集し、而して、同駅長はその旅行募集者より会費を受取ると同時に、同応募者に対し、右旅行行程に従う省線鉄道船舶に依る団体旅客運送を引き受くるは固より、同応募者の為国営以外他人経営に係る自動車に依る団体旅客運送並び旅館等の業者の選択及びその旅客運送宿泊等の契約の取次、其の他旅行に関する一切の手配をも引受くる、所謂旅行の引受なる一種の複合契約を締結し、(後略) …」。

「国に於いて、斯る国営以外他人経営の自動車に依る団体旅行輸送に関し、何等交通上の危険を防止すべき注意義務を有せざるのみならず、(中略) …これが危険防止の措置をとるべき注意義務は、寧ろその事業執行の関係上他人に危害を及ぼす虞ある自動車又は電車軌道事業の業者及其の従業者に於いてこれを負担すべく、単に旅客運送取次其の他旅行に関する手配を為すことを引き受けたる団体旅行主催者たるY及其の従業員の負担すべき限りに在らずと解するを相当と認む」。

2. 日程の変更が債務不履行にあたり、慰謝料が認められた事例

東京高判昭和 55 年 3 月 27 日判時 962 号 115 頁判夕 415 号 117 頁

【事案】

旅行者Yは、パリ皮革産業国際見本市及びミラノ国際靴・皮革製品見本市の視察等を主眼とした団体旅行を企画、募集したところ、製靴会社の顧問Xが、これに参加した。旅行日程表では、往復路とも北回り航空便が予定されていたが、参加者の承諾を得ないで、帰路が南回りに変更された。そして、本件旅行業約款によると、Yは、「旅行者の承諾を得て」

旅行契約の内容の全部または一部を変更することができる、と規定されていた。

Xは、帰国後、右日程の無断変更はX Y間の主催旅行契約上の債務不履行であるとして、Yに対し、41万7600円（旅行費用と東京・大阪間の往復航空運賃）の財産的損害及び慰謝料20万円の賠償を請求した。これに対して、Yは、Yの責めに帰すべきものではないなどと主張した。原審は、パッケージ旅行の料金が一般に安価なのは航空会社が旅客を大量に確保する手段として大幅な団体割引を行うためであり、時として搭乗券の過剰販売がなされ、これがため、フライト変更を余儀なくされる事態がままあること、本件ツアーにおけるYの粗利益は17%程度のものであること、他社の同程度の旅行費用が44万7000円であること等の事実、本件ツアーの団体旅行としての性格及びXが反対の意思表示をなした事実の窺われないことを併せ考えると、「本件契約上の日程はツアーの主要目的を損なわない限り、運送機関等の状況その他のやむを得ない事由により必要な範囲で変更が可能である旨黙示的に定められていたものと認められ」、本件のような「比較的安価な団体旅行に加わった者としては、主催者が交通事情等の合理的理由により右の程度の日程を変更したことに對しては損害賠償請求権を取得するものではない」と判断した。そこで、Xは控訴。

【判旨】判決変更。

「Yがあらかじめ定める旅行日程は当該旅行契約における契約内容の主要な事項に該当するものとみるのが相当であるから、本件旅行契約における前掲のような旅行日程の変更は、約款第一〇条に規定する『旅行契約の内容の一部の変更』に当たるものというべきである」。

「Yとしては、本件旅行に関する航空券の購入手続を旅行の出発間際まで遷延することなく、早期に手配して航空券を確保しておいたならば、出発前の前日に至って過剰予約を理由とする航空券の取消しを受けるといような事態の発生は容易に避け得たものと推認することができるのである。してみれば、Yが、航空会社における航空券の過剰予約により帰路を南回り便に変更することを余儀なくされたからといって、Yが本件旅行契約の内容の一部を変更するに至ったことにつきYに責を帰すべき事由がなかったものということはいできない」。

「そうすると、Yは、Xに対し、本件旅行契約の不完全履行により同人に生じた損害を賠償すべき義務がある」。

「Yは、本件旅行契約を不完全ながらも履行したのであり、Xは、本件旅行契約に基づく視察旅行等の目的をほぼ達し得たものというべきであるから、Xが旅行費用として支払った金員をもって、Yの不完全履行に起因する損害に当たると見るのは相当でない。（中略）…東京国際空港（中略）…と各自宅間の往復に要する費用は各参加者の負担とするものと約定されたことを認めることができる。してみれば、X主張の右航空運賃は同人が自ら負担すべきものであったというべきである」。

「本件旅行の参加者の大部分の者が南回り便に変更されたことを知って不安を訴えたこと及び本件旅行直後（中略）…にパリ発東京行の日航機がボンベイ市上空で日本赤軍に乗

っ取られたこと等の事実を徴すれば、Xとしては、右に供述する程度の精神的苦痛を受けたものと認めるのが相当である。(中略) …右認定の事実その他諸般の事情を考慮すれば、Xの被った精神的苦痛を慰藉するには5万円を賠償させることをもって相当であるといふべきである」。

3. 海外でのバス事故につき国内旅行業者の賠償責任が否定された事例

静岡地判昭和55年5月21日判タ419号122頁

【事案】

Xらは、旅行業者Y1Y2が共同で主催したフィリピン旅行に参加したが、Y1がB社を通じてチャーターした現地A社の保有するバスに乗りマニラ郊外を観光中、同バスがトラックに追突し、X1は左足切断などの傷害を負った。そこで、XらはYらに対し、(1) X1とYらとの間には、輸送、見学、宿泊などを内容とする請負契約が成立し、Yらは同契約内容の本旨に従いX1を安全に旅行させる義務がある。(2) Y1とB社との間は準委任の契約関係があり、B社はYらのX1に対する前掲契約上の義務履行を補助する履行補助者であり、また、本件事故を起こしたA社は履行補助者であるから、Yらは、複履行補助者たるA社の過失によりX1が被った損害を賠償する義務がある。(3) A社はYらの被用者であるから、Yらは民法715条の使用人責任を負う、と主張して、債務不履行及び不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却¹。

「Xらは、昭和49年11月2日ころ、X1とYらとの間に、同X1をマニラ市及びその周辺において自動車によって運送する旨の請負契約が成立した旨主張するが、〈証拠〉によっても右事実を認めるにたりず、他に右事実を認めるにたる証拠はない。したがって、本訴請求のうち、右請求原因とするものは、その余の点を判断するまでもなく失当である」。

「仮に右各依頼の事実が認められたとしても、それだけでただちにYらとA社との間に民法715条に規定する使用関係があるということはできず、他に右使用関係の存在を認めるにたる事実の主張立証はない。したがって、本訴請求のうち、民法715条による不法行為を請求原因とするものも、その余の点を判断するまでもなく失当といふべきである」。

4. パキスタンへの主催旅行事例

東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁

【事案】

Yが企画・募集した旅行で、パキスタンでYが手配し旅行者が乗車したバスが、道路から逸脱・転落して、旅行者ら4名が死亡し、9名が負傷した。そこで、XらはYに対し、主催旅行契約を「委任及び売買類似の無名契約」と構成し、旅行業者は瑕疵のない完全な旅行を提供する義務があり、当該旅行に内在する危険が現実化する蓋然性が高いときには、この危険を排除する義務、排除できない場合にはそれを説明した上で契約を締結するかまたは旅行を中止する義務があると主張し、Yに安全性を含む完全な商品の提供をしないこと、

¹ なお、Xの主張(2)については、独立した判断がなされなかった。

あるいは危険な商品の提供をしたことという義務違反があるとして、主位的に民法 415 条に基づき、予備的に民法 709 条に基づき、慰謝料を含む損害賠償を請求した。なお、本件事故の主たる事故原因及び回避の可能性の有無は不明であった。

【判旨】請求棄却。

「(1) 主催旅行契約における旅行サービスは、運送、宿泊など種々のサービスからなり、そのすべてを一旅行業者が旅行者に提供することは實際上不可能であるから、旅行業者は、旅行サービスの全部または一部を運送機関、宿泊機関等の専門業者の提供するところに依存せざるを得ないこと、(2) 旅行業者は、実際に旅行サービスを提供する運送機関、宿泊機関等の専門業者を必ずしも支配下に置いているわけではないから、これらの専門業者に対しては、個々の契約を通じて旅行者に提供させるサービスの内容を間接的に支配するほかはないこと、(3) 特に当該主催旅行の目的地が海外である場合には、これらの専門業者が外国政府の統治下にあるため、旅行者に提供させるサービスに関する支配は一層制約を受けることになること等を考慮すると、本約款三条が、主催旅行契約の目的は、Yにおいて旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引き受けることにあるとし、主催旅行契約をもって準委任契約類似の無名契約として規定していることには合理性があるものというべきである。

しかしながら、(1) 旅行は旅行者の安全が図られうる条件のもとで実施されるべきものであるが、旅行は、その計画・立案の段階から終了までの間には相当の時間的経過があり、また、旅行者の場所的移動を伴うため、旅行者が自然災害、病気、犯罪若しくは交通事故等に遭遇する危険を包含しており、特に海外旅行の場合には、当該外国の風俗・習慣、生活水準又は社会・経済体制等が日本のそれらと相違し、また、危険若しくは安全性についての考えや水準もことなるため、旅行に伴う危険は国内旅行の場合に比し一層高度なものとなることもある反面、いったん事故があったときには、被害者が救護又は法的救済を受けることが困難若しくは事実上不可能であることもありうる等の特殊性があること、(2) 主催旅行契約においては、旅行の目的地及び日程、旅行サービスの内容等の主催旅行契約の内容（以下「契約内容」という。）は旅行業者が一方的に定めて旅行者に対し提供し、旅行代金も旅行業者がその報酬を含めて一方的に定めるものであり、旅行者は、契約内容や旅行代金について指示し若しくは修正を求める余地がなく、提供された契約内容・旅行代金の額を受け入れるか否かの自由しかないのが通常であること、(3) 旅行業者は、旅行についての専門業者であり、旅行一般についてはもとより、当該主催旅行の目的地の自然的、社会的諸条件について専門的知識・経験を有し又は有すべきものであり、旅行者は、旅行業者が右の専門的知識・経験に基づいて企画、実施する主催旅行の安全性を信頼し、主催旅行契約を締結するものであるといえること等を考えると、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排

除すべく合理的な措置を採るべき信義則上の義務があるものというべきである」。

「本約款の右各規定は、旅行者が主催旅行契約を締結することによって旅行業者に対して負うべき前掲付随義務を明確化、具体化したものと解すべきである。そして、このような立場から見ると、(1) 本約款二一条は、旅行業者が主催旅行契約を企画・立案するに当たっては、当該旅行の目的地及び日程、移動手段等につき、また、契約内容の実施に当たっては、旅行サービス提供機関等の選択及びこれらと締結を図る旅行サービス提供契約につき、旅行者の安全を確保するため、旅行について専門業者としてあらかじめ十分な調査・検討を経たうえ合理的な判断及び措置を採るべき注意義務のあることを示すと共に、旅行業者の旅行サービス提供機関に対する統制には前掲のように制約があること等を考慮し、旅行業者の責任の範囲を限定した規定と解すべきであり、そして、当該主催旅行の目的地が外国である場合には、日本国内における平均水準以上の旅行サービスと同等又はこれを上回る旅行サービスの提供をさせることが不可能なことがありえ、また、現地の旅行サービス提供機関についての調査にも制約がありうるから、特に契約上その内容が明記されていない限り、旅行業者としては、日本国内において可能な調査（もとより、当該外国の旅行業者、公的機関等の協力を得てする調査をも含む。）・資料の収集をし、これらを検討したうえで、その外国における平均水準以上の旅行サービスを旅行者が享受できるような旅行サービス提供機関を選択し、これと旅行サービス提供契約が締結されるよう図るべきであり、さらには、旅行の目的地及び日程、移動手段等の選択に伴う特有の危険（たとえば、旅行目的地において感染率の高い伝染病、旅行日程が目的地の雨期に当たる場合の洪水、未整備状態の道路を車で移動する場合の土砂崩れ等）が予想される場合には、その危険をあらかじめ除去する手段を講じ、又は旅行者にその旨告知して旅行者みずからその危険に対処する機会を与える等の合理的な措置を採るべき義務があることを定めた規定と解すべきであり、したがって、海外旅行において旅行者が移動手段である運送機関の事故に基づき損害を被った場合において、旅行業者が右の各義務を尽くしたとすればこれを回避しえたといえるときには、右義務を懈怠した旅行業者は、主催旅行契約上の義務の履行に当たり過失があったものというべきであるから、同条二項但書に基づき同条一項本文所定の損害賠償責任を免れないものというべきであり、(2) また、本約款一八条は、主催旅行の主催者として旅行業者が負うべき付随義務の一つとしての旅程管理上の義務を例示したものであり、旅行業者が負うべき旅程管理上の義務は必ずしも同条に例示されたものにとどまるものではないと解するのが相当である」。

その上で、判旨によれば、Yの「旅行の移動手段の選択に関する調査・検討が不十分であったとの感を免れない」としつつも、破裂の原因及びその回避可能性の有無につきXの証明がない（すなわち、摩耗し劣化していた古いタイヤだから岩石に衝突して破裂したのか、新品タイヤでも衝突すれば破裂するような岩石であったのか不明である）ため、付随義務違反と事故との間の因果関係を認めることができず、Yに責任はないとした。

5. 台湾主催旅行事例

【事案】

Yが企画・募集した台湾旅行中、Yの台湾での手配代行者Aが手配したバスが、対向車を避けようとしてハンドルを切りすぎたために、道路外に逸脱・転落し、旅行者ら8名が死亡し、8名が負傷した。被害者である旅行者XらはYに対し、Yの責任原因として、①商法590条の旅客運送人としての責任、②主催旅行契約上の安全確保義務の不履行に基づく責任、③手配・旅程管理上の過失に基づく責任を主張して、主位的に損害賠償を請求し、予備的に旅行業約款の特別補償金を請求した。

【判旨】請求棄却。

「(旅行業)法は、主催旅行及び主催旅行契約について定義規定を設け(2条3項、4項)、旅行業者が主催旅行を実施する場合に、旅行者に対し運送サービスの確実な提供を確保するための措置を講ずべき義務のあることを定めている(12条の10、規則32条)が、主催旅行契約の法的性質又は旅行サービスの瑕疵に基づいて旅行者に生じた損害に関する旅行業者の契約責任については、直接規定を設けることなく、旅行業約款に委ねるとの立場を採っていると解される(法12条の2、12条の3、規則23条4号、5号)」。

「(前略)標準約款の制定過程に照らすと、同約款は、主催旅行契約につき、旅行業者は、自ら旅行サービスを提供するものではなく、旅行サービスの提供について手配をする地位にある契約とするのが妥当であり、旅行サービスの瑕疵により旅行者の生命・身体・財産に生じた損害については、旅行業者が契約責任を負う場合を限定する反面、一定の限度において旅行業者の責任の有無にかかわらずに補償されるのが妥当であるとし、そのための保険を開発すべきであるとの基本的考えに立って制定されたものであり、この考えが標準約款3条、21条、22条として規定されるに至ったものである。そして、右標準約款の制定当時主催旅行契約を請負類似の契約とする立法例のあることが知られていたが、右各規定はこのような立法例に従わないとの考え方に立って設けられたことが明かである」。

「(同本節裁判例4判旨第2段落(1)、(2)、(3)、ここでは略する)等を考慮すると、前示の標準的約款制定の基本的考え及びこれに基づく前掲諸規定は、少なくとも海外を目的地とする主催旅行契約に関する限り、不合理であるとはいえないものというべきである。

(中略)…旅行業者は、旅行者と主催旅行契約を締結したことのみによって、旅行者に対し、主催旅行の運送サービスにつき、旅客運送人たる契約上の地位に立たないものというべきである」。

「(同本節裁判例4判旨第3段落(1)、(2)、(3)、ここでは略する)等を考えると、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の生命、身体、財産等の安全を確保するため、旅行目的地、旅行日程、旅行行程、旅行サービス機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置をとるべき注意義務(以下「安全確保義務」という。)があるものというべきである。(中

略) …本件約款の右各規定は、旅行業者であるYが主催旅行契約を締結することによって旅行者に対して負うべき前掲安全確保義務を明確化、具体化したものと解すべきである。」

「旅行業者が主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、安全確保義務を負うものと解すべきであることは前示のとおりであり、(同本節裁判例4判旨第4段落(1)、(2)における約款21条と約款18条の解釈、ここで省略する)。」

「(1) 旅行行程設定に関する過失について

Yが、主催旅行の実施に先立って、旅行行程の道路状況の確認及び所要時間の検討等をして安全な旅行行程を設定すべき注意義務を負担する(中略)…、右義務は前示の安全確保義務に含まれるものと解すべきである。(中略)…Yは前示の旅行業者に要求される調査義務を尽くしたうえで本件事故現場を含む道路を本件旅行行程として設定したといえるから、前示安全な旅行行程を設定すべき義務に違反したとはいえないものというべきである。

(2) 運送サービス提供機関選定上の過失について

Yが主催旅行の実施に当たり安全な運送サービス提供機関を選定すべき注意義務を負担する(中略)…、右義務は前示の安全確保義務に含まれると解すべきであるが、運送サービス提供機関の選定について旅行業者が負う右義務は、前示のとおり現地の運送サービス提供機関について諸制約があることからすれば、原則として、旅行先の国における法令上資格ある運送機関と運転手を手配し、かつ、法令上運行を認められた運送手段を選定することで足りるというべきである。(中略)…、Yが前示の安全な運送サービス提供機関を選定すべき義務に違反したとはいえないものというべきである。

(3) 添乗員の過失について

添乗員が、旅行業者の旅行者に対する安全確保義務の履行補助者として、当該旅行の具体的状況に応じ、旅行者の安全を確保するために適切な措置を講ずべき義務を負う(中略)…、当該旅行行程が外国におけるバスによるものである場合、当該外国における交通法規、使用されているバスの車種等がわが国のそれらと同一ではないこと、バスの整備及び運転が整備士及び運転手等の専門的知識・技術を有する者によって行われるべきものであること、添乗員は旅行業法上かかる専門的知識・技術を修得することが資格要件とされていないこと、添乗員がバスの走行中に運転手に注意・指示等を与えることはかえって事故を発生させる原因となりかねないこと等を考慮すると、添乗員の右義務は、当該バスが車体の老朽又は著しく摩耗したタイヤが装着されている等外観からこれを当該旅行行程に使用することが危険であると容易に判断しうるときに右バスを使用させない措置を採ること、酩酊運転、著しいスピード違反運転又は交通規制の継続的無視のような乱暴運転等事故を惹起する可能性の高い運転がされているときにかかる運転をやめさせるための措置を採ること、台風や豪雨など一見して危険とわかる天候となったときに旅程変更の措置を採るべきことに尽きるものと解するのが相当である。(中略)…添乗員が運転手に対し、本件バスの運転をやめさせるための措置を講ずべき義務を負うに至ったとまでいえないし、また、添乗員が前掲のその余の措置を講ずべき義務を負うに至ったともいえないものというべきであ

る」。

6. 宿泊施設の変更を説明しなかったことにつき債務不履行が認められた事例

神戸地判平成5年1月22日判時1473号125頁判タ839号236頁

【事案】

X夫婦は、新婚旅行を兼ねて、Yとの間で、Yが主催する海外旅行契約を締結した。右契約では、宿泊先はホテルとされていたが、現地での宿泊施設は自炊を前提とする condominium に変更になっていた。また、宿泊施設が変更となったのは、当地でスキーのワールドカップが開催されたのに伴い、当初Yが確保したホテルがオーバーブッキングになったからであるが、Yが右事実が旅行出発前明らかになったのに、Xらには説明を尽くしていなかった。そこで、Xらは、Yに対し、右債務不履行により新婚旅行が台無しになったとして、慰謝料などの損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「そもそもホテルと condominium では、(中略)…宿泊施設としての種類は明らかに異なるといわざるを得ないから、YがウィスラーでのXらの宿泊施設の種類をホテルから condominium に変更したことは、本件旅行契約の内容の重要部分を変更したことになるというべきである。(中略)…そうすると、Yは、Xらに対し、本件旅行契約に基づく債務の本旨に従った履行をしなかったという外はない」。

「YがXらのためにホテルを確保し得なかったのは、(中略)…通常予想し得ない事柄に属するというべきである上、Yら旅行者としても、そのような事態にまで備えて、予め多い目に客室の予約を取っておくなどというような措置は、営業政策上も取り得ないものと考えられるから、結局、かかる点については、Yの責に帰し得ないというべきである」。

「Yの旅行業約款11条によれば、Yの管理できない事由により契約内容を変更する場合には、旅行者に対して事前にその理由を説明すべき義務がYに課されているところ、(中略)…Yは、(中略)…変更になったことについては、自らも、また、その履行補助者であるAを通じて十分に説明を尽くしたとはいえず、その結果、XらにYの旅行業約款に基づいて本件旅行契約を解除することを検討する機会を与えなかったものであるから、結局本件旅行契約に基づく債務の本旨に従った履行をしなかったと認めるのが相当である」。

「本件旅行では、現地に到着して初めて、宿泊先が設備及びサービスの点でホテルとは種類の異なる施設であるということがわかり、Xらは自分たちの期待が裏切られたことで、大きい戸惑った。(中略)…そのため、旅行の間中夫婦間で口論が絶えず、せっかくの新婚旅行の雰囲気解された(中略)…。Xらの請求は、債務不履行に基づく慰謝料として各5万円の、Yの旅行業約款に基づく宿泊費用差額分の返還(中略)…の各支払を求める限度で理由がある」。

7. 航空関連ストに伴う事務処理などの適否が問題になる事例

東京高判平成5年3月30日判タ863号216頁

【事案】

欧州行きの主催旅行において、旅行出発後乗継経由地バンコクでアテネ空港一部ストの通報を受けたことにより、添乗員はバンコク空港で情報収集とともに旅行会社の上司に指示を仰いだ結果、バンコクに一泊した。翌日添乗員が会社・タイ航空と協議したが良い方法が見つからなかった。このため旅行者はアテネ行きを断念、変更旅程に従うことを不承不承諾した。そこで、旅行者Xは、欧州の最初の目的地アテネに行くことができなかったため、添乗員及び旅行会社の指示などの不手際を理由として債務不履行上の損害賠償を請求した。具体的に、Xは、アテネに行けなかったのは、本件約款所定の免責を受ける要件とされるYの管理外の事由ではなく、Yの債務の不履行によって生じたのであるから、Yが、これによりXに被らせた損害の賠償責任があるものと主張した。原審は、Y側に落ち度はないと認定した上で、Xの請求を棄却した。そこで、Xは控訴。

【判旨】控訴棄却。

「本件海外旅行契約は、(中略) …、いわゆる主催者旅行契約であって、旅行業者は、あらかじめ旅行の目的地及び日程、旅行者が提供を受けることができる運送または宿泊サービスの内容ならびに旅行者に支払うべき旅行代金を定めた旅行に関する計画を作成し、これを参加する旅行者を広告その他の方法で募集して実施する旅行に関する契約であること(中略) …契約条項に特段の定めのない限り、本件約款の定めが適用される契約の内容とされるものとされている」。

「本件旅行契約の趣旨並びにその内容とされている本件約款上定める趣旨を併せ考えると、本件旅行の主催者たるYは本件ツアー参加者たるXをして旅行内容に沿う安全かつ円滑なる旅行サービスを受けられるよう万全の措置を講ずるといった善良なる管理者の旅程配慮義務があるというべきであり、また、運送機関の支障等により旅程その他旅行内容の変更をする場合があっても、その変更は必要最小限度のものに止め、もって、できるだけ旅客に旅行の目的を達成させるように配慮するべき義務があることはいうまでもない。また、その変更せざるを得ない場合でも、原則として事前に、例外として緊急の場合は事後に、旅客の了承を得る必要があり、旅客の了承の前提として事情説明を尽くすべき義務もあるといわなければならない。そうすると、本件オリンピック航空の空港職員のストライキは、空港閉鎖といった完全ストでなく、(中略) …、本件のような部分的なストの場合は、これにより直ちに本件約款 21 条にいう『管理外の事由』が発生したとまではいえない」。

「たとえYにおいて情報を適確につかんだとしても、可能な経路を見つけてアテネへ入り当初予定されていたアテネ観光とエーゲ海クルーズを実施できた可能性は極めて希薄である。仮にもXの主張する方法を敢行し途中まで行けたとしても途中で頓挫し滞留するリスクも大きいであろうと推察される。これを要するに、(中略) …、Yには至らぬ面、不手際があったものの、これによりXを含む本件ツアー客がアテネへ行けなかったとの結果が生じたとはいえず、その間に相当因果関係があると認めることができないのである」。

「本件の場合のように海外旅行の途中で不慣れな場所でのトラブル発生の際に往々ある情報不足による不安感、焦燥感を抱いたであろうと、その心情は同情に値する。しかし、(中

略) …個人のイライラした焦燥感、不安感、期待感の減少等をもってXに損害の賠償を請求するだけの精神的損害が生じているということが出来るかを考えると、(中略) …Xも、他の本件ツアーの旅客同様に、アテネ旅行をカットしてローマ滞在を追加した旅程及び旅行内容を変更することにつき事後的ながら説明を受けたうえで、渋々ながらもこれに応じて最後まで本件ツアーに参加したこと、さらには、右旅程及び旅行内容の変更に伴う増減料金の清算が行われること、その他諸般の事情を勘案するかぎり、なお、そのようなXが抱いたその種の感情をもって精神的損害賠償の対象となるとまではいえない」。

8. 撮影台からの転落事故につき旅行会社の債務不履行責任が否定された事例

大阪地判平成6年5月30日判タ898号239頁

【事案】

Xは、Yが主催する国内団体旅行に長女と共に参加したが、記念撮影をした際、添乗員Aの指示により三列目の撮影台(ベンチ)に乗ろうとしたところ、転落して負傷した。Xは、事故後病院に連れて行かれることもなく、旅行は当初の予定に従って継続されたが、帰宅の翌日、頸椎捻挫、腰椎圧挫骨折との診断を受けた。そこで、Xは、Yに対して、①安全配慮義務違反がある、②旅行の主催者には、旅行契約の付随義務として、旅行中旅行者に急な疾病が生じた場合は病院に連れて行くなど適切な措置を講じるべき保護義務があるが、Aらはこのような措置を講じなかった保護義務違反がある、として損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「本件事故は、撮影台の右端から撮影台に向かって登り掛けたXが途中で自らバランスを崩して転倒した事故であって、自損事故であると認めるほかはない。したがって、(中略) …Xの安全配慮義務懈怠の主張は、前提事実を欠き、理由がない。(中略) …、Xの年齢は事故当時は未だ61歳であり、身体に不自由があったとの証拠もないこと、並びに、前掲撮影台は高さはやや高いが幅は十分にあること、Aの位置からして撮影台の右側の余裕は十分には判断できず登る者が自ら判断すべきものと考えられること、長女のBが傍らにいたこと等を総合して検討すると、Aの指示について、Xに対する安全配慮義務の懈怠があったと断じがたいといわざるを得ず、(後略) …」。

「旅行の主催者には、旅行中、旅行者に急な疾病や負傷が生じた場合などには、これを病院に連れて行くなど適切な措置を講ずべき保護義務がある(中略) …。しかし、自らの安全と健康を管理するのは本来的には旅行者自身なのであるから、旅行者に正常な判断能力と自己管理能力を期待しえる限り、旅行主催者の右保護義務は、基本的には旅行者自身の判断と自己管理を補完し援助するもので足り、特段の事情がない限り、原則的には、旅行者自身の申し出を待って適切な措置を講ずれば足りる(中略) …、本件事故が前掲のように自損事故で、Xの娘もXを叱り付けていたような事情や、Xには右娘が同行していてその保護が期待できたことや、以後の行程は帰路であったことなどをも考え合わせると、Aないし旅程管理者が、Xらからの申し出のないままに、事故後直ちにXに医者診断を受けさせなかったとしても、前掲保護義務の懈怠があったと断定することはできない」。

9. 変更前の出発時刻で航空券の予約・発券がなされた事例

東京地判平成6年7月7日判時1534号56頁

【事案】

Xは、日本の航空会社であるY社に対し、訴外Aの北京発上海行きの航空便について、四名分の予約の申し込みをした。しかるに、この予約以前に、右の便の北京発時刻は変更されていたにもかかわらず、Aの過失により、AからYに時刻変更の連絡がなされなかったため、従前の出発時刻で予約手続がなされ、Yは、従前の出発時刻を記載した航空券を発券した。このため、Xらは、当日、この便に搭乗することができなかった。そこで、Xは、Yに対し、航空運送契約締結を目的とする委任契約または航空券発行を目的とする準委任契約上の債務不履行または不法行為を理由として、財産的損害及び慰謝料を請求した。

【判旨】請求棄却。

「各航空会社は、自社便について他社から予約依頼を受けた場合、予約依頼上のスケジュールが実際のスケジュールと異なっているときには、相手方航空会社に対し、予約取得の可否を回答する際に、正しいスケジュールを知らせる義務があり、また、予約依頼の時点では、スケジュールに誤りはなかったが、その後、スケジュールを変更した場合は、予約を取得した航空会社に対して、その変更を連絡する義務がある」。

「Yとしては、(中略)…、Aからのスケジュール変更の通知がない以上、その出発時刻に変更がないものとして発券作業を行えば足り、(中略)…、右スケジュール変更の有無を自ら積極的に確認するまでの義務はないものと解すべきであり、Yに、債務不履行ないし過失を認めることはできない」。

10. 旅行内容の変更につき旅行業者の債務不履行責任が否定された事例

東京地判平成7年10月27日判タ915号148頁

【事案】

Xは、Yの企画、実施したツアーに参加したが、Yの配付した旅行日程表には「8/12(金)カシュガル 全日、パミールの麓、ガイズ村への小旅行」と記載されていたのに、実際はパミール高原のまったく見えない、ガイズ村より手前の地点でバスによる旅行を中止した。そこで、Xは、Yの添乗員には、現地ガイドやバスの運転手のサポタージュを阻止できなかった過失があり、また、Yには中国旅行の添乗員としての必要な基本的知識に欠ける者を添乗員として使用したことに過失があるなどと主張して、Yに旅行契約上の債務不履行及び不法行為責任があるとして、Yに対して損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「(前略)Aは中国語がほとんどできず、B(現地ガイド)らをとおしてC(バス運転手)と交渉したことから、効果的な交渉が行いにくかったことは窺われるが、前掲のように、Aも、自己の任務を果たすべく、突然の事態に遭遇し、予定された旅程を実現するため、相応の努力をしたことが認められる。その他、本件全証拠を検討するも、Aに、中国側のサポタージュを阻止できなかった過失、重過失があったとは認められない」。

「Aは、Bらの意向をさほど重要視せず、自己の意向がBらにも理解されたものと認識していた節が見られること、手配交通機関がランドクルーザーであると誤解し参加者にその旨案内したことが認められ、Aが添乗員としてまったく問題はないと断定するのには疑問な点もある。しかし、ガイズ村小旅行が手配されていなかったという突如判明した、さほど容易でない状況下であったことも考慮すると、右事実をもって、中国旅行の添乗員としての基本的な知識に欠けていたとまでは認められない。その他、本件全証拠によるも、Aには中国旅行の添乗員として必要な基本的な知識に欠けていたとは認められない」。

11. 新婚旅行につき精神的損害による慰謝料が認められた事例

東京地判平成9年4月8日判タ967号173頁

【事案】

新婚夫婦Xらは、旅行会社Yの海外主催旅行に新婚旅行として参加した。本件二日目の日程の一部及び本件五日目の日程の一部の各運送機関の変更であり（本件旅行契約において、本件主催旅行の第二日目のハミルトン島からヘイマン島への旅行日程の旅客運送機関としてクルーザーを、同じく第五日目のヘイマン島からハミルトン島への旅行日程の旅客運送機関として船を利用することになったが、いずれにおいても、実際提供された運送期間は小型水上飛行機であった）、その各運送機関が運航する時間もそれぞれ約一時間の予定がそれぞれ約二〇分不足の実際運行時間に変更された。そこで、Xらは、本件変更によって、豪華クルージングを堪能できず、せっかくの新婚旅行が台無しになってしまったと主張し、Yに対し、主催旅行契約に基づく債務不履行を理由として、旅行代金額相当の財産的損害の賠償及び慰謝料の支払を請求した。

【判旨】一部認容。

「本件主催旅行の旅行計画の内容としては、主催するYの宣伝パンフレットでも、（中略）…本件クルーザーの利用による本件二日目の日程及び船の利用による本件五日目の日程は、（中略）…本件主催旅行の特徴のうちの主なポイントの一つとされていること、そして、現にXらはこの特徴点に着目してYと本件旅行契約を結んだことが認められ、（中略）…、本件変更は、Yが指示したり、事前に承諾したりしたものではないとしても、本件旅行契約でYがその手配と旅程の管理とを約定した運送機関の種類の変更で重要なもの（旅行業約款一五条二項一号）に該当する」。

「Yは、本件主催旅行については、その最少催行人員を二名とすることを約したこと、かつ、本件五日目の日程として船で早朝五時にヘイマン島を出発してハミルトン島へ向かう日程を手配し、管理することを約したことが認められるから、（中略）…、Aホテルが右のように一方的に本件変更をしたことは、Yの本件旅行契約に基づく手配がYがXらに対して約束した内容のとおりには直接又は間接にAホテルには行き届いていなかったことの結果と推認される。すなわち、本件変更は、Yの本件旅行契約に基づく債務の不履行によるものといわざるを得ない」。

「XらがYに支払った本件主催旅行の代金のうち本件クルーザー及び船の利用代金は、

(中略) …ホテルにおける宿泊料金とともに一括して算定されているものと推認され、その金額が具体的にいくらかとなるかを認定することができない。そして、本件全証拠によっても、XらがYに支払った本件主催旅行の代金の全部又は特定の一部分が本件変更によりXらが被った損害となることを認めることはできない。

「Xらは、Yの債務不履行により生じた本件変更のため、いずれも、当然許された期待感を裏切られ、近い将来には同様の楽しみを実現することがほとんどできないとの失望を余儀なくされるという相当大的な精神的苦痛を強いられたものといわなければならない。Xらのこれらの精神的苦痛に対する慰謝料は、本件変更の理由、本件変更の実施状況、本件主催旅行の特徴、Xらのこれに参加した理由その他これまでに認定した諸事情に加え、次のような事情、すなわち、(中略) …ヘイマン島の現地では料金七〇ないし一〇〇オーストラリアドルを払えば周辺海域のクルージングが一、二利用できたこと、Xらもこのことを知っていたが、復路に船旅ができるものと思っていたため、これらのオプションルツアのクルージングを利用する気にならなかったこと、Yが主催旅行契約の重要な変更が生じた場合に旅行業約款二五条の規定により支払う変更補償金の最高限度が旅行代金の15%と定められていることをも合わせ考慮すると、Xら各自につき金一五万円をもって相当と認める」。

12. ワールドカップフランス大会チケット事件

京都地判平成11年6月10日判時1703号154頁判タ1006号298頁

【事案】

Xは、Yが主催するワールドカップ大会のツアーへの参加を申し込み、平成10年3月16日、Yとの間と標準旅行業約款と同一内容の主催旅行契約を締結した。ところが、大会が開幕した同年6月10日になっても、Yは、CFO(フランスの組織委員会)側の事情に起因する世界規模での入場券不足の煽りを受けて、4日後に観戦を予定していた日本対アルゼンチン戦の入場券を人数分確保できなかった。そこで、Yは、Xらに対し、試合を観戦できなかった場合にはツアーに参加しても旅行代金相当額を払い戻すが、ツアーへの参加を取りやめたいのであれば無条件で解除を認め旅行代金全額を返還すると電話で伝え、さらに翌日には、参加希望を表明したXらに対し、観戦入場券の配布は現地で抽選により決すると電話連絡した。Xは、同月13日、現地における抽選に当選し翌日予定通り試合を観戦できたのであるが、入場券入手にかかる不安や落選者への気遣い等によって精神的損害を被ったとして、入場券を入手しなかったことや抽選になった経緯に債務不履行があり、右債務不履行により、精神的不安を感じるなどとして、精神的損害を被ったとして、Yに対して15万円の損害賠償を求めたものである。原審がXの主張を認め3万円の賠償を命じたため、Yは控訴した。

【判旨】 原判決取消、請求棄却。

「主催旅行契約における旅行サービスは、運送、宿泊等種々のサービスからなるものであるが、その全てを一旅行業者が旅行者に提供することは實際上不可能であるから、旅行業

者は、旅行サービスの全部又は一部を運送機関、宿泊機関等の専門業者の提供に依存せざるを得ないこと、旅行業者は、それらの専門業者を必ずしも支配下に置いているわけではないから、これらの専門業者に対しては、個々の契約を通じて旅行者に提供させるサービスの内容を間接的に支配するほかはないこと、特に当該主催旅行の目的地が海外である場合には、これらの専門業者が外国政府の統治下にあるため、旅行者に提供させるサービスに関する支配はいつそう間接的なものとなること等を考慮すると、旅行業者は、旅行サービスの提供がなされるよう、手配をする地位にあり、旅行サービスの提供そのものを直接保障する地位にはないというべきである」。

「旅行業者は、旅行についての専門業者であり、当該主催旅行の目的地の自然的、社会的条件について専門的知識、経験を有し又は有すべきものであり、旅行者は旅行業者の右専門的知識、経験を信頼して、主催旅行契約を締結するものであることなどからすると、旅行業者が主催旅行契約を企画、立案するにあたっては、当該旅行の目的地及び日程、移動手段につき、また、契約内容の実施にあたっては、旅行サービス提供機関等の選択及びこれらと締結を図る旅行サービス提供契約につき、旅行日程の履行を確保するため、旅行について専門業者としてあらかじめ十分な調査、検討を経た上で合理的な判断及び措置を採るべき信義則上の付随義務があるというべきところ、本件約款二三条一項は、旅行業者又はその手配代行者の義務を具体化するとともに、旅行業者の旅行サービス提供機関に対する統制には前掲のように制約があることなどを考慮し、旅行サービス提供機関の故意、過失につき責任を負わないという意味で、旅行業者の責任の範囲を限定した規定と解すべきである」。

「本件ワールドカップの海外での観戦チケット販売方法が（中略）…ルートが制限された特殊な態様であったこと、契約相手方であるAは、CFOの公式代理店という外国の団体であり、Yの支配下、管理下にあるものではないことからすると、Yの手配債務の内容としては、観戦チケット購入契約を締結し、代金を支払うことで足りるというべきである（中略）…そして、Yは、旅行サービス提供機関として、公式代理店であるAを選択し、他の業者を介在させることなく、直接右代理店と購入契約を締結している点で、他の旅行業者の対応と比較しても、チケット入手の確実性を一般的に、より期待できるものであり、また、海外の手配業者に関する調査にも一定の限界があることからすると、Yの右手配については、専門業者としてできる限りの調査、注意義務が尽くされていると評価できる」。

「したがって、Yの手配債務の内容は、観戦チケット購入契約を締結することであり、また、手配業者の選択にあたり、旅行業者としてなすべき調査が尽くされていると言うべきであるから、手配債務等の履行につきYの債務不履行は認められない」。

「旅行業者は、本件約款一二条により、同条所定の旅行業者の関与し得ない事由が生じた場合に、旅行の安全かつ円滑な実施を図るためやむを得ないときは、契約内容を変更することができるが、その場合旅行者に原則としてあらかじめ速やかに当該事由が旅行業者に関与し得ないものである理由及び当該事由との因果関係を説明する債務を負い、本件約款

三条、二〇条により、その主催した旅行の安全かつ円滑な実施を確保するために、旅行者
が旅行サービスを受けることができないおそれがあると認められるときには、主催旅行契
約に従った旅行サービスの提供を確実に受けられるために必要な措置を講じ、それにもか
かわらず契約内容を変更せざるを得ないときには、その変更の幅ができる限り小さくなる
よう努力すべき義務を負う」。

「Yは、(中略) …、本件約款二〇条(一)に従い旅行者が主催旅行契約に従った旅行サ
ービスの提供を確実に受けられるために必要な措置を講じたものということができる。ま
た、(中略) …、Yは同条(二)に定めるとおり契約内容の変更を最小限にとどめるよう努
力したものである。さらに、C F Oから厳格なポリシーに基づき公式代理店と
して認定されているはずのAからYに対し、観戦チケット入手の遅れについて随時説明が
されていたが、契約した数の確保が困難であることについては特に事前に連絡がなかった
ことに鑑みても、Yに旅程管理債務の不完全履行は認められないというべきである」。

13. ワールドカップフランス大会チケット事件

名古屋地判平成11年9月22日判タ1079号240頁

【事案】

Xらは、Yとの間に、Yが企画したワールドカップ大会「日本対アルゼンチン戦」の観戦
旅行契約を締結したが、Yがこの試合の入場券の入手ができなかったためXらは試合観戦
ができなかった。そこで、Xらは、Yに対し、債務不履行による損害賠償請求をした。

【判旨】請求棄却。

「Y担当者が右一〇日及び一一日にXらに伝えた内容は、本件旅行契約にかかる主催旅行
の中止と、これに代えて試合観戦を除いた新規の旅行を催行することを通知し、右主催旅
行にXらが参加するか否かを問い合わせるというものであって、(中略) …、これらの経緯
によって本件旅行契約は合意解除されるとともに、新規旅行契約が締結されたものと認め
ることができる。(中略) …ところで、Xらは、本件旅行契約を合意解除するにあたり、Y
の債務不履行によって合意解除のやむなきに至ったことによる損害賠償請求権を留保する
意向を明らかにしていた(後略) …」。

「顧客を募集して旅行契約を締結し、観戦旅行の催行につき顧客に対して契約上の責任を
負う旅行者としては、(中略) …、入場券入手に関して事前に懸念すべき状況が窺われた
のである以上、手配業者等に対し、これに応じた確認、調査等を行い、その結果に応じた
旅行の主催と募集を行うべき注意義務があり、右の注意義務を尽くしたことの立証がなさ
れなければ、Yは旅行者として債務不履行の責任を免れないのは当然というべきである」。

「旅行代金残額については、新規旅行契約の代金に全額充当されており、残存する損害が
あるとは考えられず、また、同(二)の歯科医院の休業損害(中略) …は、Xらの意思で
新規旅行契約にかかる主催旅行に参加したことによるものであって、本件旅行契約の合意
解除に伴う損害とは認められない。そして、同(三)の慰謝料(中略) …は、(中略) …、
本件旅行契約が合意解除される前後のXら顧客に対するYの対応姿勢や説明内容に、相当

を欠くものがあつたようには窺われず、まずもって誠実な対応がなされたものと認められること、これらの諸事情を総合して勘案してみると、前掲のとおり、Xらに対して本件旅行契約に代えて割安の新規旅行契約にかかる旅行が提供され、差額が返還されたことの他に、なお慰謝料の支払を認めるべき余地はないものといわなければならない。

14. 主催旅行の範囲が問題となる事例

大阪高判平成13年2月7日判タ1069号237頁

【事案】

XはY主催の海外旅行を申し込んだ。パンフレットには、この旅行につき、「東京発着」、「大阪名古屋発着同一料金」、最終日の日程は「16:10 東京 18:20—大阪 19:35」と記載されていた。しかし、Y旅行業者は最終日東京18:20発伊丹行きの手配ができなかった。Xは旅行を取り消したが、Yは旅行者の都合による解約であるとして、旅行料金の二割は返還しなかった。そこで、Xは、右航空便の予約ができないことを知りながら、この事実を隠し、又は十分な説明をしないまま、Xに旅行契約を締結させたと主張して、詐欺または過失による不法行為もしくは債務不履行に基づく損害賠償として、支払った旅行代金の返還、慰謝料等を請求する訴えを提起した。原審は、成田・伊丹部分は主催旅行の範囲ではないと判断して、控訴人Xの請求を棄却した。そこで、Xは上告。

【判旨】破棄差戻。

「原判決は、右パンフレットの日程欄の見方を記載したページには、『発着地と国内線のご案内』として、『国内線は別予約が必要となり、混雑期間等の事由により予約がお取りできない場合には、他の交通機関をご利用いただくこととなります。その場合の交通費、宿泊費、その他の諸費用はお客様のご負担となりますので、予めご了承下さい。なお、基本的に利用便は航空会社により指定されます。』との記載があることを、大阪・東京間は主催旅行の範囲でないことの理由としている。しかし、ここに記載の「国内線」とは発着地までの国内線も考えられるうえ、パンフレットの本件旅行のページには『大阪発着』とも記載されたうえ、大阪・東京間の旅程が具体的に記載されている。このことからすると、旅行申込みをする人が、この旅行の大阪・東京間の国内線は主催旅行の範囲ではないと考えることを期待することは無理である。

また、原判決は、『移動時間』として、日程表の時間の表示は、『移動発着時間の目安として表示してあります。』との記載があることをも、成田・伊丹間の旅行が主催旅行の範囲内でないことの理由としている。しかし、原判決が本件旅行のパンフレット（中略）…の記載は、日程表の例を斜線で指し示しているが、それは外国旅行中の現地において地上をバスで移動するときの出発時間であって、国内における飛行機による移動で、しかも旅程の最後の部分についての注意書きでもあると解するには疑問がある。

一般人を対象とする主催旅行契約の内容は、特に明確な合意がない限りそのパンフレットの記載、特に旅行申込者が強く関心をもって読む当該旅行に関する部分の記載を中心に決定すべきである。旅行業者としては、法律家でもない一般人にも理解できるように、主催

旅行につき責任を持つ範囲をパンフレットにわかりやすく、明確に記載すべきであり、パンフレットの記載に不明確な部分があるときには、それを作成した旅行業者側に有利に解釈すべきものではない。

以上判断のとおり、本件主催旅行の範囲には、成田発一八時二〇分、伊丹着一九時三五分（JL一五三便）による大阪・東京間の旅行部分も含まれると解するべきである。

15. 旅行業者の説明義務違反により慰謝料の賠償が認められた事例

東京地判平成16年1月28日判時1870号50頁

【事案】

Xらは、Y主催した中亜各国を巡る観光旅行に参加したが、米国同時多発テロの発生に伴い、外務省の海外危険情報が発出されたため、旅行が途中で中止された。Xらは、Yが、①出発前に米国同時多発テロによる旅行の中止が予測され、取消料の負担なしに旅行契約の解除を認める旅行約款条項が適用されることを前提として、同条項に基づく解除を認める取り扱いをする義務及び同解除ができることを説明する義務を尽くさなかったこと、ならびに、②海外危険情報の発出の有無及びその内容を説明する義務を尽くさなかったことにより、中止を余儀なくされた旅行に参加させられ、代金相当額の財産的損害及び精神的損害が生じたとして、Yに対して、債務不履行または不法行為による損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件旅行の出発時である（中略）…時点では、本件解除条項が適用される状態にあり、Yは、Xらから本件解除条項に基づく本件旅行契約の解除の意思表示があった場合には、本件旅行契約に基づき取消料の負担なしの解除を認める取扱いをする義務があったと認められる。しかし、Xらは、本件旅行の出発時において、（中略）…解除の意思表示をしたとは認めるに足りる証拠はなく、Yに上記義務違反があるとは認められない」。

「本件旅行については、（中略）…、アフガニスタン情勢の悪化により途中で中止せざるを得ないことが予測され、その中止理由が旅行先地域の治安状況という旅行者の生命及び身体の安全に関わることを考慮すると、本件旅行を解除するかどうかを選択判断する機会を与える意味においても、Yは、遅くとも本件旅行の出発時において、Xらに対し、本件旅行につき取消料の負担なしの解除ができることを説明する義務を負っていたというべきである。しかるに、Yは、Xらに対し、本件旅行の出発時において、（中略）…、上記義務を尽くしたとは認められない」。

「旅行会社は、その主催する主催旅行について、旅行先の地域に海外危険情報（危険度一）が発出されている場合には、旅行契約に基づく付随的義務として、旅行者に対し旅行契約の締結時にその旨を説明する義務を負うというべきである。（中略）…本件旅行募集のパンフレットには、『ツアーの催行は外務省発令の海外渡航情報と現地の最新情報を確認の上決定いたします』と記載され、Yの窓口担当者においても、各Xらに対し本件旅行先の地域に本件情報（1）から（3）までの発出について説明した（後略）…」。

旅行催行中の説明義務については、その説明義務の存在が認められたが、「情報の発出後

の旅行会社の対応を見ても、かかる対応も、旅程管理義務を負う旅行会社の合理的な判断として理解できる。したがって、Xらに対する説明が遅れたこともやむを得ないと認められ、9月26の説明をもって、その説明義務を尽くしたと認められる」。

「Xらは、(中略) …、Yの各義務違反がなければ旅行に参加せず又は継続しなかったとまでは認め難く、上記旅行代金相当額を損害として主張することはできないというべきである。しかしながら、Yの前掲三(2)の説明義務違反は、(中略) …、Xらにおいて、本件旅行契約を解除するかどうかの選択判断に影響を及ぼすものと認められ、その損害は、上記選択判断の機会を失わせた不利益であると評価できるから、これに対する慰謝料として、損害額の算定を行うのが相当である。

そして、既に説示したYの各義務違反の内容及び程度、本件旅行の中止の理由及びこれに至る経緯等、Xらの受けた不利益等の本件事案における一切の事情を考慮すると、その慰謝料額は、X一人当たり5万円が相当である」。

16. 旅行業者の安全配慮義務違反が否定された事例

大阪地判平成17年6月8日判例集未登載

【事案】

AとF(妻)が夫婦であり、B、C、Dは、その間の子である。F、C、Dは、旅行代理人Y2に対して、Y1が開催するダイビングスクールにおけるスキューバダイビングのライセンス取得のためのY3が主催するツアーの参加を申し込み、Y3との間で本件ツアーに関する旅行契約が成立し、Y1との間でダイビングスクール受講契約が成立した。Fらは、平成14年7月30日、沖縄県において、Y1の実施したプール実習を受講した後、同日午後、その従業員Eの指導の下で、海洋実習が行われたが、水中の訓練を行っていたところ、Fが突然海面に浮上し、その後間もなく死亡した。そこで、Fの相続人であるA、B、C、D(以下はXと略称する)がEに対して不法行為責任に基づき、Y1に対して使用者責任、不法行為責任、ダイビングスクールの受講契約上の債務不履行責任に基づき、Y2に対して使用者責任、Y3に対してダイビングツアー主催契約上の債務不履行責任に基づき損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。(E、Y1、Y2の責任について、Eの不法行為、Y1の使用者責任を肯定し、Y2の使用者責任を否定した。ここでは省略する)。

「(1)旅行会社は、一般に、旅行者との間で締結した主催旅行契約に基づき、旅行者に対し、主催旅行契約に従った交通機関や宿泊、または各種の旅行サービスを旅行者が受けられるよう手配する手配債務及び手配された旅行サービスが予定どおり履行されるよう管理する旅程管理債務を負う。

(2)実際に各種旅行サービスを提供するのは、旅行会社とは別の営業主体である旅行サービス提供機関であるから、施設の整備・点検、従業員の配置や教育等、旅行サービスを提供するに際して旅行者の安全を確保するための具体的措置をとることは、第一次的には、当該旅行サービス提供機関が負うべき義務である。そして、旅行会社が安全配慮義務違反

を問われるのは、旅行会社が旅行サービス提供機関の選定に際して、当該旅行サービス提供機関を選択するのが旅行者の安全確保の見地から明らかに危険であることが認識できたにもかかわらず、これを漫然と選定して、その危険が当該旅行者に発生した場合などに限られると解すべきである。

(3) (中略) …Y3の選定基準及び選定は、ダイビングサービスの運営実態に沿った客観的、実効的かつ現実的な基準であり、ダイビングショップの選定基準として適正かつ妥当なものとして評価することができる。また、このような基準を満たしている以上、それ以上にダイビング業者の内部的な安全教育の内容・程度、個々のインストラクターの技量・経験の程度、非常事態の際の対応等につき、個々具体的に調査をすることは困難であり、Y3にとって、本件事故の発生は認識・予見することができなかつたものと言わざるを得ない。

「よって、Y3がY1をダイビングショップに選定したことに過失はなく、Y3に安全配慮義務違反はないというべきである」。

17. 説明義務違反として旅行業者の損害賠償責任が認められた事例

京都地判平成18年3月28日判例集未掲載

【事案】

Xらは、旅行業者Yの間でフィリピン向けの旅行契約を締結した。X1及びX2は、フィリピン国への入国の際、身体に入れ墨があるとして入国を拒否され、日本へ強制送還されることになったため、それぞれの妻であるX3及びX4も共に帰国せざるをえなくなったのは、Yにおいて、フィリピン国の入国審査体制についての情報を提供し、入れ墨がある場合には入国を拒否される危険性があると説明する義務を怠ったことによるものであるとして、旅行契約の債務不履行に基づき、Xらの被った損害の賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「旅行業者については、国家試験の合格者をもって、旅行者に対し、当該旅行に関する取引条件の説明をさせる義務が課せられているところ（旅行業法11条、12条）、これは、旅行内容や旅行先に関する情報について、専門家である旅行業者と一般旅行者との間には情報量、情報収集能力やその手段において大きな格差が存在しており、旅行者が、当該旅行に参加するか否かの意思決定に際しても、かかる情報が重要な要素をなすものと考えられるからである。さらに、本件のような海外の場合には、気候、風土、習慣等の異なる外国への旅行であるから、当該旅行中の安全や旅行先の治安等に関する情報、食べ物や疾病等、生命身体への危険性に関する情報についても、これらを収集し、旅行者に対して、告知説明すべき義務があるものというべきである。

そして、海外旅行の場合、当該外国へ入国できることがその旅行の当然の前提となっているのであるから、入国に関する法律上ないし事実上の制約等が存在する場合には、できる限りこれらに関する情報についても入手に努めるべきである。

もっとも、入国管理政策は、当該外国の裁量に委ねられており、我が国の旅行業者が独自にかかる情報を入手することは困難であると考えられるので、かかる場合には、我が国の

公的機関等の提供する情報の入手、提供、説明でもって足りるものと解するのが相当である。このような情報の入手先としては、(中略)…海外旅行の場合には、(中略)…外務省の提供する情報についても、当然その対象になるものというべきである。

してみると、旅行業者が海外旅行を主催する場合には、少なくとも、当該外国に関する外務省の、『海外安全ホームページ』程度はこれを閲覧し『査証、出入国審査等』の情報を含む『安全対策基礎データ』の情報はこれを入手し、必要な情報については、旅行者に提供し、説明するべき義務があるというべきである。しかるに、Yにおいて、かかる情報を入手せず、Xらに対して、提供しなかったのであるから、Yは、本件旅行契約に伴う義務を履行しなかったことになる。

「入れ墨を入れている場合には、その特殊性ゆえに、我が国においても、社会的にかなりの制約を受けていることは公知の事実であり、(中略)…Yからファックス送信された関係書類のうち、渡航手続きに関する説明書には、『渡航先によっては、外務省より危険情報などの安全関係の海外渡航関連情報が出されている場合があります。ご出発までに必ずご自身にてご確認下さい。』との記載がなされていること、前示のとおり、外務省の『海外安全ホームページ』の情報は、誰でも容易かつ無償で入手することができるものであることなどを考慮すると、自らの身体に入れ墨を入れているX側においても、渡航先の外国において制約を受けるおそれの有無について、情報の入手、收拾に努めるべきである。したがって、X側において、かかる行為を怠った場合には、X側の落ち度として、損害額を減額する事情になりうるものとする。

損害賠償については、旅行代金のほかに、「南の島での楽しい旅行を目前に、空港の留置場で一夜を明し、翌日、わが国へ強制送還されたもので、精神的苦痛を被ったことは容易に推察できる」として、X1、X2につきそれぞれ20万円の慰謝料が認められた。X3、X4についても、旅行代金のほかに、「南の島での楽しい旅行を目前に、夫が空港で留置され、その身を心配しながら一夜を明かし、翌日、本件ツアーに参加しないままわが国へ帰国したもので、精神的苦痛を被ったことは容易に推察できる」として、それぞれ20万円の慰謝料が認められた。それと同時に、Xらにつき、休業損害、ホテル代、タクシー代、弁護士費用等についてもそれぞれ一定の範囲で認められた。なお、Xら側の落ち度があるとして、損害額の2割が減額された。

二 裁判例に関する分析

役務提供契約の中で、旅行契約、特にその大部分を占める主催旅行契約が、役務の性質及びその法的取り扱い方に関する検討の絶好の素材としてよく論じられている。以下では、役務提供契約的な視点から、今までの諸裁判例およびその紛争事態を典型的に分析し、旅行契約における当事者の法律関係、及び旅行業者の責任範囲の析出を試みる。

1. 法的規律情况及び学説

日本では、旅行契約について、旅行あっ旋業法及び旅行あっ旋約款(昭和27年)→旅行業法の成立とモデル旅行業約款(昭和46年、「旅行あっ旋約款」から「旅行業約款」へ)

→旅行業法の改正と標準旅行業約款（昭和 57 年、主催旅行と主催旅行契約の定義づけ、「主催」「手配」の 2 区分と「特別補償制度」の導入）→旅行業法及び標準旅行約款の改正（平成 7 年、主催旅行などに対する規制の強化、「旅程保証」制度の導入）→旅行業法及び旅行業約款の改正（平成 16 年、企画旅行と手配旅行への統合、補償内容の拡充）という沿革²を経て、契約当事者間の債務の内容及び責任のあり方に直接的な影響を及ぼしうる規定が盛り込まれてきて、民法典の外で様々な規律がなされていた。学説においても、こうした沿革及び相応の規律を踏まえて、旅行契約、特に主催旅行契約の法的性質及び旅行業者の責任について、活発に検討されている。その主な論点は以下の諸点にある。

まず、主催旅行契約の法的性質について、その特殊性及び取引実態からして、準委任的な基本構造のもとで取引の実態を踏まえて、主催旅行契約には、何らかの請負的性格があることを認識し、主催旅行契約は準委任契約的性格と請負的性格とを有する無名契約と解する立場即ち準委任類似の無名契約とする見解が判例・通説の見解であると思われる³が、従来、学説は、二つの方向上に展開された。すなわち、学説状況を図式で示せば、典型契約論と非典型契約論との構図となる。前者について、主催旅行契約を端的に請負契約あるいは請負類似な契約（一部には売買契約あるいは売買類似な契約）と捉える立場と委任契約と捉える場合に二分された。後者の場合は、業界保護的な色彩の強い委任契約論を積極的に排除することなく、法的性質論を離れて問題を具体的に解決しようとする委任契約からの乖離論・非典型契約論である⁴。以下では、後記の裁判例分析を念頭におきながら、その点を簡略に紹介してみよう。

(1) 典型契約論。多くの学説において、主催旅行契約がいかなる内容の契約であるかを検討する際に、その指標の一つとして民法上の典型契約を拠り所として議論が展開された。具体的には、一方、主催旅行契約を「旅行サービス提供に関して包括して代理、媒介もしくは取次をすることまたはそれに付随してサービスを提供することの全部または一部について旅行者との間で締結する契約」であるとし、契約類型論的にみると準委任契約に位置づける立場とみられるものがある⁵。他方、旅行業者の第一次的責任が端的に認められうる

² 日本旅行業法及び旅行業約款の沿革について、島十四郎「旅行あっ旋契約（手配旅行）・主催旅行契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第 7 巻サービス・労務提供契約』（有斐閣 1984 年）93 頁以下、高橋弘「旅行の法律問題」竹内昭夫・龍田節『現代企業法講座第 4 巻・企業取引』（東京大学出版会 1985 年）247 頁以下、佐々木正人『旅行の法律学』（日本評論社 2000 年）121 頁以下、森嶋秀紀「主催旅行契約における旅行業者の債務と責任（1）（2）（3）——ヨーロッパ諸国の法理等を参考に」法政論集 198 号（2003 年）91 頁以下、同 203 号（2004 年）240 頁以下、同 208 号（2005 年）257 頁以下など参照。なお、平成 16 年の改正について、道端忠孝「企画旅行契約の法的性質について」秋田法学 44 号（2005 年）122 頁以下、高橋弘「EU と日本における主催旅行契約（募集型企画旅行契約）の近況」広島法学 30 巻 1 号（2006 年）36 頁以下及び日本旅行業協会の公式ホームページ（<http://www.jata-net.or.jp>）参照。

³ 杉江徹「主催旅行業者の責任について」成蹊法学 47 号（1998 年）184 頁。

⁴ 主催旅行契約に関する諸学説の展開及びその到達点に関する整理については、杉江・前掲注（3）167 頁以下、森嶋・前掲注（2）「主催旅行（3）」257 頁以下、新改正後の旅行業法・旅行業約款による企画旅行契約の法的性質については、道端・前掲注（2）122 頁以下、高橋・前掲注（2）「企画旅行」36 頁以下などがある。

⁵ 伊藤進編『契約法』（新美育文）（学陽書房 1984 年）247 頁以下、石田喜久夫『現代の契約法』（日本評論社 1982 年）164 頁以下、江頭憲治郎『商取引法（第 4 版）』（弘文堂 2005 年）200 頁注（5）、潮見・前掲第三章注（7）302 頁などが、はっきりとはいえないが、委任契約的な立場とみられうる。そのほかに、半田吉

契約類型として主催旅行契約を請負または売買類似のものとして位置づける見解が有力である⁶。まとめていえば⁷、これらの学説は、業界主導で策定された旅行業約款の問題点を、

信『契約法講義』（信山社 2004 年）33 頁においては、「近年盛んになってきた旅行契約、なかんずく主催旅行契約も、委任と請負の中間的契約だとされている」と述べる。

⁶ この点については、高橋説、石田説、河上説、石原説、道端説、加藤説、北川説などがある。高橋弘教授は、早くから消費者保護の観点から、この見解を主張している（高橋・前掲注（2）「法律問題」247 頁以下）、同・「西ドイツ旅行契約法の内容（一）（二）」*広島法学* 5 巻 2 号（1981 年）35 頁以下、同 6 巻 1 号（1982 年）1 頁以下、同・「『西ドイツ・バック旅行契約約款』の内容変遷比較表」*民商法雑誌* 84 巻 6 号（1981 年）155 頁以下などの諸論文）。なお、石田喜久夫教授は、主催旅行契約の法的性質について検討する際に、「旅行業者は、旅行者のため、運送または宿泊のサービスの提供を受けることにつき、旅行者を代理して契約を締結したり、媒介したり、使者として取次をするものであって、業者自らこれらのサービスを提供するものではない、といわざるを得ない。とするならば、旅行契約は民法上の委任の性質を有することになり、業者は旅行者に対し、受任者と同様の責任を負うことになる」（石田喜久夫『現代の契約法（増補版）』（成文堂 2001 年）133 頁）として、まずは委任的な構成を前提に議論を展開する。さらに、同論文においては、こうした考え方と異なった視点からの議論もなされる。すなわち、「主催旅行は、旅行業者が消費者の需要につき研究・調査し、自ら企画を立てて広告し、そのほとんどが自社のブランド名のもとに参加者を募集している実情に鑑みれば、運送機関や宿泊機関と旅行者との契約締結につき、旅行者を単に代理するに過ぎない、などと説くのは、説得力に欠けているように思われる。もとより、業者自身が運送や宿泊のサービスを直接提供するものではないが、たとえば、業者と旅館との間に宿泊契約が締結され、宿泊施設の具体的利用については業者と旅行者との間に約束がなされる——ことは、運送機関に対する関係でも同様——とみうる余地もないとはいえない。かく解するときは、旅行契約の性質は『請負』に近いものとなり、民法 634 条などを類推しようことになる」（同 136 頁）という考え方である。つまり、石田説は、委任的構成をとりながら、請負類似の契約と考えることも可能であると示したものである。売買類似の契約説については、高橋弘「旅行業約款——主催旅行契約を中心として」*法律時報* 54 巻 6 号（1982 年）28 頁以下参照。この論文においては、対価における費用及び報酬からの分析を経て、旅行業約款で採用された委任的構成と対価の中に含まれる具体的な費用及び報酬金額を開示しない取引実態との矛盾が指摘された。その上で、高橋説は、代理、媒介、取次といった個々の旅行取引に分解評価できることを理由として主催旅行契約を委任契約的に性質決定し旅行業者の責任範囲の限定を図ろうとしたことから生じる理論的歪みを浮き彫りにすると共に、売買契約的に再評価することによって旅行業者の第一次的責任を肯定しようとしている。そうだとすれば、前述した石田説における請負的構成の可能性とはその採用する契約枠組みは異なるものの、高橋説もまた主催旅行契約を委任契約的に解釈した際に生じる取引実態との矛盾ないし問題点を示し、主催旅行契約の法的性質を再考した。石田説、高橋説のほかに、主催旅行契約に関する紛争の合理的な解決の必要性、及び契約関係の連鎖性から請負類似説を支持するものもみられる（国井和郎「判批」*判タ* 736 号（1990 年）45 頁以下）。また、河上説と石原説は、主催旅行における人的及び物的な複合性を意識し、「請負契約的構成もしくは売買的構成を前提に、給付の質の確保や旅客の安全な旅行についての配慮義務を認めていくべきであり（後略）…」（河上正二「複合的給付・複合的契約及び多数当事者の契約関係」*法教* 172 号（1995 年）50 頁）、「ネット契約における中核企業の対外的側面での義務・責任を明定したもので、主催旅行契約を一種の商品の売買として把握することの妥当性を示す」（石原全「判批」*金判* 1083 号（2000 年）54 頁）などを提示しながら、一種の「窓口責任」を認めようとしているものと位置づけられる（森嶋・前掲注（2）「主催旅行（3）」275 頁）。道端説は、主催旅行契約を請負ないしこれに類似する契約であるとし、主催旅行業者は契約の履行方法として宿泊業者や運送業者等を下請けで利用し、これらの役務提供機関は履行補助者であるとしてその故意・過失について主催旅行業者は責任を免れないとする（道端忠孝「旅行業法上の『利用』の法的考察——特に主催旅行との関連において——」*秋田法学* 31 号（1998 年）23 頁以下）。なお、平成 16 年旅行業法改正による企画旅行契約の法的性質については、「改正後の企画旅行契約は、学説の説く請負（類似）契約または売買契約の性格を呈することになると解される。（中略）…この旅行業法の改正によって、企画旅行会社は、従来とは大きく異なり、自己商として、企画旅行に組み込まれた個々の旅行サービスを調達し、旅行者が享受しうるようにすべき義務を負い、その結果として、いわゆる企画旅行全体の実施義務を負うこととなり、一時的責任を免れないこととなった」（道端・前掲注（2）131 頁、135 頁）と「今回の旅行業法の改正により、（中略）…旅行業者は『自己の計算において』運輸等サービス・運輸等関連サービスの提供者と契約を締結する自由（=旅行業者の値付けの自由）を得たが、特にこの『代理、媒介、取次』がはずされたこと、および今回改正の企画旅行契約と区別された『手配旅行契約』のみが改正旅行業法第 2 条第 5 項により『代理、媒介、取次』であるとされたことは、『募集型企画（=主催）旅行契約』の旅行者にとっては、『募集型企画（=主催）旅行契約』を売買契約又は請負（類似の）契約として、旅行業者に対しいわゆる第一次的責任を追及しうる余地が与えられ

主催旅行契約を請負または売買契約あるいはそれに類似するものと位置づけることによって解消しようとするものである。主催旅行契約を請負または売買的なものとして位置づけ、旅行業者に旅行役務提供債務を負担させ、その不履行において旅行業者の第一次的責任を導出することがこれらの学説の主たる目的であった。典型契約論は、主催旅行契約がいかなる内容の契約か、すなわちどのような債務を負い、いかなる責任が発生するのかということ明らかにする上で端緒となる議論である。主催旅行契約において旅行業者に第一次的責任を負担させることを正当化する根拠として、これらの学説によって、①旅行者の契約意識(契約当事者たる旅行業者への期待ないし信頼)、②旅行業者の専門性(情報収集能力、トラブル発生時における紛争解決能力)、③涉外訴訟の困難性(被害者救済の政策的見地から)、④紛争解決における効率性(役務提供機関の帰責性にに基づく損害発生の場合)、⑤取引実態と委任的構成との矛盾(解除時における取消料、対価における内訳の非表示等)等が示された。旅行業約款の策定は業界の実務的観点を中心として行われており、旅行者側からの視点が欠けていた。したがって、主催旅行契約の構造や取引実態に関する緻密な分析を行うことにより旅行業者の第一次的責任を肯定すべき根拠として右の点を示し、とりわけ⑤の点を理論的に明らかにしたことは、主催旅行契約の典型契約論に意義を見出し、請負ないし売買契約的構成を採用する学説の重要な功績であったと思われる。

(2) 委任契約からの乖離論・非典型契約論。前掲の典型契約論に対し、主催旅行契約を積極的に民法上の典型契約に性質決定することをせず、ないしは独自の無名契約として把握するという学説もある⁸。これらの学説は、主催旅行契約の法的性質について論じつつも、

たことになることが判明した」(高橋・前掲注(2)「企画旅行」36頁、50頁)との解釈が見られる。最後、加藤説は、主催旅行契約の法律構成として、請負契約的な旅行業者による旅行役務提供契約と考えることになり、個々の役務提供機関はかかる契約における独立的履行補助者となり、その有責行為により旅行者が損害を被った場合には旅行業者の責任追及が可能となるという考え方と、(準)委任契約的な旅行業者による個々の役務を手配する趣旨の契約であるとして、あっ旋手配に過失があった場合のみ責任を負うとする考え方を示した上で、旅行業者と旅行者のいずれが安全な状況を確保し、役務提供機関の有責行為に対する責任追及が容易であるかという、紛争解決における効率性の観点から、前者の考え方が事態適合的であるとする(加藤雅信「新民法大系Ⅲ債権総論 債務不履行の帰責事由」法教281号(2004年)77頁)。北川説も、「主催旅行の趣旨からみて、パックされた旅行目的に関しては旅行業者が手配をするだけでなく、旅行日程どおりのサービス提供がされるように請け負っているといえよう(自ら旅行サービスを提供するのでないにしても)」(北川・前掲第三章注(7)132頁)と主張している。

⁷ 森嶋・前掲注(2)「主催旅行(3)」279頁以下を参照。

⁸ この点については、山下説、森田説、杉江説などがある。山下説は、「委任説を基本としつつも、契約の解釈として旅行業者の義務の範囲を広く認めるなどにより、かなりの範囲で旅行業者の責任を認めることができる。このように、純理論的に請負説が妥当と見られうるか否かは必ずしも単純には答えられない。それを前提として、標準約款のとった解決をみると、簡易迅速な救済が特に必要である人身損害等については実質的に請負説の解決をとったものであり、補償水準が妥当である限りにおいて、十分の合理性が認められる現実的解決であったと評価できるのではあるまいか。そうだとすると、当面の問題は、補償内容の当否とともに、標準約款の下で旅行業者の責任がどこまで認められうるかの検討であろう」(山下友信「運送・旅行」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座4取引の公正Ⅱ・業種別にみた消費者保護Ⅰ』(日本評論社1988年)211頁)として、主催旅行契約の法的性質論のみに拘泥せず、旅行者保護をいかに実効的に図るかという視点で標準旅行業約款による旅行者の保護のあり方を検討し、補償水準の妥当性を前提とした上で一定の評価を与える。その上で、山下説は、旅行者が旅行業者の能力を信用するからこそ旅行に参加するという点を考慮して、主催旅行業者は自ら個別の運送、宿泊サービスなどの提供を引き受けるものでないとしても、単に代理、媒介、取次のみを引き受けるのではなく、次のような専門家の注意義務を負うべ

きであるとする。すなわち、補償責任のほか、「①旅行計画についての瑕疵担保責任（宣伝どおりでありかつ実現可能で万が一やむを得なくとも可及的に障害の少ない旅行プランを作成提供する義務。旅行プランがこのような内容をもちえない場合には、旅行業者は瑕疵担保責任（損害賠償・契約解除）を負うと考えられる。②情報提供ないし説明義務。旅行業者は、真実に従い、旅行計画に生ずる危険性、不確実性をあらかじめ周知徹底すべきである。③運送・宿泊等のサービス提供者の選任についての注意義務。募集宣伝にうたわれているとおりのサービス提供者を選任することは、受任者としての善管注意義務の内容となる。過去の経験や同業者の情報から問題があることがわかるサービス提供者を選任する場合にはこの義務に違反する。また、初めての利用の場合には現地での事前確認も必要である。問題があることがわかっているにもかかわらず、旅行計画上そのサービス提供者の利用が不可欠である場合にはその旨あらかじめ旅行者に開示すべきである。④旅程管理義務（旧標準主催約款 18 条）。この義務は、個々のサービス提供者に帰責事由があるか否かを問わず履行されなければならない。また、このような義務をとるだけの組織上の体制が整えられていなければならない。⑤安全配慮義務。事前の説明とともに、旅行の各段階で、危険等につき十分情報を与えるとともに、旅行者の安全につき配慮しなければならない。」「これらの諸義務の履行にあっては、旅行者は旅行業者の能力を信用するからこそ参加するという事態に照らして、旅行業者は専門家としての高度の注意義務を負うものである。そして、これらの義務違反があった場合、具体的損害はいうに及ばず、精神的損害に対する損害賠償（慰謝料）を十分に認めるべきである。快適であるべき旅行が不快であったことの被害は小さいものではないといえるからである」（同・216 頁以下）とされている。また、森田説は、フランスにおける主催旅行契約に関する議論を紹介し、主催旅行契約は「知的創作物」を契約の目的とし、旅行業者は「旅行の《建築家》」であるとして、請負契約と性質決定するという主催旅行契約の法的性質について紹介した上で、「仮に主催旅行契約を請負契約と捉えたとしても、（中略）…、ここでの請負契約というのは『知的創作物』を目的とするものであって、例外的な場合を除いては、旅行業者は主催旅行に関わる多数のサービス給付の履行義務を自ら負うわけではないと解される。他方で、かりに、この契約を委任契約と性質決定しても、委任契約上の債務の範囲は、委任された内容によって左右される。そして、（フランスの）判例はこれを拡張的に解釈する傾向にあるので、旅行業者の負う諸債務が必ずしも旅行サービスの仲介のみに限定されるわけではない。そうすると、主催旅行契約をいずれと性質決定しても、旅行業者に課される債務の内容は実務上同一であることもありうる。従って、主催旅行契約の性質決定によって、旅行業者が負う諸債務が明確になるとは必ずしもいえないことになろう」（森田・前掲第三章注（20）101 頁以下、初出は、『他人の行為による契約責任』の二元性——主催旅行契約における旅行業者の責任を素材として——いわゆる履行補助者責任の再検討・その二 太田知行=中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（広中俊雄先生古稀祝賀論集）（創文社 1996 年）665 頁以下）と指摘した。その上で、森田説は、旅行業者が負うべき具体的な義務内容について、フランスの判例によれば、旅行の適切な進行を確保すべき諸債務と旅行の過程における旅行者の身体または財産の安全性を確保すべき諸債務という 2 つのカテゴリに分けられることを示す。そして後者の義務として、①強制保険のない国での観光において、保険に加入していない無資力のタクシー運転手を用い、十分な付保険のないサービス提供機関等を選任しないように、運送人やホテル経営者等の主催旅行に含まれる旅行役務の提供者の選択について慎重に注意を尽くす義務、②団体主催旅行に含まれる観光小旅行を編成するときに、諸状況を考慮してその小旅行が通常的安全条件を満たしているように編成する義務、③主催旅行の過程で予見される危険があるときには、旅行者に対して、その危険について情報を提供または警告する義務（情報提供義務）、④主催旅行の際に生じた損害について、サービス提供機関の保険によって損害の補填が受けられないリスクがある場合、このことを旅行者に警告し、旅行者が自ら個人保険に加入する等してリスクを回避する措置を講じる可能性を確保する義務（助言義務）、⑤海外旅行における事故の際の入国や帰国のために必要な措置を講じ、また、旅行者が損害賠償義務等その権利を実現するために旅行業者に対して助言を求めた場合にこれに応じる義務（援助義務）、⑥主催旅行の移動中に運送契約が十分な安全条件のもとで履行されるか否かを監視するように、主催旅行においてサービス提供が良好に履行されるべきことを監視する義務（役務提供者に対する監督義務）等の諸債務が認められるとするが（森田・前掲第三章注（20）114 頁以下）、役務提供者の適切な選任及び監督上の義務違反などを介して旅行業者のフォート認定する手法が技巧的であり、そのような解釈には限界があるという指摘がフランスの学説においてなされていることをも併せて指摘する（森田・前掲第三章注（20）120 頁以下）。そこで、フランスにおいて旅行業者がサービス提供者という「他人の行為」について責任を負う根拠として、森田説は、旅行業者がなんらかの「個人的なフォート」を見出すことには限界があり、役務提供者に「契約上のフォート」がある場合に、旅行業者が役務提供者と同一の責任を負うとすれば、「ここでの旅行業者の責任は、被用者の所為による使用者責任と類似した、他人の責任に対する一種の『代位責任』として捉えられることを意味する」、また、その責任は『他人の行為による契約責任』の一般原則との関係では、契約責任を負わせるのが妥当であるといえるような実質的または政策的な根拠がある場合に限って、特別法の規定や判例による法創造によって始めて認められるという例外としての『特殊な保障責任』であると指摘した（森田・前掲第三章注（20）135 頁以下）。こうした上で、森

田説は、旅行業者が主催旅行契約において厳格責任を負うとした場合、旅行業者はリスクを考慮した対価の設定や保険でリスクを分散させることができる位置づけによって、サービス提供者の行為に基づく損害を旅行業者が負担すべきであると捉えた。具体的にいえば、そのような責任の実質的根拠として、「旅行業者は、判例によって厳格な責任を課されると、保険によってそれをカバーする方向に誘導され、その保険料が旅行代金に含まれることを通じて最終的にはすべての旅行者に転嫁される。そして旅行業者こそがこのようなリスク分配に最も適したものである」という考慮、及び特に海外主催旅行の場合、国外の役務提供者の責任を追及することは實際上殆ど困難で旅行業者の責任を認めるべき要請が強いため、「旅行業者は、旅行者の最初の契約の相手方として、主催旅行という一つのまとまりを構成する役務提供者の行為について代位責任を負う」とされる（森田・前掲第三章注（20）136頁以下）。そのほか、杉江説も、主催旅行契約の法的性質に関する学説につき、委任類似説、請負類似説、売買類似説についてそれぞれ検討した（杉江・前掲注（3）167頁以下）。委任類似説については、①そもそも「主催旅行における手配は、募集の際に表示された旅程に基づいて行われるものであり、旅行者の依頼に基づくものではなく、かつその手配行為が旅行者のためになされたものか、あるいは運送・宿泊機関のためになされたものかが不明確である。②これが旅行者、運送・宿泊期間のいずれのためになされるものであるのに実際には行われていない（杉江・前掲注（3）173頁以下）。③委任類似説によれば、包括料金で旅行代金が支払われていることから、旅行代金の変更及び手数料は生じないこと、旅行代金の内訳を明示する義務があること、旅行が一部催行されなかったり、変更されたりしたときにそれに係る報酬の返還が必要なこと、旅行業者がサービス提供機関の代理人であるならば、双方代理が認められないため旅行者の代理人として行為することも手数料を受取することもできないはずであるがそれぞれ実務ではそれと異なっていること、旅行業者自身、個々の取引行為について、何れが代理であり、何れが媒介であり、何れが取次であるのか、また、旅行者の代理なのかまたはサービス機関の代理なのか、旅行者自身も十分説明できないし、仮に、取引行為につき、代理、媒介、取次と明確に区別できるものなら、各行為「構成単価」と「手数料」を開示することができるはずであるが、実際にはこのような開示はなされていないこと（杉江・前掲注（3）182頁以下）などの問題点を指摘していた。また、請負類似説について、杉江説は、国際航空運送契約のように、現行法制上、旅行者とサービス機関との間に直接サービス供給契約が締結されているという実態から乖離しており、運送業界の取引実務の変革及びその法律関係が改められなければならないことになる。しかも、請負だとするならば、請け負った完成すべき仕事の中身は一体何なのか、即ち、旅行業者は旅行者から何を請け負っているのか、旅行サービスの手配なのか、旅行サービスの給付なのか、明らかではないなどである。仮に旅行サービスの給付をも含めた旅行の催行を請け負っているとしたら、契約を解除したときに、解除を事由として、素材の購入契約が解除できるのか疑問も呈せられていると指摘していた（杉江・前掲注（3）182、183頁及び注（26））。さらに、売買類似説について、杉江説は、サービス提供を受けることができる権利または地位を含めたサービスの売買であると解し、そのサービス機関に起因するサービスの内容及び品質に瑕疵がある場合であっても旅行業者が旅行者に対して責任を負うという売買類似説を説明した上で、旅行が商品であるならば、主催旅行契約では旅行業者はどのような内容のものを売り、旅行者は何を購入したのか、具体的に説明することができない恐れが多く、旅行契約のようなサービス提供契約を売買的に考察する場合には、消費者の期待することを考慮して、その目的を如何に把握し、その内容（品質）を如何に判断するか困難を伴うであろうと指摘していた。同時に、杉江説は、「しかし、取引実態をみると、今後はこの立場（売買類似説）から、商品として、考えなければならない」と主張した（杉江・前掲注（3）183頁）。最後に、諸説の問題点を指摘した上で、杉江説は、「現在では、確かに、旅行契約の法的性質は旅行業者の責任の本質に係る問題ではあるが、基本的な法的性質議論に拘泥することを避け、主催旅行が『トータルとしての商品』として取引される意識が、消費者及び旅行業者双方に顕著になり、旅行というサービス契約について、旅行者が旅行業者に期待することを考慮して、旅行業者がどのような責任をどの範囲・程度まで負うべきであるかまたは負えるのかを明確にすることが必要であるとの共通認識があると思われる。主催旅行契約は、特別補償責任制の導入及び旧標準約款制定当時の議論を踏まえて独自の無名契約と解されるべきであり、主催契約で何か約束され、旅行業者はいかなる責任を負うのかが明らかにされることが重要である」（杉江・前掲注（3）184、185頁）と主張していた。このような法的性質に関する説明した上で、杉江説は、現行約款（1998年当時の約款、筆者注）上旅行業者が負う義務と責任に詳細な検討を行う（杉江・前掲注（3）190頁以下）。①企画に関する義務として、旅行を企画する段階において、旅程・手配、観光の可能性、安全配慮等について、旅行業者は旅行の実現（催行可能）性を確保する義務を負うとし、旅程の適正性、目的の妥当性が確保されていることが必要であり、新企画の段階で現地調査及び安全性の確認、観光施設の利用可能性、参加予定者と時間的配慮等について相当の注意義務を払わなければならない、旅行業者が直接企画に関与しない他者が企画・ユニットを購入した場合、旅行者との関係では、主催旅行業者以外の者が契約当事者となることはないという理由で、主催旅行業者が責任主体になるとされている。②販売・募集、

その意義を必ずしも積極的に解することなく、主催旅行契約における旅行業者の具体的な義務内容や責任範囲を明らかにしていくとともに、旅行業約款上、政策的な見地から設けられた諸制度なども考慮した上でトータルな契約システムとして利益の調整を図ることが可能かどうかを考察するような立場であると思われる⁹。こうした立場からは、請負ないし売買的構成を採用することにより端的に旅行業者の第一次的責任を認める説とは異なり、契約の解釈によって主催旅行契約における諸義務を旅行業者に認め、それによって旅行業

契約の締結に関するものとして、特に現在の取引実態に関連して問題があると思われる主なものである約款の提示義務、取引条件の説明義務、書面交付義務を挙げ、取引条件説明義務に関してはトラブル発生の恐れのある条件についてのデメリット表示を行う措置がとられるべきであるとし、書面交付義務について、交付書面の適切さ・交付時期のほか、契約締結時に手配未確定のものについては確定次第補充することの承諾を旅行者から得ることが必要であること、契約書面記載事項について、契約当事者双方がその内容を理解・確認する必要がある以上、旅行業者にだけ記載内容の確認義務を負わせる必要はないとされている。③契約履行に関するものとして、手配責任、旅程管理責任を挙げ、手配責任については、旅程保証責任の新設等のほか、旅行開始時には手配が完了していなければならず、万が一手配ができなかった場合には早急に旅行者に対してその旨を通知すべきであるとし、旅程管理責任については、近時増加している添乗員の同行しない旅行には旅行業者は自己が手配したものについてのみ管理責任を負うものとする。④安全配慮(確保)義務については、旅行の企画段階及び手配の段階のみならず、契約履行の段階においても業者が払うべき注意義務とし、履行段階における安全情報の提供等については、個人ツアーの場合は、特に第一義的には旅行者自身が自己の安全を自ら確保すべきであり、旅行業者に過度に依存することは妥当ではないとし、旅行業者の安全配慮義務の具体的内容としては、目的地、日程、行程等の安全性の調査・検討及び確認義務、サービス機関の選択義務、出発前または随時に目的地の安全情報の提供、突発事態が生じたときの連絡方法の告知義務、及び、旅程管理の代替給付における危険を避ける義務であり、この安全配慮(確認)義務の程度又は基準については、絶対的な基準を設けるのか、旅行現地での基準を充足しておけば足りるのか又はわが国の基準を必要とするのか、さらに現地の基準とわが国との基準に違いがあるときに特に現地の基準がわが国より低いときはこれを旅行者に告知する義務が生ずるか否か、今後さらに検討を要する問題として挙げられる。⑤損害賠償責任に関しては、現行標準約款 23 条 1 項(1998 年当時の約款、筆者注)に定められた「契約の履行にあたり、自己、又は自己の責任において選任し且つ管理下にある手配代行者の故意・過失により、旅行者に生じた損害を賠償する責任を負っている」という条項に対して、旅行契約が旅行業者の高度な専門的知識と経験に依拠していること、及び、主に外国における契約履行が問題となること、また消費者保護の観点を考慮した場合には、「運送契約のように、業者が自己の無過失を証明できないときは責任を負うとするほうが、消費者保護に適う」と提言する。賠償の範囲について、主催旅行契約の履行は単に企画・手配にとどまらず、旅行の催行について旅行業者が現実サービスを提供している(サービス提供機関の利用を含む)と思われるものもあり、このような場合にはサービス提供責任をも負い、それに起因する損害も賠償する責任があるとし、責任の対象となる損害は、旅行がサービス契約であることから、そこにおける財産的損害を賠償するととどまらず、旅行での楽しみが失われたことについての賠償もすべきであるとする。さらに杉江説は、損害賠償額について、原則的に実損害の全額賠償で問題はないとしつつ、人的損害賠償を除き、損害を類型化して定額賠償を考へることも必要であるとし、旅行での期待が裏されたことによる損害についての定額賠償の可能性も示唆する。⑥特別補償責任について、杉江説は、旅行業者が事実上、企画・手配を行わず且つ旅程を管理できないような場合についても責任を負っており、その合理性に疑問を示した上で、旅行業者が企画・手配を行いかつ旅程管理義務を負っているサービス機関、旅程についてのみ、特別補償をなすことが合理的且つ妥当であるとされている。⑦旅程保証責任については、旅行業者は、運送・宿泊機関等のサービス機関と旅行業者との間で締結されている契約の内容や旅行業務取扱料金を旅行者に対して明らかにすることなく、一定の旅行契約を示して不特定多数の旅行者を募集するものであるから、旅行業者は、計画内容に従った旅行サービスが実現しない場合の一定のリスクを負担する責任を有することは当然であるとして、その合理性を肯定した上で、(主催旅行)という商品には少なくとも、具体的日程が示され、この旅程の確実性を担保するのは旅行業固有の義務であるという理由で、将来のある方向を示したと評価した。なお、旅行契約の法的性質・責任について、島教授も、「一種独特の無名契約というよりほかない」とし、「その抽象的な議論は必ずしも万能ではなく、具体的な場合の具体的な効果の検討が必要である」と指摘されており(島・前掲注(2) 104 頁注(16))、一種の非典型契約論ともいえるであろう。

⁹ 森嶋・前掲注(2)「主催旅行(3)」280 頁以下。

者の実質的な厳格責任化を図っていく方向性が見出されると思われ、このため、主催旅行契約の契約枠組みを基本的には委任と位置付けつつも、安全な旅行編成義務、運送・宿泊機関の選任についての注意義務、役務提供機関に対する監督義務、旅程管理義務、安全配慮義務、情報提供義務、特別保証制度による保護範囲の拡大などを認めていくことにより、第一次的責任を負うような売買ないし請負的構成を採用する立場と同様の効果を目指すものであると指摘されている¹⁰。

次に、主催旅行業者の責任については、旅行業法の改正及びその標準約款の改正とともに主催旅行業者の責任を論じる傾向が見られるが、主催旅行契約の法的性質に関する取り扱い方に応じて旅行業者の責任を論じることが一般的である。具体的には、請負・売買類似説との典型契約説をとった場合には、旅行業者に第一次的責任を採るのは一般的であり、委任契約からの乖離論・非典型契約論をとった場合には、契約の解釈によって主催旅行契約における諸義務を旅行業者に認め、それによって旅行業者の実質的な厳格責任化を図っていく方向性が見出される。したがって、法的効果からみれば、両者間が接近している点が見られる。その中で、債務不履行責任、特別補償責任、変更補償金の支払い、債務不履行による解除などはよく論じられたが、不完全な旅行役務の追完に関する論述は見当たらない。そのうえ、損害賠償責任の範囲について、特に休暇・行楽の喪失に対する慰謝料の請求可能性・範囲などを論じた文献も見られる。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

前述した法的規律及び学説を踏まえて、以下では、役務提供契約的な視点から、諸裁判例から現れた主催旅行契約に関するいくつかの特徴の考察を試みる。

まず、旅行契約に関する取り扱い方は、裁判実務においても、学説と同様に、社会事情、法整備の状況の変化に伴って変化する傾向が見られる。旅行あっ旋業法・旅行業法及びそれに係る旅行あっ旋約款・旅行業標準約款が出るまでの裁判例として、裁判例 1 においては、主催旅行契約を「…契約の取次、その他の…手配をも引受くる、所謂旅行の引受なる一種の複合契約」とし、旅行過程における「交通上の危険を防止すべき注意義務」・「危険防止の措置をとるべき注意義務」については、「単に旅客運送取次其の他旅行に関する手配を為すことを引き受けたる」旅行主催者の負担ではなく、むしろ実際の役務提供機関のところこれを負担すべきと判断された。約款を導入した後、特に旅行業標準約款を導入した後、手配・取次などの概念は同様に用いられたが、その内容ははるかに変わった。例えば、旅行役務提供機関・移動手段の選択の際の安全確保義務が認められた点（裁判例 4、5）は、裁判例 1 との違いが明らかとなる。

第二、約款の位置づけと民法の外における規律の必要性。旅行あっ旋業約款・旅行業標準約款の導入以後、旅行業法・旅行業約款によって契約内容が定められていること、及び裁判実務もこれに基づき展開される傾向が見られる。例えば、前掲 17 件の裁判例において、少なくとも、裁判例 2、4、5、6、7、10、11、12、13、15、17 等の 10 件は、旅行約款及び

¹⁰ 森嶋・前掲注 (2)「主催旅行 (3)」290 頁。

その解釈、内容違反の有無に係るものである。その中で、裁判例 2、4、5 では、約款の規定が直接に旅行契約の内容とされた。こうした裁判例の状況からみれば、旅行役務提供契約については、標準約款の採用が一般的になり、約款が存在する場合に、裁判実務上は約款を基にして契約の内容、当事者の義務・責任を確定することが一般的である。これと関連して、大村教授は、約款など民法の外における規律の必要性について、旅行役務の特性から詳しく説明している¹¹。即ち、「一つは、サービス契約一般の特徴にかかわるが、物をめぐる契約の場合とは異なり、サービス契約の場合には、契約の目的物を言語的に記述する必要があることによる。対象が物であれば、契約内容の中心部分はその物の存在によって指し示されるし、売買にせよ賃貸借にせよ、その物に関する債務の内容はほぼ一義的である。これに対して、サービスの内容は多様であり、契約内容も複雑にならざるを得ない。契約条件に関する書面交付義務は、この点に端的に示しているといえる。もう一つは、旅行に特有の事情もいくつかある。まず、旅行というサービスの品質に関しては素人にも判断が下しやすい（トラブルになりやすい）。また、旅行はある『目的』のために組織されているが、その目的は、結果としてではなくプロセスとして実現される。それゆえ、このプロセスを記述しておくことが必要となる。さらに、旅行契約は『手配』を内容とし、第 1 次的サービスの提供は第三者によって行われる。そのために不確定要因が多い。内容変更権・解除権に関する規定が、この点をよく反映している」という説明である。つまり、少なくとも物に比べて役務のさらなる視認困難性・内容の多岐性、旅行特有のトラブル発生の容易さ、第三者関与・プロセス性などによる不確定性などの諸要素は、旅行業法・旅行業約款で契約内容を定める必要性をもたらす。しかし、明確な法的規律の欠如、役務自体の不確定性などは、標準約款が用いられる重要な要素とはいえ、そもそも視認困難の旅行役務を不特定の相手方に対して大量取引の需要に応じて合理化・簡略化するという面も無視できないであろう。

また、約款が用いられた各裁判例からみても、当事者が約款を契約の内容とするとの点をめぐる争いは見あたらない。全体的には、裁判実務においては、旅行業標準約款が存在する場合には、意思解釈の一般法理を用いて、当該約款の適用・解釈に基づき、旅行業者の義務・責任を認定する傾向が見られる。約款拘束力の法的根拠について、契約説（意思推定説、白地商慣習説、客観的合意など）、法規説などの学説の論争は見られる¹²が、旅行業標準約款につき、裁判所にとっては、当事者間に争いが無い限り、あくまでも意思推定説をとっている傾向が見られる¹³。

11 大村敦志「もうひとつの基本民法第 27 回債権各論編⑨・サービス契約——旅行契約を素材に」法教 297 号（2005 年）38 頁以下。

12 河上正二「約款（附合契約）論——わが国の約款法学の展開」星野英一編『民法講座 5・契約』（有斐閣 1985 年）1 頁以下、同『約款規制の法理』（有斐閣 1988 年）など参照。

13 約款と合意との関係に関する裁判実務について、「どういう契約内容であるのか、どういう関係にある当事者間のものかということにもよりますが、基本は表示主義原則ですから、契約書があれば少なくともそこに盛り込まれた合意は当事者間にあるということは推定されます」河上正二ほか「鼎談・民法学の新潮流と民事実務（第 6 回）約款論を語る」〔加藤新太郎発言〕判タ 1189 号（2005 年）13 頁と述べている。

第三に、旅行契約の法的性質決定について、裁判実務においても学説と同様な傾向が見られる。契約の性質決定を直接に論じた裁判例として、裁判例 3（旅行者側による請負契約の主張につき、具体的な理由付けがなされないまま「失当」と判断された）、裁判例 4（旅行者側による「委任及び売買類似の無名契約」の主張につき、具体的な役務が自ら提供することが不可能、旅行役務提供機関に対する間接的支配、海外旅行の場合こうした支配の限界、約款における主催旅行契約の目的は手配であることなどに基づき、「準委任契約類似の無名契約」と認定した）、裁判例 5（標準約款の制定過程に照らして、請負類似の契約とする考え方を否定して、裁判例 4 と同様な理由で約款の合理性を肯定した上で、旅行業者は、旅客運送人たる契約上の地位に立たないとされた）、裁判例 9（旅行者側の委任契約または準委任契約との主張に対し、旅行業者が反論しないので、裁判所はこの点について判断しないままである）、などの 4 件がある。これらの裁判例から見れば、性質決定の基準として、債務者の目的の実現に対する支配力と約款制定当時の議論が重要な要素となる。

これに対し、他の事案においては、ほぼ契約の性質決定をしないまま、旅行契約あるいは主催旅行契約という名の下で具体的な義務違反の有無を検討するとされた。したがって、典型契約類型について、学説上は準拋枠設定機能、内容形成機能、創造補助機能などの積極的役割などを指摘している¹⁴が、前掲諸裁判例によれば、少なくとも旅行契約のような業界約款あるいは書面契約がある場合に、当事者が法的性質について争いが無い限り、裁判所が積極的に性質決定を展開することはなく、かえって、実際の契約内容・当事者の義務は何であるかについて重点を置くことが明らかになる。すなわち、当事者間の書面契約または業界標準約款から出発し、具体的な事案の下で当事者双方の義務関係及びその法的責任を明らかにしていくということである。また、契約の性質決定がなされた裁判例においても、特段の例外（裁判例 3 においては、請負契約という契約性質と使用者責任の否定とともに、具体的な義務違反の有無に関する検証をなさず旅行者側の請求を棄却した）を除き、旅行契約の法的性質を論じたものの、必ずしも当該契約類型に関する規定から直ちにその義務を導くことはなく、むしろ具体的な事実関係、標準約款の内容（もしくは当事者の合意として）及び信義則（たとえば、裁判例 4、5 における安全確保義務）などにより決める傾向が見られる。

第四に、旅行業者の具体的な義務について。裁判実務において見られる旅行業者の債務・義務の範囲については、義務構造論からみれば、以下のようないくつかの類型が見られる。具体的には、①旅行役務という給付の提供（あるいは目標向け）に直接に関連する義務、特に役務提供過程中的の具体的な措置及び役務の変更に係るもの、②旅行役務提供（あるいは不提供、不適切な提供）による完全性利益の侵害に係るもの、③役務提供契約締結する前の、あるいは役務提供過程における説明義務・情報提供義務などと分けることが可能であ

¹⁴ 典型契約と性質決定について、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向（下）加藤一郎古稀記念』（有斐閣 1992 年）275 頁以下、山本・前掲第三章注（18）「契約法の改正」4 頁以下、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣 1997 年）、潮見佳男『法律学の森契約各論 I：総論・財産権移転型契約・信用供与型契約』（有斐閣 2002 年）3 頁以下など参照。

る。①に関わるものとして、裁判例 2 (契約内容の一部変更)、6 (宿泊施設の変更)、7 (旅程変更に係る旅程管理配慮義務)、9 (積極的な確認義務)、10 (旅行進行中の契約内容の変更)、11 (運送機関の種類の変更)、12 (手配債務の履行不能、内容変更)、13 (注意義務—特定状況の下の手配業者に対する確認、調査義務及びこの結果に応じた旅行の主催と募集を行うべき注意義務)、14 (契約内容の範囲)、15 (取消料の負担なしの解除を認める取り扱いをする義務) などがある。②に係るものとして、裁判例 1 (危険防止の措置をとるべき注意義務違反の有無)、4、5 (安全確保義務)、8 (安全配慮義務、保護義務)、16 (安全配慮義務) などがある。③に係るものとして、裁判例 6 (契約内容の変更に関する説明義務)、7 (旅程変更に関する説明義務)、12 (内容変更に関する説明義務)、15 (取消料の負担なしの解除ができることの説明義務、危険情報に関する契約締結時の説明義務、旅行催行中の説明義務)、17 (情報の入手、提供、説明義務) などがある。

前掲の諸義務を総合的に見れば、以下の特徴が見られる。①義務・債務の内容が役務のプロセス的進行とともに存在、変更し、その進行に応じてそれぞれの義務が現れる。例えば、安全確保義務は、旅行計画を立てる際に旅行役務提供機関の選択、旅程設計から旅行の催行中までに負われる。説明義務についても、同様なプロセス的性格が見られる。また、旅程・旅行内容の変化については、内容変更を一定程度認められると同時に、旅行進行の変化に伴うそれぞれの対応の適切さ(説明義務を含む)が役務に瑕疵があるかどうかに関する判断の重要な内容となる。②プロセス的性格に関連して、役務提供過程における内容変更の容易さ。旅行契約のような役務提供契約は、プロセス的性格のほか、実際の役務提供機関の行為も介在しているので、約定された役務内容が、物取引より変動しやすい性格をもつ。変更がやむを得ない場合には、旅程保証義務を負うほか、トラブルが発生したときの二次的な対応の適切さが役務に瑕疵があるかどうかの重要な判断要素となる¹⁵(例えば、裁判例 7 におけるトラブルに対する事務処理の適切さである)。裁判例からみれば、こうした変更リスクの分配は、旅行役務提供者に対する旅行業者の支配可能性とトラブルの回避可能性が重要な判断要素とされる。具体的には、支配可能性としては、裁判例 6、12、13、回避可能性としては、裁判例 2、13 などそれぞれ見られる。しかし、この点については、なお疑問を免れない。というのは、リスクの分配からみれば、旅行業者が、代金の値上げ、保険の加入、事前の確認及び旅行催行中の交渉などの措置をとって、旅行者よりも旅程の管理及びそのリスクの克服をなされやすい点、あるいは履行不能に関する危険負担(債務者主義)の主旨からすると、単に支配の困難性及び回避の困難性自体によってその責任・義務を免れることは、旅行者にとって、酷であろう¹⁶。これらを解消するために、旅行業標準

¹⁵ この点は、バグが発生した後の具体的な措置をとるかどうか重要な判断要素となるシステム構築請負の場合にも見られる。両者を合わせて考えれば、裁判実務においては、完全に実現する不確実性が高い場合の役務提供(旅行契約の場合には、旅行役務提供者に対する支配可能性によってその確実性を決める)につき、役務の瑕疵の有無を判断するにあたって、一定範囲内の変更・不完全を認めつつ、その不完全が発生した場合の対応が重要な判断要素となることが明らかになる。

¹⁶ 類似な考え方として、森田果「判批」(第五章第一節裁判例 12 に関する評釈)ジュリスト 1210 号(2001 年) 208 頁以下参照。即ち、「旅行者も旅行サービス提供者に対するコントロールを持たないのが通常だが

約款は、旅程保証制度を設け、当事者間の利益配慮を一定程度実現した（しかし、填補額の低さなどについては、なお検討の余地がある）。この点からみると、履行過程に具体的な提供行為が変動しやすい役務にとって、役務提供者の支配可能性を考慮に入れながら、役務受領者の関与可能性と比較した上で両者間のリスクを公平的に分配することは、役務提供過程におけるトラブルの一つの解決策ともいえるであろう。③説明義務の重要性。役務の視認困難性・内容の多岐性、プロセス性などがあるゆえに、役務受領者にとって、説明義務が物取引の場合より重要となる。旅行業法上も、約款上も、取引条件の説明及びそれに関する書面の交付義務が設けられている（旅行業法十二条の四、五及び募集型企画旅行約款第十条）。それと同時に、旅行契約が、役務のプロセス的性格に相応しく、役務の履行過程の推移に応じ、旅行の進捗に即して刻々と変化しうる可能性を秘めたものであるから、旅行催行中における状況の変化と伴う説明も重要であるので、契約内容の変更に関する説明義務も設けられている（募集型企画旅行約款第十三条）。諸裁判例においては、その大部分は、契約内容の変更に関するものである。そのほか、裁判例 15 においては、旅行者の解除権に関する説明及び危険情報に関する説明が課された。こうした説明義務は、伝統的な説明義務・情報提供義務論の中で指摘されたもの¹⁷と異なって、むしろ民法 645 条における受任者の報告義務の方に近いものであろう。なお、民法 645 条においては、「委任者の請求があるとき」という要件が設けられるが、少なくとも、役務提供の進捗に即して刻々と変化しうる可能性を秘めた役務提供契約において、その内容の変更及び役務受領者の自己決定・権利に重大な影響をもたらしうる事象の発生（裁判例 15 における解除権に関する説明、危険情報に関する説明）があったとき、請求があるかどうかを問わず、遅滞なく役務受領者に報告・説明義務があるとは言えるであろう。これは、給付を履行しなかった債務者は、債権者に障害の発生を教示しなければならない¹⁸という原則と同旨である。それと同時に、業法上に定められる書面交付義務・取引条件の説明義務についても、業者が取引条件の説明義務を課すことによって役務提供の不確実性をある程度解消されて、紛争解決にも役に立つであろう。この点は、物取引よりも視認困難・内容多岐で、言語で表すほかない役務、特に消費者に係る役務提供に関する法的規制に対しても重要な参考となりうる。④旅行契

ら、そのことだけでは旅行サービス提供者に起因するリスクを旅行者に負担させる根拠にならない。むしろ、事後的な涉外訴訟の実行可能性を考慮すれば、旅行者より旅行者の方がコントロール可能性を有すると言える」という見解である。

¹⁷ 情報提供義務の展開について、近時の文献として、潮見・前掲第三章注（7）570 頁以下、中田裕康ほか『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ 1178 号（2005 年）等参照。伝統的な説明義務・情報提供義務論は、この点につき、当事者間の情報の構造的格差、自己責任原則及びこれに関する自己決定権の適切な保護、信認関係や専門家責任などに基づき、合意の瑕疵や契約締結過程における問題などとして取り扱われる。なお、稀であるが、説明義務を契約内容である本来の義務に含まれることもあるとの指摘も見られる（例えば、横山美夏「説明義務と専門性」中田ほか・前掲注（17）18 頁以下）。

¹⁸ 例えば、主に売買に関する定めではあるが、ウェイン売買条約 79 条 4 項においては、「不履行に陥った当事者は、相手方に対し、当該障害及び自己の履行能力に対するその影響につき通知しなければならない。その通知が、不履行当事者が障害を知りまたは知るべきであった時から合理的期間内に相手方に到達しなかった場合には、その当事者は、その不到達に起因する損害の賠償につき責任を負う」と定められている（甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法Ⅱ ウェイン売買条約』〔鹿野菜穂子〕（法律文化社 2003 年）199 頁以下）。役務提供に関する規定ではないが、役務提供の場合にも参考になるであろう。

約が、人自体に対する提供される役務にとって、完全利益の侵害に係る紛争がよく現れる。安全確保義務・安全配慮義務に係る5件の裁判例から見れば、旅行役務提供機関から招く危険に対して、危険防止注意義務の否定（裁判例1）から安全確保義務の肯定という経緯が見られ、旅行業者の安全確保義務・安全配慮義務がついに定着している。この点について、学説上は、「かつて広範な適用領域を前提とした『安全配慮義務論』は、今日ではもはや保護義務論あるいは拡張された契約責任構成にとって代わられつつあり、『安全配慮義務論』としてのアイデンティティは労災事故の領域（論者によればこれに加えて学校事故の領域）に特化されて存続しているものと言ってよい」及び「今日の視点で見たとき、安全配慮義務という表現は、特別の問題領域における保護義務を当該問題領域（雇用関係とか学校事故とかといったように）に注目して『内容面』で特徴付けるために用いられるべきものであって、『構造面』で保護義務論から独立した分野を形成しているものではない」¹⁹と断定するものも見られるが、前記諸裁判例から見れば、少なくとも主催旅行領域においては、安全配慮義務論は根強い定着されているともいえるであろう。しかも、安全配慮義務と保護義務とをはっきり区別される裁判例も存在する（裁判例8）。旅行主催者の安全確保（配慮）義務としては、安全確保のための事前の調査、検討義務、役務提供機関選定上の義務、安全旅程設定義務及び危険が予測される場合の危険排除措置義務がある（裁判例4、5）。しかし、安全配慮義務の立証責任については、安全配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証責任は被害者側にあるとする一方（最判昭和56年2月16日民集35巻1号56頁）（裁判例4においては、安全配慮義務違反と事故との因果関係も、被害者側に立証責任があるとされた）²⁰、安全かどうかに関する自己判断・自己責任の重要性（裁判例8）、旅行会社が安全配慮義務違反を問われるのは、「旅行サービス提供機関の選定に際して、当該旅行サービス提供機関を選択するのが旅行者の安全確保の見地から明らかに危険であることが認識できたにもかかわらず、これを漫然と選定して、その危険が当該旅行者に発生した場合などに限られると解すべき」（裁判例16）というような「選定の際」、「明らかに危険に対する認識」、「漫然」、「実際の発生」などの厳格な要件から見れば、安全配慮義務論によって旅行者救済の途が開かれているとはいえ、それと同時に、旅行者の救済はそれほど容易ではないことも明らかとなる。特に、裁判例8、16のような制限などが存するゆえに、旅行役務受領者の救済はさらに困難になるであろう。⑤完全性利益の侵

¹⁹ 潮見・前掲第三章注(7)119頁、127頁。なお、安全配慮義務の独自の存在意義を肯定する見解、及びそれを疑い、あるいは否定する見解などに関する詳細な紹介につき、淡路剛久『法教Library 債権総論』（有斐閣2002年）129頁以下参照。そのほか、「安全配慮義務の法的性質をめぐる錯綜した議論の背景の一つには、（不法行為責任ではなく）債務不履行責任と構成するという点についての説明が十分になされてきていないということ」を指摘しつつ、要件事実論から、「契約の成立を不可欠の前提とするわけではない信義則上の義務であり、その実質的内容も不法行為法上の義務と異ならないという法的性質が判然としない安全配慮義務を債務不履行法上に厳格に位置づけ、そこでいけば機械的に債務不履行法によって解決するという手法に問題がないのかは厳しく検討されるべきものであろう」という疑問視的なものも存在する（窪田充見「要件事実から考える安全配慮義務の法的性質」大塚直ほか『要件事実論と民法学の対話』（商事法務2005年）368頁以下）。

²⁰ 高橋弘「判批」（第五章第一節裁判例4・5に関する評釈）判時1364号217頁（判評383号55頁）以下。

害に係り、前掲の安全配慮義務にも関連して、保護義務違反の有無が問われる裁判例も存在する（裁判例 8）。安全配慮義務と保護義務との論争はあるが、判旨に示されたように「旅行の主催者には、旅行中、旅行者に急な疾病や負傷が生じた場合などには、これを病院に連れて行くなど適切な措置を講ずべき保護義務」があることは、否定できないであろう。⑥前掲諸義務は、それぞれ交錯していること。例えば、裁判例 6 においては、契約内容変更につき、支配可能性及びその回避可能性によって本来の給付義務違反は否定されたとしても、その変更に対する説明義務違反の有無の検討がなされた。また、安全配慮義務については、危険情報が出された場合の説明義務自体が、安全配慮義務の重要な内容となる（裁判例 15）。⑦提供された役務に瑕疵があるかどうかを論じる際に学説上でよく用いられている中心的な概念である善管注意義務については、諸裁判例に限り、直接にこうした概念を用いた例はみあたらない。契約性質を準委任契約類似の無名契約と決定した裁判例 4 においても、例外ではない。この点から、性質決定を下したから直ちにそれに関する規定を直接に適用するわけではないとの考え方を支持すると同時に、実務上においては、契約書などが存在する場合には、善管注意義務のような抽象的概念よりも、むしろ、契約に定められたあるいは解釈によって持ち込んだより具体的な義務の方に傾けることが明らかになる。

第五、前掲諸義務を認定する際に一定の特徴が見られる。①契約の性質決定について。前述したとおり、原則として、契約の性質につき争いが無い限り、裁判所は契約性質決定を積極的に展開せず、非典型契約を採りつつ、約款などのような契約に定められた具体的な義務内容に着目する一方で、当事者間に契約の性質につき争点になるときは、やむを得ず契約の性質決定を下した。そして、契約性質を決定したとしても、直ちに当該契約類型に関する民法の規定を適用して、当事者間の権利義務内容を決めるという単純な方法はとられず、契約の性質決定はむしろ当事者の主張する義務内容の否定することに役割を果たす。例えば、裁判例 4、5 においては、当事者の売買契約類似の契約あるいは請負契約という主張を否定した同時に、積極的に準委任に類似の無名契約との性質決定に基づき、民法上委任に関する規定を導入することなく、約款における具体的な義務の認定の方向に進んだ。②契約解釈について。約款の性質について論争はあるが、約款について当事者間に争いが無い場合に、当事者の意思が一致していた場合とみなす、本来的解釈をとる。したがって、業法及び約款に定められた内容・趣旨に基づき役務提供者の義務内容を認定する。裁判例の大部分は、それに属する。これ以外に、裁判例 14 のような特徴的なものもある。約款 9 条及び 10 条では、旅行役務の範囲を契約成立後速やかに交付する「契約書面」で決し、契約書面で確定された旅行日程等を記載できない場合には後に交付する「確定書面」により旅行役務の内容を確定する旨が規定されている。即ち、約款上は、パンフレットの表記の如何に関わらず上記の書面により契約内容を決することになっている。しかし、本件は、この約款規定と異なる次元の、パンフレットの記載を基にするものである。しかも、パンフレットについても、約款の解釈と同じ手法により、不明確な記載を一律に旅行業者の不利に解釈すべきとされる。もっとも、主催旅行契約の内容が旅行業者の書面により一方的に

決定されるわけではなく、旅行業者と旅行申込者との意思の合致がその前段階であり、その内容をパンフレットから、あるいはパンフレットが重要な要素であるから、合致した意思の内容をパンフレットの記載に基づき判断するのは当事者の意思を推測する上で適切な手がかりであること、及び役務受領者に手厚い保護を与えることは間違いない。この点は、他の役務提供契約の場合にも参考になると考えられる。しかし、パンフレット自体は、約款ではないので、約款と同じ解釈手法がとれるかどうかについては疑問である。この点については、「パンフレットの解釈については従来から議論されておらず、一般的な解釈指針を示すことは困難であるが、…特段の意思がない限り、パンフレットの名宛人の属性を有する平均的な申込者がパンフレットを一定の注意を払って読んだことを前提に、申込時・契約締結時の客観的事情を加味した上でパンフレットの記載を客観的に解釈すべき」²¹（即ち平均的顧客の理解可能性を基準とする）という解釈指針を基本的に支持する同時に、本件判旨のように、約款ではなくとも、「表現使用者に不利に」解釈準則の適用可能性もあること²²を指摘しておきたい。③契約に欠缺がある場合、あるいは契約に明白に定められなかった場合には、補充的解釈をとる。その際に、信義則（安全配慮義務を信義則上の義務とされた裁判例 4）、旅行業法及びその実施規則（裁判例 17）、業法・約款制定当時の背景（裁判例 5）、生命・身体の安全に関わるかどうか及び選択機会の確保（裁判例 15、説明義務の根拠）、旅行役務提供における特有の事情など様々の要素が取り込まれた。

第六、諸裁判例における帰責事由については、以下のように類型化することができる。①主張した債務内容（義務）自体の存在、あるいはその違反を否定した以上、債務不履行による損害賠償責任となる余地がないので、帰責事由まで論ずる必要がない事案として、裁判例 1（危険防止の措置をとるべき注意義務は、旅行主催者ではなく、旅行役務提供者のところにある）、3（請負契約性質及び使用関係を否定した）、7（相当因果関係の存在が認められなかった）、8（債務内容としての義務の懈怠がないとされた）、12（専門業者としてのできる限り調査・注意義務および変更の幅ができる限り小さくなるよう努力義務を尽くしたと判断され、不完全履行が認められなかった）、14（契約解釈の誤りがあったとして破棄差し戻し、帰責事由について判断せず）などがある。②義務違反だけを認定されて、帰責事由については触れられない事案として、裁判例 6（説明義務違反について、本旨不履行だけ認定されて、損害賠償責任が認められた）、11（本件変更は、債務の不履行によるものと認定され、別に帰責事由を検討せず、慰謝料賠償が認められた）、15（説明義務違反が認められ、別に帰責事由について展開せず、この義務違反をもって慰謝料が認められた）、17（旅

²¹ 榊素廣「判批」（第五章第一節裁判例 14 に関する評釈）ジュリスト 1260 号（2004 年）242 頁以下。

²² この点については、「比較法的に見ても、わが国の学説においても、『表現使用者に不利に』解釈準則の適用領域を約款に限定する立場がよくみられるが、前述の不明確条項解釈準則の根拠からみれば、このような限定には根拠がなく、全ての契約の解釈に適用されるべきであり」、「表現使用者に不利に」解釈準則の適用に当り、その要件として要求されるべきであると考えられる契約の不明確性を生み出したことに対する過失ないし帰責事由が必要であり、しかも、約款による契約においては多くの場合このような過失が推定されるという主張も見られる（上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（日本評論社 2003 年）207 頁以下）。

行業者の情報の入手、提供及びその説明する義務を履行しなかったことをもってその損害賠償責任を命じた) などがある。③帰責事由について具体的な判断がなされた事案として、裁判例 2 (「容易に避け得たものと推認することができる」を理由として、内容の一部変更につき旅行主催者に「責めに帰すべき事由がなかったものということとはできない」とされる)、4 (「旅行業者が右の各義務を尽くしたとすればこれを回避しえたときには、右義務を懈怠した旅行業者は、主催旅行契約上の義務の履行に当たり過失があったものというべき」とされる)、5 (裁判例 4 と同様に、安全確保義務の違反=過失という構造をと採られており、義務違反がないとしてその過失を否定した)、6 (変更について、「通常予想し得ない事柄に属する」ので、これを予め備える措置は、営業政策上も取り得ないものという理由で、旅行主催者の責めに帰し得ないとされる)、9 (積極確認する義務がないものとして、その債務不履行ないし過失を認めることはできないとされる)、10 (相応の努力をしたとして、過失・重過失があったとは認められないとされる)、13 (確認・調査等を行い、その結果に応じた旅行の主催と募集を行うべき注意義務を尽くしたことの立証がなされなかったので、旅行主催者の責めに帰することのできない事由によるものを肯定せず、債務不履行責任が課された)、16 (危険に対する認識可能性を前提として、役務提供機関を選択する際に適切な選定基準に満たしていること、また、本件事故の発生は認識・予見できなかったという理由で、過失と安全配慮義務違反両方とも認められなかった) などがある。

以下では、こうした整理に基づき、現在の学説に照らして、旅行契約の際の損害賠償責任に関わる帰責事由について、簡略に検討してみる。

債務不履行責任の帰責事由について、伝統的な通説によれば、「債務不履行によって、損害賠償請求権を生ずるためには、…主観的要件と客観的要件とを必要とする」とした上で、主観的要件としては、「債務者の責に帰すべき事由」、即ち帰責事由が必要であるとされていた²³。そして、この帰責事由とは、「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」であり、信義則上債務者の故意・過失と同視される事由としては、「履行補助者の故意過失」がもっとも重要であるとされている²⁴。判例も、この枠組みを踏襲している²⁵。ここで、故意とは、「債務不履行を知って、あえて何事かをすること、または何もしないでいること」であり、過失とは、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度の注意（善良なる管理者の注意に同じ）を欠いたために、債務不履行を生ずべきことを認識しないこと」である²⁶。このような過失のとらえ方を心理状態に重きをおいているという意味で心理状態説と名づけることができるが、これが従来

²³ 我妻榮『新訂債権総則（民法講義Ⅳ）』（岩波書店 1964 年）100 頁。

²⁴ 我妻・前掲注（23）105 頁。

²⁵ 帰責事由をめぐる裁判例の状況については、長尾治助『債務不履行の帰責事由』（有斐閣 1975 年）、中田裕康「民法 415 条・416 条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ：個別の観察（2）債権編』（有斐閣 1998 年）35 頁以下等参照。

²⁶ 我妻・前掲注（23）106 頁。

の一般的な考え方であったといえようとされている²⁷。これに対して、近時は、帰責事由を債務者側の故意・過失と解する通説の立場を立ちつつ、過失を行為義務違反と構成する学説が有力になりつつあるように思われる²⁸。帰責事由とは『債務者の故意・過失または信義則上にこれと同視すべき事由』であるという通説に対し、疑問を呈する学説も近年有力である²⁹。過失に置き換えることについては、立法時におけるフランス法的な帰責性概念からドイツ法的な過失概念への変貌があったと指摘され³⁰、さらに、フランス民法に示唆を得て、一定の場合には不履行があればそれ自体に過失が包含されるという見解³¹があり、あるいは「債務不履行における過失の標準としての『注意』は、契約債務の履行過程上の具体的行為義務と一致する」³²、「故意・過失の問題を、結果の実現のために注意義務を尽くすことを債務の内容とする債務（手段債務）の本旨不履行の問題としてとらえているから、故意・過失は帰責事由の問題にはならない」³³、及びそもそも診療契約に限定するが、「医師側が診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準を基準とする危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を尽くしたことの主張・立証責任を負うということになれば、ここで改めて帰責事由（の不存在）の証明責任について考える必要はない」³⁴、「『不履行』の事実のなかに主観的要素がすでに含まれているので、この場合には債務者の『帰責事由がないこと』の抗弁が機能する余地はないからである。…手段債務論は、債務不履行のある一部については二要件分離論がなりたらず、無過失の抗弁が機能しない場合があることを明示するための概念としては意味をもつ…」³⁵という見解も見られる。しかし、こうした

27 淡路・前掲注（19）142頁。

28 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社1992年）125頁、前田達明『口述債権総論（第3版）』（成文堂1993年）134頁以下、北川善太郎『民法講要Ⅲ 債権総論（第3版）』（有斐閣2004年）113頁以下などがある。これらの学説は、債務不履行という結果発生の見込み義務を前提に、予見が可能ならば、そのような結果の発生を回避する結果回避義務（行為義務）の違反を過失と考えるわけである。その中で、諸説の区別も明らかである。特に、北川説は、予見可能性と結果回避可能性により過失を判断する前提に立ちつつ、予見可能性といっても結果回避可能性といっても、侵害事実から推論する結果からの判断になることは避けがたいとし、その判断を根拠づけるために、債務者の債務の履行過程に従って債務者がなすべき個々の行為の具体的リストを作成し、債務不履行が発生した場合このリスト中の何が欠け、何が決め手として寄与したかを明らかにすること、あるいは、債務不履行について債務の履行のために債務者がなすべき一連の具体的行為を調査し、そのいずれかの懈怠が債務不履行の発生にとり重要な決め手になっている場合、債務者の有責性を認めてよいという具体的行為義務説が採られている。

29 星野英一『民法概論Ⅲ（補訂版）』（良書普及会1985年）54頁、平井・前掲第三章注（27）46頁以下。

30 吉田邦彦「債権の各種——『帰責事由』論の再検討」星野英一編『民法講座別巻2』（有斐閣1990年）1頁以下。

31 吉田・前掲注（30）1頁以下、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」『鈴木禄弥古稀・民事法学の新展開』（有斐閣1993年）109頁。

32 潮見・前掲第三章注（7）274頁以下。

33 淡路・前掲注（19）147頁。

34 並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行と不法行為構成」根本久編『裁判実務大系 17 医療過誤訴訟法』（青林書院1990年）10頁以下。

35 加藤雅信「結果債務・手段債務——債務性格論への純化を求めて——」法教274号（2003年）106頁以下。なお、加藤雅信は、そもそも『結果債務・手段債務』という対比の仕方は、混乱を招くものであり、債務分類論としては破綻しているといわざるをえないであろう」と主張している。

流れの中で、帰責事由について主張・証明責任面での論理矛盾をきたすこととなる³⁶。即ち、債務不履行における「過失」を履行過程における具体的行為義務違反と捉えるならば、そこでの「過失」の要件事実、作為債務の「不完全履行」の要件事実と、主張・証明の対象を共通する点である³⁷。そこで、「過失客観化」を受け入れつつ、こうした論理矛盾を回避するため様々な工夫がなされてきた³⁸。今まで、①作為債務における「履行不完全」と「過失」との内容面での同一性を認めたと、主張・証明責任論の場で債権者・債務者に証明リスクの負担を適切に配分するための法理を展開するか³⁹、②あくまでも作為債務における「履行不完全」と「過失」の内容が違うという点を実体レベルで論証するか⁴⁰、それとも、③「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を過失責任の原則から切り離して捉える立場をとるか⁴¹という三つの途が見られる。

36 潮見佳男「債務不履行の構造と要件事実論」大塚直=後藤卷則=山野日章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務 2005 年）247 頁以下。

37 林良平ほか『債権総論』（青林書院 1996 年）109 頁以下。

38 潮見・前掲注（36）247 頁以下参照。

39 この方向への努めは、「履行不完全」の要件事実の主張・証明は、具体的に生じた履行障害の事態が標準的な事象経過から逸脱しているという客観的事態の主張・証明で足りるとし、他方で、「過失」の要件事実では、このような事態の発生について債務者が予見不可能または回避不可能であることについて債務者が主張・証明責任を負うというように処理することである。例えば、国井和郎教授は、「履行不完全について」、客観的事情とする立場を堅持して、「当該契約が企図した給付結果が完全に達成されていないこと、本旨弁済に齟齬する外形の事情」と解した上で、債務者は、「予見可能性と回避可能性の不存在」、即ち、無過失（帰責事由がないこと）を立証しない限り免責されないと捉えることによって、両者の重複を否定するのである（倉田卓次監修『要件事実の証明責任（債権総論）』（西神田編集室 1981 年）109 頁、136 頁以下）。

40 代表的なものとして、林良平「契約責任の構造」『谷口知平先生追悼論文集第 2 巻』（信山社 1993 年）19 頁、前田達明「医療契約について」『京都大学法学創立百周年記念論文集第 3 巻』（有斐閣 1999 年）100 頁以下などがある。これらの学説は、「給付義務の具体化」作業と「過失の注意義務の具体化」作業が異質なものであるという立場を基礎として、まず、「履行不完全の」有無は「給付義務の具体化」という観点から内容決定されるべきものであって、その際には、当該契約の内容に即して履行過程の具体的状況下において何がされるべきであったか（そして、そのようにして確定された具体的行為がおこなわれたか否か）が判断される。これに対して、「過失」の有無は、実際に生じた履行障害を前にして、債務者としてどのような合理的注意を尽くした具体的行動をとるべきであったかに即して判断されるということになる。反対、「過失責任の原理に基礎付けられた手段債務型の契約において、債務内容と切り離された注意義務の確定はありえない」という潮見説がある（潮見・前掲注（36）249 頁注（43）参照）。

41 この方向で現れる学説として、手段債務の帰責事由に「不可抗力」の意味を持たせ、この証明責任を債務者側に負担させる中野貞一郎の見解（中野貞一郎『過失の推定』（弘文堂 1978 年）88 頁以下）、「帰責事由については、むしろ『免責事由』という概念を立てて、…免責事由は、これまで説かれていた帰責事由（の不存在）とはかなり違ったものになる」とされた賀集唱の見解（賀集唱「要件事実の機能——要件事実論の一層の充実のための覚書」司法研修所論集 1993-II 号（90 号）55 頁以下）、「責めに帰すべき事由のないこと」を抗弁として、その意味は「不可抗力」を想定しているとされる平井宜雄の見解（平井・前掲第三章注（27）82 頁以下）、「免責事由としての不可抗力並びに債務者にとっての偶発的事故の主張・証明責任が問題となるのは、特段の法律の手当てがなければ、もっぱら『結果債務』の場合だということになり」（潮見・前掲第三章注（7）271 頁以下）、『手段債務』については、合理的債務者に要求される注意・努力は、伝統的債務不履行理論において『過失』とされてきたものに対応する。…債権者が本旨不履行の事実の証明に成功したときには、債務者側での免責事由の証明を問題とする余地はない」（潮見・前掲注（36）254 頁）とされる潮見の見解などがある。なお、潮見説によれば、「もっとも、政策的判断に基づき、手段債務のある種の場合について、本旨不履行〔従って、過失〕に関する法律上の推定規定を設け、『履行過程で合理的な注意・努力を尽くしたこと』に関する主張・証明責任を債務者側に転換することは否定されないし、手段債務であるとの債務の性質と矛盾するものでもない」とされ、しかも、手段債務において不履行と過失とが一体化したところで、手段債務の不履行の事実の中には「過失の評価根拠事実」は取り込まれても、『過失の評価障害事実』とされるものが落とされることになる。そうすると、手段債務でも、『義務

以下では、こうした学説の到達点に基づき、諸裁判例に現れた帰責事由を検討してみる。

上記帰責事由に関する類型①には、債務内容（義務）の存在が否定され、あるいは債務内容である義務を尽くしたと判断された以上、帰責事由について検討する必要がないことは言うまでもない。問題になるのは、②と③の場合である。その中で、学説に提示された本旨不履行と帰責事由との一体化（義務違反だけで損害賠償責任を導く、あるいは義務違反があれば本旨不履行と過失との両方とも認められる）という特徴が見られる裁判例（裁判例 4、5、6、11、13、15、17）がある一方、本旨不履行である義務違反のみならず、予見可能性・回避可能性に基礎付ける過失の認定までなされた裁判例（裁判例 2、4、6、16）も存する。その中で、説明義務違反の事例（6、15、17）においては、説明義務の存在及びその違反だけが損害賠償責任の構成要件となり、別に帰責事由に関する判断をなされない点が重要な特徴である。こういう特徴からみれば、旅行契約においては、帰責事由について、債務不履行に関する学説の流れと一致することが明らかになる。すなわち、一方、過失の客観化とともに、なされた役務（債務内容）の不完全性と役務提供者の過失との判断構造が一致しているものが見られる。他方、「過失客観化」による論理的矛盾を回避するための諸工夫における「不完全履行」と「過失」との内容を別にさせるという方法のように、過失を予見可能性・回避可能性に絞らせて損害賠償責任の有無を判断する方法も存在する。それと同時に、証明責任の分配については、諸裁判例間の別れが見られる。義務違反だけで損害賠償責任を構成する事案においては、帰責事由がないという抗弁は現れなかった一方（これらの事案においては、帰責事由の不存在を証明するよりも、むしろ主張された義務の不存在及びそれを違反しなかったことを証明することとなるであろう）、帰責事由がないという抗弁を否認したもの（裁判例 2）・認めたもの（裁判例 6）がある。しかも、責めに帰すべきではない事由の立証責任が明白に債務者に課すもの（裁判例 13）も存在している。もっとも、裁判例 13 においては、債務内容である義務違反の有無と帰責事由の有無とは一致しているので、判旨における立証責任の分配に従えば、債権者が、本旨不履行の立証さえしなくでもよいこととなる。こういう考え方をもう一步進むと、旅行契約における役務受領者にとって、結果的障害の発生だけを立証すれば足りるといえるようになる。こういう考え方は、消費者保護などの一定の政策的な目的、証明リスクの適切分配などによって、提供された役務に瑕疵がある場合のもう一つの可能な解決策となりうる⁴²。

第七、効果面から見れば、旅行契約における損害賠償責任については、以下の特徴が見られる。まず、役務提供契約の不履行責任の効果について、不履行形態に即して考えて、なす債務の「債務の本旨に不適合な履行」の場面では、不完全な結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては提供者の変更請求等が考えられ、結果の是正が不可能であれば、代金（報酬）減額請求、さらに契約目的が達成でき

違反との評価を妨げる具体的事実』が、債権者からの損害賠償請求権に対する債務者の抗弁として残されるのであろうか。過失の実体構造にも大きくかわるが、そもそも何をもって過失の評価障害事実と見るかを含め、今後の検討課題である」という留保も見られる（潮見・前掲注（36）254、265頁）。

⁴² 同様な考え方は、潮見・前掲注（36）254頁のところも見られる。

ない場合には契約解除・代金の返還、損害賠償請求、その他、代金支払拒絶や受領拒絶などが問題となる。これに対し、「不適合な履行に起因する侵害」の場面では、主に契約解除と損害賠償請求が問題となるとされる見解が見られる⁴³。具体的に、損害賠償の範囲の確定、特に給付利益以外の債権者の法益（完全性利益）に生じた損害（拡大損害）のどこまでが賠償の範囲となるかについて、同論者によれば、「基本的には、給付義務の不履行がある場合は、役務自体の不完全は通常損害であり、拡大損害についても、給付義務違反から通常生じる損害は通常損害（416条1項）として、さらに拡大損害は、契約時（なお、通説・判例は、契約時ではなく、債務不履行時と解している——筆者注）を原則的基準として予見可能性ある限り賠償される（416条2項）ものと考えられる。…保護義務違反は、これも415条の債務不履行と解すれば、416条が適用され、同様に処理されよう。なお、当事者の完全性利益の保護が契約目的とされる場合は、そこで生じた損害は給付義務違反による通常損害として解されるであろう⁴⁴と指摘される。また、旅行契約の場合の損害賠償責任について、「旅行契約が不完全履行に終わっても、旅行それ自体がレクリエーションであるため、その損害賠償はせいぜい精神的苦痛による慰謝料程度しか請求し得ない…営利行為を目的とした契約の不履行については『得べかりし利益』の損害賠償の請求ができるが、旅行契約の不履行については『得べかりし利益』の損害賠償を請求することはまず不可能といわねばなるまい⁴⁵という指摘も見られる。それ以外、提供された純役務に瑕疵がある場合の損害賠償責任を論じる文献はそれほど多いとはいえない状態にある。むしろ、損害賠償範囲の確定及び損害額の認定の困難性を指摘することにとどまる状況にある。また、体系書レベルから見ても、わずか一部の論者⁴⁶を除き、役務と物との区別を意識して損害賠償論を展開する文献はほとんど見当たらない状況にある。

前掲諸裁判例において、提供された役務に瑕疵があるとされた上で、その法的効果まで論

⁴³ 長坂・前掲第三章注(1) 67頁。なお、同論文においても、「不完全な結果の是正（完全履行請求）や代金（報酬）減額請求、契約解除などは、提供者の帰責事由を要するのか、あるいは客観的な不履行状態から認められることになるのか、また、どの程度の不完全な役務ならば解除でき（催告は必要か否か）、損害賠償請求が認められるのかなどは、これらの効果を設定すべき実定法上の根拠も含め今後検討を要する問題である」とされている。そのほか、是正（追完）できるかどうかによって債務不履行の構造を見直す見解（追完可能性論）は、加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣 2005年）108頁以下にも詳しく検討されている。また、この点に関連して、役務提供者責任の厳格化について、サービスが時間的・場所的に限定された環境の中でマンパワーにより提供されるという要素、及びサービスによっては低廉な対価で高価な対象を取り扱わなければならないという要素からは、役務提供者責任を厳格化していく限界があるという慎重論をもっている（浦川・前掲第三章注(7) 239頁）。

⁴⁴ 長坂・前掲第三章注(1) 68頁注(62) 参照。

⁴⁵ 野口恵三「判批」（第五章第一節裁判例2に関する評釈）NBL215号（1980年）48頁以下。

⁴⁶ 淡路・前掲注(19) 179頁、186頁。そこによれば、「なす債務」について、その不履行態様はいろいろであると指摘すると同時に、416条の通常損害の例示として、「そのなかで、保護義務違反あるいは安全配慮義務違反については、不法行為の場合と同様に、生命の侵害、身体や健康の侵害、財産の滅失や毀損自体を賠償されるべき損害ととらえ、その損害賠償額は金銭評価の問題と考えるべきである」という指摘がある。しかし、このところにおいても、なす債務と他の債務と区別して論じながら、役務に瑕疵がある場合の具体的な損害論については明らかにならない。そのほか、北川・前掲注(28) 158頁においても、「結果損害・拡大損害」については、「瑕疵ある物・役務（サービス）の給付により生じた損害であるが、給付利益を超えて相手方の生命・身体ないしは財産に生じた損害（結果損害）を指す」と定義しながら、役務給付利益の損害あるいは役務に瑕疵がある場合の拡大損害に関する詳細は展開されなかった。

じられた事案は裁判例 2 (旅行契約が履行したこと及び視察旅行の目的がほぼ達成したことによって旅行代金の損害は認められず、精神的な苦痛を受けたものとして慰謝料 5 万円は認められた)、4 (付随義務違反と事故との間の因果関係が認められないとして、損害賠償が認められなかった)、6 (説明義務違反を認めた上で、新婚旅行の雰囲気が解けられたなどとして、慰謝料 5 万円、宿泊費用減額分の限度で認められた)、裁判例 7 (説明を受けたこと、変更したツアーに参加したこと、変更に伴う増減料金の清算が行われることなどの諸事情により、役務受領者の焦燥感、不安感、期待感の減少などの感情は、精神的損害賠償の対象となるとまではいえないと判断した)、11 (財産的損害について、主催旅行代金における具体的な役務部分の代金の具体的な金額を認定することができないことを理由として、代金の全部あるいは特定の一部が本件変更により役務受領者が被った損害となることを認めることができないとされ、精神的損害については、期待感の裏切、同様な楽しみの実現の不可能に対する失望などという相当大きな精神的な苦痛が強いられたものを認めた上で、旅行主催の状況、約款に定められた変更補償金の 15% の最高限度などに照らして、15 万円の範囲内認めた)、13 (旅行代金損害は存在しない、休業損害は本件合意解除に伴う損害ではない。また、慰謝料についても、本件旅行契約に代えて割安の新規旅行が提供され、差額が返還され、及び合意解除前後の役務提供者の対応の相当性・誠実性などを理由として認められなかった)、15 (損害について、選択判断の機会を失わせた不利益であると評価できるから、これに対する慰謝料として損害額の算定を行うのが相当であると認めたいうえで、義務違反の内容及び程度、トラブル発生の理由及びその経緯、役務受領者の受けた不利益などの事情を考慮して 5 万円の慰謝料額を認めた)、17 (旅行代金、「南の島での楽しい旅行を目前に、空港の留置場で一夜を明し、翌日、わが国へ強制送還されたもので、精神的苦痛を被ったことは容易に推察できる」として認められた慰謝料 20 万円、「南の島での楽しい旅行を目前に、夫が空港で留置され、その身を心配しながら一夜を明かし、翌日、本件ツアーに参加しないままわが国へ帰国したもので、精神的苦痛を被ったことは容易に推察できる」としての慰謝料 20 万円、休業損害、ホテル代、タクシー代、弁護士費用等が認められた) などの 8 件である。その中で、裁判例 4、7、13 においては損害賠償責任が否定され、なお、裁判例 2、11 においては、精神的損害は認められたが、代金に関わる財産的損害は認められなかった。裁判例 2、6、11、15、17 においては、慰謝料の賠償が認められた。こうした裁判例の状況から、旅行という役務に瑕疵がある場合の法的効果について、以下のような特徴が見られる。

まず、紛争が起きて、訴訟にいたる段階においては、大体損害賠償請求を求めることが明らかになる。追完や新たな役務提供、代替役務の提供等は、訴訟に至る前の段階に当事者間になされることが通常である⁴⁷。

第二に、具体的な損害について、財産的損害より、精神的損害である慰謝料の賠償が比較的認められやすい。例えば、裁判例 2、13 においては、旅行契約を履行したこと及び視

⁴⁷ 山本豊「旅行契約——パック旅行の法律問題」法教 204 号 (1997 年) 83 頁以下参照。

察旅行の目的がほぼ達成したこと、あるいは新規旅行の代金に充当することを理由として、代金損害の存在を否定した。他方、裁判例 11 においては、不完全な役務に対応する代金損害の具体的な金額の認定困難性を理由にしてそれを否定した。その他の多くは慰謝料の賠償が認められた（裁判例 2、6、11、15、なお、裁判例 6、17 においては代金または出捐賠償が認められた）。しかし、こうした裁判例の状況から直ちに、旅行という役務提供契約において財産的損害が認められないという結論まで導くことはできない。なぜなら、多くの旅行契約に関する紛争は、訴訟ではなく、訴訟に至るまでの和解、旅行変更に伴う代金の清算などによって被った財産的損害が賠償された（例えば、裁判例 7、13）からである。しかも、裁判例 17 のように本来予定された旅行がまったく提供されなかった場合または提供されえなかった場合には、代金損害と慰謝料損害両方とも認められる。また、代金損害のほか、裁判例 17 における休業損害等のような財産的損害も認められうる。従って、代金損害の賠償を認めた裁判例が少ないとしても、無駄になった代金の清算・賠償が論理的に帰結であろう。しかも、本来の役務給付が不完全になされたから、こうした不完全な給付自体が損害として捉えるのも当たり前であろう（不完全な役務との損害に対する評価は、しばしば代金と関連していると思われる）。そうだとすると、裁判例 11 のように金額の認定困難性によってその賠償を否定したものは、賛成しがたいと考えられる。なお、損害賠償が認められなかった理由として、相当因果関係（裁判例 4）、損害の不存在（損害も新規役務の提供、代金差額の返還などによって填補された裁判例 7、13）、あるいは賠償まで程度の損害ではないこと（裁判例 7 における慰謝料賠償について）などの理由が見られる。

第三に、慰謝料の賠償について、伝統的には、債務不履行に伴う損害として精神的損害の請求が認められるのかも一個の問題となる。不法行為については民法 710 条が明文に定めているが、債務不履行に関する同法 412 条以下では規定を欠くからである。この点は、学説・判例は債務不履行につき不法行為と同様に肯定する⁴⁸。民法上慰謝料を認める場合が限定されていないし、否定すると不法行為との均衡を著しく欠くからである⁴⁹。特に、旅行契約のような役務提供契約においては、本来の損害賠償と並んで、精神的損害の賠償を認める必要性は大きいといえる。諸裁判例においても、このように肯定されている。こうした事案を具体的に考察すれば、本来的な給付利益の喪失に対する慰謝料（新婚旅行に関する裁判例 6）、本来の給付利益を超える精神的苦痛に対する慰謝料（裁判例 2）、本来の給付利益の実現不能に対する失望による精神的苦痛（裁判例 11、17）、選択機会の喪失によって受けた不利益（裁判例 15）など様々である。実際に、休暇を目的とする旅行役務にとって、

⁴⁸ 奥田昌道編『注釈民法（10）』（北川善太郎）（有斐閣 1987 年）499 頁、最一判昭和 32 年 2 月 7 日裁判集民事 25 号 383 頁。加藤・前掲注（43）128 頁以下では、債務不履行による生命身体被害の場合、債務不履行による名誉毀損の場合及び単なる故意・過失を超えた悪質な形態での債務不履行の場合には、慰謝料が認められるべきであると論じた。なお、判例においては、債権者自身の慰謝料請求ではない場合には、近親者による慰謝料請求を認めない（最判昭和 55 年 12 月 18 日民集 34 卷 7 号 888 頁）。学説でも、債務不履行により人身事故が生じた場合、債権者自身の慰謝料請求は、710 条の類推によって認められると、限定的に解されている（奥田・前掲注（28）207 頁）。

⁴⁹ 平井・前掲第三章注（27）56 頁以下。

役務提供者の債務不履行責任がある場合に、こうした本来の休暇という給付利益の実現不能自体が賠償の項目になるであろう。そうだとすると、債務不履行により惹起した精神的苦痛があるかどうかを問わず、こうした本来の給付利益の喪失にも慰謝料の賠償が成り立てるであろう。あえて区別すると、債務不履行による精神的苦痛は、伝統的な損害論における拡大損害に当たるであろう。そして、休暇の損害は、416条における通常損害に当たる。これに対し、不完全な役務に惹起した精神的苦痛は、旅行契約の不完全履行の場合に通常生じる場合には、通常損害に当たり、そのほかは、特別損害として予見可能性の枠組み内に解決すると考えてもよいであろう⁵⁰。なお、裁判例15のような説明義務違反による選択機会の喪失による不利益について、自己決定権の侵害からみれば、それにつき慰謝料の賠償も論理的な帰結になるであろう。しかし、慰謝料の賠償を認めた裁判例が見られる一方、精神的苦痛に対する慰謝料を認めなかった裁判例も存在する。例えば、裁判例7、13はそういうものである。裁判例7においては、本件における焦燥、不安などは、賠償責任を負うまでの精神的苦痛ではないとされる。裁判例13においては、役務提供者の行為の誠実さ・相当性及び代替役務の提供、差額の清算などによって、別に慰謝料を認める余地がないとされた。こうした裁判実務からみれば、代替役務などが一応提供され、かつ提供者の行為の非難可能性が低い場合には、精神的苦痛から直ちに慰謝料を認めるわけではないことも明らかになる。そこで、役務受領過程における精神的不安などのような感情利益について、賠償すべきかどうか及びどこまで慰謝料賠償の範囲に入れるかについて、まだ不明確である。しかし、裁判例7のように、精神的苦痛に対して、具体的な検討がなされず、直ちにその賠償を否定する点については、いかにしても疑問を免れないであろう。

第四に、慰謝料の賠償を考量する際に、主に以下のような諸要素が見られる。即ち、主催旅行の履行状況、目的達成の程度、義務違反の内容及びその程度、精神的苦痛の程度、新たな変更した後の役務の提供により回復される精神的損害の程度、約款に定められた補償金の限度、トラブル発生後の役務提供者の対応の適切さなどの要素である。また、全体的にみれば、旅行契約の場合の慰謝料は、身体などに対する損害および同様に役務提供契約と思われる建築請負の場合に比べて、その額が比較的に低い。さらに、旅行契約における慰謝料の賠償は、財産的損害賠償に填補されない損害に対する賠償との面もあるが、全体的には、休暇という本来の給付利益の喪失、不完全履行に惹起した精神的苦痛、及び説明義務違反の場合の自己決定権の侵害⁵¹などに定着しているように見える。

⁵⁰ 同様な考え方は、長坂・前掲第三章注(1)にも見られる。

⁵¹ 自己決定権の侵害と慰謝料との関係について、判例は、自己決定権の侵害に対する慰謝料請求を特段の事情のない限り認めないとされた(最判平成15年12月9日民集57巻11号1887頁)。これに対し、最判平成16年11月18日裁時1376号508頁においては、信義則に著しく違反して他人の財産的利益に関する自己決定権を侵害した場合、被侵害者の慰謝料請求は許容される。

第二節 教育役務に関する裁判例

一 裁判例

1. 青山学院大学院神学科学生募集停止事件

東京高判昭和 52 年 10 月 6 日判時 870 号 35 頁判タ 352 号 163 頁

【事案】

Xは、Y私立大学文学部神学科三年に編入学しその課程を終了し、Y大学文学研究科聖書神学専攻修士課程の試験を受けようとした。ところが、Yは、神学科及び修士課程の学生募集を停止し入学試験を実施していなかった。そこで、Xは、Yに対して、編入学の際XとYとの間になされた約定に基づく入学試験施行義務の確認を請求し、二次的に、不法行為による慰籍料 100 万円及び遅延損害金を請求した。原審は棄却した。そこで、Xは、信頼利益を害して精神上的苦痛を被らせたから慰謝料請求を追加して控訴した。

【判旨】控訴棄却、控訴審における新請求一部認容。

「(前略) Yが神学科入学者に対して入学試験合格を条件として修士課程に進学させ、これに同課程の教育を提供すべき債務を負担し、相手方がこれに対応する請求権を取得するという債権債務関係を確定的に発生せしめるような、修士課程進学に関する一種の予約ないしはこれに準ずべき具体的、特定のな約定がすでにそこに成立したものと解することは困難であり、また、相当でもないといわなければならない」。

「契約の一方当事者が契約内容をなす給付以外に一定の実質的重要性を有する利益を確実に供与すべき旨をもって契約締結を勧奨し、相手方がこれを信じ、これを重要な動機として右契約の締結に応じた場合には、右勧奨者は通常応諾者においてかかる信頼のもとに契約を締結するものであることを予想し、または予想しうべきものであるから、かかる信頼に基づいて契約を締結した相手方に対し、信義則上右利益供与の義務を負担するものというべく、正当な理由なくしてこれに違背し、右利益供与を拒否し、その結果相手方が契約締結につき当初有していた目的を十分に達することができず、相手方が右契約に関してすでにした負担行為がその本来有すべきしははずの意義をかなりの程度において実質的に喪失するにいたり、社会観念上看過することのできない実質的損害をこうむったものと認められる場合には、これが賠償をなすべき義務を負うものと解するのが相当である。そこで、(中略) …、Yの本件学生募集停止は、Xに対する関係で正当な理由のない言明違背に該当するといわざるをえない。(中略) …Xがこれによってこうむった損害は、社会観念上看過することのできない程度のものであると認めるのが相当である。(中略) …Xがこうむった上記損害は無形的なものであり、これが賠償の方法としては、これによってXがこうむった精神上的苦痛に対する慰籍料の支払によることが相当であると考えられるところ、当裁判所は、上に述べた諸般の事情をしんじやくし、右慰籍料の額は金 30 万円をもって相当と認める」。

2. 成績不良により原級留置を受けたことにつき教師らに責任がないとされた事例

【事案】

公立商業高校の生徒Xは、成績不良を理由として原級留置の措置を受けたことにつき、担任教師や校長において、Xの成績不振の原因を把握して進級基準に達する程度まで教育指導させるべきであるのにこれを怠った等を理由に、X及びその母はYらに対し、在学契約の債務不履行、担任教師らの不法行為を理由に損害賠償を求めた。これに対し、Yらは、公立高等学校における生徒の在学関係は、私法上の契約関係ではないなどと反論した。

【判旨】請求棄却。

「地方公共団体の設置する営造物たる高等学校の利用関係については、その関係の性質上、私法の原則とは異なる特別の規律を必要とする場合、すなわちその性質が私法に類例がなく、したがって当然私法を適用すべからざる場合の外は、すべて私人の設置する学校におけると同じく私法を適用するのが相当と解せられる。(中略)…利用関係の内容すなわち当事者の権利義務は、第一次的には法令によって、第二次的にはその営造物の利用の内容を定める営造物規則によって定まるものであり、利用者の権利としては、ただ設置主体の定めるところにしたがってこれを利用することに止まるのではあるが、設置主体としては、利用者の右権利から生ずる利益すなわち右権利の行使に拘束せられ、これに違背するときは、債務不履行の責を負うものというべきである。他方、高等学校における教育については、その目的達成のために高度の専門性と自律性を要するものがあるから、右債務の履行の有無の判断に当たっては、設置主体側に広い裁量権が存することも認めなければならない」。

「(前略)学校教育法(昭和四九年法律七〇号による改正前のもの。)(中略)…によれば、各教師は、担当の教育活動につき、生徒に対して教育を行う権能(「教育権」)を有し、各科目担当の教師は、右教育権に基づき、生徒に対する当該科目の成績を評定ないし評価する権能(「成績評定権」)を有するものというべきであるが、成績評定は、生徒に対する具体的かつ専門的な教育評価にかかわるものであるから、成績評定の具体的な基準の設定、判断などは、教師の教育的裁量に委ねられていると解するのが相当である。

もっとも、成績評定の具体的な基準の設定、判断などが教育的裁量に委ねられるのは、究極的には、生徒の学習権を保障するためであるから、成績評定の具体的な基準の設定、判断などにあたっては、生徒の学習権を不当に侵害しないように、客観的に公正かつ平等になされるべく配慮しなければならないものであり、殊に成績評定が具体的事実に基づかないか、成績評定に影響を及ぼすべき前提事実を誤認がある場合、成績評定の基準を無視し、恣意的に成績評定をした場合、又は著しく合理性を欠く基準により成績評定をした場合には、その成績評定は、不公正又は不平等な評定というべきであり、これは、教師の成績評定権の教育的裁量の範囲を逸脱するものとしてその義務の履行を怠るものであると同時に、右の成績評定を受けた生徒の学習権を違法に侵害するものというべきである。(中略)…YらがそれぞれXに対する成績評定の基準及びその判断が教育的裁量の範囲を逸脱したものである」といふことはできない」。

「各科目担当の教師は、(中略) …右教育指導の具体的な内容、方法などは、各科目担当教師の広汎な教育的裁量に委ねられていると解するのが相当である。

もっとも、その内容、方法が著しく教育的配慮を欠く場合、殊に科目担当教師が成績不振の生徒に対し、これを全く無視して何ら教育指導をしなかったようなときには、教育的裁量の範囲を逸脱するものとしてその義務の履行を怠るものであると同時に、右生徒の学習権を違法に侵害するものというべきである。そこで、(中略) …、YらがXに対して個別のかつ具体的に教育指導しているのであって、何ら教育指導をしなかったわけではなく、また、本件教務規程で定める進級基準に達する程度まで教育指導するのが、教育における一つの目標であるとしても、これについては、教師側の努力のみで達成しうるものではなく、教育を受ける生徒の努力も必要であるところ、(中略) …、Xには、この面で少なからず安易なところがあったことも否定しえないことに鑑みると、YらのXに対する教育指導が著しく教育的配慮を欠いたものということとはできない」。

3. 留学あっ旋業者と代表者の損害賠償責任が認められた事例

東京地判昭和 57 年 3 月 30 日判タ 475 号 83 頁

【事案】

Y1 は、海外留学及び教育研修の主催などを目的とする Y 会社の代表取締役であった。X は、たまたま Y の新聞広告を見つけてパンフレットを取り寄せ、留学申し込みをした。その後、米国に留学に出発したが、語学研修という留学目的は全く果たすことができなかった。そこで、X は Y 会社及び Y1 に対して、損害賠償を求めた。

【判旨】請求認容。

「Y 会社は、X が応募し参加費を支払った当時、大々的に留学生を募集勧誘するだけの寮がなかったことはもとよりのこと、ホームステイの体制も全くできていなかったことが窺われるのであり、それにもかかわらず、Y1 は、(中略) …、Y 会社の主催する米国留学においては寮が完備し、ホームステイの体制も整っていて、安心して楽しい充実した留学生活を送ることができるかのように極めて魅力的な虚偽の事実を宣伝し、語学研修の内容についても誇大に宣伝して原告等を欺罔し、その旨誤信させたうえ、留学の申込みをさせて参加費用名目で Y 会社に金員を振込み送金させ、これを騙取したものということができるのであって、右欺罔行為は、留学を決する場合に多くの者が重視する事項についてなされているのであるから、社会通念上到底許容できる範囲のものではなく、その結果 X は米国に渡航したものの留学の目的を全く果せないまま早期自費で帰国せざるを得なかったのであるから、Y1 は、右不法行為により、少なくとも、X が Y 会社に支払った参加費用 98 万 5000 円と同額の損害を X に与えたものということができる。

以上の次第で、Y1 は民法 709 条により X の被った前掲損害を賠償する義務があるというべきであり、(中略) …、民法 44 条により、Y 会社も又 X の被った前掲損害を賠償する義務を負うものというべきである」。

4. 予備校入学際の虚偽宣伝つき受講生の慰謝料請求が認められた事例

【事案】

Y1 会社は昭和 63 年 4 月に大学受験予備校を開設し、Y2 はその代表者である。同予備校は平成元年の受講生の募集に際し、全講師が専任講師であり、有名予備校と提携していること、及び、昭和 63 年度の大学合格実績は私立大学だけで 26 名である旨の宣伝を行った。X1～X3 はこの入学勧誘に応じて同予備校に入学し、その親の X4～X6 は受講料等として各 80 万円を支払った。ところが、同予備校の宣伝は虚偽であった。その後、X1～X3 は入学後二、三か月で退学した。そこで、Y1 及び Y2 に対して、不法行為に基づく損害賠償として X4～X6 は納入受講料等の返還、X1～X3 は慰謝料それぞれ 40 万円の支払を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「大学入学試験合格実績、有名予備校との提携及び講師陣の構成の三点は、受験生らが入学する予備校を選択する際の重要な基準であり、それ故に Y1 も右三点を強調して宣伝し、その従業員もその旨 Xらに説明している。また、右説明を信じた Xらは、右三点を重視して本件予備校への入学を申込み、入学金等を支払った（後略）…」。

「Y2 は、その職責上からも前掲三点についての宣伝及び入学志望者に対する本件予備校の従業員の説明が虚偽であることについて、故意又は過失があると推認されるので、Y2 は民法 709 条により Xらの損害を賠償する責任がある」。「Y1 は商法 261 条 3 項、78 条 2 項、民法 44 条 1 項又は民法 715 条 1 項により Xらの損害を賠償する責任がある」。

「X4～X6 の損害は、それぞれ同 Xらが Y1 に支払った 80 万円及び弁護士費用分 8 万円の合計各 88 万円、X1～X3 の損害は、それぞれ慰謝料 30 万円及び弁護士費用分 3 万円の合計各 33 万円が相当である」。「X1～X3 は、信頼できない本件予備校に入学してしまったことに不安と焦りを覚えながら、入学金等の支払いにつき親に多大の負担をかけたためこれを無にすることも躊躇され、悩みながら通学していたが、結局、悩みながら通学を続けるよりは退学する方が受験の準備をするには適切であると決断したものであり、Yらの行為により相殺すべき利益を得たとは認められない（後略）…」。

5. 予備校の教育につき債務不履行責任が認められた事例

大阪地判平成5年2月4日判時1481号149頁

【事案】

Xらは、Yが経営するA予備校に入学した。ところが、入学してみると、A予備校の実態は、入学案内やYの説明とは相違し、志望大学の入試に対応しうる水準に達しておらず、そのため、XらはYに対して、①債務不履行または②詐欺による不法行為を理由に損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容・一部棄却。

指導方法、授業内容、講師、欺罔的な合格実績、設備、出席者の減少、紛争の継続等の個々の事実認定により、「A予備校は、学力レベルに関してはほぼ無条件に生徒を入学させようえ、志望に応じたクラス分け・コース分けはせず、個人指導はほとんどされず、時間割や講

師配置は不安定であり、また、Yが多くの授業を受け持ち、内容的にもX受験生らにさえ多くの欠陥を指摘され、その不信・不安を招くような低い水準の場当たりの授業を行っていたものであり、また、設備的にも不十分なものであり、その結果、X受験生らは、次々とA予備校をやめていったものであり、(中略)…A予備校は、YのXらに対する事前の表示・説明と相違し、実態としては、指導方法、講師、授業内容、設備等において、大学受験生を募集し学費を徴収して大学受験指導を行う予備校としては内容が著しく低水準であり、大阪大学等の国立大学どころか、一般の大学の入試に対応し得る水準にも達していなかったものといわざるを得ず、Yは、Xらに対し、予備校入学契約に基づく債務不履行責任を負うものである」とした上で、以下の賠償を命じた。①まず、A予備校に入学せず、学費の支払もしなかったであろうと認められるとして、支払学費相当額の損害を被ったものと認める。②次に、Xらは受験勉強のための貴重な時間の浪費を余儀なくされ、また、他の予備校に入学して勉強する機会を失ったため、多大な精神的苦痛を受けたことが認められるとして、各自30万円の慰謝料を相当とした。③弁護士費用についても、債務不履行と相当因果関係にある損害として認容額の一割に相当する金額の賠償を認めた。

6. 犬の美容学校の指導等が債務の本旨に従うものとされた事例

神戸地判平成5年3月29日判時1498号106頁判タ841号173頁

【事案】

Xらは、Yらが経営するトリミングスクール(JTS、犬の美容学校)に入学したが、同校の行った指導等が不十分であるため同校入学契約に基づく債務の本旨にそった履行がなされなかったと主張して、Yらに対して損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「本件契約は、犬のトリミング技術などの習得のための教育・指導の役務という事務を目的とした準委任契約と解することができる。(中略)…、基本的には、同一クラスの生徒に対して同一内容の指導を集団的に行うことを予定していることが明らかであるから、本件契約は、個別的教育契約ではなく学校教育契約と解するのが相当である。

それゆえ、JTSにおける教育は、一定の体系・編成に従い定型的に行われることになり、教師らが、JTSの学則その他の諸規則の定めるところの教育過程に従って、生徒に対し、教育指導の役務を提供し、それに必要な範囲で教育施設を利用に供する義務を負うことになる。なお、このように、本件契約は学校教育契約というべき附合契約であるから、そこにおける教育内容を規定する根拠となる学則その他の規則は、予め入学案内などによって入学希望者に周知させていたものに限られるわけではなく、また、入学の説明において、入学希望者毎に異なった説明をしたとしても、その説明どおりの契約が成立するわけではない。

(前略)本件契約の本質は、仕事の完成という結果を目的とする請負契約ではなく、役務そのものの提供を目的とする準委任契約であるから、(中略)…結果を実現する義務まで負担するものではなく、また、現実的にも、それらを習得できるかどうかは、生徒の適正

や努力など教師の指導以外の要素が重要であるから、YらがXらにそれらを習得させる義務までを負担すると解することが相当でない。したがって、本件契約によってYらが負担する義務は、(前略) Xらにプロトリマーに必要な美容技術、理論などを習得させる義務ではなく、JTSの学則その他の規則によって定まるトリマー養成に必要なカリキュラムに従ってXらを指導する義務であると解すべきである」。

「(前略) その学校がどのような教師によって、どのような指導課程に基づいて指導するか、また、担当した教師がその指導課程をどのようなやり方で消化するかは、それぞれ学校、教師の裁量に委ねられていると解するのが相当である。したがって、トリマーの養成機関として必要不可欠な指導をしなかったり、標準的な他の養成機関と比べてその指導内容が著しく劣っているなど、JTSがその委ねられた裁量の範囲を逸脱している場合には、その指導は債務の本旨に従ったものということとはできず、債務不履行になるというべきである」とした上で、JTSの設備の状況、指導者の状況、生徒が扱う犬の種類及び頭数、指導内容等の諸事実に基づいて、Yらは、「Yらがトリマーをするに当たって必要不可欠と判断したプードルを中心とした基礎的な技術、知識などについての指導課程を作成しており、その内容も特段不合理なものということとはできず、教師が右指導課程に従ってXらを指導し、その予定された項目のほとんどを消化したと認め又は推認することができる」とされた。

「指導課程の内容(中略) …、この業界においては二年間の養成で見習いとして働くことができる程度のものが多いことからすると、(前略) JTSがたてた指導課程が、右裁量の範囲を逸脱しているということとはできない。また、指導内容と授業料とはある程度の関連が認められるところ、XらがJTS神戸校在籍当時神戸にあった他のトリミングスクールにおいては、その配付したテキストや指導内容がJTS神戸校よりも程度が高いものであったと認められるが、他方で、授業料はJTSより少し高いばかりか、それにもかかわらず倒産に至ったというのであるから、それと比較して、JTSの指導課程の決定に裁量の範囲の逸脱があるということとはできない。さらに、JTS神戸校は、昭和59年から開校しており、Xらが本件訴訟を提起する以前には、募集広告を雑誌に掲載することが認められていたことから窺えるように、特段の問題もなく指導を続けてきたのであることからしても、JTSの高等本科及び専門科の指導課程が不当であり、裁量の範囲の逸脱があったということとはできない」。

7. 特別推薦入学制度の打ち切りにつき高校経営側の責任が認められた事例

京都地判平成5年5月31日判タ822号154頁

【事案】

XらはY経営の高校の高校生であった。高校の元教諭が成績評価に水増しし、内申書にもその旨改ざんして特別推薦生徒を受けているR大学に提出した。これが発覚して同大学から特別推薦制度が打ち切れ、Xらはこれを利用することができなくなった。そこで、Xらは、在学契約の不履行ないし不法行為による損害賠償責任を求めた。

【判旨】一部認容。

「学校、とくに私立学校の在学関係ないし学校利用関係は、(中略) …、これが特別権力関係であるとしても、契約的側面を完全に否定できない」。

「一般に私立学校の入学は附合契約たる性質を帯びる。そうであるから、Yは生徒に対して、右学校案内ないし学校要覧で約束した特別推薦制度を保持してその利用可能な状態におく信義則上の義務があるというべきである。(中略) …これが存続し利用できるものと信頼したX生徒らはその信頼を保護されるべき法的利益があるというべきである」。

「(前略) Xらは本件特別推薦制度の利用という実質的には重要性を有する利益の確保を信頼していたものであり、その喪失によりXらは相当の精神的苦痛を受けたものであると認められる。そして、右信頼は信義則上、法的に保護に値すべきものであって、Yは学校利用契約の付随的義務の不履行による信頼利益喪失につき損害賠償責任を負う。(中略) …、Xらの受けた精神的損害の慰藉料は、各金50万円をもって相当とする」。

8. 在学契約の債務不履行に基づく損害賠償請求が棄却された事例

高知地判平成6年11月28日判時1541号121頁

【事案】

中高一貫を標榜する中学校・高校が同中学校を卒業した生徒であるX1の高校進学を認めなかったことから、X1及びその両親X2、X3はY学校法人に対し、同高校の生徒たる地位の確認を求めるとともに、在学契約の債務不履行に基づく損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「中高一貫教育を標榜している学校においても、それは主として教育内容に関するものであって、中学校、高等学校は、学校教育法上別個のものであるから、一貫教育体制を取ることから直ちに一貫教育期間全体についての在学契約が締結されると考えることはできず、Y高校についても在学契約が締結されたといえるためには、在学契約時において、その旨明示するか、あるいはY高校についても併せて契約を締結したと評価すべき特段の事情があることが必要である」。

「本件では、Y高校を含む明示の在学契約が行われたことを窺わせる証拠はないから、右特段の事情の有無について考察すると、(中略) …、本件においては、Y中学の募集要項や学則等において、Y高校進学に際して進学判定をすることを明記していること、入学金も高校進学時に新たに徴収するものとされていること、進学を認められない生徒も毎年数名程度存在していること、その他本件の諸事情を総合的に考慮すると、XのY中学入学時の在学契約において、Y高校についても併せて契約を締結したと評価すべき特段の事情があったものとは認められない」。

9. 指導内容が契約と異なったとして授業料返還及び慰謝料が認められた事例

静岡地裁富士支判平成8年6月11日判時1597号108頁判タ929号221頁

【事案】

進学塾Aの生徒及びその父のXらは、進学塾の経営者Yに対し、学塾の指導内容が、当初

の説明内容と全く異なる低レベルのものであったとして、父Xらは債務不履行に基づく損害賠償を求め、生徒Xらは不法行為に基づく慰謝料の支払を求めた。

【判旨】請求認容。

「右契約内容は曖昧かつ抽象的であり、本件契約に基づきYがXらに対して負う法的義務を特定するには十分ではない。しかしながら、本件契約に基づく一時間あたりの受講料が、本件契約当時の富士市内の一般的な進学塾（中略）…の受講料の三倍を越える極めて高額の見学料であって、前掲各契約内容と右受講料の水準とを併せ考慮すると、Xらは、Yに対し、多数の生徒を一クラスとして指導する通常の進学塾においては期待できない、生徒個人個人の能力や個性に応じたきめ細かい指導を求めていること及びYも右のような指導をすることを約して本件契約を締結したことが明らかである」。

「Yは、本件当時Aにおける講師がY一人であったのに、Aにおける受講者数を生徒個人個人の個性や能力に応じたきめ細かい指導が可能な人数に限定していなかった。（中略）…X生徒らは、Aに行っても学校から出された宿題をするだけで終わることも多い状態であって、ノートの取り方や学習の仕方・ポイント等の指導を受けていなかった。（中略）…Yは、X生徒らから質問を受けても、X生徒の疑問点を的確に把握することも、その能力に応じた指導をすることもなかった。（中略）…Yは、授業時間中、自らの机で、趣味の車関係の書籍を読んでいることが多く、また、居眠りをすることもあった。さらに、Yは、授業時間中に長電話をかけたり、車関係の人と話をしたり、外出して三、四〇分も戻って来ないことがあった。（中略）…教育においては、教育を施す教師側とこれを受ける生徒側双方の協力や努力が必要であり、生徒が教師の指導に不満を持ったたり、又は、教育の成果が上がらない等の事情があったとしても、そのことから直ちに教師側の指導に問題があると断定することはできない。しかしながら、（中略）…、X生徒らの学習意欲や能力に格別の問題があったとはいえないのであり、X生徒らがAの指導に不満を持ち、又、教育の成果も芳しくなかったことが、もっぱらX生徒ら教育を受ける側に起因する問題であるということができないことは明らかである」。

「Yの指導内容によれば、YはX生徒らに対し（中略）…本件契約に基づく義務を履行していないというほかない。Yは、本件契約の当事者であるX親らに対し、右債務不履行による損害を賠償する義務がある。（中略）…Xらは本件契約による利益を何ら享受していないことになるというべきであって（本件契約においてYに求められる指導水準に照らすと、入塾当初に個人的な指導を数回程度したとしても、無意味である。）、（前略）X親らがYに支払った受講料等は、X生徒らがAに通った回数やX生徒らがYから市販の参考書を交付された事実の有無等にかかわらず、すべて右債務不履行に基づく損害というべきであり、Yは、同金額を、X親らに対し、債務不履行に基づく損害賠償として支払うべき義務がある」。

「生徒Xらは、（中略）…きめの細かい指導をしてくれるものと信じて週一回約三時間を費やしてAに通っていたところ、現実には、前掲のようなYの指導態度により、学習効果

が上がらないことはもとより高校受験を控えた貴重な時間を空費し、かつ、学習意欲にも悪影響を生じていたものである。Yが本件契約に反して右のような指導態度に終始したことは、生徒Xらに対する不法行為を構成し、（中略）…被った精神的損害を賠償すべき義務がある。右賠償金額としては、生徒Xらにつき各20万円とするのが相当である」。

そして、「本件訴訟の内容、経緯及び認容額等諸般の事情を考慮すると」、弁護士費用については、本件認容額の一割に相当する額不法行為と因果関係のある損害とされる。

10. 無資格講師による授業つき不法行為による損害賠償が認められた事例

秋田地判平成9年12月19日判時1656号134頁

【事案】

Xら17名は甲高校の卒業生であるが、Xらが在学中、教員免許資格を有しない乙がXらに対する授業を実施した。そこで、XらはY法人、A（当時の副校長・校長）、B（当時の事務長）に対し、人格権侵害を理由として不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「確かに、教育職員免許法は、学校教育に当たる教員について一定の資格を求めることにより、一定水準の教育の確保を図ろうとしたものであるが、そのこと故に直ちに生徒に免許を有する教師による授業を受ける利益は反射的利益に過ぎないと解するのは相当ではなく、我が国において学校教育は重要であり、免許を有する教師による授業が行われるのは当然であるという認識が一般的であることや、XらはY学校法人に授業料を支払って、授業を受けていることからすれば、Xらが適法な資格を有する教師から授業を受けることは、単なる反射的利益にとどまるものではなく、保護されるべき法的利益となっているというべきである」。

「Xらに適法な教師から教育を受けるべき利益が侵害された結果、非財産的損害が発生していることが認められる。（中略）…、Xらが受講した時間は受講すべき時間数よりもかなり少ないものであったことや、Xらがその後いずれも必要な単位を取得し、卒業、就職、進学している事実等を考え併せると、その額はX一人当たり5万円が相当であると認められ、本件における弁護士費用はX一人当たり5000円とするのが相当である」。

11. 説明義務違反、誠実訓練義務違反が認められた事例

大阪高判平成10年6月12日判時1668号74頁判タ998号196頁

【事案】

Xは、日本人向けにカナダにおいて航空免許のための教習を実施していたY社を訪れた。XはYの社員から説明を受け、Yとの間で入学契約を締結した。Xは、Yが提携するカナダの訓練校でヘリコプターの操縦訓練を受け始めたが思うように訓練が進まず、所定の飛行時間60時間を超過してしまった。Xは訓練校から追加教習費の支払を求められたが、支払う余裕がなかったため免許取得を断念して帰国した。そこで、Xは、Yの説明義務違反、誠実訓練義務違反により教習費等700万円の損害を被ったとして、Y社及びその経営者個人に対し損害賠償を求めた。原審がXの請求を棄却したため、Xは控訴した。

【判旨】一部変更、一部控訴棄却。

「Y社社員Aは、Xに対し、本件契約について説明をする際に、追加費用が不要、完全パック料金等の記載があり、右記載部分にマーカーで線を引いて際立たせるようにしたパンフレットを交付し、かつ、Xは（中略）…、多額の追加費用を必要とする場合はその支払ができないために本件免許の取得を途中で断せざるを得なくなるという事態が生じることにもXの説明等から十分に予想できたにもかかわらず、追加費用の支払が必要な場合もあることを説明せず、そのためにXに追加費用が不要であると誤解させたものであり、Xにも落ち度はあるものの、説明義務があったといわざるを得ない」。

「Y会社は、（中略）…、Xに対し、本件免許の取得に必要な教習を自らないしはカナダの提携校を通じて適切かつ誠実に行うべき義務を負担しており、教習期間や費用が不必要に長期化、多額化するような内容や方法による教習を行った場合には右義務に違反するものと解される。しかるに、（中略）…、このことはチヌーク校からB（Y会社の地域代表者）への手紙及びXのB及びY1（Y社の代表取締役）に対する相談によりY会社も知り得たはずであるのに、Y会社が飛行訓練時間や費用が不必要に長期化、多額化するような内容や方法による教習をしないような対策をチヌーク校に対して講じたことを認めることができない。そして、チヌーク校は、Xが、本件教習を中断した当時、まだ70ないし80時間程度の飛行訓練時間が必要であると考えていたというのであるから、多くの免許を取得しており、能力的に異常に劣っているとも考えられないXについて、通常の場合の全飛行訓練時間である60時間をはるかに超える追加飛行訓練時間が必要であるとするチヌーク校の教習方法には、特段の事情のない限り問題があるというべきであり、右特段の事情があると認められないから、Y会社にはXの教習を適切かつ誠実に行うべき義務に違反したといわざるを得ない。（中略）…従って、Y会社は、Xに対する勧誘等に際し、説明義務違反があり、また適切かつ誠実に教習を行うべき義務に違反したというべきであるから、右債務不履行または不法行為によってXが被った損害について賠償責任を免れない」。

「教習期間が長期化等したため、本件免許の取得の断念を余儀なくされ、右教習費等が無駄になったこと（後略）、右教習費等の合計相当額644万2206円は、Xが被った損害というべきである」。「Y会社は過失相殺を主張しないが、公平の原理により職権により斟酌すべきところ、（中略）…、Xの飛行訓練時間の超過及びこれによる本件免許取得の断念には、Xの英会話能力やその他の一般能力の不足及び無許可での滑走路横断飛行が関係しているものと認められ、この点に本件に顕れた諸般の事情を考慮すると、右損害額の四割を減じた額は386万5323円となる。（中略）…本件事案の内容、訴訟の経過、認容額その他の諸般の事情を考慮すると、本件と相当因果関係のある弁護士費用は35万円とみるのが相当となる」。

12. 音楽塾の損害賠償責任が認められた事例

神戸地判平成14年3月19日判例集未搭載TKC

【事案】

Yは、平成7年秋ころ、音楽塾「A」を始めた。他方、Xは、会社に勤務していたが、子供のころソナチネやチェルニー30番程度が弾けるまでピアノを習ったことがあり、音楽講師になりたいと思って貯金していた。平成10年ころ、Xは「A」インストラクター科に入会することとした。1年8か月にわたりYのレッスンを受けた。Xは、Yに対し、合計632万1000円を支払った。その後、Xは、Yに対して、債務不履行、錯誤、詐欺及び不法行為に基づき、慰謝料請求を含めて損害賠償あるいは不当利得の返還を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「YがXのレッスン以前に音楽講師を育てあげたことはないこと、Xは音楽の基礎能力不足のため、短期間に音楽講師となることが不可能な状態であったこと、YがXの指導のために特別のカリキュラムを組んだり、カリキュラム代納入以後のレッスンが従前と異なる高度のものとなったり、特別の支出が必要であったようなことは全くなかったことが認められる。(中略)…YがXに対し、音大プラスαの授業を行うとか特別のカリキュラムを組むなどと説明してカリキュラム代等を納めさせたことは不法行為にあたるとうことができ、(中略)…損害賠償としてカリキュラム代として納入させた525万円を支払う義務がある」。

「(前略)Yに全面的に債務不履行があったとか、Xに要素の錯誤があったとか、Yの行為が詐欺となるとまで断定することは困難である。しかしながら、前掲認定のY自身の経験や技量及び実際のレッスン内容からすると、Xの音楽の習熟度を考慮に入れたとしても、Xが納入した月謝や維持費に比して、レッスン内容は不十分、不完全なものと言わざるを得ない。したがって、Xが納入した月謝や維持費については、その2割を減ずるのが相当である。したがって、YはXに対し、20万4200円を不当利得として返還すべきである」。

「Xは、音楽講師になる夢をもって勤務先を退職して『A』に入会し、貯金を使い果たし、実母から借金してまでもYに支払って努力をしてレッスンを続けたが、結局、音楽講師となることはできなかったことが認められ、その失意は大きく、Yの行為により精神的苦痛を受けているものと認められ、慰謝料として100万円を認めるのが相当である」。

13. 野球専門学校の債務不履行責任が認められた事例

大阪地判平成15年5月9日判時1828号68頁判タ1139号134頁

【事案】

Y1会社が経営する野球専門学校Aに入学した元学生及びその父母Xらは、Aの授業内容及び施設設備などが、入学時に説明された内容と実際の学科授業内容、実技指導、施設・道具及び寮の内容がかけ離れており、Xらの改善要求に対して、Y1会社は一切応じないとして、①Y1会社に対し、債務不履行または民法709条、719条1項の不法行為、②Y1の理事長Y2に対し民法709条、719条1項の不法行為、③Y1の最高顧問Y3に対し民法709条、719条1項の不法行為、④Y1の講師兼学園長Y4に対して民法709条、719条1項の不法行為による損害賠償及び慰謝料を求めた(Y3、Y4については略する(責任否定))。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「多種多様な学生の能力・意欲に応じて柔軟に教育方針を決定しなければならないという

学校教育の性質上、その債務の内容を個別具体的なものとして特定することは困難であるものの、既に認定したY1の学校案内の記載内容からすれば、(中略)…、このような学校案内の記載内容に加えて、学生らが、年間100万円以上の高額な学費等を負担することも併せて考慮すれば、Y1が、学生Xらに対し、(中略)…こと」を内容とする債務を負うとされた。そして、「Y1は、学科授業、実技指導、施設・道具、学生寮の点において、学生Xらに対して負うべき債務を、その本旨に従って履行していたものとは到底いえず、学生Xらに対する債務不履行責任を免れないというべきである。(中略)…もっとも、X父母らは、(中略)…入学金や授業料等を出捐しているにすぎないから、入学契約ないし在学契約の当事者の立場にあるとはいえず、不法行為責任は格別、債務不履行責任を迫及しうる立場にはないものと解すべきである」。

「学校案内において、プロ野球界等に選手を送り出すことを目的として、著名な講師陣による充実した実技指導を行うとともに、英語及びスペイン語をはじめとした豊富かつ魅力的な授業を行うことなどを声高に標榜して入学希望者を募集していながら、(中略)…、上記学校案内の記載内容とは、およそかけ離れた形態において学校運営を行い、しかも、X父母らが、再三、運営を改善するよう申し入れたにもかかわらず、これに対して特段の措置を講じず、その結果、学校案内に記載された内容どおりの教育を受け、充実した学園生活を送ることができる(または、自らの子にそのような学園生活を送らせることができる)とのXらの期待を裏切ったものといえ、このような学校運営の実態及びその違法性に着目すれば、Y1は、単に、学生Xらに対して債務不履行責任を負うにすぎないものでなく、Xらに対して不法行為責任をも負うものと解すべきである」。

その上で、代表者であるY2についても、Y1の運営事項については、細部に至るまですべてY2が決定していたものと認定し、Y2個人の共同不法行為者としての責任を認めた。

上記の上で、XらがAに対して入学金、授業料として受領した額の全額、Xらの精神的損害としての慰謝料並びに弁護士費用等を損害として認定した。しかも、X父母らの慰謝料請求については、学生Xらの慰謝料請求が認められ、これによって、同時に、X父母らの精神的損害も慰謝されたものとみるのが相当であるから、(中略)…とした。また、X父母らの弁護士費用請求について、何ら損害賠償請求権を有しない以上、弁護士費用を請求することは認められないと認定した。

14. 声優養成学校の入学契約上の債務不履行が認められた事例

東京地判平成15年11月5日判時1847号34頁

【事案】

Xら12名は、各費用を支払って、Yが経営する声優等の養成学校の全日制二年の声優タレント学科に入学したが、半年後、Xらは退学した。そこで、Xらは、全日制の授業が行われていないこと、カリキュラムが入学案内書どおりに実施されていないこと、担当講師の授業が最低水準以下であること、などを主張し、入学契約上の債務不履行に基づき支払済の各費用相当額の損害、慰謝料の損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「学校が入学した生徒に対して履行すべき教育指導の内容は、基本的には学校側が定める学則やカリキュラムなどによって定まる。ただし、学校側が入学希望者に対し、入学案内書や募集要項、募集広告などによってあらかじめ表示をしていた事項で、具体的内容をもつものについては、入学希望者はそのような事項が提供されるものと理解して入学契約を申し込むのが通常であるから、その事項も学校が履行すべき債務になるということができる。(中略) …したがって、Yは、入学案内書と募集要項とによって、入学希望者に対し、あらかじめ、(中略) …の授業を行うことを表示していたものであり、入学契約をしたXらに対しては、その内容の債務を負担したというべきである。ところが、Yは、Xらに対し、(中略) …、午前の授業が一年目は一部しか提供されず、二年目はまったく提供されないというのであるから、これはYの債務不履行である」。

「(前略) Yは、この募集広告によって、声優タレント科への入学希望者に対し、あらかじめ、五人の有名声優が月曜日から金曜日までのそれぞれ付記された曜日に授業を行うことを表示していたものであり、声優タレント本科へ入学したXらに対しては、その内容の債務を負担したというべきである。(中略) …そうすると、Xらに対しては、二年間で、五人の有名声優のうち二人ないし三人による授業が、週1回から1.5回しか提供されないというのであるから、これはYの債務不履行である」。

「授業の内容や指導方法については講師に広い裁量があるというべきであり、両講師のこのような指導方法が不合理なものとはいえず、裁量を逸脱しているとはいえない」、しかも、「両講師とも俳優や演出家として相当の実績や能力を持ち、(中略) …(今回)までは生徒から授業内容について抗議を受けたりすることはなかったものであり、(中略) …、その授業が演技指導の授業として最低水準を下回るものであったということとはできない」。

担当機能の欠如について、「生徒は相応の自立心や判断力を備えていると考えられ、担任の講師が生徒に対して果たすべき後見的な役割は、おのずから限られたものになる。掲示でも告知される情報を生徒に伝達することや、積極的に生徒の不満を聞き出すための措置をとること、欠席者に連絡を取って欠席の理由を確認することなどを担任がしないからといって、それが不当であるとはいえない。進路指導についても、学院には進路指導部があり、担任において、生徒が一年生の時から進路指導のための時間を設けなければならないとはいえない。授業内容や指導方法については講師に広い裁量があるから、生徒が授業に不満を抱いているからといって、直ちにそれを解消させる措置をとらなければならないものではない」。

誠実教育義務の違反について、Yの対応が全体として、誠実教育義務に違反したものとは認められない。

そのほかに、アクション指導等の授業、特別行為の実施については、学期末、不定期に行われるものであるなどの理由で、その具体的な実施時期を説明しなかったとしても、債務不履行とはならないとされた。

「XらがYに支払った学費のうち授業料と実習費は、実際に授業を受けることと対価関係にある費用と考えられるから、そのうちの退学後の期間に対応する額は、Yの債務不履行により生じた損害と認められる。Xらが退学以前に提供を受けていた授業は、契約内容と比べて不完全なものであった。Xらは、契約内容どおりの授業を受けるために所定の学費を支払ったのであるから、退学以前の学費のうちの不完全部分に対応する額は、Yの債務不履行により生じた損害と認められる。この不完全部分の割合は、履行された午前の授業の時間数や担当した有名声優の人数などを考慮すると、三割と認めるのが相当である。

Yの債務不履行により、Xらが何らかの精神的苦痛を受けたことは考えられるが、その程度において、金銭的な賠償を要するものとまでは認めることができない」。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

教育は、個別教育と学校教育の区別が存在し、教育者が教え、被教育者がこれを学習するという精神的作業である。教育者が、その知識、技能などを、自分の構想するやり方、体系に従って教えていく。被教育者がこれを学習し、その結果をみて教えていく。この繰り返しが教育の基本といえる。そしてその中心となるのが、教育者が体系的な仕方では教えるという知的労務である⁵²。それと同時に、教育活動は教師が与え、生徒が受け取るだけでなく、教師・生徒の相互作用がある。教師は単に知識を伝えるだけでなく、学ぶことによって真の意味で教えることができる。生徒もまた単に受動的に学ぶだけではなく、教師に対しても生徒間においても、人格的接触の中で教え合い、学び合うものである。また学校は、教師集団・生徒集団の共同作業による創造的文化活動の場である⁵³。さらに、学校教育関係について、従来、私立学校の教育関係については、私法上の契約関係だと説かれてきたが、一方、国公立学校の教育関係については、戦前以来長い間、公法上の特別権力関係であると捉えられてきた。ところが、国公立学校の教育関係を特別権力関係であると捉える見解に対し、現代の教育作用は、本質的には公権力の行使ではなく、非権力的作用であり、教育関係の本質は国公立学校と私立学校とで異なるものではないことなどを理由として、強い批判が寄せられた。そして、これを受け、学校教育関係は、対等当事者間の合意に基づく契約であると把握する見解が台頭し、今日これが通説的地位を占めるに至っている⁵⁴。そして、教育役務についても、このような契約論に基づき、義務教育関係、受教育権などの位置づけと契約理論との関係を論じながら、展開されている。その中で、個別教育であれ学校教育であれ、特別権力関係であれ契約関係であれ、教育関係において、一定の教育役務の提供及び、教育者（役務提供者）側の自由裁量権と、受教育者（役務受領者）側の努力・協力する必要性が、重要な特徴となる。それと同時に、物取引の性格を持っている施設

⁵² 加藤永一「学校教育契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第7巻サービス・労務提供契約』（有斐閣1984年）259頁。

⁵³ 中野進「在学契約論からみた『入学』の意義」法律時報59巻11号（1987年）71頁。

⁵⁴ 稲本洋之助ほか『民法講義5契約』（伊藤進）（有斐閣1978年）343頁以下、新美・前掲注（5）255頁以下、奥野久雄「学校教育契約」法律時報59巻3号（1987年）37頁など参照。

などの利用関係も、教育関係における重要な側面であることも否定できないと考えられる。

在学契約の性質をめぐって、教育法上の特殊契約説、身分契約説、私法上の無名契約たる
附合契約説、人的信頼関係を基礎とした継続的債権契約たる私法上の無名契約とした上で、
それは、賃貸借契約、請負契約、学生身分取得契約というような様々な要素を包括する契
約であるとともに、附合契約的な性質をも部分的に有する契約であるとする説⁵⁵、及び「在
学契約は債権契約であり、債権の目的は、教育役務の給付に関する『委任ないし準委任』（教
育役務提供給付という事実行為、進級・卒業などの資格授与の法律行為、懲戒処分という法
律行為などの結合）と、学園自治共同体への参加権取得の『身分契約』とが不可分一体と
なったものである」説⁵⁶などが見られる。あえて典型契約の性質決定をすれば、在学関係が
教育目的として様々な要素を包摂していることを率直に認めながら、委任ないし準委任契
約と身分契約の結合である無名契約と捉える説が妥当というべきであろう。ただし、在学
関係に様々な要素が絡んでいること及び在学契約における合意の内容は不明確であるのが
通常であるから、性質決定論の積極的意義を認めると同時に、個々の法的問題の性格を見
極めたうえで、適用可能な条文の解釈に参照しながら、当該問題を合目的に解決する方が
適切であろう⁵⁷。

教育役務提供については、在学関係に関する特別権力関係論と契約論との対立、生徒の人
身損害をめぐって展開された学校事故賠償責任論（国公立学校の場合の国家賠償、715条の
不法行為責任あるいは安全配慮義務により展開された債務不履行責任）、消費契約法施行後
下級審裁判例の増加に伴う学納金の返還に関する理論上の展開が、判例評釈を含め多くの
研究がなされている⁵⁸。これに対し、提供された教育役務に質が問題となる場合に関する研
究はそれほど多くはみあたらない⁵⁹。そこで、本節では、前述した学説状況を踏まえながら、
教育役務提供に関わる諸裁判例を検討し、提供された役務に瑕疵があるとされる場合の裁
判実務の解明を試みる。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

前掲諸裁判例を総合的にみれば、以下のいくつかの特徴が見られる。

⁵⁵ 新美・前掲注（5）256、257頁。

⁵⁶ 中野・前掲注（53）71頁。

⁵⁷ 例えば、潮見佳男「学納金不返還条項の不当性——立命館大学学納金返還請求訴訟第1審判決（大阪地
判平成15.12.1）を契機として」NBL797号（2004年）18頁以下においては、在学契約を様々な性質を有す
る「無名契約」ととりつつも、その「主たる内容」が「準委任契約」であるとし、ここから直ちに（何ら
の検討を加えることもなく）、委任の任意解除に関する民法651条の規定が当然の如くに在学契約に適用さ
れるとした判決の考え方に対して、典型契約類型の意義に対して懐疑的な立場から、近似する典型契約の
規定を直ちに適用ないし斟酌することを疑問視しながら、強く批判した。

⁵⁸ 前者について、伊藤進『学校事故賠償責任法』（信山社2000年）、後者について、窪田充見「入学金・授
業料返還特約における契約の性質決定と消費者契約法」ジュリスト1255号（2003年）98頁以下、潮見・
前掲注（57）18頁以下、平野裕之「在学契約の成立、法的性質及び入学金をめぐる判例総合研究：学納金
返還請求訴訟を契機判決として」慶応法学第1号（2004年）325頁以下等参照。

⁵⁹ 最近のものとして、平野・前掲第三章注（56）が見られる。なお、広義的にいえば、学校事故に関わる
安全配慮義務なども、教育サービスの質の一環としてみることができるが、ここでは、もっぱら提供され
た教育役務の質そのものという狭い方をとる。

まず、あえて諸裁判例を分類すると、不法行為構成が採られた裁判例と債務不履行構成が採られた裁判例という分け方が可能である。前者については、裁判例 3（誇大宣伝による欺罔行為は不法行為に当たるとされた）、4（虚偽宣伝による不法行為）、10（無資格講師による授業を受けさせられた生徒の人格権侵害）がある。後者については、裁判例 5（提供された教育役務は、広告内容と著しく異なる場合に、債務不履行責任になる）、6（契約内容・裁量の範囲の逸脱による債務不履行責任、否定）、7（付随義務の不履行による信頼利益の喪失につき慰謝料賠償を命じた）、8（債務内容の判断、否定）、9（あらかじめ説明した内容に基づき契約内容を認定して、その義務が履行されない場合に、債務不履行になる。なお、慰謝料、弁護士費用については、不法行為構成をとった）、14（入学案内書などに表示された内容にも、学校が履行すべき債務になり、その違反が債務不履行責任を負う）などがある。それと同時に、不法行為か債務不履行かが不明であるものもある（裁判例 1、信義則による期待権の侵害に基づきその慰謝料賠償責任を命じた）。また、債務不履行構成と不法行為構成とも用いられた裁判例も少なくない。具体的には、以下の 4 件である。裁判例 2 においては、教育的裁量の範囲を逸脱する場合は、債務不履行責任と学習権に対する違法な侵害による不法行為責任両方とも構成すると捉えられた（結論は否定）。裁判例 11 においては、説明義務違反と誠実教習義務違反によって不法行為責任と債務不履行責任両方とも認められた。裁判例 12 においては、不必要な支出を納めさせたことについては不法行為責任、授業の不十分・不完全については債務不履行責任と分けて認められた。裁判例 13 においては、債務不履行責任を認めながら、親ら・生徒らの期待の裏切り、学校運営の実態及びその違法性によって、学校側の不法行為責任にも認められた。

不法行為構成を採った裁判例をみると、事前宣伝の問題（裁判例 3、4、11）と、教育役務提供過程における法益侵害（裁判例 2、10、11、12、13）との 2 つの類型がある。事前の宣伝については、錯誤・詐欺による取消し、詐欺による不法行為（例えば、裁判例 3、4）、あるいは契約締結上の過失（契約締結上の説明義務違反）による損害賠償責任（例えば、裁判例 11 における誤解させた説明の仕方）等によって役務受領者側の救済を与えうる一方、事前の宣伝を契約内容認定する際の要素として、その相違を契約違反と捉えて、債務不履行責任を認めることも、もう一つの救済方法となる（例えば、債務不履行責任の構造を採った裁判例 5、9、14 など）。しかも、不法行為構成であれ、債務不履行構成であれ、事前の宣伝との点において、諸裁判例から見れば、両方とも事後的結果的判断が用いられた。つまり、事後に提供された教育役務と事前に宣伝された教育役務の内容とのかけ離れた状態が、誇大宣伝・詐欺あるいは債務不履行構成の下の本旨不履行を判断する際の最も重要な要素となる。そのほか、不法行為であれ債務不履行であれ、両者とも慰謝料を認める点が一致している。これらの点を総合すると、事実判断レベルからみれば、事前の宣伝について、両者間には実質的な差異がみあたらないと考えられる⁶⁰。しかし、その相違を別にして、

⁶⁰ なお、両者間の区別がはっきりといえるのは困難であるが、不法行為構成を採る事例は、悪質性・非難可能性が高い一方、そこまで悪質ではない事例においては、債務不履行責任により問題が処理されると指

実物が存在しなく、言語で表さなければならない、事前の判断が難しい教育役務については、事前の宣伝・説明が役務受領者の選択判断の重要な基準となる以上、役務受領者を救済する際に物取引の場合に比べてより重要となることは当然であろう。他方、役務提供過程における法益侵害については、教育関係を契約関係として捉えたとしても、単純な財産取引ではなく、前述したような人格的接触の面があるので、不完全な教育役務が提供された場合に、債務不履行になりうると同時に、学習権（裁判例 2）、適法な教師による授業を受ける人格権（裁判例 10）に対する違法な侵害による不法行為も構成しうる。さらに、役務提供者側の悪質性に着目して、債務不履行と不法行為責任と同時に認められたことも可能である（裁判例 11、12、13）。

第二に、債務不履行責任をとった諸裁判例からみれば、通常債務不履行責任と同様に、債務内容の確定がその前提作業とされる。すなわち、債務内容あるいは義務の確定→主張されたのが債務内容にならない場合に、否定；そうでない場合に、提供された役務との照合→一致する場合には、債務が適合に履行されたものとされ、両者間のずれがある場合には、本旨不履行・不完全履行となるものとされ→債務不履行責任を負わせるためのその他の要件の検討した上で、責任の否定あるいは責任の肯定→具体的な効果の検討、特に損害賠償責任に関わる損害、因果関係、金銭評価という作業の一般的過程が見られる。こうした過程において、当事者双方が主張・立証責任の分配に従って主張・抗弁するのも通常である。その中で、債務内容の確定がその第一歩となる。例えば、裁判例 1 においては、修士課程教育につき、こうした特約・予約が存在しない限り、債務の内容にならないとされた。裁判例 8 においても、特段の事情がない限り、主張された内容（中高一貫教育）が契約内容にならないとされた。そこで、以下では、こうした債務内容の確定を具体的に考察してみる。諸裁判例からみれば、教育役務提供の場合における債務内容の確定にあたって、以下のいくつかの要素が重要であることが明らかとなる。

①法的性質決定。法的性質決定を明白になされたのは、裁判例 2（公立学校においても「当然私法を提供すべからざる場合の外は、…私法を適用するのが相当である」）、6（請負契約ではなく準委任契約、個別的教育契約ではなく学校教育契約、附合契約）、7（特別の権力関係であるとしても、契約の法的性質を否定できない）などがある。その中で、単に私法・契約法理を適用するため法的性質決定がなされたのは裁判例 2、7 である。他方、裁判例 6 においては、積極的に具体的な契約類型まで法的性質を決定した。全体的にみれば、当事者の主張・抗弁とも関連しているが、教育役務提供契約の法的性質まで論じられたのはわずかであり、多くの場合には、契約の法的性質決定よりも、むしろそのほかの要素に着目して、その具体的な債務内容を認定するのは通常であることが明らかとなる。しかし、裁判例 6 のように、（犬の美容）学校の入学契約の本質を、技術、理論を習得させるという結果を目的とする請負契約ではなく、学校の校則その他の規制によって定まるカリキュラムに

摘されている（平野裕之「判批」（第五章第二節裁判例 5 に関する評釈）『消費者法判例百選』（別冊ジュリスト 135 号）（有斐閣 1995 年）119 頁）。

従って指導するという役務提供を目的とした準委任契約であるという性質決定は、結果債務・手段債務論に類似な論理を導入した点のみでも、意味深いであろう。しかも、こうした性質決定は、従来の在学契約理論を踏襲するもので、その限りでは妥当な結論である⁶¹。しかし、在学関係には様々な要素が絡んでいること及び在学契約における合意の内容は不明確であるのが通常であるから、準委任契約・手段債務という性質決定論の積極的意義を認めると同時に、個々の法的問題の性格を見極めたうえで、硬直に決定された契約類型に関する規定を直ちに適用することを慎重に避けて、適用可能な条文の解釈に参照しながら、当該問題を合目的に解決する方が適切であろう。裁判例 6 においても、契約性質決定により当該契約類型に関する規定を直ちに適用して、当事者間の権利義務内容を定めることはなく、単なる役務受領者側に主張された「技術の習得させる義務」という結果的義務内容を否定するためである。

②募集過程になされた表示が重視されたこと。この要素が重視されたのは、裁判例 1（事前の宣伝・説明が、信頼に基づくそれに惹起された期待権の侵害を判断する際の義務違反の前提となる）、3、4（虚偽宣伝による不法行為責任）、5（広告等の表示により契約内容が補充される）、6（個別説明した内容と、学則その他の規則と併せて契約内容となる）、7（学校案内ないし学校要覧で約束したものを利用可能な状態を維持するのは信義則上の義務である）、8（当初説明した内容と高額な受講料とを併せて債務内容を認定した）、11（募集過程における説明義務違反）、13（学校案内の記載内容と高額な学費などを合わせて考慮して、その債務内容を定める）、14（入学案内書と募集要項の内容が、債務内容となる）等がある。諸裁判例において、募集課程になされた表示が債務内容の確定に関わる要素とされたのは、裁判例 5、6、7、8、13、14 の 6 件がある。その中で、特約などが無い限り、募集課程になされた表示が契約の内容あるいは契約の補充内容とされたのは、裁判例 5、14 であり、そのほかは、募集課程になされた表示と、信義則、学則、高額な代金等の配慮と併せて債務の内容を決めたものである。従って、単に募集要項などの事前の表示のみをもって直ちに債務内容を定めるのは例外であり、その他の要素を併せて債務内容を認定するのが通常であるという傾向が見られる。それが合理だとすると、募集要項・入学案内などは、諸裁判例のように債務内容を定める際に重視されたが、一般的には、特段の事情が無い限り、単に債務内容を定める際の要素の一つであると考えられる。他方、裁判例 5、14 のように、その他の事情を考察しない限り、直ちにその債務内容を定めるのは疑問を免れないであろう。したがって、言語で表現しなくてはならない学校教育のような役務については、その募集要項などの事前の表示は、前述したように、錯誤、詐欺、契約締結上の過失、不法行為、債務内容の判断要素に関連するような重要性については否定できないが、債務内容となるためには他の要素にも考察しなければならない点が重要である⁶²。

⁶¹ 長坂純「判批」(第五章第二節裁判例 6 に関する評釈)『消費者法判例百選』(別冊ジュリスト 135 号)(有斐閣 1995 年) 120 頁以下参照。

⁶² この点について、判例の傾向について異なる見方もある。例えば、小島優生「学生募集と入学契約上の債務不履行」(第五章第二節裁判例 14 に関する判例評釈)『季刊教育法』144 号(2005 年) 79 頁において

③教育役務提供の特性。教育役務、特に具体的な指導方法・指導内容について、前述した学校・教師側の広範な裁量権を持っている点が重要な特徴である。一般的に、教育的裁量を逸脱しない場合には、債務不履行にならないとされた。前述した諸裁判例の中に、こうした特徴が強調されたのは裁判例 2（成績評定権、教育指導の具体的な内容・方法）、6（指導の教師、指導課程、指導方法が学校、教師の裁量に委ねられている）、14（授業の内容、指導方法）などの 3 件である。

④義務論的なものがあまりみあたらない。他の役務提供契約（例えば、旅行契約）の場合と異なって、教育役務においては、役務提供の過程の進捗に応じてそれぞれ具体的な義務を認定する方法よりも、具体的な事象面の債務内容を認定するのが比較的に一般的である。つまり、民法講学上に見られる給付義務、付随義務、あるいは善管注意義務（諸裁判例においては、準委任契約を解されても、644 条に定められたこの概念は用いられなかった）などの抽象的な概念、あるいは旅行契約に見られる旅程管理義務、旅程保証義務などのようなある種の役務に特有な抽象的概念があまり見られない。かえって、教育役務に見られるそれぞれの様相、例えば、指導内容、指導方法、科目、講師陣、施設などのそれぞれ生活用語を用いることがより通常であり、民法上の概念づけのないまま、こうした生活用語で構成された契約内容の違反の有無が問われて、「違反すれば契約違反となる」という判断構造となる。積極的にいえば、裁判実務にとって、これらは民法上の抽象的な概念を具体化して債務履行過程の適合性を判断させやすいという意義がある。消極的に言えば、この点は、教育役務に対する債権法レベル上の研究・抽象化の不十分にも関連するであろう。しかし、義務論的なものがまったくに見られないわけでもない。例えば、裁判例 7（特別推薦制度の確保義務は契約の付随義務として認められた）、11（適切かつ誠実に教習義務）、14（誠実教育義務）などにおいては、「義務」との概念づけが見られる。特に、裁判例 11、14 における誠実教育・教習義務について、結論はそれぞれ違った（前者はその違反が認められ、後者は認められなかった）が、将来的には、義務論のレベルで、「誠実教育義務」を尽くしたか否かが問われる可能性は十分に考えられる。

⑤教育役務受領者側の信頼・期待。具体的にみれば、裁判例 7（信頼を保護されるべき利益がある）、9（期待されうるような指導がなされていないことが債務不履行責任と認める）が、その例である。債務不履行責任における債務内容の判断に関与するほか、裁判例 1、3 のように、信頼・期待の裏切りによって不法行為責任を負うことも可能である。さらに、裁判例 13 においては、期待の裏切りが債務不履行行為の悪質性の判断要素となり、その悪質性によって不法行為責任も認められた。これらの点から見れば、教育役務受領者側の信頼・期待は、教育役務提供者側の義務・債務内容を厳しくする機能を帯びていることが明らかと

は、「判例の動向から見ると、学校案内や募集要項については、債務の内容を提示したものとして認められることがほぼ確定していると言ってよい。（中略）…したがって債務不履行についても口頭での事前説明など、債務として認定されるメディアは拡大解釈される傾向にあることがわかる」と判断された。しかし、前述した諸裁判例からみれば、募集要項などの事前の説明は債務内容の確定の重要な要素となるが、債務内容と等しいとされるのは裁判例 5、14 しかないとも留意すべきであろう。

なる。それと同時に、この要素は、債務内容の確定段階だけではなく、債務不履行の有無の判断、及び賠償責任の範囲、特に慰謝料賠償へのつながりも見られる。例えば、裁判例7においては、その信頼利益の喪失につき精神的損害賠償責任を命じた。

⑥代金の高さが債務内容を認定する際の重要な要素となる。教育役務提供契約を委任・準委任契約と解すると、一般的に、民法上委任に関する諸規定が適用される。つまり、民法典の構成としては、異なる特約・慣習がない限り有償・無償を問わず、受任者は「善管注意義務をもって事務を処理すべき債務」を負担したのと推測されるのであり⁶³、無償契約の横並びのバランスを考えて、無償委任の場合その軽減を説く学説もあるが、通説は特に区別を考えない⁶⁴。しかし、こうした解釈は、代金が高額な場合においてより高度な注意義務を負担することを否定するわけではない。教育役務に関わる裁判実務においても、高額な代金の場合には、高額な代金に応じて債務内容を高度化することが見られる。例えば、裁判例9においては、同地域通常の塾3倍以上の授業料を徴収したことと事前の説明を併せて、生徒個々人の能力や個性に応じたきめ細かい指導をするという他の塾より厳格な債務内容が認定された。裁判例13に於いても、学校案内の記載内容と高額な学費に基づき債務内容を認定する作業がなされた。さらに、裁判例6においては、代金要素が異なる方向で作用する。つまり、高額な代金に応じて債務内容を高度化することではなく、他の養成機関と比べてその授業料の低さは、裁量範囲の逸脱を否定するための一つの要素となっており、実質的な義務軽減となる。一見すると、委任における善管注意義務の程度と代金との関係の通説に反するようになる。しかし、義務軽減としても通常の善管注意義務程度以下にならないを前提とした上、代金が役務の代価とされる以上、代金の多寡が、債務内容（善管注意義務程度の問題ではなくて）にも全く影響を及ぼしえないわけではないと考えられる。

第三に、認定された債務の内容と提供された役務との照合の段階においては、以下のような特徴が見られる。

①債務内容が履行されたかどうかの判断（本旨不履行の判断）については、諸裁判例を総合すると、判断しやすい部分と判断困難の部分ともあることが明らかになる⁶⁵。具体的にみると、判断を下しやすい点として、時間帯、科目、講師陣、施設の具備など、主に物的、あるいは役務を提供するための人力の具備などの客観的な面（ハード面）が挙げられうる。それらが完全に提供されたかどうかについては、容易に判断される。代表例として、裁判例5（時間帯、科目、講師陣、施設の具備など）、13（提供されるべき学科授業、講師陣、施設・道具、学生寮）、14（提供すべ授業、短縮された授業時間、講師陣）などを挙げることができる。これらの裁判例からみると、物と結合して、あるいは客観的な面があるもの（講師陣、時間帯など）に基づき役務を提供する場合に、その物的、客観的なものが全体としての役務提供の前提となり、それらの不十分は、契約違反になり、そして、この場合

⁶³ 幾代通=広中俊雄編集『新版注釈民法（16）』（中川高男）（有斐閣1989年）218頁。

⁶⁴ 北川・前掲第三章注（7）90頁。

⁶⁵ 平野・前掲注（60）119頁においても同様な分け方が見られる。

には、全体としての役務（具体的な指導・授業のような個々の役務ではなく、それと物と結合して提供された全体の役務）にも不十分であると断定することができ、あまり問題とならないであろう。これに対して、提供された教育役務というソフト面については、判断困難の部分も相当数に存在する。教育役務として、一方、他の手段債務と同様に、教育の成果が上がらないなどの事情があったとしても、そのことから直ちに学校・教師側の指導に問題があると断定することができない面がある。他方、学校・教師側の広範な裁量権を持っている教育の特質が存在しており、本旨不履行の判断は教育的裁量範囲の逸脱になるかどうかという抽象的な概念に委ねるほかないとの面もある。諸裁判例の中、教育的裁量の範囲を逸脱しないとして、具体的な教育指導、成績評価などの本旨不履行を否定した裁判例 2、6、14 は、判断困難の教育役務の質の判断に関わるものである。それと同時に、教育的裁量以外の要素（一般的水準、代金額、従来の指導実績、誠実教育義務など）を用いて、教育的裁量との抽象概念を導入しないまま（裁判例 5、11、12、13）、あるいは他の要素をもって教育的裁量の機能を制限して（裁判例 6）、具体的な教育役務の瑕疵を認めた裁判例も見られる。

②教育的裁量との特質の重視。裁判例全体から見れば、成績評定権、具体的な指導方法・指導内容について、学校・教師の広範な裁量権を認めることは一般的である。また、教育的裁量の概念が用いられた諸裁判例（2、6、14）がすべてその裁量の範囲の逸脱を否定したことからみると、教育的裁量の特質は、通常、不履行となるための要件を厳格にすることが明らかになる。また、教育的裁量の範囲を逸脱したかどうかについては、諸裁判例はその具体的な逸脱の事情を例示したにとどまり、統一的な判断基準はまだ明らかにされていない。具体的に、裁判例 2 においては、成績評定について、「成績評定が具体的事実に基づかないか、成績評定に影響を及ぼすべき前提事実を誤認がある場合、成績評定の基準を無視し、恣意的に成績評定をした場合、または著しく合理性を欠く基準により成績評定をした場合には、その成績評定は、不公正または不平等な評定というべきであり、これは、教師の成績評定権の教育的裁量の範囲を逸脱するもの」であり、教師の教育指導については「その内容、方法が著しく教育的配慮を欠く場合のみ」裁量の範囲の逸脱となるとされる。裁判例 6 においては、「必要不可欠な指導の欠落、他の標準的な養成機関と比べてその指導内容が著しく劣っているなど」が裁量の範囲の逸脱とされており、他の養成機関と比べた授業料の低さ、従来の指導実績などが裁量の範囲の逸脱の評価障害事実とされる。裁判例 14 においては、具体的な例示さえも示されなかった⁶⁶。こうした裁判例の状況からみれば、教育的裁量の概念が重要な役割を演じるとはいえ、その範囲の逸脱の判断基準については、裁判例の蓄積・学説の発展にまつほかない状況にあることも否定できない。

③役務水準論的な考え方が見られる。役務提供契約における「欠陥・瑕疵」の評価基準に

⁶⁶ 裁判例 14 における裁量範囲の逸脱の否定について、反対意見も見られる。例えば、小島・前掲注（62）81 頁においては、「学習者側の質問に対する両教師の回答は、教育側の教育専門的説明義務の観点からはかなり疑問の余地がある。また、多数の欠席者が出ているにもかかわらず、漫然と授業を続けていたことも、誠実教育義務からすれば、容易に教育的裁量の範囲内といえるだろうか」と疑問視している。

つき、学説上は役務水準論を提言している。教育役務に関する諸裁判例においても、同様な考え方が見られる。例えば、裁判例 5 においては、「(予備校の) 実態としては、指導方法、講師、授業内容、設備などにおいて、大学受験生を募集し学費を徴収して大学受験指導を行う予備校としては内容が著しく低水準であり、(中略) …、一般の大学の入試に対応し得る水準にも達していなかった」と判示された。また、裁判例 6 においては、標準的な他の養成機関と比べてその指導内容が著しく劣っているなどが裁量の範囲を逸脱する場合となるとし、業界及び他の学校と比べてその指導が裁量の範囲を逸脱しないと認定された。この点は他の役務提供契約にも参考になりうる。しかし、一般的水準が存在しない場合あるいは比較できる同種類の参照「物」が存在しない場合には、こうした方法を採用する可能性はないに近いであろう。

④目標達成に対する関与可能性が債務不履行を判断する際の重要な要素となる。教育は、学校・教師と学生との相互協力が必要となるものであるから、予期の目標が達成できない場合には、両方の原因によることも可能である。その理由から、学校・教師側の原因であるかどうか、役務提供者側の責任を認定する際の重要な要素となる。裁判例 9、11 はそれを直接用いた例である。裁判例 9 においては、同じ学生が他の塾に受ける指導の場合の成績の比較を経て、教育の成果が上がらないのは、教師側の原因にあると推定した。他方、裁判例 11 においては、目的達成不能には役務受領者側の事情もあるので、過失相殺として損害額の四割の減額が認められた。

⑤取上げられた諸裁判例に限り、目標を実現するために役務受領者側の努力との要素を債務内容・不履行判断構造に直接に取り込んだ裁判例はみあたらない。なお、裁判例 6 においては、生徒の適性や努力などが技術習得の重要な要素であると指摘しながら、本件の債務不履行判断には直接には関連させていない。

第四に、帰責事由について。諸裁判例において、不法行為責任構成を採った諸裁判例を除き、本旨不履行だけでその責任を導き出すのは一般的であり、帰責事由は全く触れられていないということが見られる。この点は、当事者の主張・抗弁にも関係するが、手段債務論に見られる義務違反と帰責事由との一体化との考え方と一致していると考えられる。

第五に、教育役務に瑕疵がある場合の法的効果について、以下の諸点が見られる。

①救済方法について。役務の瑕疵の性質に応じて、追完請求と損害賠償が、いずれもあるいは両方とも請求できる。委任契約の不完全履行論は未だ研究途上にあるといえるが、責任の効果として、委任事務の内容、処理方法が明確である限りその追完請求権（履行請求権）が第一次的保護手段として位置づけられ、それに代わる損害賠償請求は、受任者が追完をせずあるいは追完不能の場合に、受任者の善管注意義務（644 条）違反を要件として認められるとの見解がある⁶⁷。そのほか、当事者の救済として、契約解除も可能である。こうした一般的論述を踏まえて諸裁判例を考察すれば、裁判例 1（入学試験施行義務の確認）、8（高校進学及び同高校生徒たる地位の確認）が、追完請求の類型に属するといえるであろう

⁶⁷ 下森・前掲第三章注（60）33 頁以下参照。

う（両方とも否定）。その他の裁判例は、ほぼ債務不履行（あるいは不法行為）に基づき損害賠償責任を追及したものである。追完請求に関する2件の事案からみれば、両方とも契約の解釈によってそのような債務の存在自体を否定したが、いずれも独立な単位で構成できる役務の履行を請求したものである。そうだとすると、教育役務提供について追完請求をするのは、前掲学説に提示される事務内容、処理方法の明確性などの条件のほか、2件の裁判例のように、事務自体が独立的な役務単位で構成でき、かつそのような役務が全く提供されていないとの条件も必要であろう。また、役務は一応提供されたが、提供された役務に瑕疵がある場合に、すなわち「債務の本旨に不適合な給付」の場合では、不完全な結果の是正としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては提供者の変更請求等の追完請求もありうる⁶⁸が、その具体的な要件・構成は、例えば、追完請求の権利者、追完請求の具体的な要件などまだ不明である。教育役務の場合に限って言えば、役務受領者側の協力、役務受領者の役務提供者に対する信頼などそれほど強いので、追完請求かどうかの選択権は、役務受領者側に与えるべきと考えられる。

②財産的損害賠償の範囲。諸裁判例においては、授業料などが財産的損害として扱われた。しかも、財産的損害賠償が認められた場合には、入学金・授業料の全額返還とされた裁判例（裁判例3、4、5、9、11、13）と提供された役務の不完全な部分に対応する部分しか損害として認められなかった裁判例（裁判例12、14）と分けている。この点については、解除と共に損害賠償を請求する場合と解除しない場合とを分けて検討して、後者の場合に「授業料全額の損害賠償が認められるとするならば、オール・オア・ナッシングの解決になり、中間がないことになり、今後は、授業料の返還を直接に構成できないかということ共に、中間的な事例についての解決が課題となる」との指摘が見られる⁶⁹。授業料全額の損害賠償を認めた裁判例をさらに分けてみると、不法行為責任構成をとった場合には、解除が問題とならないので、全額の賠償が認められやすい（裁判例3、4、11、13（なお、裁判例11、13においては、不法行為と債務不履行両方とも構成するとされた）しかし、少なくとも、不法行為としても、損益相殺の可能性も残されるであろうと考えられる。裁判例3はその相殺利益の存在を認めなかったが、そういう方法はみられた）。他方、債務不履行構成をとった裁判例には、全額を認めた理由がそれぞれである。即ち、裁判例5においては、支払った学費を損害として捉えるだけで、その損害全額の賠償が認められた。裁判例9においては、役務受領者らが本件契約による利益を何ら享受していないとして、授業料全額を損害として認められた。前者については、役務受領者側の受けた利益の有無を検討せずに損害賠償額を認めるのは問題がないわけではないであろう。両者を比べると、後者の場合が、論理的により説得力があるといえるであろう。しかし、両者とも、債権者側から見る考え

⁶⁸ 長坂・前掲第三章注(1) 67頁以下。

⁶⁹ 平野・前掲注(60) 119頁。もっとも、平野説は、解除により「直截に債務の否定による代金減額ないし否定を認めるべきである。(中略) …これでいくと代金減額に止まることになるため、損害賠償という形で支払金額全額の請求をしたのではないかと思われるが、それでも損益相殺が主張されればそれまでである。減額されてもその分を慰謝料に上乘せして認定すればよい」と指摘している。

方であるので、債権者側の利益損得によってその損害賠償額を決める方法である。これに対し、債務者側から出発すると、特に役務提供の場合、不完全な履行のときには、役務が全く提供されていないわけではない以上、債務者が役務提供のために一定のコストを支出した以上、こうした支出された出費の評価、及びすでに提供された分の役務の評価も必要である。特に、こうした考え方から出発すると、裁判例 9 における「参考書を交付された事実の有無などにもかかわらず、(受講料) すべて右債務不履行に基づく損害」とされたのは疑問である。本稿の考え方として、不完全になされた役務の分に対応する損害額のみを認めるのは論理的には自然であろう。そうした上で、当事者利益考量の上、慰謝料の填補機能によって賠償されない代金分を上乗せして認定すればよいと考える。

こうした考え方を支持するものとして、裁判例 12、14 を挙げることができる。裁判例 12 においては、提供された役務を不完全なものとした上で、その不完全な分に応じて 2 割の月謝や維持費を減ざるとされ、不当利得として返還されるべきとされた。それと同時に、不完全履行及び詐欺による不法行為の認定と伴って、その慰謝料を上乗せして、支払った代金より高額な賠償額を命じた。他方、裁判例 14 においては、退学後の期間に対応する授業料・実習費の全額を債務不履行により生じた損害と認められ、退学以前に提供された役務は、契約内容と比べて不完全なものであり、その不完全部分に対応する額(3割)だけ債務不履行により生じた損害と認められた。それと同時に、役務受領者らが精神的苦痛を受けたことは考えられるが、金銭的な賠償を要するものまでではないとされた。

③時間の無駄などにつき慰謝料賠償が認められた。教育役務に関する諸裁判例に慰謝料が認められたのは、債務不履行(裁判例 5、7)あるいは不法行為(裁判例 4、9(契約内容違反自体を不法行為と構成する)、10)若しくは両者の競合(裁判例 12、13)の場合とも見られる。こうした事案をあえて分類すれば、主に以下のように分けることができる。(i) 精神的苦痛に対する慰謝料賠償。裁判例 5(貴重な時間の浪費と他の予備校に入学して勉強する機会の喪失のため、多大な精神的苦痛を受けたことによって 30 万円の慰謝料)、12(失意の大きさによる精神的苦痛に対する 100 万円の慰謝料賠償)、13(生徒らの期待が裏切られ、貴重な時間を浪費させられるという精神的損害を被ったことによる慰謝料賠償)などがその類型に属する。(ii) 損害自体が無形的なものであり、これに対する慰謝料賠償。裁判例 1(無形的損害に対する 20 万円の慰謝料)、7(付随的義務の不履行による信頼利益喪失につき損害賠償責任として 50 万円の慰謝料)、9(契約違反した指導態度が不法行為を構成し、貴重な時間の空費と学習意欲に対する悪影響などを生じる損害に対して 20 万円の慰謝料の賠償を命じた)、10(資格がある教師による授業を受ける権利という非財産的損害の発生に対する 5 万円の慰謝料賠償)などがその類型に属する。なお、裁判例 4 における 30 万円の慰謝料についてその構成の詳細は不明である。これらの事案からみれば、教育役務の場合には、時間の空費に対する慰謝料賠償が可能である。具体的な構成として、時間自体の浪費を無形の損害として構成できる(裁判例 9)し、時間の浪費による精神的苦痛としても構成できる(裁判例 5、13)。時間の喪失自体を損害として構成できることは、しばし

ば時間を経て提供される役務の場合に、参考になるであろう。

④弁護士費用の損害について。弁護士費用について、判例（最判昭和 44 年 2 月 27 日民集 23 卷 2 号 441 頁）は、不法行為法に基づく損害賠償請求訴訟における原告の弁護士費用は不法行為がなければそのような訴訟を提起しなくてもすんだ費用であるから、損害賠償の対象として請求することができる⁷⁰とされている。そして、現在では、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、不法行為と相当因果関係に立つ損害といふべきとされている⁷⁰。また、不法行為法では、不当訴訟、不法応訴が不法行為となり、弁護士費用も損害賠償の対象となるほか、生命身体被害があった場合の損害賠償としても弁護士費用の賠償が認められている⁷¹。これに対し、債務不履行責任訴訟における弁護士費用について、学説上は、要件・構成は様々であるが結論としてその賠償を認めているといえよう⁷²が、判例としては、金銭債務の不履行についてこれを否定した（最判昭和 48 年 10 月 11 日判時 723 号 44 頁）。下級審においては、債務不履行の場合も、生命身体被害をとまなう事件では弁護士費用の賠償が認められることが多いが、それ以外の類型では裁判例の結論が分かれていると思われる⁷³。

前掲諸裁判例において、弁護士費用の賠償が認められたのは裁判例 4（不法行為による 8 万円の弁護士費用（入学金の一割に相当する）が認められた）、5（本件事案の違法性の程度に、本訴請求に対する被告の対応を勘案したうえ、認容額のほぼ一割に当たる金額は本件債務不履行と相当因果関係のある損害と認められた）、9（弁護士費用が、本件訴訟の内容、経緯及び認容額等諸般の事情を考慮したうえで、認容額の一割を本件不法行為と相当因果関係があるとされた）、10（5000 円の弁護士費用を認められたが、具体的な判断根拠はみあたらない）、11（本件事案の内容、訴訟の経過、認容額その他諸般の事情を考慮すると、本件と相当因果関係のある弁護士費用は 35 万円とみるのが相当であるとされた）、13（法律知識を有しておらず、自己の損害賠償請求権を実現するため本件訴訟を提起・維持するにあたり、弁護士に依頼する必要性があったものと認められ、そのために要した費用）などの 6 件である。この中で、不法行為による構成と債務不履行による構成とも存在している。また、教育役務訴訟の場合に、弁護士費用が認められやすい点も見られる。さらに、その額として、認容額の一割程度とされるのがほぼ定着している状態とも言える。最後に、訴訟の経過、弁護士に依頼する必要性、訴訟に対する被告側の対応、認容額などが、弁護

⁷⁰ 円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得——判例による法形成——』（成文堂 2005 年）16 頁以下、潮見佳男『基本講義・債権各論Ⅱ不法行為法』（新世社 2005 年）69 頁以下。

⁷¹ 加藤雅信『新民法大系 V 事務管理・不当利得・不法行為（第 2 版）』（有斐閣 2005 年）210、268 頁以下。

⁷² 我妻・前掲注（23）126 頁以下、平井・前掲第三章注（27）95 頁以下、奥田・前掲注（28）207 頁、淡路・前掲注（19）179 頁以下、加藤・前掲注（43）134 頁以下、特に平井 95 頁以下では、結論として、不法行為事件で弁護士費用の賠償が認められるのと同様の要件の下に、弁護士費用の賠償を認めるべきであるとされた。これに対し、債務不履行責任訴訟では、原則として弁護士費用は損害賠償の対象とならない、そして、債務不履行責任と不法行為責任が競合する場合にも、むしろ不法行為責任が求められるという現実の訴訟実態では、弁護士費用の問題が大きく作用しているとの否定説もある（円谷・前掲注（70）16 頁以下）。

⁷³ 裁判例の具体的な状況等については、奥田・前掲注（28）207 頁以下参照。

士費用を認めるかどうか及びその額を判断する際の重要な要素となる。

第三節 介護役務に関する裁判例

一 裁判例

1. 施設、サービス及び経営等の不十分により損害賠償が認められた事例

津地判平成7年6月15日判時1561号95頁判タ884号193頁

【事案】

本件老人ホームは、大規模な終身利用型ホームとして昭和60年12月に開業したが、当初の入居見込みを大幅に下回り、開業後4年の間に実際に入居したのはXらを含む全体の約6%にすぎなかったため、経営は極めて不安定なものとなった。先行きに不安を感じた入居者Xらは、同ホームを退去し、Yらの杜撰な事業計画、誇張された宣伝文句による勧誘、医療体制の不備、食事の質の低下、職員の頻繁な交代や不足、施設やサービスの不備、何らの説明もないまま施設の一部が他に譲渡されたことによる不安などを主張して、設置者Y1に対して不法行為もしくは債務不履行に基づいて、その親会社Y2及び両会社の役員4名Y3~Y6に対し不法行為、債務不履行もしくは取締役の第三者に対する責任に基づいて、慰謝料その他の損害を求めた（なお、Xらは本訴提起前に入居金等全額の返還を受けた）。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「このような老人ホームの入居者は、(中略)…、心身共に充実した晩年を送ることを期待して、終の住処として入居するものである。(中略)…、老人ホームの入居契約の場合には、入居者は単に物的施設を利用するだけでなく、人的な各種サービスの提供、特に病気や寝たきりになったときの医療サービス・介護を受けることを重視しており、また、入居者は多くの場合持ち家を処分するなどして入居金等を作るため、一旦入居すると他へ転所することは容易にできず、終生その施設を利用することを予定して入居契約を締結するのであって、やり直しのきかない一生に一度の買い物となるのが通常である。

そして、右のような老人ホーム入居者の期待は、単なる将来の一方的な希望に過ぎないものではなく、Y1がパンフレット等で『謳いあげる第二の人生』などと宣伝し、入居契約書の第一条において『心身共に充実安定した生活を送ることができるよう、入居者に対し、施設を終身利用させ、各種サービスを提供する』旨明記した事柄なのである。(後略)…」。

「右のような終身利用型の有料老人ホームの特質から、ホームの設置者は、入居者の期待に応えるべく契約内容とした諸施設の充実を図って役務の提供に努めるべきは勿論であるが、同時に、入居者に対する契約内容の完全な履行のためには、相当数の入居者を確保し、かつ、その後これを維持して安定した経営状態を作りホームの永続性を図るべき義務があると解される。したがって、入居者に対する契約内容の履行が継続できない事態となった場合には入居者に多大の精神的・財産的損失を与えることになるのであるから、老人ホームを営利事業として開設しようとする者は、契約内容の完全な履行が将来にわたって維持・継続できる確かな経営見通しが無いのに、入居者が『心身共に充実安定した生活を送ること

ができる』かのように広告・宣伝して入居契約を締結し、ホームに入居させることは許されないことというべきである。

また、老人ホームの設置者は、仮にホームを維持・継続するに足りる程度の入居者が確保されないことが予測される場合には、将来契約上の債務の履行が不完全に終わることが明らかなのであるから、早急に対応策を検討し、その事実を入居契約者に告知し、入居者に不測の損害あるいは不満や不安を与えないようにすべき注意義務があるものと解される」。

裁判所は、上記判断に基づき、本件では、このような目的を実現するための老人ホーム契約を完全に履行することが事実上不可能であること、本件事業計画の杜撰さ、早期段階でも契約内容に応じた満足を与えることができず、経営の早晩破綻し入居者に対する契約内容の履行が完全に不可能になることが予測可能で、本件損害を生じさせたことにつき過失責任があることを認めた上で、以下のように判示した。

「以上によれば、Y1はXらに対し、Xらの被った後記損害について不法行為責任を負うものというべきである」。「Xらの移転費用及び転居に伴う雑費は、その相当額において本件と相当因果関係ある損害と認められる」。「(家屋売却による損失について)しかし、所有家屋を処分することが有料老人ホームの入居に伴って必然的なこととは必ずしも認められず、また、その価格上昇が予測可能であったとも認め難いところである。したがって、この点に関するXらの主張は理由がないが、所有していた家屋を処分してしまったとの事情は慰謝料算定の考慮事項の一つと考えられる」。「(慰謝料について)Xらは、Y1の宣伝・勧誘により、心身共に充実した老後の生活を求めて、所有していた家屋を売却して入居金等を作り、家財道具類の一部も処分した上、住み慣れた土地を離れ、終の住処としての伊勢の郷に入居したものである。しかし、その入居者数が極めて少数に止まったため、Xらは予定された生活や役務の提供が受けられず不十分な処遇による苦痛を余儀なくされ、また、容易に退去できない事情にあって、将来に対する多大な不安や焦燥感の募る生活を強いられ、数年後に全員同ホームより退去するに至ったものであること、(中略)…、赤字経営の中、施設の運営を維持し、医師や看護婦をできるだけ確保し、少ない従業員ながら入居者の対応に努め、その経営を維持してなんとか倒産を回避し、平成2年4月12日にはXらに対し入居金等の全額を支払い、また入居契約者一名当たり60万円の金員を支払っていることは、それなりに評価し得るものである。よって、Xらに対する慰謝料は、Xらが同ホームに入居した時期、入居金等の支払額など前掲の諸事情及びその他諸般の事情を総合考慮して、前掲別表一の「慰謝料」欄記載の各金額を相当と認める」。「(弁護士費用について)本件訴訟の内容、経緯、認容額等の諸事情を考慮すると、Yらが賠償すべき弁護士費用は、前掲別表一の『弁護士費用』欄記載の各金額をもって相当と認める(ほぼ認容額の一割に相当する額)」。

2. 介護中の転倒事故につきボランティアの債務不履行責任が否定された事例

東京地判平成10年7月28日判時1665号84頁

【事案】

X（当時 95 歳）は、脳出血で左半身麻痺の後遺症が残り、A病院退院後もリハビリ訓練を続けることになった。Xは、言語明瞭で、杖をついて独力で歩行することは可能であるが、屋外で歩行する際は危ないときにすぐに手を出せる近位監視歩行の体制が必要とされたところ、Xの家族が通院の介助をすることは困難であったため、Y1（社会福祉協議会）のボランティアセンターに登録されたボランティアによる歩行介護を受けることになった。Y1から「派遣」されたY2には、センター・担当医・Xのいずれからも、具体的な介助の方法については指示を受けてなく、Y2は、左腕に少し右手を入れる形で歩行介護をしていた。Xは、リハビリ訓練から帰宅途中、Y2がタクシーを呼びに行くためにXをA病院の玄関風除室の壁際に待たせて一時Xの元を離れた間に、転倒し右大腿部を骨折した。そこで、Xは、Y2には歩行介護を行う者としてXの転倒を防止すべき注意義務があるのにこれを怠ったとして、Y1・Y2に対して本件の損害賠償を求めた（Y1については略する）。

【判旨】請求棄却。

「ボランティアとしてであれ、障害者の歩行介護を引き受けた以上、右介護を行うに当たっては、善良な管理者としての注意義務を尽くさなければならず（民法 644 条）、ボランティアが無償の奉仕活動であるからといって、その故に直ちに責任が軽減されることはないというべきであるが、もとより、素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできないこともいうまでもない。例えていうならば、歩行介護を行うボランティアには、障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているというべきである」。

「Xは、Y2がタクシーを呼びにXの側を離れた以上、Y2の言葉に従って指示された場所で待つべきであり、Y2としても、Xが指示された場所で待つことを期待することはできたというべきである。（中略）…、本件事故は、判断を誤って介護者なしで歩き始めたX自身の過失によって生じたものといわざるを得ず、Y2がXに待つように指示してXの側を離れたことをとらえてY2を非難することはできないというべきである。Y2は、歩行介護を行うものとして必要とされる注意義務は尽くしており、Y2には過失はなかったというべきである」。

3. 食事介助にあたり起きた死亡事故

横浜地裁川崎支判平成 12 年 2 月 23 日賃金と社会保障 1284 号 43 頁

【事案】

多発性脳梗塞及び重症の痴呆症で、全介助を必要とする男性A（当時 73 歳）は、Yの経営する特別養護老人ホームBに、三日間の予定でショートステイで入所した。三日目午前 7 時 50 分頃から、Bの介護職員がAに食事介助を行い、薬を飲ませたところ、その直後Aに異変が起り、午前 8 時 50 分、Bに救急車が到着したときには、Aはすでに息絶えた状態であった。そこで、Aの法定相続人であるXらはYに対し、Aの死亡はY職員の過失によるものであると主張して、不法行為または債務不履行に基づく損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容。

「Aは、食事の際に、飲み込みが悪く、口にため込んで時間がかかる者であったこと、本件事故が朝食直後に起きていることなどからすれば、Aの異変を発見した際に、真っ先に疑われるのは、誤飲であったと言うべきである。しかしながら、(Yの職員) Kらは、誤飲を予想した措置をとることなく、吸引器を取りに行くこともせず、また、午後8時25分ころに異変を発見しながら、午前8時40分ころまで救急車を呼ぶこともなかったのであり、この点に、適切な処置を怠った過失が認められる。(中略) …、本件において、仮に、速やかに背中をたたくななどの方法をとったり、吸引器を使用するか、あるいは、直ちに、救急車を呼んで救急隊員の応急処置を求めることができているならば、気道内の食物を取り除いて、Aを救命できた可能性は大きいというべきである」。

「前掲認定の事実及び一切の事情を考慮すると、Aの死亡に伴う慰謝料は2000万円とするのが相当である。また、葬儀費用のうち120万円、弁護士費用のうち100万円をYの負担とするのが相当である」。

4. 保健施設における転落事故死につき損害賠償が認められた事例

東京地判平成12年6月7日賃金と社会保障1280号14頁

【事案】

Xの内縁の妻Aは、全盲で、痴呆症状があつて、Yの経営する老人保健施設に入居していた。Aは、本件施設に入所中、たびたび興奮状態に陥り、精神的不安を暮らせ、痴呆症もみられ、たびたび介護職員に対し家に帰りたくと述べていた。平成9年3月19日夜から同月20日朝までの時間帯の本件施設の看護担当職員は、当直看護婦および看護福祉士Bら2人であった。Bらは、304号室においてAと同室者のCとが始めた口論が収まらず、Aが興奮して大声を上げるため、Aを310号室に連れて行き、同室にあったベッドに座らせた。その後、Aは、翌日早朝ころ、310号室の北側窓の窓付近から転落した。同室を訪れたBらが地上に落下しているAを発見し、病院内に搬送したが、Aは、同日8時ころ、出血性ショックにより死亡した。そこで、XはYに対し、民法715条の使用人責任に基づき、1000万円の慰謝料の賠償を求めた。

【判旨】一部認容。

「老人保健施設等の一定の介助、介護等を必要とする高齢者を多数収容する施設にあつては、入所中の者それぞれに対し適正な介護を施し、かつ、円滑にその業務を進めることが必要である。一方、入所者に一定の危険、不利益等が生ずることが予想される場合には、その介護に携わる者において、予想される危険や結果の重大性、その切迫度や蓋然性、その回避または防止措置を施しえる可能性や容易度、さらにその有効性、その措置により介護上（広くは医療上）特定の入所者に対しまたは一般的に生ずべき影響、不利益、弊害等の諸事情を総合考慮し、看護婦、介護福祉士等その資格に相応した専門的見地からその裁量的判断を適切に行い、選択した方途を実行することが求められると考えられる」。

裁判所は、こうした判断に基づき、Aを310号室に移動させた処置の不当性、本件施設の夜間二人体制自体の不備及び終始付きを添う措置を執らなかつたことの違法性を否定し

た上で、Aの状況から出発して、以下のように判示した。「Aに対しては、一定の危険を回避防止すること、即ち、心身の障害などが反映した行動に出て第三者に迷惑を及ぼすことを避けると同時に、周囲の状況を視覚的に認知することができないA自身の行動に配慮し、その身体の安全や心身の安寧を確保することが求められ、それなしには、A自身にも一定の危険が生ずることが合理的に予想されると考えられる。(中略) …A一人を同室に残して言葉のやり取りもしないで単に様子を見るという環境または状況を設定したのは、Bら及び当直看護婦であることに鑑みると、Bらにとっては、同室の状況を踏まえ、Aの動静にできる限り注意を払い、要介護の心身の常況にあるAの身体の安全について配慮すべき義務が生ずる。(中略) …Aの不安定な状態を解消させる措置を試みるべきであったところ、(中略) …室外からAに気づかれないよう様子を見るにとどめる措置を継続させ、就寝可能な環境を提供せず、Aに声を掛ける等のしなかつたのであり、それがなおその裁量的判断の範囲にあるとはいい難く、適切な介護すべき義務を怠ったものといわざるを得ない」。

そして、裁判所は、Aに対する積極的な対応がされなかつたことと本件事故との間の因果関係を検討した上で、「Bらは、適切な介護を怠ったことについて不法行為責任を負い、その使用者である医療法人は、使用者責任を負う」と判示した。「Xは、Aと夫婦として生活を共にし、二人で学習塾の経営等に携わり、(中略) …約31年にわたり実質的夫婦関係を継続してきたこと、Aの失明後はXがその介助をしてきたこと、Aは、Xが入院して介助に当たれなかつたため、本件施設に入所したものであること、Xは、これまで愛情を注ぎ、精神的支えであったAの突然の死亡により多大な精神的苦痛を受けたものと認められる。右の点に、Aの従前の状況、本件事故の経緯、態様その他本件に表れた一切の事情を斟酌勘案すると、Xの精神的苦痛を慰謝するための慰謝料として、600万円をもって相当と認める」。

5. 被介護者の行方不明につき損害賠償が認められた事例

静岡地裁浜松支判平成13年9月25日賃金と社会保障1351=52号112頁

【事案】

Aは、平成9年5月、Y施設(特別養護老人ホーム)に通所して5回のデイサービスを受けた。同月21日、同様なデイサービスを受けていたところ、同日午前11時40分ころ、高さ84cmの一階廊下の網戸付サッシ窓から脱出し、そのまま行方不明となり、同年6月21日にI市の海岸の砂浜に死体を発見した。そこで、Aの遺族Xらは、Yに対し、①Aが、重度の老人性痴呆症に罹患しており、特に失踪直前は不安定な状態であったのであるから、Yの職員は、窓を閉めて施錠し、あるいはAの行動を注視して、窓からAが脱出しないようにする義務があつたにもかかわらずこれを怠つた、②Y施設の建物及び設備に瑕疵があつた、と主張して、損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yは、デイサービス事業の運営につき、Y職員の過失により、デイサービスを受ける者が損害を被つた場合には、民法715条により、Yがその責めを負う」。

「Yは、Aが失語を伴う重度の老人性痴呆と診断されていることは、同人の入所の時点で把握していた。(中略)…Aは、失語を伴う重度の老人性痴呆と診断されており、このような者が、単独で施設外に出れば、自力で施設又は自宅に戻ることは困難であり、また、人の助けを得ることも困難であると考えられる。

Aは、失踪直前に靴を取ってこようとしたり、廊下でうろうろしているところをY施設の職員に目撃されており、Y職員としては、AがY施設を出ていくことを予見できたと認められるから、Aの行動を注視して、AがY施設から脱出しないようにする義務があったと認められる。しかし、(中略)…、Aを注視する者はいなかったため、Aは網戸の開いた窓に登りそこから飛び降り、そのまま行方不明となったものである。(中略)…Aのような身体的には健康な痴呆性老人が、84 cm程度の高さの施錠していない窓から脱出することは予見できたと認められる。したがって、Y職員は、Aの失踪について過失がある。

たしかに、2人の寮母で、男性4名、女性5名の合計9名の痴呆老人を介助し、入浴サービスに連れて行ったり、要トイレ介助の女性をトイレに連れて行ったりするかわら、Aの挙動も注視しなければならないのは、過大な負担であるが、これをもって回避の可能性がないということはできない。(中略)…法令等に定められた人員で定められたサービスを提供するとサービスに従事している者にとって過大な負担となるような場合であっても、サービスに従事している者の注意義務が軽減されるものではない。

したがって、Y職員は、Aの失踪について過失があり、Y施設の建物及び設備に瑕疵があるかについて判断するまでもなく、Yは、Y職員の前掲過失と因果関係のある損害を賠償すべき責任がある」。

「同人の失踪からただちに同人の死を予見できるとは認めがたく、他にY職員の過失とAの死との間の相当因果関係を認めることができる証拠はない。したがって、(中略)…Aの逸失利益及び死亡を理由とする慰謝料は死亡による損害であるから、(中略)…認められない。しかしながら、Aが行方不明になることにより、同人の家族が被った精神的苦痛は、Y職員の前掲過失と相当因果関係があると認められる。しかし、失踪後のAの状況について不明であるので、A固有の慰謝料を認めるのは相当ではない。(中略)…以上を総合すると、Y職員の不法行為によりXらが被った精神的苦痛を慰謝するには、X1につき130万円、その他のXら3名につき各43万円をもって相当と認める。(中略)…本件訴訟の提起・追行を委任したことは、当裁判所に顕著な事実であり、本件事案の内容、性質、難易度、認容額等に鑑みると、本件不法行為と相当因果関係のある弁護士費用は、X1につき13万円、その他のXら3名につき各4万3000円と認めるのが相当である」。

6. 転倒事故につき債務不履行及び民法717条の損害賠償責任が認められた事例 福島地裁白河支判平成15年6月3日判時1838号116頁

【事案】

介護老人保健施設に入所中のX(当時95歳)が、自室のポータブルトイレ中の排泄物を捨てるため施設内の汚物処理場に赴いた際に、仕切りに足を引っかけて転倒、負傷した。

そこで、Xは、同施設を経営するYに対し、(1) Yは、Xとの間の介護老人保健施設利用契約に基づき、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務があるのにこれを怠った債務不履行責任を負う、(2) 本件汚物処理場の出入り口が、身体機能の劣った要介護老人にとっては本件仕切りは危険であり、民法 717 条の工作物の瑕疵に該当すると主張して、債務不履行または民法 717 条に基づき損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yが、本件契約に基づき、介護ケアサービスの内容として入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務があったこと、(中略) …が認められる。(中略) …居室内に置かれたポータブルトイレの中身が廃棄・清掃されないままであれば、不自由な体であれ、老人がこれをトイレまで運んで処理・清掃したいと考えるのは当然であるから、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務と本件事故との間に相当因果関係が認められる。(中略) …したがって、Yは、本件事故に関して、Xに対して本件契約上の債務不履行責任を負う」。

「本件施設は、身体機能の劣った状態にある要介護老人の入所施設であるから、その特質上、入所者の移動ないし施設利用等に際して、身体上の危険が生じないような建物構造・設備構造が特に求められているというべきである。しかるに、現に入所者が出入りすることがある本件処理場の出入口に本件仕切りが存在するところ、その構造は、下肢の機能の低下している要介護老人の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状の設備であるといわなければならない。これは民法 717 条の『土地の工作物の設置又は保存の瑕疵』に該当するから、Yには、同条による損害賠償責任がある」。

そうした上で、合計金 537 万 2543 円の損害賠償が認められた（そのうち、認容額の二割に相当の弁護士費用を含む）。

7. 転倒事故につき債務不履行責任が認められた事例

福岡地判平成 15 年 8 月 27 日判時 1843 号 133 頁

【事案】

高齢に伴う身体機能及び精神機能の低下により要介護四の認定を受けていたX（当時 95 歳）は、平成 12 年 7 月 4 日、Yとの間で通所介護を内容とする契約を締結し、本件事故に至るまで、概ね週三回、Yの施設を 52 回利用した。Xは、平成 12 年 11 月 9 日午後 1 時 40 分頃、Y施設の畳敷きの静養室において昼寝から寝覚めた後に、入り口付近の段差で転倒し、右大腿骨骨折を負った。そこで、Xは、本件事故による歩行不能、痴呆状態の増悪の後遺障害を負ったとして、Yに対し、介護サービス契約上の安全配慮義務の不履行を理由として合計 1340 万円の損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「通所介護契約は、事業者が利用者に対し、介護保険法令の趣旨にしたがって利用者が可能な限りその居宅において、その有する能力に応じた自立した日常生活を営むことができるよう通所介護サービスを提供し、利用者は事業者に対しそのサービスに対する料金を支払うというものであるところ（契約書一条）、同契約の利用者は、高齢等で精神的、肉体的

に障害を有し、自宅で自立した生活を営むことが困難な者を予定しており、事業者は、そのような利用者の状況を把握し、自立した日常生活を営むことができるよう介護を提供するとともに、事業者が認識した利用者の障害を前提に、安全に介護を施す義務があるというべきである」。

「Xは、本件事故当時九五歳と高齢であり、両膝関節変形性関節症を有しており、歩行に困難を来すとともに、転倒の危険があり、このことは、(中略)…Yには知らされていた。

本件事故までに、Yは、Xの52回にわたるY施設の利用状況及びその記録から、XのY施設内での活動状況を把握しており、(中略)…、以上の諸点に鑑みれば、Xが、静養室での昼寝の最中に尿意を催すなどして、起きあがり、移動することは予見可能であった。さらに、居宅サービス計画書にあるとおり、Xは、視力障害があり、痴呆もあったのだから、静養室入口の段差から転落するおそれもあったといわざるを得ず、この点についてもYは予見可能であった。そして、本件事故時、Y従業員は、(中略)…Xが目を覚まし移動を開始したことについても、気付く状況がなく、当然、Xの寝起きの際に必要な介護もしなかった。そうすると、本件事故は、Yが、Xの動静を見守った上で、昼寝から目覚めた際に必要な介護を怠った過失により発生したといわざるを得ず、Yには、本件事故によりXに発生した損害を賠償する責任がある」。

「Xは、症状固定時において歩行不能であり、高度の痴呆があったが、他方で、本件事故前のXには、(中略)…、現在は家族の顔の判別ができないが、本件事故前から家族の顔が判別できないことがあったこと、本件事故前から認知能力、物忘れとともに重度の障害と認定されていたこと、さらに、本件事故時のXの年齢等、本件に顕れた一切の事情を考慮すれば、本件事故による後遺障害慰謝料は350万円とするのが相当である。(中略)…以上の事実を総合すれば、症状固定まで入院加療157日を要する傷害を負ったことに対する慰謝料としては120万円が相当である。(中略)…本件は、債務不履行による損害賠償請求事件であり、Yに対し、弁護士費用を負担させるのは相当でない。(中略)…Xの損害額は、後遺障害慰謝料350万円、傷害慰謝料120万円の合計470万円である」。

8. 誤嚥事件につき遺族らの損害賠償請求が棄却された事例

神戸地判平成16年4月15日判例集未登載

【事案】

亡Dの遺族Xらは、特別養護老人ホームZに入所していた亡Dが、朝食の際に同所の職員から介助された牛乳に浸したパンを食べ、これを喉に詰めて死亡したのは、同所の職員の過失によるものであるとして、同職員Y2及びZを運営しているYに対して、注意義務違反による不法行為責任に基づき損害賠償請求をした。

【判旨】請求棄却。

誤嚥のメカニズムに関する判断及びその二段階の区分をもって、亡Dの誤嚥について、亡Dの誤嚥が「咽頭通過、食道への送り込み」の段階の誤嚥ではなく、「食道通過」の段階の誤嚥であると認定した上で、裁判所は、以下のように判示した。「亡Dにおいて、食べると

むせるという状況はあったものの、それにも波があり、また、亡Dは尿路感染による発熱はあったが、肺炎を繰り返すという状況ではなく、その他の症状についてはいずれもこれを認めることができない。かえって、亡Dは、食事を全量摂取することも多かったのであり、本件事故以前に才の段階（食道通過の段階）の誤嚥の兆候を認めることはできない。Y2としては、亡Dにおいて、本件事故において生じた才の段階の誤嚥の兆候は認識していないのであるから、亡Dが介助したパン粥を口に溜め込み、なかなか飲み込まないという事態を受けて、上記誤嚥の可能性を認識することは不可能であり、仮に認識すべき義務があるとすると、これには、食事介護中は常に肺か頸部の呼吸音を聞く必要があり（但し正確に聞くには熟練が必要である）、また、誤嚥を一番正確に評価するには嚥下造影をすることになるが、このようなことを病院でない特別養護老人ホームであるZの職員に義務づけることは不可能を強いることとなり、このような義務を認めることはできない。

以上を前提とすると、Xらが主張するY2の注意義務違反行為（中略）…が認められない。

9. 誤嚥事件につき老人ホームの責任が認められた事例

名古屋地判平成16年7月30日判例集未掲載

【事案】

Yが設置経営する特別養護老人ホームにおいて、Yの職員による介助を受けて食事中に、こんにゃくとはんぺんを咽に詰まらせて窒息死した亡Dの遺族であるXらは、Yに対し、不法行為（715条）又は債務不履行に基づき、損害賠償請求をした。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「したがって、F職員は、Dの口の中にこんにゃくが残っていることを見過ごして、あるいは、Dがこんにゃくを飲み込む前であったにもかかわらず、飲み込んだかどうか（嚥下動作）を確認しないで、はんぺんを食べさせたものと推認することができる。（中略）…そして、Dが介助を要する当時75歳の高齢者であり、義歯（総入れ歯）も装着していたこと、XらからDの飲み込みが悪いこと等がY施設の看護職員に告げられ、入所時一般状態調査票ないしショートステイ用一般状態記録にも、Dに嚥下障害がある旨が記載されていたこと、こんにゃくは、食べにくく、のどにつまらせやすく嚥下障害の患者や高齢者に向かない食物であると指摘され、はんぺんと同じ練り製品であるかまぼこも嚥下障害の患者に向かない食物であると指摘されており、これらのことは市販の書物や公開されたホームページ等でも紹介されていること等を考慮すると、Dにこんにゃくやはんぺんを食べさせるに際しては、Dに誤嚥を生じさせないよう細心の注意を払う必要があったことは明らかであって、F職員は、こんにゃくを食べさせた後、Dの口の中の確認及びDの嚥下動作の確認をする注意義務を負っていたというべきである。したがって、F職員が、これらの確認をしないまま、こんにゃくに続いてはんぺんを食べさせたことは、不法行為法上の過失に当たるといことができる。（中略）…、Yは、民法715条に基づき、Dの死亡により生じた損害を賠償する義務を負うというべきである」。

「亡Dが本件事故当時に要していた生活費等の額、亡Dと生計を同じくしていた家族の人

数及びその収入、亡Dの年金収入に生活を依存していた家族の有無等が明らかになっていない本件においては、亡Dが上記年金の受給をしていたからといって、それだけで亡Dの逸失利益が存したことの証明がなされたということとはできない。「Xらと亡Dとの身分関係に照らし、Xらが亡Dの死亡により多大な精神的苦痛を被ったことは明らかであるところ、本件に顕れた一切の事情を斟酌する」とした上で、Xらにそれぞれ700万円認められた。そのほか、支出した実費の葬儀費用106万円余及び、認容額の一割程度の弁護士費用の賠償が認められた。

10. 転倒事故につき職員の介護に過失があるとして損害賠償が認められた事例

横浜地判平成17年3月22日判時1895号91頁

【事案】

福祉法人Yの経営する介護老人施設で通所介護サービスを受けていた女性X(当時85歳)は、同施設の職員による歩行介護が受けられなかったため、同施設のトイレ内において転倒し、右大腿骨頸部内側骨折の傷害を受け、後遺症が生じたとして、Yに対し、債務不履行または不法行為に基づき、損害賠償金合計3977万円余の支払を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yとしては、通所介護契約上、介護サービスの提供を受ける者の心身の状態を的確に把握し、施設利用に伴う転倒等の事故を防止する安全配慮義務を負うというべきである。(中略)…本件事故当時において、Xは、杖をついての歩行が可能であったとはいえ、歩行時に転倒する危険性が極めて高い状態であり、また、Xのそのような状態について本件施設の職員は認識しており又は認識し得べきであったといえるから、Yは、通所介護契約上の安全配慮義務として、送迎時やXが本件施設内にいる間、Xが転倒することを防止するため、Xの歩行時において、安全の確保がされている場合等特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務を負っていたものというべきである」。

「介護担当職員であるBは、(中略)…、Xが本件トイレ内に入った際、Xから本件トイレ内に同行することを拒絶されたことから、本件トイレの便器まで同行することを止め、Xを一人で便器まで歩かせたというのである。しかし、(中略)…、本件トイレは入口から便器まで1.8mの距離があり、横幅も1.6mと広く、しかも、入口から便器までの壁には手すりがないのであるから、Xが本件トイレの入口から便器まで杖を使って歩行する場合、転倒する危険があることは十分予想し得るところであり、また、転倒した場合にはXの年齢や健康状態から大きな結果が生じることも予想し得る。そうであれば、Bとしては、Xが拒絶したからといって直ちにXを一人で歩かせるのではなく、Xを説得して、Xが便器まで歩くのを介護する義務があったというべきであり、これをする事なくXを一人で歩かせたことについては、安全配慮義務違反があったといわざるを得ない」。

「確かに、要介護者に対して介護義務を負う者であっても、意思能力に問題のない要介護者が介護拒絶の意思を示した場合、介護義務を免れる事態が考えられないではない。しかし、そのような介護拒絶の意思が示された場合であっても、介護の専門知識を有すべき介

護義務者においては、要介護者に対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性和を専門的見地から意を尽くして説明し、介護を受けるよう説得すべきであり、それでもなお要介護者が真摯な介護拒絶の態度を示したというような場合でなければ、介護義務を免れることにはならないというべきである。

本件施設は介護サービスを業として専門的に提供する施設であって、その職員は介護の専門知識を有すべきであるが、本件事故当時、Xが本件トイレに単独で入ろうとする際に、本件施設の職員はXに対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性を説明しておらず、介護を受けるように説得もしていないのであるから、Yが上記の歩行介護義務を免れる理由はないというべきであり、(後略)…。なお、Xは、不法行為の成立も主張するが、上記歩行介護義務は上記通所介護契約に基づいて導かれるものであるから、本件では不法行為の成立までは認められない。

「Xにおいても、本件事故発生について過失があるものというべきで、(中略)…。Xの過失割合は三割というべきである」とした上で、治療費、入院雑費、近親者介護料、入浴サービス料、器具リース料、家屋改造費、入通院慰謝料、後遺症慰謝料及び前掲額の割に相当する弁護士費用が損害として総額 1253 万円余の賠償が認められた。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

高齢化社会の進むとともに、成年後見、介護などの高齢者にかかわる役務の給付も注目され、その法的取り扱いについての研究の必要性和もますます高まる。介護役務の給付はその中の重要な一つとなる。介護役務の給付について、従来は、社会福祉法上の分野で福祉措置としてなされた研究と有料老人ホームを中心とする民法学上の研究との両方が見られる。前者は、介護の役務的性質よりも、むしろ社会福祉との公的責任の方に重視して、民法の視野から距離をおく点がある。これに対し、後者は、私的契約を中心としてなされている⁷⁴。学説状況を概観すると、介護役務については以下の諸点が見られる。

まず、老人ホーム契約の法的性質について、様々な展開が見られる⁷⁵。これらの諸学説を

⁷⁴ その主な文献として、山口純夫「有料老人ホーム契約——その実態と問題点」判タ 633 号 (1987 年) 59 頁以下、水本浩「有料老人ホーム研究の意義と必要性」ジュリスト 949 号 (1990 年) 16 頁以下、丸山英気「有料老人ホーム契約の性格」ジュリスト 949 号 (1990 年) 19 頁以下、内田勝一「有料老人ホーム利用契約関係の特質と当事者の権利・義務」ジュリスト 949 号 (1990 年) 25 頁以下、澤野順彦「利用の対価」ジュリスト 949 号 (1990 年) 30 頁以下、後藤清「有料老人ホームに関する若干の考察」民商法雑誌 104 巻 4 号 (1991 年) 1 頁以下、長尾・前掲第三章注 (22) 105 頁以下、執行秀幸「有料老人ホーム契約の法的課題と展望」早稲田法学 69 巻 4 号 (1994 年)、濱田俊郎「有料老人ホームをめぐる法律問題」自由と正義 45 巻 10 号 (1994 年)、下森定編『有料老人ホーム契約』(有斐閣 1995 年)、玉田弘毅「有料老人ホーム入居契約の法的性質と入居者の権利——特に介護付終身利用型有料老人ホームを中心として——」清和法学研究第 6 巻第 1 号 (1999 年) 15 頁以下などがある。そのほか、在宅ケアサービスに関する文献として、(田中幹夫「在宅ケアサービスをめぐる法的問題」自由と正義 45 巻 10 号 (1994 年) 44 頁以下) がある。

⁷⁵ 特に介護付き終身利用型有料老人ホームの法的性質及び入居者の権利に関する諸学説をまとめた論述として、玉田・前掲注 (74) 17 頁以下参照。老人ホーム契約の法的性質について、代表的な学説として以下の諸説が見られる。すなわち、山口説「有料老人ホーム契約は、一定のまとまった一時金と月々の利用料の支払を対価とする終身のサービス提供契約であり、そのサービスの内容は、一時金の額に見合う特定の居住空間の専用使用権と食事や医療・介護をはじめとするサービスの提供からなるものであって、その契

総合的にみると、老人ホーム契約の法的性質について、内容的にみて生活の場の提供と役務の給付から成っていることから、居住の面で賃貸借的要素があること、役務給付の面では委任、準委任的要素があることについては殆どの学説が支持している。ただし、役務給付の面については、委任、準委任的要素のほか、請負的、寄託的要素も含まれるとされる学説もある。実際に、居住の面についても、物（住居）の利用を中心としているが、その物の利用が高齢者の安心な老後生活のためになされた様々な役務給付の前提となること、及び役務提供のために当該物の役務給付に適合する性能・品質の維持・管理自体が一種の役務提供ともいえることは否定できないであろう。従って、老人ホーム契約における物（住

約の具体的内容やその対価、あるいはその法律的性質は、当初の契約にもられた提供されるサービスの内容によって定める」、「有料老人ホーム契約を終身ケア契約と位置づけ」、「その一環として、そのホームの居住権とか、利用権とか、そういうサービスを受ける権利」入居者にある（山口・前掲注（74）59頁以下）、内田説「賃貸借と役務提供契約（準委任）との要素を含む混合契約」であって、「施設により提供されるサービスの度合に応じて利用権の内容が段階毎に変更する、…要介護状態が高まり、入居者に提供される各種サービスが増大すると伴って、役務提供の役割が強まり、重度の介護サービスが必要な段階ではサービス契約的要素が中心となる」、「法的処理に際しては、問題状況に応じて、構成要素のある部分の色彩が強くと現れると考えていくべきであろう」（内田・前掲注（74）25頁以下）、丸山・前田説「入居契約とは、…利用権設定とサービスないしケアを提供する、いわゆる役務供給を内容とした一種の無名契約というべきである。利用権設定とは、ホームの特定部分への居住の保障とそれに伴う共用施設の利用の保障である。…利用権型では、この権利は賃借権類似の権利であるということができよう。…ホームのサービスないしケアの提供の側面は、委任、請負の混合契約といえよう。つまり、ホームに善管注意義務、報告義務がある点で、委任の要素があるが、費用等につき必ずしも清算を要求されていず、現実の費用に比較して多く支払っても少なく支払っても、過不足を要求しない点で請負的要素があるようにみえる。しかし、…請負的要素は可能な限り排除していくことは望ましいといえよう」（丸山英気・前田敬子『検証有料老人ホーム』（有斐閣1993年）136頁以下）、長尾説「…非典型契約である。居住空間の利用については、あたかも建物の賃貸借的要素があるようであり、食事を提供されるという点では請負的要素もあい、ときに、食堂で料理をとる行為については料理の売買という要素があるようであり、健康管理や介護については準委任、あるいは、雇傭的な要素を帯びるようでもある。もつとも、そうであるからといって契約に具体的問題の取り扱いについての規定がないとき、これらの要素に関連する民法の契約の規定を適用すべきではない、これらのサービスを受ける権利は不可分に結びついているものだからである」（長尾・前掲第三章注（22）138頁以下）、野村説「有料老人ホームの入居契約は一種の無名契約である」。「ただし、居住施設の利用については、建物賃貸借契約における賃借人の権利に類似している」が、建物賃貸借と異なり、「終身利用権は入居者の死亡によって消滅するものとされ」、「また、サービス給付については、請負契約における注文者の権利あるいは委任契約における委任者の権利に類似している」（野村豊弘「ホーム契約における消費者保護」下森定編『有料老人ホーム契約』（有斐閣1995年）151頁以下）、河上説「有料老人ホーム契約は、ホームが終生にわたって入居者の生活の場を提供し、世話し、支援する…という、極めて抽象的かつ包括的な債務を目的とした…枠契約（rahmenvertrag）であって」、「委任もしくは準委任契約的色彩が最も強い」、そして、「個々の具体的サービスは、後から必要に応じて変化しつつ内容を確定され、履行され」、「専用居室の利用自体も、入居者の健康状態以下には必ずしも固定された権利と考えられていない」、「当事者の意図は、単なる居室の利用に向けられているわけではなく、同等にあるいはそれ以上に、これに結び付けられたサービスへの期待にも向けられていること」（河上正二「ホーム契約と約款の諸問題」下森定編『有料老人ホーム契約』（有斐閣1995年）162頁以下）、玉田説「介護付終身利用型有料老人ホーム入居契約が、入居者の死亡を終期とする不確定期限付契約である…また、…居住の面で賃貸借的要素があること、役務給付の面では委任、準委任的要素があること、…ただし、役務給付の面については、上記要素のほかに請負的要素、寄託的要素もある…役務給付の多種多様性に鑑みると、それは委任、準委任的要素につけるものではなく請負、寄託的要素などもあるとするのが当を得ているといえよう。ともあれ、この種の有料老人ホーム契約が民法が予定する典型契約のいずれにも当てはまらない無名契約であり、上記諸要素からなる混合契約である」（玉田・前掲注（74）25頁）等の諸説である。そのほかに、後藤説「入居契約の性質については、賃貸借とサービス提供とが結びついた混合契約とみる」（後藤・前掲注（74）1頁以下）、佐藤説「入居契約は、単純な賃貸借ではなく、ケアの要素が含まれた契約である」（佐藤義彦「高齢者住居と家族法——扶養義務・相続人の権利など」日本土地法学会編『高齢者住居・登記制度・新地価税（土地問題双書29）』（有斐閣1991年）42頁以下）なども存在している。

居)の面については、役務給付の際の人員・施設などのハード面の一つの場面とみることも不可能ではない。このような分析を踏まえて、老人ホーム契約は、高齢者の生活支援・介助・介護という役務の給付を中心とする役務提供契約であり、その中で、役務提供者側からみれば、役務に適う物の性能の維持、適切な役務の給付などがその主な債務となるものであるといえるであろう。もちろん、こうした債務の具体的な提供行為については、賃貸借に類似な関係(高齢者生活支援という特徴を帯び、通常の賃貸借と異なる住居の利用関係)、請負類似な具体的な完成義務(例えば、おむつの交換や、入浴サービスなどは仕事の完成を目的とする請負的行為であろう)、寄託類似な関係(財産などの寄託・管理にも存在可能である)、委任・準委任類似な関係など、それぞれの存在が可能である。しかし、こうした各々の具体的な給付をあわせて、全体としての役務提供がなされることは老人ホーム契約であるため、提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断する際に、性質決定の意義は否定できないが、契約の性質決定よりも、契約解釈の手法を用いてその契約内容を具体的に認定した上で、その各々の具体的な義務の違反の有無に着目するのが適切であるのではないかと考えられる。

第二、従来は、介護について、老人ホーム契約と異なって、福祉措置の公的役務給付もあったが、2000年より実施されている介護保険制度のもとでは、この役務提供が利用者と事業者との契約方式に転換された。すなわち、社会保険方式による費用保障が公的責任とされ、役務の供給それ自体は、利用者と事業者とを当事者とする私法上の契約に委ねられるのである。したがって、こうした福祉契約は、前述した老人ホーム契約とそれほど違わないようになる。その理由から、前掲老人ホームに関する議論は、福祉契約の場合にもあたると考える。老人ホーム契約と同様に、福祉契約の法的性質についても、準委任契約説と請負契約説、非典型契約説などが現在のところ提唱される⁷⁶。しかし、社会保障法領域では、そう簡単に受け入れず、様々な展開が見られる⁷⁷。関連文献を横断的に見渡すと、福祉契約の特性については、①労務・役務提供型契約であること、②継続的契約であること、③契約の公共性・倫理性、④非産業性、⑤当事者の非対等性、⑥質の評価・表示の困難性、⑦契約目的の不明確性、⑧契約内容の非特定性、⑨契約内容の要規制性、⑩福祉の手段としての契約の10項目に大きく整理することができる⁷⁸。これらは、役務受領者側の特殊性に重視

⁷⁶ 品田充儀「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸大論叢51巻2号(2000年)、笠井修「福祉契約論の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」森泉章編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』(法学書院2003年)674頁、新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論集15巻3号(2001年)等参照。しかし、契約の性質決定論に対する批判も見られる。例えば、小西知世「福祉契約の法的関係と医療契約」『介護保険と福祉契約』(社会保障法第19号)(法律文化社2004年)103頁では、「契約の性質決定の問題は、(中略)…、契約の有する特質や内容・実体を検討した後に論ずべき」と指摘される。

⁷⁷ 代表的な文献として、日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』(法律文化社2001年)、『介護保険と福祉契約』(社会保障法第19号)(法律文化社2004年)などがある。

⁷⁸ 小西・前掲注(76)103頁。なお、老人ホーム契約についても、類似する指摘が見られる。例えば、河上・前掲注(75)162頁以下においては、ホーム契約について、①入居契約の市場的性格と入居後の閉鎖的性格(消費共同体としての自己完結性)、②高額商品・複合的役務給付・複雑な料金システム(対価関係の透明度の低さ)、③給付の継続性；終身にわたる運命共同体、④給付内容のあいまいさ、⑤関係解消の困難さ、

して、特に高齢者の意思能力の問題、時間の進行と共に利害判断能力の衰退などの特殊性が重視される。それと同時に、介護保険などの役務提供契約について、従来のように、社会保障法分野で福祉契約と公的責任との関係を論じる文献も存在する⁷⁹。

第三に、介護役務給付の質については、以下のような展開が見られる。

一方、老人ホーム契約については、給付内容の評価・表示及びその瑕疵の判断の困難さがよく指摘される⁸⁰。これを解消するため、規制の強化や契約内容・関係の適正化などの対策が提案される⁸¹。さらに、給付内容である役務の評価について、その具体的な判断基準を論ぜず、老人ホーム契約における債務の内容などの具体的な列挙⁸²にとどまるのが一般的であるとはいえ、役務提供契約の一般論の下で、間接に老人ホーム契約を論じた文献もある⁸³。それによれば、「有料老人ホーム契約における給付（中略）…、何が適切かつ完全な給付であるのかの客観的基準は、一概に決定できるものでない。一方で、できる限りの定量化をはかりながら、定量化しきれない部分については、合意されたことの契約目的に照らして、給付の時期や期間・態様とりわけ能率性・約束された成果・前提とされた給付提供者の資格の存否、当事者のおかれた状況などを総合的に勘案して判断するほかない。もっとも、…老人の生活・健康・安全に関わるだけに、状況と対象に応じた弾力性を認めつつも、最低限守られるべき一定『水準』の維持や、役務の『規格』という観念はきわめて重要である。また、生身の老人がまるごと施設設置者の勢力圏に置かれて給付を受けるわけであるから、生命・身体・健康をはじめ財産全般に対する安全配慮という観点からも、給付内容を検討していく必要がある」とされる⁸⁴。

他方、福祉契約における役務の質については、具体的な判断手法も提示されている。すなわち、「契約解釈によって求められる債務としてのサービスの質の水準が確定できればそれによって判断されることになる。しかし、契約解釈からそれを導けない場合には、提供されたサービスが水準を満たしたものであったか否かを、中等の品質のサービス（民法 401 条 1 項のサービスへの類推適用）、善管注意義務（644 条）の枠内での判断にゆだねることが考えられる。…サービス取引の場合には、サービスそのものの品質とその提供の態様とということを区別する意味がないことが多く、…サービス提供契約では、善管注意義務を尽くしたかに関する判断と中等の品質のサービスを提供したかに関する判断は、その実質的

⑥対価的目的物の私的購入部分と入居者相互の保険的部分の混在、⑦顧客圏の利害判断能力の相対的劣位・衰退の進行、⑧事業主体の営利的性格と事業目的に内在するジレンマなどの特殊性を指摘されている。

⁷⁹ 芝田英昭「福祉サービスの公的責任」『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』（法律文化社 2001 年）30 頁以下、秋元美世「福祉契約の法的関係と公的責任——介護保険制度の問題を中心として——」『介護保険と福祉契約』社会保障法第 19 号（法律文化社 2004 年）136 頁以下。

⁸⁰ 執行・前掲注（74）230 頁、濱田・前掲注（74）18 頁以下、河上・前掲注（75）164 頁以下等参照。

⁸¹ 長尾・前掲第三章注（22）105 頁以下、執行・前掲注（74）230 頁以下など参照。

⁸² 役務の内容は契約により異なるが、通常は、生活全般にわたる相談・助言、専門的な健康相談及び診断、食事の提供、食堂の利用、余暇活動の指導、病気時の介護など多方面にわたっており、及び医療介護の場合には、介護の程度と内容とがそれぞれ応じて定められる。

⁸³ 河上・前掲注（75）164 頁以下。

⁸⁴ 老人ホーム契約における安全配慮については、後藤・前掲注（74）9 頁以下にも参照。

内容がほぼ重なり合い、融合することが多いであろう。この中で質の評価をどのように標準化し、『評価の客観化』をどのように達成するかが重要な問題となるのである」とした上で、こうした「中等品質」や「善管注意義務」を具体化する基準として、看護学における過程と結果という両方に着目している三層基準論を導入していた。即ち、「福祉サービスの評価の枠組みは、一般に、ストラクチャーベースの基準、プロセスベースの基準、アウトカムベースの三層の基準から構成されているものとみることができる。ストラクチャーとは、サービス提供を行なう事業者側の人的・物的設備の面からの評価であり、そのサービスが提供される組織やその組織の持つ施設環境、備品、その施設で働く専門職の多さなどが評価の対象となる。…プロセスとは、サービスが提供される過程の諸要素からの評価であり、誰が、どのようにそのサービスを提供しているか、その提供方法が基準に合致しているかを評価対象とすることになる。…アウトカムは、サービスの成果からの評価であり、具体的にサービスを受けた結果利用者にどのような変化が現われたかを評価することになる」との評価基準である⁸⁵。こうした三層基準論は、役務瑕疵判断基準として、重要な示唆があるとはいえ、構造・プロセス・結果三者それぞれを判断する際には、契約解釈・義務認定及び提供された構造・プロセス・結果と照合した上で、その違反の有無及び他の要件のもとで債務不履行責任を検証するのは、契約責任の一般的な判断手法との間に実質的な違いはないといえるであろう。

福祉役務の質に関わって、前掲三層基準論のほか、福祉契約の特性に応じて、役務提供者の義務の細分化を通じて債務不履行責任を認定する手法も見られる。具体的には、福祉契約上の役務提供者の義務として、信義則に基づく義務の拡大、善管注意義務の強化、公正義務、透明化義務、紛争・苦情解決義務⁸⁶及び役務提供義務、個人情報保護義務⁸⁷などが挙げられている。そのほか、行政規制、業界規制による基準を論じたものもある⁸⁸。

前述したように、老人ホーム契約における役務の質に関する論述と福祉契約における役務の質に関する論述は、両者間にはそれほどの相違があるとはいえない。したがって、両者の下で展開される諸見解もお互いに当てはまると考えられる。

第四に、役務に瑕疵がある場合の法的効果について。一方、老人ホーム契約については、契約の解除及び一時金の返還などに焦点を合わせる状況⁸⁹にある。他方、福祉契約の場合に

⁸⁵ 筒井孝子『介護サービス論』（有斐閣 2001 年）93 頁以下、笠井・前掲第三章注（48）、同・前掲第三章注（3）76 頁以下、関川芳孝「瀧澤報告（瀧澤仁唱「介護サービスの基準と質」）へのコメント」『介護保険と福祉契約』社会保障法第 19 号（法律文化社 2004 年）66 頁以下などを参照。

⁸⁶ 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義 52 巻 7 号（2001 年）18 頁以下。しかし、これらの義務違反の効果について、具体的には展開されていない（なお、苦情解決義務の違反については、「提供者が苦情解決の努力を怠り、その懈怠が信義則上重大な懈怠と判断される場合には、提供者は損害賠償義務を負うと解すべきであろう」と指摘される）。

⁸⁷ 小西・前掲注（76）105 頁以下。

⁸⁸ 瀧澤仁唱「介護サービスの基準と質」『介護保険と福祉契約』社会保障法第 19 号（法律文化社 2004 年）51 頁以下、平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」同前誌 124 頁以下などがある。

⁸⁹ もっぱら老人ホーム契約の終了に関する問題を論じる文献として、山本直生「老人ホーム契約終了をめぐる法的諸問題——老人ホーム契約の終了原因について」大学院研究年報（中央大学）法学研究科篇 33 号（2004 年）37 頁以下、同「老人ホーム契約終了後における事務処理の問題について」大学院研究年報（中

については、福祉契約における契約違反及び「福祉過誤」⁹⁰を論ずる文献も見られる⁹¹。それによれば、不完全な福祉役務提供があった場合に、追完、損害賠償、解除と事業者の交替などの救済方法が提言されている。その中で、福祉役務の場合に、「不完全なサービス提供があっても、それ以後もサービス提供が繰り返されるとその過程で事実上追完されるという性質がある。そこで、次のサービスが提供されると前の不完全な給付の追完が無用になってしまうこともある」という追完の特性が強調されている。損害賠償については、福祉過誤に基づいて契約当事者たる利用者に損害が生じた場合には、安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任と不法行為責任が競合的成立する可能性があるとした上で、「福祉過誤によって利用者が被る損害は、特に利用者の身体におよぶものが中心となろう。これはいわゆる拡大損害であるが、その拡大については、利用者側の対応や、健康状態なども影響するため、これらの要素が事業者の責任範囲を左右することになる」と指摘される。そのほか、役務提供過程における事業者側の損害（例えば、利用者の病気が役務提供者に感染した場合）も問題となりうると指摘される。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

諸裁判例を考察すれば、裁判実務においては、以下の諸点が見られる。

まず、老人ホーム契約か、福祉措置かもしくは介護保険契約かを基準として分けて考察すると、諸裁判例に限り、そもそも三者間に公的関係かどうか及び利用資格などの差は存在するが、介護役務の提供及びそれに瑕疵があるとされる場合の法的責任については、国家賠償責任の可能性を除き、三者間の相違はあまり見られないことが明らかとなる。上記諸裁判例は、いずれも介護利用者と介護役務提供者との契約関係が存在した事案であり、老人ホーム契約か介護保険契約かを問わずに、私法上の権利義務関係及びその民事責任の有無をめぐる展開された事案である。三者を意識的に区別した上で介護役務の瑕疵及び提供者側の責任を認定する手法は見当たらない。

第二に、訴訟はそれほど多いではないこと及び主に介護事故をめぐる事案であること。諸裁判例を総合的に見ると、件数上は10件しかない状況にあり、かつその事案は、ほとんど介護事故にかかわる訴訟であり（裁判例1を除き）、人身事故を起さるまでではない程度のその他の役務不十分については、苦情の申し立てなどの段階にとどまり、訴訟の提起に至るまでのものはあまり見られない⁹²状況が明らかとなる。その中で、訴訟件数が少ないことについては、以下のいくつかの理由が指摘される⁹³。①介護役務の供給量が限定されており、

中央大学) 法学研究科篇 34号 (2005年) 73頁以下参照。

⁹⁰ 福祉過誤については、「不完全履行に当たる場合としては、サービス内容の不完全さによって利用者の生命・身体、他の財産に拡大損害が生じた場合や、履行方法の不完全、履行に際しての注意の不完全によって利用者に損害を生じた場合がありえよう。これは、『福祉過誤』とみるべき場合である」と指摘されている(笠井・前掲注(76)677頁以下)。

⁹¹ 笠井・前掲注(76)661頁以下。

⁹² なお、裁判例1においては、提供された役務の不十分さについても検討されたが、役務自体の不十分さは、損害賠償額の算定に考慮される要素に過ぎないように見える。

⁹³ 執行・前掲注(74)232頁以下、国民生活センター「介護事故例と補償の実態——その2・介護事故の補償例と裁判例」賃金と社会保障1281号(2000年)50頁以下、鳥野猛「高齢者施設における介護事故裁判

代替の介護役務を確保できない利用者側が、特別養護老人ホームその他の介護役務提供者との関係悪化をおそれて、介護事故を問題にできなかったこと（ホームへの依存度が高い、関係解消の困難性、立場の弱さ）、②福祉の世話になっているという意識が、介護事故を取り上げることを躊躇させること（感情的働き）、③利用者の心身の機能が衰えていたり、経済的余力がないため、事故責任を追及するだけの力がなかったこと、④一部の事故については、損害保険で賄わせて、事故が顕在化しなかったこと、⑤介護役務の質については、客観的に特定することは難しく、物の取引と異なり、物的証拠がないなどによる役務の質に関する役務提供者の責任を追及することは容易ではないこと（立証の困難性）、⑥訴訟の経済的合理性の問題。被害者である高齢であるということから（例えば、就労可能な期間の逸失利益）、一般的にはそれほど多くの賠償は期待できないと思われるので、獲得可能な賠償額と訴訟遂行との費用・立証困難性による勝訴の見込みとの間の訴訟の経済的合理性の問題も、訴訟提起を困難にするもう一つの要素である。そのほか、介護役務の瑕疵に対する追完上の特殊性も、訴訟が少ないことに影響を及ぼす。すなわち、不完全な介護役務がなされた場合に、その後には繰り返されるとその過程に事実上追完される可能性もあり、その追完給付によって役務受領者の訴訟提起の意向がある程度に解消されるからである。

ところで、社会の高齢化及び介護保険法の実施による介護の契約化などに伴って、介護役務をめぐる民事訴訟がより多くなることが予想されうる。

第三に、責任の法的構成から見れば、不法行為責任構成をとった裁判例と債務不履行構成をとった裁判例、両方ともある。具体的にみれば、裁判例1（予備的に債務不履行責任も請求していたが、裁判所はもっぱら不法行為責任をめぐって判断した。それと同時に、債務不履行責任構成をとるべきはずの契約内容である役務提供の不十分は、慰謝料算定の考慮要素となる）、2（転倒負傷事故につき、準委任契約上の債務不履行責任）、3（食事介助にあたり起きた死亡事故につき、債務不履行責任の請求も同時になされたが、裁判所は、使用者責任構成をとった）、4（転落事故死につき、使用者責任）、5（被介護者の行方不明につき、使用者責任）、6（転倒負傷事故につき、債務不履行責任と土地工作物責任）、7（転倒負傷事故につき、安全配慮義務の不履行による債務不履行責任）、8（食事介助における死亡事故につき、不法行為責任）、9（食事介助における死亡事故につき、使用者責任または債務不履行責任を主張したが、裁判所は使用者責任についてのみ判示した）、10（債務不履行または不法行為を主張したが、契約上の介護義務の違反によって債務不履行責任を認めた。不法行為の成立を明白に否定した）等である。したがって、債務不履行責任構成をとったのは裁判例2、6、7、10の四件であり、使用者責任をとったのは裁判例3、4、5、8、9の五件である。そのほか、裁判例1は一般不法行為をとったのである（一見すると、契約締結上の過失による不法行為責任をとったと見えるが、契約締結上の過失だけではなく、完全な履行を確保できない見込みがあった場合の対応、実際に提供された役務の不十分な

からみた社会福祉の課題』『21世紀における社会保障とその周辺領域』編集委員会『21世紀における社会保障とその周辺領域』（法律文化社2003年）90頁以下、加藤博史「介護保険施設内事故と訴訟——福島地裁白河支部判決（平15.6.3）を得ての雑感」賃金と社会保障1353号（2003年）53頁以下等々。

ども考慮されたうえで、老人ホーム設置者の過失による不法行為責任が認められたとされた)。なお、裁判例7においては債務不履行責任のほか土地工作物責任も認められた。

上記の現象を検討するためには、使用者責任をとった五件の裁判例をより詳しく考察する必要がある。その中で、裁判例3、8、9は、いずれも食事介護の際の誤嚥事件である。裁判例3は、誤嚥が発生した後の職員の対応の不適切さ、適切な処置を怠った過失が認められた事案であり、裁判例8は、食事介護中の注意義務の問題であり、食道通過段階の誤嚥の認識不可能、及び病院ではない老人ホームの特質によってその認識すべき義務を否定した上で、その注意義務違反が認められなかった事案であり、裁判例9は、裁判例8と異なって、被介護者の特質などによりその「こんにやくを食べさせた後、口の中の確認及び嚥下動作の確認をする注意義務」の存在を認めた上で、その違反による不法行為上の過失にあるとされた。そして、裁判例4は、老人保健施設で起きた転落死事故につき、適切な介護すべき義務を怠ったことにより不法行為責任を負う事案である。裁判例5は、デイサービス利用中の被介護者の行方不明につき、施設を脱出することを予見できたと及びそれによる脱出しないようにする義務の存在と認めたとうえで、その義務違反（回避義務違反）をもって職員の過失及び使用者責任が認められた事案である。こうした五件の事案は、いずれも不法行為責任構成に基づき判断されたが、実際のところに、上記不法行為責任を認めるための過失判断構造は、食事介助中の注意義務であれ（裁判例8、9）、トラブル発生後の対応の適切さであれ（裁判例3）、適切な介護義務であれ、あるいは特定の被介護者の脱出しない義務であれ、介護契約の特徴に応じて契約解釈などによってこれらを認めることも可能である。つまり、そのいずれも、役務受領者である被介護者の個人的特徴及び状況の変動に応じて適切な介護・配慮処置をとるべき（介護行為が、被介護者に一定の身心状況、一定の兆候がみられたときにそれぞれに対応する一定の処置をとるべき）という介護契約の一般的義務の具体化に過ぎない点である。言い換えれば、これらの義務の存在及びその違反の有無については、債務不履行構成をとって解決するのもありうる。裁判例1でさえ、その判旨に認定された役務提供義務のほか、ホーム契約の老後生活の安定という性質から、安定した経営状態の永続性を図るべき義務及びそれに障害が発生する場合の対応策検討義務・役務受領者への告知義務なども、契約の解釈を通じて契約上の義務として認めることが十分にありうる。

他方、債務不履行責任構成をとった4件の裁判例をより詳しく検討すると、以下のようなことになる。裁判例2においては、介護中の転倒負傷事故につき、ボランティアによる介護を準委任契約と解した上で、その者の注意義務を644条の善管注意義務にあたり、その違反の有無に基づき債務不履行責任の有無を判断した。裁判例6においては、介護中の転倒負傷事故につき、トイレの定時清掃義務の違反を債務不履行と認定され、その債務不履行と負傷事故との因果関係などの検討を経て損害賠償責任が認められた。それと同時に、土地工作物の責任も認められた。裁判例7は、介護中の転倒負傷事故につき、被介護者に一定の身心状況、一定の兆候がみられたときにそれぞれに対応する一定の処置をとるべき義務、

特に安全に介護すべき義務を契約上の義務として捉えた上で損害賠償責任の有無を判示した。裁判例 10 においては、介護中の転倒負傷事故につき、介護契約上の安全配慮義務としての歩行介護義務及び、危険が予想されるのに被介護者が歩行介護を拒絶した場合の説得すべき義務を認定した上で、その違反は介護契約の債務不履行とされ、それに対する損害賠償責任が認められた。こうした事案からみれば、認定された義務自体は、前掲の不法行為責任構成に比べても、実質的な相違がないであろう。したがって、両者を合わせてみると、介護契約の場合における債務不履行責任上の本旨不履行と不法行為上の過失が、実質的には同質的であるともいえるであろう。

そうだとすると、双方当事者間に契約関係がある以上、どんな義務内容の契約を定めたか（明白な定めがなくても契約解釈によって導かれるものを含む）及び役務提供者がその義務内容に違反したかどうかについて判断するのは、論理的に見れば、それは提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断する際の正鵠に当たるであろう。瑕疵判断の側面のみから見れば、わざわざ不法行為責任構成をとる必要はないと考えられる。

しかし、裁判所があえて不法行為責任構成をとるのは、当事者の主張のほかに、法的効果の相違の考慮もあると考えられる（例えば、裁判例 7 においては、債務不履行損害賠償請求事件を理由として、弁護士費用の賠償を棄却した）。諸裁判例から見れば、不法行為責任構成をとった裁判例と債務不履行責任構成をとった裁判例の間には、一つ重要な特徴が見られる。つまり、不法行為責任構成をとった裁判例は、裁判例 1 を除き、ほとんど死亡に至る介護事故であり、それに対して、債務不履行責任構成をとった裁判例は、死亡事故ではなく、単に負傷という結果が生じたものである。なるほど、死亡かどうかによって、損害賠償請求権の構成にもかわるのである。すなわち、民法 711 条は、被害者の近親者について、被害者の死亡を理由とする固有の慰謝料請求権を認める。他方、判例は、債務不履行により固有の慰謝料請求権を取得したことを認めない（最判昭和 55 年 12 月 18 日民集 34 卷 7 号 888 頁）。学説でも、債務不履行により人身事故が生じた場合、債権者自身の慰謝料請求は、710 条の類推によって認められると限定的に解されている⁹⁴。それらを前提とすると、介護契約上の債務不履行による死亡事故について、近親者固有の慰謝料を請求するために不法行為責任構成をとること自体は、その合理性がある。また、不法行為責任をとった諸裁判例から見れば、使用者責任で構成されるものがその大部分を占めることも特徴的である。この点については、契約当事者である法人自体の責任という債務不履行構造と違って、不法行為責任構成をとる場合に、職員の賠償責任が問われると同時に、法人の使用責任も負うとの点が、責任主体の拡大においては役務受領者に有利になりうると思われる。なお、債務不履行による人身事故について、特に医療過誤訴訟においては、債務不履行構成・不法行為構成の法的構成が結果に大きな影響を与えることはない⁹⁵と現在では理解されている⁹⁵が、近親者の慰謝料請求権のほかに、消滅時効、弁護士費用、損害賠

⁹⁴ 円谷・前掲注（70）16 頁。

⁹⁵ 河上正二「診療契約と医療事故」磯村保ほか『民法トライアル教室』（有斐閣 1999 年）352 頁以下、手

債債務の遅滞の時期などの点で違いが生じる可能性は残っていると思われる。それらの相違が存在するゆえに、前掲諸裁判例においても、不法行為責任構成か債務不履行構成かそのいずれかあるいは競合的に構成するように見える。しかし、このような相違を維持していくのかについては慎重な検討を要する⁹⁶。特に、介護契約、医療契約などのように人間自体を対象とする役務提供契約においては、提供された役務の瑕疵がある場合に人身的損害がよく生じることはいうまでもない。この点について、請求権競合説や非競合説などについて個別的に検討しなければならないが、ここで指摘しておきたいのは、契約上の役務の瑕疵であれ、不法行為法上の過失であれ、両者とも負われた義務が適切になされたかどうかの判断であり、その本質では同様であろう。このような実質同様な義務の違反により同一事故について複数存在する請求権は、その選択された類型ごとにその法的効果にも相違となることは、ある意味で非常識であり、債務者（加害者）にとっても債権者（被害者）にとっても不公正であることは免れないであろう。そうだとすると、提供された役務に瑕疵がある場合に生じた損害について、将来的には、契約法規範と不法行為法規範の上で類似の効果が図られていることは、今後の役務提供契約ないし債権法全体のあり方にも、一つの方向とも考えられる⁹⁷。

第四に、瑕疵の判断基準について。学説上提示される三層基準論的なものも見られるが、主な裁判例は役務提供者の負うべき義務（役務内容）と実際に提供された役務との間の対比によって瑕疵の有無を決める。

具体的にみれば、構造・プロセス・結果との三層基準論が見られる裁判例は、特に構造面に重点を置いたものとして、裁判例 1（入居者数の確保という介護の質を維持するための前提条件の充実かどうか）、6（土地工作物責任をとったが、その実質は役務提供者側の「構造」——設備、人員の充実、完全などの役務提供の前提にかかわるものである）との 2 件を挙げることができる。したがって、提供された介護役務に瑕疵があるかどうかを判断する際に、具体的な役務の適切さに比べて比較的的判断しやすく、役務提供の客観的、ハード面を突破口とするのも重要な判断手法である。しかし、こういう客観的・ハード面あるいは構造面が法定あるいは約定の基準にあたることから、直ちに提供された役務全体の瑕疵を否定する、あるいは役務提供者の注意義務軽減の抗弁になるわけではない点は当然であろう。同様な理由で、裁判例 5 においては、福祉法及び介護保険法に基づく上の人員・設備にかかる基準の遵守が、直ちに損害賠償法上の注意義務違反を免れることにはならないとされる。

他方、諸裁判例に最も多く見られるのは役務提供者の負うべき義務（役務内容）と実際に提供された役務との間の対比との手法である。こうした義務内容は、以下のいくつかの場面にある。即ち、抽象的・包括的なものとして、①入居者の期待に応えるべく契約内容とした諸施設の充実を図って役務の提供に努めるべき義務（裁判例 1）、そのほか、具体的なもの

嶋豊『医事法入門』（有斐閣 2005 年）139 頁。

⁹⁶ 円谷・前掲注（70）23 頁。

⁹⁷ その例として、新たなドイツ民法典における消滅時効については、契約法、不法行為法いずれの場合も、起算点について相違点はあるが、損害賠償請求権は 3 年として統一された。

のとして、②ホームの永続性を図るべき義務（裁判例 1）、③入居者に不安を与えないようにすべき注意義務（裁判例 1）、④善管注意義務・その資格に相応した専門的見地からの適切な裁量的判断義務（裁判例 2、4）、⑤被介護者の状況に応じえる適切な処置をとるべき義務（裁判例 3、4、5、9）、⑥被介護者に応じえる身体安全配慮義務・安全に介護を施す義務（裁判例 4、7、9、10）、⑦当該介護施設の介護マニュアルなどに定められたポーラブルトイレの定時清掃義務（裁判例 6）、⑧事故発生の可能性を認識する義務・予見義務（裁判例 5、8）、⑨危険が予想された場合に危険を回避するための説得義務（裁判例 10）及び⑩役務受領者に対する告知義務などの各義務である。これらの諸義務類型からみれば、委任契約に関する善管注意義務が重要な役割をもつ一方、裁判実務上は、必ずしも善管注意義務をめぐって展開するわけではなくて、事案ごとに契約の個性・役務受領者の個性などに相応する具体的な義務、人身事故の場合の安全配慮義務及び過失の認定にかかわる予見義務・回避義務も、役務提供契約における義務違反の有無、すなわち役務の瑕疵を判断する際の重要な手がかりとなることも明らかとなる。

これらの義務を導かせるための働ける諸要素あるいは判断手法は、主に以下のとおりである。①契約の性質決定（裁判例 2、準委任契約に基づく善管注意義務）、②役務提供者が認識した役務提供の対象自体の特性（高齢者の生活介護を中心とする契約）に応じて契約の内容・義務を認定する手法（裁判例 1 における心身共に充実安定した晩年生活を送るための終身利用の特性に従って認定されたホームの永続性を図るべき義務、裁判例 4 における老人保健施設の目的からその義務を認定したこと、裁判例 5 における身体的には健康な痴呆症老人との特性からその予見義務、裁判例 7 における事業者が認識した利用者の障害を前提とする安全配慮義務、裁判例 9 における要介護者の特性によるその嚥下動作の確認する義務、裁判例 10 における要介護者の個性によるその歩行介護義務及び安全配慮義務）、③役務受領者の期待（裁判例 1 における受領者の期待は単に一方的な希望に過ぎないものではないという点の認定、裁判例 2 における素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することができない点）、④パンフレット、介護マニュアルなどの記載（裁判例 1 においてはこの記載をもって役務受領者の期待が保護に値するとされた、裁判例 6 における介護マニュアルに定められた定時清掃義務）、⑤発生したトラブルの特殊性（裁判例 8 におけるそのトラブル発生に対する認識不可能によってその義務の存在を否定した）、⑥役務が素人か専門家かにより提供されたこと（裁判例 2 における通常人の善管注意義務、裁判例 4 における専門的裁量、裁判例 10 における専門家の見地からの説得義務）等⁹⁸。したがって、役務提供者の義務認定については、契約の性質決定自体が重要な役割をもっているとはいえ、介護契約に関する裁判実務は、むしろ②⑤⑥のような役務自体の特殊性及びそれにかかわる役務提供者・役務受領者の個性から、その具体的な義務を認定するに重点を置くことが明らかである。そのほか、④のように契約の記載あるいは同視しうるものの記載により判断することも、契約関係が存在する場合の重要な方法となっている。

⁹⁸ なお、裁判例 3 がどのような基準をもってその義務の存在を判断するのかは不明である。

また、前掲②⑦⑩等のような義務について、義務の存在が認定された以上、その義務違反の有無の判断においては、その義務がなされていない自体が、義務違反即ち役務提供の瑕疵にあるとされる。こうした判断は比較的に下しやすいともいえるが、その他の善管注意義務や安全配慮義務、あるいは被介護者の身体状況・行動に対する対応の適切さ（適切な処置をとるべき義務）、予見・回避義務などの義務違反の有無に関する判断は、それほど容易ではない。諸裁判例から見れば、善管注意義務については、ボランティア介護の場合の身を案ずる身内の通常人の注意義務（裁判例 2）あるいは専門的見地からの適切な裁量的判断（裁判例 4）という抽象的な基準で取り扱われた。そのほか、処置の適切さについても、善管注意義務の判断と同様に、同様な状況の下で同種の合理的な人、専門家がどのような処置をとるかを基準として捉えられたように見える。安全配慮義務の違反の有無についても、同様な傾向が見られる。要するに、役務の瑕疵の判断困難性は、義務論によってある程度解決されるが、解決しがたい部分の存在も無視できないと考えられる。なお、裁判例 1 においては、このような一般的な基準と違って、結果・目標向けの努力義務がある以上、目標自身の挫折自体が債務不履行の一つの評価事実としてあるいは役務の瑕疵として捉えられて（経営の永続性を図る義務）、その上で、こうした挫折に対して損害賠償責任があるかどうかについては、過失の有無によって判断されるという手法が見られる。こうした判断手法は、一見すると、ロジック上非常に魅力的である。しかし、過失を具体的な行為義務違反として捉えると、こうした過失の有無を判断する際には、役務の瑕疵の有無の判断と同様な問題に遭うと考えられる。

要するに、上記の具体的な義務を通じて瑕疵を認定する手法は、なされるべき役務がなされないときは、本旨不履行を構成することに対して、なされた役務が不適切かどうかの判断にあたり、その基準があいまいであるということは役務提供一般と同様である。つまり、前述した提供すべき役務を義務と言い替えて、その義務違反の有無によりその瑕疵を認定することは、役務を具体的な義務に細分化して、判断しやすい部分と判断困難な部分と切り離し、判断しやすい部分を突破口として、その認定過程を比較的に容易にするに過ぎず、判断困難な部分については、なお限界があるとも言わざるを得ないであろう。

第五に、帰責事由について。諸裁判例は、提供された役務と債務内容である義務とのずれが瑕疵の判断基準を立つ一方、こうした瑕疵に対して責任を負うかどうかを判断する際に、過失（帰責事由）まで検証したかどうかは分かれている。不法行為責任構成をとった諸裁判例（1、3、4、5、8、9）は、そのほとんどが使用者責任を捉えられたうえで、被用者の過失による不法行為との要件が問われるので、過失の判断を要するとされる。その具体的な判断について、予見義務・回避義務の違反と捉えたのは裁判例 5、8、9 であり、適切な処置を怠ったこと自体を過失として捉えられたのは裁判例 3、4 である。従って、裁判実務においては、不法行為責任構成をとっても、予見義務・回避義務という定式的な過失判断基準のほか、具体的な役務提供過程におけるとるべき適切な処置を怠ったを過失とすることもありうる事が明らかとなる。なお、裁判例 1 においては、「Y1 の責に帰すことができない

い事情があったと認めるに足る証拠もない」とされ、不法行為責任構成をとったと同時に、帰責事由の立証責任の分配がその特色である。

ついで、債務不履行責任構成をとった諸裁判例（2、6、7、10）を考察してみる。裁判例2においては、契約内容としての善管注意義務を尽くしたとして過失が否定され、裁判例6においては、定時清掃義務の違反が認められたが過失については判断されず、こうした義務違反と損害との因果関係によって損害賠償責任が認められ、裁判例7においては、要介護者の障害状況に応じる安全に介護すべき義務の違反は、同時に本旨不履行と過失とを構成するように見える。そのほか、裁判例10においては、安全配慮義務、危険を回避するための説得義務などが論証されてきたが、これらの違反と過失との関係については判断されないままである。こうした状況から見れば、介護役務給付の場合に、本旨不履行としての具体的な義務の違反が認められれば、あえて過失を判断する必要がないこと、すなわち、本旨不履行と過失とが一体化になることが明らかとなる。

第六に、法的効果について。役務提供契約の一般については、役務に欠陥がある場合生じる損害は、受給者の身体・財産などの「拡大損害」であり、「役務それ自体の損害」ではないと考え方⁹⁹が見られる。同時に、提供された役務に瑕疵がある場合の救済についても、役務の特性に相応して、役務の客観的な経済価値の判定が難しく、また、受給者の蒙る損害が「拡大損害」であることにより、損害額の認定が困難となること、及び、原状回復（復元・返還）や転売が不可能であり、清算に支障が生じること¹⁰⁰などの特徴が指摘される。介護役務契約においても同様な問題が存在する。しかし、諸裁判例においては、介護役務の瑕疵による損害賠償として、人身的損害が多いので、人身損害賠償の特徴も見られる。特に、慰謝料（傷害慰謝料、後遺症慰謝料、死亡慰謝料など）は、交通損害賠償訴訟により発展された定額化を志向した算定基準¹⁰¹が、介護事故の場合にも適用される傾向が見られる。例えば、裁判例6においては、東京三弁護士会交通事故処理委員会「民事交通事故訴訟・損害算定基準」2002年版を援用して、損害賠償算定する際の重要な参照指標となった。それらの基準は、完全なものではないが、金銭的に評価が困難な人身損害に基づく精神的苦痛について、これを算定するための客観的算定指標として長年の実務で形成されてきたものである。この点については、評価したい。但し、事案に個別的な事情により慰謝料を増額または減額する場合も可能である。特に、裁判例1で見られるように、役務の客観的対価の算定困難（不十分な役務に相当する減額分の金額算定が不可能であるとされた）の場合には、慰謝料の考慮要素となるのも積極的な意義があると考えられる。そのほか、慰謝料の斟酌事由として、将来の不安、住み慣れた土地の離れ、家屋の売却、役務提供障害が生じた後の役務提供者の対応などの事由も見られる（裁判例1）。もっとも、慰謝料の賠償について、裁判例4においては、実質的な夫婦関係がある遺族に対して慰謝料を認め、裁

⁹⁹ 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣2000年）175頁。

¹⁰⁰ 中田・前掲注（99）176頁。

¹⁰¹ 交通事故の慰謝料算定については、馬場純夫「慰謝料」塩崎勤・園部秀徳編『新・裁判実務大系交通損害訴訟法』（青林書院2003年）288頁以下参照。

判例 5 においては、死亡ではなく、被介護者の行方不明に対する近親者の慰謝料を認めた（この点は、711 条の文言に限り、一定の逸脱が見られるであろう¹⁰²）ことも注目されている。また、慰謝料の斟酌事由について、主に高齢者を対象とする介護役務においては、高齢という要素が斟酌されるべきかどうかが問題となる。大多数の裁判例はこれを触れなかったが、介護事故当時の被介護者の年齢（95 歳）が、判旨に明白に述べられたように、後遺症慰謝料額を決める際の斟酌事由となる事案も存在する（裁判例 7）。この点については、高齢者について慰謝料を減額する発想もあるが、前述した東京三弁護士会基準及び財団法人交通事故相談センター編・交通事故損害額算定基準においては、両基準とも年齢による差異は設けていない¹⁰³。これらに照らして、裁判例のように年齢を斟酌要素として捉える考え方の適切さについては、なお検討の余地があると考ええる。最後に、債務不履行責任構成をとる場合の慰謝料賠償については、問題として指摘されてきたが、介護事故の場合には、人身損害が絡んでいるので、債務不履行構成としても、慰謝料を認めるのが一般的である（裁判例 6、7、10）。

また、慰謝料のほかに、逸失利益の算定についても、高齢者に対する役務給付との特徴が見られる。例えば、就労可能期間の認定にもかかわるので、その稼働収入の逸失利益などはあまり問題とならないとされた。これらの点にも、役務的な特徴ではなく、むしろ役務受領者の高齢性という特徴にあるので、ここではその検討を省略する。

さらに、弁護士費用について、債務不履行による損害賠償請求を理由として、その賠償を明確に否定した事案はある（裁判例 7）が、不法行為構成を明白に拒否したにもかかわらず弁護士費用が認められた事案もある（裁判例 10）。この点については、教育役務提供の場合と同様に、裁判実務上はが分かれている状況にあることが明らかとなる。

最後に、損害賠償の具体的な算定について、介護事故の傷害により要介護等級の変化に伴う将来付添費用の増加額を損害として算定するあたり、訪問通所系区分支給限度額の割合に照らして、その差額分を損害として算定していた（裁判例 6）。この点については、今後、要介護高齢者にかかわる損害賠償事案一般について、介護保険法を基準にした同様の解決が増える可能性について、今後の動向を注視する必要があると指摘されている¹⁰⁴。

第四節 興信所の調査に関する裁判例

一 裁判例

1. 興信所の誤った調査報告につき債務不完全履行責任が認められた事例

東京高判昭和 48 年 9 月 18 日判時 719 号 44 頁

【事案】

¹⁰² なお、近親者慰謝料請求権が、生命侵害以外の損害事例へ拡張する判例も存在する。すなわち、生命侵害に至らなくても、被害者の母が生命侵害にも比肩すべき精神上の苦痛を受けたときに自己の権利として慰謝料を請求しうるとする判決である（最判昭和 33 年 8 月 5 日民集 12 卷 12 号 1901 頁）。

¹⁰³ 馬場・前掲注（101）290 頁。

¹⁰⁴ 菊池馨実「行方不明と骨折に関わる損害賠償請求」賃金と社会保障 1351=1352 号（2003 年）110 頁。

従業員数 20 名に満たない小会社 X は、A を正式に社員として採用する当たり、その可否を決めるために Y 興信所に対し、代金 1 万円で A の信用調査を依頼した。Y は、B に担当させ、三週間後、X に調査結果報告書を提出した。X はこの調査の結果を信じて A を社員として正式に採用し、会計係を担当させるに至った。ところが、その一年後、A は、会計係として勤務中、横領行為を起し、X に対し計 713 万 8060 円の損害を蒙らしめた。そこで、X は Y に対し、調査契約の債務不履行または不法行為に基づき、300 万円の損害賠償金の支払を求めた。原審は、「A の業務上横領は、右 A が、会計係として預金現金を取り扱っている際に起こった出来事であり、報告書が事実と反することが多かったことに直接起因するものではなく、Y 及びその調査担当社員が右 A が会計係を担当させられ、右認定のごとき横領をするであろうことを予見し、または予見すべきであったということもできない」等の理由で、X の請求を棄却した。そこで、X は控訴。

【判旨】原判決変更（一部認容）。

「B は Y 会社に雇われてから二ヶ月程度の執務歴を有するに過ぎず、それまでにはそのような仕事の経験を有しなかったものであるところ、この調査に当って具体的事実に関し公簿の閲覧および学校照会等の基礎的調査を試みた形跡が明らかでなく、ために未熟にも自己の見聞したところだけによって極めて不正確で誤った判断をし、その殊に顕著なものとして、学事と同居者等との調査結果にあらわれたところを報告したものと推認せざるを得ないのである。そうしてこの誤った報告を X 会社に提出した Y 会社に過失のなかったことを認めしめるに足る資料がない」。

「およそ、ある企業が従業員を雇い入れるに当っては、その人の身上・学歴・職歴および日常生活の環境等がどのようなものであるかに重大な関心を持ち、これらの点の真実を知ることを望むのは当然である。しかし、日時と経費と手数とを限定して強制力を伴わない調査には、限界と困難とを伴う。ところがいわゆる人事調査が専門の営利事業として世に行なわれており、これがかなり幅広く利用されているのであって、興信所に調査を依頼する者は、その報告を重要資料として事を決するであろうことは、見易いところである。この現実を前提とすれば、Y 会社の調査における注意義務と責任とが、一片の弁明によって回避できるような軽いものと考えすることは、この制度を利用する契約当事者双方の利益と期待とに資するゆえんではない。（中略）…。たしかにこのような事態の発生は、Y 会社の提出した報告が事実と反することの多くを含んでいたことに直接起因するものではなく、X 会社の蒙った損害は、正に従業員の人為に因由するものである。しかし（中略）…が指摘されていたならば、X 会社としては A を採用しないことによって、同人の所為による損害の発生を全く回避することができたであろうし、また同人を採用したにしても、同人に対する処遇・監督を一段と工夫することによって、あるいは生じることのあるべき損害を最小限度内にくいとめることの可能性のあったことが考えられる。したがって、以上のような諸般の事情のもとでは、Y 会社の債務の著しく不完全な履行と、Y 会社の受けた損害との間に相当因果関係が存し得るものと認定することが相当である」。

「Xは、遅くとも昭和44年2月以降のAの横領事実については、Xが当然払うべき注意を怠ったことにより、発見できなかったものであり、(中略)…。本件の調査との間には、相当因果関係のある損害ということはできない。のみならず、昭和44年1月末日までにAが行なった横領によって生じた損害についても、(中略)…。X会社は振替伝票、入金台帳、金銭出納簿等入金関係の一切の帳簿をすべてA一人に記帳させ、通常会社ならば当然行うべき帳簿上の責任の分担による監督を怠っていたことが明らかであるからである。(中略)…。本件の調査依頼についてX会社がY会社に支払った報酬が金1万円に満たない少額のものであったことも併せて考えられてよい。このような諸事情を考えるならば、YはXが昭和44年1月末日までにAの横領によって蒙った損害についても、そのうちほぼ三分の一が相当因果関係のある損害として、この限度において、Yに対してその損害を賠償する責任を有するにとどまるのと解するのが相当である」。

2. 素行調査契約の債務不履行が認められた事例

名古屋地判平成7年1月30日判時1534号85頁判タ884号186頁

【事案】

Xは、信用調査を業とするYとの間で、夫Aの不貞行為を調査するための調査契約を締結したが、満足な調査結果を得られないので、Yに対し、主位的に、虚偽の広告によりXを誤信させて調査契約を結ばせたことを理由として不法行為に基づき、予備的に調査契約の債務不履行を理由として、損害賠償を求めた。

【判旨】主位的請求棄却、予備的請求一部認容、一部棄却。

「一般に、興信所による素行調査は、被調査者の行動を調査し、その結果を報告書にまとめて依頼者に提出することをその内容とするものであり、依頼者の期待する内容の結果を報告することまでの債務を含むものではない。(中略)…。しかしながら、依頼者の契約目的が、尾行等の調査手段それ自体にはないのが当然である以上、興信所が単純に労務を提供し、形式的な報告をすれば足りるというものでもない。依頼者の調査目的とその報酬に見合うべき調査の専門性からみて、例え周辺的事実であっても依頼目的からみて何らかの有益な情報を一定の合理的な期間内に提供することを含むものでなければならないものと考えられる。そして、右情報を得または得られないことについて、どのような調査技術が駆使され、障害があったかは通常問題とされるはずのものではない」。

「本件契約においてYの債務として通常期待される水準からみると、Yが行った本件調査の実態は、調査の専門家としての興信所が、一日当たり10万円もの調査費用を費やし、専門的な調査技術あるいは調査設備を駆使して行われたものと評価するには、あまりに杜撰なものであるといわざるを得ない。すなわち、YがAを確認するために特別の工夫を凝らした形跡は見当たらず、漫然と張り込みを繰り返していたのみならず、Aを確認できたときも、いとも簡単に見失ってしまったのであり、その他の調査にも単純なミスが見られる。Xにとって有意味な情報は何ら得られておらず、本件契約に従った調査報告書のXへの引渡しもなされなかった。時期に遅れて提出された調査報告書も調査実態の無内容さを反映

し、支払った費用に見合い、依頼者の通常の期待に応えるものとは評価し難いものである」。

「したがって、Yの本件債務の履行は、本件契約上の債務の本旨に従ったものとはいえず、Yの責めに帰すべき事由による不完全履行であると認められるところ、現時点で完全な調査をして報告書を提出しても、XとAの夫婦関係も変化し、Xの所期の目的を全うすることはできない事情にあることが弁論の全趣旨により窺えるので、Xの債務は履行不能と同様に評価されるべきものである」。

「右解除は（中略）…有効であるから、Yは、Xに対し、既に受領済みの調査費用と写真準備金合計72万1000円を返還すべき義務がある。

また、本件のような事案において、X本人自ら訴訟迫行することは、法律知識の不足、訴訟技術の拙さから不測の結果を招来する可能性も高く、相手方が任意履行に応じない場合に自己の権利保全のため訴訟を提起し、適切効率的に訴訟を迫行すべく、専門家である弁護士を選任することは相当であると考えられる。（中略）…、本件事案の難易、請求額等の事情を考慮すると、Xの請求額25万円のうち10万円をもってYに負担させるべき損害とするのが相当である」。

3. 素行調査契約上の債務不履行が肯定された事例

東京地判平成16年2月16日判時1870号67頁

【事案】

XとYとの間で調査手数料を合計309万7500円として本件調査委任契約が締結された。Yが平成13年11月2日から11日まで10日間、Xの夫Aの素行調査を実施したが、特に浮気などを捕捉できなかった。そして、Xの強い不満のため、Yが追加的にサービス調査を実施することになり、12回の調査を実施した。その間に、平成14年4月27日にAが浮気相手の女性と小田急線代々木上原駅で待ち合わせて密会した。この密会については、相手女性の夫が依頼した別会社の調査では密会が捕捉されていた。その後、Xは、平成14年9月26日Yに対して本件調査委任契約を解除するとの意思表示をしていた。そこで、Xは、Y社に対して支払済の調査委任費用の返還を求めた。これに対して、Y社がXの主張する返還債務が存在しないことの確認を請求した（本訴）。これに対して、Xは、Y社が平成14年4月27日に夫の浮気の証拠をつかむことができなかったことは、Y社による債務不履行にあたるとして、Y社に対し、XY間の調査委任契約の解除による調査委任費用返還請求権又は債務不履行による損害賠償請求権に基づき、XがY社に支払った右調査委任費用の返還もしくは同費用相当額の賠償を求めて、反訴を提起した（反訴）。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Bらは、Yの本社がある東京都新宿区の会社に勤務している調査員ではなく、Yの埼玉本部に勤務している職員で、（中略）…、X及びAが住んでいる東京都杉並区や代々木上原周辺の地理に精通しているわけではない。そして、Yでは、二日前の4月25日には、Xから、Aが代々木上原で相手女性と待ち合わせる予定であるとの連絡を受けたのであるから、事前にAが走行しそうなコースを想定して試走したり、代々木上原駅周辺で車両が待ち合

わせるのに適当な場所を確認したり準備しておくこともできたはずであるのに、YのBら調査員は、全くそのような準備をしていない」。

「まず、Yの調査員であるBらは、Aの追尾開始からわずか10分後に、Aが追尾を警戒している様子だと判断して、追尾を中止しているのであるが、別会社の調査によれば、Aと相手の女性は、終始手をつないだりして親密な様子を示していたことが明らかであり、Aや相手女性が調査会社の素行調査などを警戒していなかったものと考えられるから、Bらの判断は結果的には誤りだったといわざるをえない。

また、Bらは、(中略)…、追尾開始後、Aの走行経路を確認しつつ、適宜走行するであろう経路を予測して、これら四台の車両を効果的に配置した上、携帯無線などで連絡をとりあえば、追尾を中止しなければならないような事態は回避できたのではないかと思われる。しかも、(中略)…、Bらが事前に、車両を一旦停止して女性を待つのにふさわしい場所や、女性を車両に乗せるのに適当な場所はどこかなどを下見しておけば、代々木上原駅の周辺で、Aの車両を発見することができた可能性も少なくなかったと考えられる」。

「Yは、本件調査委任契約の履行として、平成13年11月2日から10日間の調査を実施しており、何ら調査を実施しなかったというものではない。しかも、不倫などの素行調査は、その性質上、必ず不倫や密会の現場を捕捉できるとは限らないものであるから、成果が上がらなかったからといって、直ちにそれだけで債務不履行となるものではない。(中略)…。しかし、他方において、Yの本件調査は、上記の当初の10日間の調査すら散漫としか言いようのない内容であるほか、問題の平成14年4月27日の調査は、事前の準備不足と安易な判断ミスで、追尾に失敗しただけではなく、その後の捕捉にも失敗していることが明らかというべきである (Yの調査員であるBらは、調査の困難性を縷々述べるが、プロの調査会社として309万7500円もの調査費用を取っている以上、困難な状況を克服するのに必要な準備をし、経験や技術を駆使し、プロ意識をもって調査すべきであるのに、調査員のBらは、真剣にそのような準備をしたり、努力をしたことを認めることはできない。)

したがって、Yの債務不履行は明らかであり、Xは、Yに対して、損害賠償を請求できるというべきところ、Yにおいて、その調査内容に問題はあるものの、一応22日間の調査を行っていることをも考慮すると、Yが本件調査委任契約によってなすべき債務の履行として認められるのはせいぜい全体の六割程度にすぎないと考えられるから、Yは、Xに対し、債務不履行による損害賠償として、取得した調査費用309万7500円のうち四割に相当する額(消費税相当額を含めて123万9000円)を返還すべきである」。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

興信所などの調査機関に対する調査の委託を内容とする契約における依頼者と調査機関との関係については、わずかな判例評釈¹⁰⁵を除き、もっぱらこれを対象とする本格的な研究はみあたらない。これらの僅少な文献から見れば、この種の契約について、以下のいく

¹⁰⁵ 中井美雄「判批」(第五章第四節裁判例1に関する評釈)判評182号(1974年)26頁。

つかの考え方が見られる。

まず、契約の性質については、一種の情報契約説¹⁰⁶、準委任契約説¹⁰⁷及び準専門家契約説¹⁰⁸が見られる。情報契約説においては、「最近では、各種の取引界において情報の占める役割は大きくなりつつある。コンピュータなどの技術開発に支えられながら、情報の大量処理が可能となり、他方で、企業の分業化・システム化が進む中で、インフォメーション・サービスは、企業としても成り立ちうる状況に立ち至っている。情報の処理・提供・開発といったことが独立の機関・企業体によって行われ、他の個人や企業がそれを利用することが大きくなりつつある。そこに情報契約とよばれる独立の契約類型がなり立ちうることになる」¹⁰⁹と指摘した上で、情報そのものの特質に即して考えて、「興信所が行う業務は、広い意味での情報の提供であり、一種の情報契約と捉えても差し支えないであろう」とされる。さらに、情報契約の性質については、「それは比喩的に言えば、情報という商品の『売買契約』であるともいえる。(時に、請負ないし委任契約的性格を具有しうることのあることは否定しない)」とされ、情報提供者の責任については、「誤って作成された情報によって依頼者が不測の損害を受けた場合、提供者・提供機関は損害賠償責任を負担することあるべしという原則は否定できない」及び「情報契約を前提にする限り、情報の作成・調査過程での重大なミス、その内容的な誤謬については、契約上の義務違反としてその責任を負わざるを得ないであろう」と主張される。

これに対し、準委任契約説及び準専門家契約説は、裁判例に関する無署名コメントにおいて提示されていたもので、その具体的な展開はなされていない。前者については、「興信所などの調査機関に対する調査の委託を内容とする契約は、準委任契約の類型に属するもの

¹⁰⁶ 中井・前掲注(105) 26頁以下。

¹⁰⁷ 第五章第四節裁判例2に関する無署名コメント(判時1534号(1995年)85頁)、同節裁判例3に関する無署名コメント(判時1870号(2004年)67頁)参照。

¹⁰⁸ 第五章第四節裁判例2に関する無署名コメント(判タ884号(1995年)186頁)参照。

¹⁰⁹ 類似な見解は、北川善太郎「情報契約」NBL39号(1973年)20頁以下、同「情報提供契約・(1)(2)」NBL43号(1973年)32頁以下、45号(1973年)17頁以下参照。北川説は、必ずしも興信所などの調査を中心としてなされていなかったが、情報契約の実態に即して、情報サービスを情報処理サービス、情報提供サービス、情報開発サービスを分けて情報産業の現状を考察した上で、情報の特質に基づき、情報契約について以下のように論じている。すなわち、「情報契約を考える方法としていろいろあるが、既存の契約典型がある程度に役に立つことは言うまでもない。すでにみたように、情報開発サービスでは『請負』がよく問題となるし、情報処理サービスにおける計算事務の受託給付では『委任(準委任)』かあるといえる。そこで、有体物について生産・加工・流通諸段階で利用されている契約類型をそのままないしは類推して、情報契約にもち込むことも考えられる。これならば特に情報契約の種類を検討する必要もないことになる。また、具体的に情報契約について紛争が生じた場合にその契約の解釈が問題になれば既存の契約類型の適用ないし類推適用がまず考えられよう。しかしながら、情報化社会といわれるように、情報のもつ意味がますます重要になってくると、有体物とのアナロジーで情報契約理論を考えるにとどめておくことは疑問である。個々の契約解釈論ではさしあたり既存の有体物契約理論によりつつ可能な限りそれを利用していくことにならざるを得ないであろうが、無形の情報かもつ特質を配慮した契約理論を考えていく方向が望まれる。…一つの試みとして、私は、情報産業が現に提供している情報サービス着眼して、それに即して情報契約の種類を分けることを考えている。したがって、この考え方によると、情報についての『売買』『賃貸借』『請負』といった区分をまず立ていくのでなしに、現実的な情報サービスに即した契約類型をつくって、その中で、各契約上の給付が売買的か請負的かなどを吟味することになる」という契約の現実的類型のような考え方を示されている。

である」あるいは「調査委任契約」の名の指摘にとどまり¹¹⁰、後者については、「興信所の素行調査は、法律上一定の資格を有する『〇〇士』といわれる特殊専門家の業務ではないが、依頼者から報酬を得て、一般人ではできないような方法、手段により獲得した特殊な情報を提供する事務であるから、素行調査の受任者の注意義務は、当該事務についての周到な興信所を標準とする高いものであり、その義務違反ないし債務不履行の責任は、一般人のそれより重いといってもよいであろう」と指摘される¹¹¹。

前掲諸説を総合してみれば、いずれも契約の性質に重視することが明らかとなる。しかし、情報提供契約については、あくまでも一種の特殊な契約、無名契約であり、あえて民法上の典型契約に当てはめることは、それほど容易ではない。特に、無形な情報を請負契約上の目的物である「仕事」としてみることもありうる以上、その契約の性質決定は、ますます困難になるであろう。この点と関連して、山本説によれば、請負の中に、必ずしも労働が物と結合していない場合であり、その代表的な例として、設計や開発契約、情報提供や情報の加工・処理に関する契約等を挙げられている。これらの契約については、請負と委任や準委任との区別が難しい、かつ、物のアナロジーがうまく当てはまらないと指摘される。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

以下では、前掲3件の諸裁判例を考察してみる。

まず、契約の法的性質については、裁判例1と裁判例2においては、契約の性質について触れていない。裁判例3においては、当事者双方とも本件契約を調査委任契約と主張したので、争点にならない一方、裁判所もそのまま委任契約として採択したのである。

こうした点から見れば、典型契約を持ち込まないまま当事者の義務を認定し、そして紛争を解決するのも可能である。しかし、前掲「準専門家契約説」のように、「〇〇士」という特別な資格を持っていないが、調査の専門性が契約解釈、義務違反の有無を認定する際の重要な判断要素となるのも明らかである。この点について、裁判例2においては、調査の専門（家）性を明白に指摘されてきた、裁判例3においては、調査の困難性に対する抗弁について、調査のプロ性という性格が指摘された。これに対して、裁判例1においては、専門性も指摘されたが、裁判例2、3のようにはっきり強調していたのではなく、「人事調査が専門の営利事業として世に行われており」ということが役務受領者のその調査結果に対する信頼の重要な要素であるとの指摘にとどまる。

まとめてみると、三つの裁判例においては、契約の法的性質自体についてはそれほど重視されたというよりも、むしろその具体的な内容・義務違反をめぐって法的判断を展開するのが明らかとなる。その中で、興信所調査の専門性が重要な意義を持つという点も明らかである。

第二に、具体的な法的義務・契約内容の認定については、契約書そのものは存在していた（例えば、裁判例2）が、その役務の内容については、具体的に定められなかったのは通常

¹¹⁰ 前掲注（107）。

¹¹¹ 前掲注（108）。

である。それゆえに、調査役務提供者の義務の具体的な特定が難しくなる。裁判例 1 は、調査依頼者から善管注意義務の違反と主張したが、裁判所はこの点をめぐって判断したわけではなく、法的概念としての具体的な義務を論じることもなく、かえって、報告の著しく不完全なものを認定したと同時に、基礎的な調査を試みた形跡が明らかでないなどの事実により、調査役務提供者が不完全な報告につき過失がなかったことを認めしめるに足りる資料がないとしたうえ、その不完全履行責任を認めた。したがって、本件においては、「結果（結果が不完全であれば、本旨不履行になる）＋責めに帰すべき事由がないことの抗弁の有無」との構図が見られる。裁判例 2 においては、被調査者の行動を調査し、その結果を報告書にまとめて依頼者に提出することを内容とするものであり、依頼者の期待する内容の結果を報告することまでの債務を含むものではないと抽象的に指摘された。それと同時に、単純な労務提供ではなく、調査目的とその報酬に見合うべき調査の専門性からみて、何らかの有益な情報の提供義務を認めた。したがって、本件は、過程を重視する純粋役務提供と異なって、報告書の適時提出という結果のほか、一定の情報を提供する義務も負い、結果重視のように見える。即ち、こうした情報を提供しない場合には、直ちに本旨不履行になる。他方、裁判例 3 は、「不倫などの素行調査は、その性質上、必ず不倫や密会の現場を捕捉できるとは限らないものであるから、成果が上がらなかったかたといつて、直ちにそれだけで債務不履行となるものではない」と指摘しながら、目的を達成するために、適切な人員の具備、事前の準備、困難を克服する努力すべき義務などの義務があるとされた。

まとめてみれば、裁判例 1、2 は、調査の結果である報告書の完全性を重視しており、調査などの具体的な役務の提供過程は、こうした結果の不完全につき帰責性があるかどうかに関わりなくとされる。他方、裁判例 3 においては、一見すると、結果による本旨不履行との判断図式を直ちに拒んだように見えるが、「成果が上がらなかったかたといつて」という判旨からみれば、必ず結果を無視するとはいえないであろう。少なくとも、この文言から見れば、この「成果」は、一定の情報を得るという結果ではなく、依頼者の期待どおりの成果が挙げられないというように読むべきであろう。すなわち、裁判例 3 は、他の 2 件に比べて調査過程を重視するとはいえ、結果の要素を完全に無視したわけでもない。こうした内容確定・義務認定の状況から見れば、調査契約のような一定の調査結果の報告義務を負う役務提供契約については、少なくとも結果の不完全性が債務不履行責任の評価事実になるであろう。それと同時に、具体的な役務提供過程は、帰責事由レベルの問題として取り扱えば足りると考えられる。これらの役務提供契約は、純粋な委任契約と違って、一定の結果の完成が要求される。しかも、通常の請負とも異なって、不完全な結果につき、無過失責任である瑕疵担保責任まで負うものでもないと考えられる。

第三に、債務不履行責任の具体的な認定要素については、裁判例 1 においては、限定した条件のもとで調査の限界と困難を認めながら、双方の利益と専門性に対する期待・信頼を斟酌した上で、役務提供者の注意義務と責任は軽いものではないとされた。裁判例 2 においては、高額な代金・専門性に相応する水準と調査の実態との対比が重要な方法となる。裁判

例 3 においては、結果達成可能性、代金、プロ性等が強調された。したがって、この種の契約においては、専門性及び役務受領者の専門性に対する期待、通常期待される水準、代金の高さ、目標の達成可能性が、役務提供者がどの程度までの債務・義務を負うかの重要な判断要素となる（なお、裁判例 1 においては、代金の低さが、義務軽減にはならないが、損害賠償額を決める際の考慮要素となる。また、目標達成の可能性は義務加重の要素になるが、結果達成の困難性は、必ず義務軽減になるわけではない。例えば、裁判例 3 は、プロ性及び代金の高額性からその点を特に論じた）。特に、目標達成可能性については、当該役務提供の目標の達成可能性が高い場合には、役務提供者の負う債務が請負契約上の結果義務に接近し、こうした目標の達成不能は、直ちに債務の本旨不履行となるのも可能であると考えられる。そのほか、裁判例に提示された「通常期待された水準」という概念及び、対価及び専門性という要素を結び合ってその水準を決める手法は、水準論的なものにも見られて、他の役務提供にとっても、一定の示唆があると考えられる。

第四に、過失・帰責事由について。裁判例 1、2 いずれもこの点を触れた。これに対し、裁判例 3 においては、こういう概念を直接に用いた形跡はない。裁判例 1 においては、「誤った報告につき過失のなかったことを認めしめるに足りる資料がない」との判旨からみれば、過失がないことは、役務提供者の抗弁事由として働くように見える。裁判例 2 においては、「Y の本件債務の履行は、本件契約上の債務の本旨に従ったものとはいえず、Y の責めに帰すべき事由による不完全履行であると認められる」における「責めに帰すべき事由」の具体的な所指を明らかにされなかったとはいえ、調査過程における漫然さ、単純なミスなどがその点に当たると考えられる。したがって、この 2 つの事案においては、具体的な役務提供行為が、過失・帰責事由の判断の要素として働くことが明らかとなる。他方、裁判例 3 においては、結果よりも役務提供過程を重視したことと関連して、調査の散漫さ、事前の準備不足、安易な判断ミス、真剣な努力の欠缺などが債務の不完全履行の評価要素となる。

第五に、裁判例は 3 件しかなく、かつ 3 件とも債務不履行責任構成をとったにも関わらず、法的効果の面では、相違も見られる。裁判例 1 においては、不完全な履行による代金の損害、追完するための「補修」に代わる損害賠償を請求せず、こうした不完全な履行による拡大損害（調査報告書を信じることによる蒙った損害）の全額賠償を請求した。これについて、裁判所は、相当因果関係のある拡大損害を認めた。裁判例 2 は、不完全履行及びその追完不可能（追完しても目的を全うできないことを理由として、その債務は履行不能と同視された）によって契約の解除の有効性を認めたとえ、調査費用などの代金全額の返還請求を認めた。しかも、弁護士を選任することの必要性から 10 万円の弁護士費用（請求額は 25 万円）も認めた。裁判例 3 においては、裁判例 2 と異なって、成果が上がらなかったことによる調査目的の達成不能を理由とする契約解除は是認されず、本件調査役務の履行状態に応じて（全体 6 割程度の履行が認められた）、4 割の代金損害が認められた。こうした裁判例の状況を総合してみれば、以下のいくつかの特徴が見られる。すなわち、① 損害項目上は、拡大損害、代金損害及び弁護士費用などが認められうる。② 拡大損害を認

めるためには、相当因果関係の検討が重要である。例えば、裁判例 1 においては、調査役務の不完全と拡大損害との相当因果関係を否定した一審の判決に対し、控訴審は、役務受領者の期待・目的に対する調査役務提供者の予見可能性、完全な債務履行がなされれば損害の回避可能性に基づき、不完全履行と損害との相当因果関係を認めた。③役務受領者側の素因が、損害賠償額を認定する際の要素となる。裁判例 1 においては、当然払うべき注意を怠ったことにより拡大損害の拡大を回避することができなかった損害については、自ら招いた損害として相当因果関係のある損害ではないとされた。④対価要素は、いずれの裁判例においても重要な考慮要素となる。例えば、裁判例 1 においては、代金の低さ（1 万円に満たない少額）が、損害賠償の減額事由として働いた。裁判例 2、3 においては、債務の内容及び債務不履行責任に当たるかどうかを判断する際の重要な要素として働いた。⑤法的効果として、前掲裁判例からみれば、解除と損害賠償が見られる。しかし、論理的にみれば、不完全な給付については、追完の可能性も残る。この点について、裁判例 2 においては、追完の可能性と履行不能、解除との関係について触れられた。⑥代金の損害について、裁判例 2 と裁判例 3 との違いは明らかである。裁判例 2 は、解除によってその全額返還を認めたが、裁判例 3 は、解除を認めず役務履行の割合に応じてその一部しか認めなかった。この中で、裁判例 2 については、なお検討の余地があるであろう。というのは、調査役務の性質に由来するからである。すなわち、調査役務は、単に調査結果の報告という完成義務だけではなく、その前の調査にも含まれるのは一般的である。そうだとすると、調査報告書の遅滞給付及びその遅滞後に履行不能となる場合には、物給付の場合と異なって、一定の役務がなされたことは通常であるので、こうした役務の評価も問題となる。この点について、解除の一般からみれば、解除の効果として、原状回復義務を負う（545 条）という定め、及びなされた行為債務の返還不可能性から、価額返還すべきことになる。調査役務の場合にも、この点においては相違がないであろう。こうした論理から見れば、裁判例 3 のように、役務提供契約の場合の代金損害としては、不完全の部分のみの対価を損害とされるのが合理的であろう。⑦裁判例 2 においては、債務不履行構成が捉えられながら、弁護士費用も損害として認められた。債務不履行の場合にも、事案の困難性、弁護士を選任する必要性などから考慮して、相当額の弁護士費用を認める可能性を示した一つの事例になる点は、意義があると考えられる。

第五節 公認会計士・監査役務に関わる裁判例

一 裁判例

1. 日本コッパース事件第一審

東京地判平成 3 年 3 月 19 日判時 1381 号 116 頁判タ 760 号 127 頁

【事案】

Y 監査法人は昭和 50 年 7 月以降 X 会社の任意監査を依頼されてきた。Y は、昭和 52 年 12 月 31 日現在の X 会社の財務諸表について、昭和 53 年 2 月 20 日に監査を完了し、同日付

けで、無限定の適正意見を付した監査報告書を提出した。ところが、昭和52年12月31日現在、X会社には、同社の経理部長Aが犯した不正行為があったにもかかわらず、Y監査法人は、本件監査の実施にあたり定期預金証書や通帳を実査することや、銀行から残高証明書その他の証明書の原本を直接入手することに懈怠があったから、これらを発見することができなかった。本件監査後もAは横領行為を継続した。そこで、X会社は、Y監査法人の債務不履行を理由に損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「財務諸表監査においては、監査人は、財務諸表の適否について意見を表明するに過ぎず、財務諸表の正確性や特定の客観的事実（例えば被用者の不正行為のないこと）の存否を証明するものではない。（中略）…、たとえ財務諸表の監査が被用者の不正行為の発見を主な目的にするものでなく、また適正意見の表明が被用者の不正行為のないことの証明をするものでないとしても、財務諸表に著しい影響を与える不正がないことを確かめるのであれば、財務諸表の適正性に対する意見の表明が無意味になる（中略）…ことに変わりはなく、また、独立監査人は、一般に認められた監査基準の下にという範囲内と、監査過程の固有の限界内に限られるのではあるが、財務諸表に著しい影響を与えるであろう誤謬、不正を発見すべく監査計画を立案し、監査の実施に当たり然るべき技術を駆使し、正当な注意を払うことが可能であり、またそのような手続きによって監査を行うことが期待されているものと考えられる。

このような点を考慮すると、監査人が被用者の不正行為を看過したまま適正意見を表明したというだけでは、責任を負ういわれはないが、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施するという前掲のような本来なすべき手続きを怠り、その結果被用者の重大な不正行為を看過したときは、監査人は、監査の依頼者に対し、それによって生じた損害について賠償すべき責任を負うものと解するのが相当である」。

「不正行為の発見は直接の依頼の内容ではないが、通常監査手続を実施する中で不正行為が発見できるならば、これを見逃さないように求められていたものと認めるのが相当である」。

「商法32条2項は、法文に規定のない事柄についての解釈基準であって、法文の上で貸借対照表に入担の注記の義務があるかどうかの点については、適用がないものと解するのが相当である。（中略）…、有限会社において作成すべきことが法定されている財務諸表は、個別に商法の規制を受ける以外は、一般の会計慣行に準拠すれば足り、その会計慣行には、必ずしも企業会計原則の全体が含まれるものではない（後略）…」。

「X会社の法定の監査のあり方としては、定期預金の入担の有無について監査がなされるべきであったということはできない。しかしながら、法定の監査でなく、被監査会社及びその親会社の依頼によって、任意監査を実施する場合に、いかなる内容の監査をするべきかは、一般的な監査慣行により画一的に定まるものもあるが、それだけでなく、その会社の内部統制組織の程度などとの関係において決定されるべき各個具体的な問題もある。（中

略) …監査基準、準則自体は、証取監査を念頭において定められたものであるが、必ずしもそのすべてが中小企業における監査に当てはまらないものではないと考えられる。監査基準、準則の右の部分は、会計監査と内部統制との一般的な関係をもとに作成されたものと考えられ、そのような関係は大企業におけると中小企業とにおいて共通に存在するのであるから、企業の経理組織に内部統制上の不備があるかどうか、監査人がなすべき監査手続きにも影響するものと解するのが相当である。(中略) …確かに、内部統制が不備であるというだけでは、被用者の不正行為の発見を直接の目的とする監査をすべきであるとまではいいえない。しかし、本件の定期預金の監査の事務量からみると、これを試査によらねばならない事情は発見できないから、内部統制が不備の場合の対処が、常に試査の範囲の拡大によるべきであることにはならない。そして、通常の監査手続き自体すでに副次的にせよ不正の発見を目的としているのであるから、通常なすべき監査の手続きを慎重、かつ、厳格に実施するというような監査手続きの実施面では、内部統制が不備であるかどうかで異なってくるものと考えられる」。

「このように内部統制組織に大きな不備があり、従業員の不正行為を誘発する可能性が存在した状況からみるならば、特に負担とはならない定期預金証書等を実査するという程度のことは、職業的監査人としては当然になすべきものであって、それさえも怠るとすれば、職業的監査人の正当な職務執行に期待してなされたものと考えられる本件の監査の依頼の趣旨に背くものであったと判断される。(中略) …預金残高証明書を直接銀行から取得しなかったことについて、首肯するに足る事情は発見できないし、また、定期預金の通帳等について銀行から返還されればこれを確認し、実際にこれを検分するの でなければ、実査したとはいえないのに、これを放置したについてやむを得ない事情は認められない。そうすると、Yの取扱いをやむを得ないとして、その違法性を否定し去ることは困難であって、その注意義務違反による損害賠償責任を否定することはできない」。

「Yの取扱いについて、その違法性の程度を減殺する事由が存在する。これに対し、Xの経営者には、(中略) …過失があり、その程度は大きく、かつ、経営者が相当の注意をしていれば、早期に不正行為を発見することができ、請求されている損害の大部分の発生を未然に防止できたのである。そうすると、右Xの損害2億3896万3912円のうち、その八割を過失相殺により減額するのが相当であると認める」。

2. 日本コッパース事件控訴審

東京高判平成7年9月28日判時1552号128頁判タ921号203頁

【事案】同裁判例1. 一審判決に対して、XとYの双方が控訴した。

【判旨】一部取消・請求棄却、一部訴え却下、一部控訴棄却。

「このように企業会計原則は、上場企業において適用されることを前提としているが、(中略) …企業会計原則には、法的な拘束力はないものというべきである。また、有限会社が企業会計原則に基づいて財務諸表を作成すべきものとする商慣習の存在することも認められない。(中略) …この監査基準、監査実施準則は、証券取引法に基づく監査を対象とする

ものであり、中小企業に対する任意監査には直接適用されるものではなく、その監査手続の上限を示すものである。したがって、監査基準、監査準則に盛り込まれた監査に関する一般的な原則が有限会社に適用されることはあっても、その全体が常に有限会社に機械的に適用されるものではなく、また、有限会社につき、監査基準、監査実施準則に基づき監査を実施する商慣習があるとも認められない。

昭和五二、三年当時、有限会社に対する任意監査において、監査要点の有無にかかわらず、監査実施準則に記載された監査手続を機械的に実施すべきものではなかった。本件監査においては、附属明細書が監査の対象となっていなかったこと及び貸借対照表に入担資産の注記がない以上、小株式会社に準じて注記が省略されているものとしてよく、入担の有無は監査要点ではなかったから、監査実施準則上この点を確認する監査手続である通帳・証書の実査（閲覧）を行う必要はなかった。（中略）…したがって、Yは、本件監査において、預金残高証明書により預金残高の妥当性、即ち実在性を監査すれば足り、入担の有無の監査のため定期預金の通帳・証書の実査（閲覧）を行うべき義務はなかった」。

「以上によれば、昭和五二、三年当時、不正発見目的の特約のない通常の財務諸表監査において、監査人は、一般に公正妥当と認められた監査基準に従い、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施すれば足り、監査人が右注意義務を尽くしていれば、幹部職員、従業員等の不正行為を発見できないまま無限定の適正意見を表明したとしても、責任を負うことはないというべきである」。

「被監査会社の内部統制組織が不備であるというだけでは、従業員、幹部職員の不正行為の発見を直接の目的として監査を実施すべきであるとまではいえない。監査人は、被監査会社の内部統制組織が不備な場合にも、通常実施すべき監査手続を行う過程で当該不備部分に関連する現金・預金の期中の動きや期末の帳簿残高の信頼性を確かめれば足り、不正発見目的の特約がないのに、内部統制組織の不備な部分に不正のないことを確かめることを監査要点とし、不正のないことを調べる監査手続を行うことは、監査人に義務づけられていない。

内部統制組織の不備部分に関連して、期中の動きや期末の帳簿残高の信頼性を把握するための監査手続は、特定の監査手続としてその内容が一義的に定まるものではなく、被監査会社の状況に応じて相当の配慮をした監査手続が実施され、大局的な信頼性が確かめられれば足りる。

即ち、内部統制組織に不備があるからといって、監査要点と関係なく、特定の監査手続として、通帳、証書の実査（閲覧）だけは行うべきであるということにはならない。

また、財務諸表監査は不正発見を目的とするものではないから、監査人は内部統制に不備があることを理由として、監査要点がないのに、監査実施準則に機械的に従って通帳・証書の実査（閲覧）するよう義務づけられるものでもない。

「以上のとおり、証取監査を対象とする監査実施準則ですら、定期預金の実在性の監査手続としては、通帳・証書が手元にあつて実質的にその利用が可能であるという利用可能性を

確かめることを義務づけたことはなかったし、そのための監査手続として、通帳・証書の実査（閲覧）を義務づけてはいなかった。（中略）…したがって、我が国では、監査人は、一年以内に弁済期が到来する預金債権であって銀行が残高を認め法的に存在することを確かめることができれば十分であり、通帳・証書が手元にあつて実質的に利用可能であり即時支払に充足できることまでを確かめることは、貸借対照表の表示内容として監査人に義務づけられていない」。

「昭和五二、三年当時は、証取監査を対象とする監査実施準則においてさえ、（中略）…『残高証明書の手入と通帳・証書の閲覧』と『確認』のいずれかの手続を選択すればよいとされていた。（中略）…したがって、昭和五二、三年当時、監査人は、定期預金の残高証明書について、被監査会社が銀行から発行してもらって用意していたものを利用すれば足り、監査人に残高証明書の直接入手義務はなかった」。

「以上によれば、本件監査の行われた時期（昭和五三年一月及び二月）、本件監査の性質・内容、被監査会社の種類・規模・財務体質（無借金体質）、監査対象となる財務諸表の範囲、監査の立証命題としての監査要点の内容等本件監査の特殊性及び本件監査前後の監査実施準則等改訂の経過を考慮すると、Yが、本件監査における定期預金監査の監査要点を定期預金の期末残高の妥当性の検討とワンイヤー・ルールによる定期預金の流動資産・固定資産区分の妥当性であるとし、入担の有無の確認を監査要点としないでS銀行の定期預金通帳の実査（閲覧）を行わなかったことは、監査手続上何ら違法の問題を生じない。

そして、本件に現れた全事情を総合すると、Y人は、本件監査において、昭和五二、三年当時、一般に公正妥当と認められた監査基準に準拠し、職業的専門家としての正当な注意をもって監査手続を実施したということができ、S銀行の定期預金通帳がXに存在しなかったこと等に関し、これをAの不正に結び付けて追及すべき疑念を持たなかったことにつき注意義務違反（過失）はないというべきである。

したがって、Yは、本件監査において、Aの不正行為を発見できないまま無限定の適正意見を表明したことについて、本件監査契約上、債務不履行の責任を負わない」。

3. 公認会計士の監査契約上の債務不履行責任が認められた事例

東京地判平成 15 年 4 月 14 日判時 1826 号 97 頁

【事案】

労働組合Xは、法定監査（強制監査）として、公認会計士であるYらに対し、昭和 56 年度から平成 9 年度までのXの計算書類の監査を依頼する旨の監査契約を締結した。Yらは計算書類の監査を行ったうえ、適正旨の意見を表明した。ところが、Xの会計であったAは、平成 2 年ころから平成 9 年度までの間にXの預金などを横領し、横領口座に係る預金残高証明書や預金通帳のコピーを偽造してYらに呈示するなどの隠蔽工作をしていた。他方、Yらは、預金の実在性について、預金先に対し、直接預金残高を確認したり、預金通帳の原本を実査したことはなく、Aの前掲不正行為に気付かなかつた。そこで、Xは、Yらに対し、通常実施すべき監査手続を実施しなかったことは監査契約上の注意義務に違反

したものであるとして、債務不履行に基づき損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「会計監査は不正・誤謬の発見を目的とするものではないものの、平成元年ころ以降の会計監査に関する限り、公認会計士が計算書類の監査を行うにあたっては、計算書類の適正性・適法性を確かめる前提として、不正・誤謬があり得ることを当然念頭に置いて監査を行う必要があるというべきであり、従って、公認会計士の適正意見は、当該計算書類に全体として重要な虚偽の表示がないことについて合理的な保証を得たとの判断を含んでいるというべきである。そして、この理は、企業の会計監査においても労働組合の会計監査においても等しく妥当するものというべきである」。

「『預金の実在性』という貸借対照表上の監査要点は、企業のごとき営利団体であると労働組合や学校法人のごとき非営利団体であることを問わず、また団体の規模の大小を問わず、その正確性が第一に要求される基本的かつ重要な監査要点であると認められる。したがって、同監査要点については、その重要性に見合うだけの監査手続が実施されることが必要というべきである。（中略）…公認会計士が計算書類の監査を行うにあたっては、計算書類の適正性・適法性を確かめる前提として、不正・誤謬があり得ることを念頭に置いて監査を行う必要があることを考えると、『預金の実在性』という監査要点については、特段の事情がない限り、少なくとも預金先に対し直接残高を確認するかまたは預金通帳の原本を実査することが通常実施すべき監査手続として要求されており、このような監査手続を実施することが監査契約上の注意義務の内容をなしているというべきである」。

「預金先から残高証明書を直接入手するはおよそ一ヶ月程度の期間を要する（中略）…約二週間前に監査の依頼がされていた本件では、Yらにとって上記の手続をとることはほぼ不可能であったというべきであるから、Yらが預金先に対し直接預金残高を確認すべき義務を負っていたということはできない。（中略）…、Yらにとって預金通帳の原本を実査することを困難ならしめるような何らかの事情が存在していたとは認めることができず、（中略）…したがって、Yらとしては、預金先に対し直接預金残高を確認する方法をとることがほぼ不可能であった以上、もう一方の方法、即ち預金通帳の原本を実査する方法によって『預金の実在性』を確かめるべきであったということになる」。

「以上のとおり、Yらは、監査契約上の注意義務として、預金通帳の原本を実査すべき義務を負っていたものと認められる。しかるところ、Yらは、平成2年度から9年度までのいずれの会計年度の監査においても預金通帳の原本を実査していなかったのであるから、上記会計年度の監査においても監査契約上の注意義務に違反したものと認められる」。

「Yらが平成2年度以降の各会計年度の監査において預金通帳の原本を実査していれば、（中略）…、Aの横領行為が発覚することとなり、その結果、平成3年度以降にAの横領行為によってXに発生したすべての損害を防止することができたものと認められる」から、「平成3年度以降にAの横領行為によってXに発生したすべての損害は、Yらの前掲債務不履行と相当因果関係のある損害と認められる」。

「Xの内部統制組織は極めて不十分なものであったというべきであり、とりわけ、XがYらの助言に従って複式簿記を採用していれば、Aの不正行為を防ぐことができた可能性が高いと考えられることに照らすと、本件損害が発生・拡大したことについてはXにも相当重大な責任があるというべき」であり、諸事情を総合的に考慮するならば「Xの本件損害について七割の過失相殺をするのが妥当である」。

4. 消費税の取扱につき公認会計士に債務不履行はないとされた事例

東京地判平成15日5月21日判タ1156号162頁

【事案】

Xは、消費税の取り扱いにつき、顧問契約を締結していた公認会計士のYに債務不履行があったため、消費税法所定の「課税事業者選択届出書」を提出して消費税の還付を受けることができなくなった結果、損害を蒙ったと主張して、Yに対し損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「本件顧問契約は、公認会計士であるYの専門的な資格に基づく事務処理を目的としたものではあるが、(中略)…、Xの法人税・事業税の確定申告及びその前提となる決算処理を目的としたものであったといわなければならない、(後略)…」。

「消費税法所定の小規模事業者に該当するXが、消費税の課税を免れる免税事業者のままであるか、課税事業者となるかの選択は、(中略)…、当該事業者であるX自身の判断に委ねられているところであって、Yが決定し得るところではない。

したがって、Xから関係する資料の提供を受けてその選択の適否についてまで相談を受けたという場合であれば格別、各事業年度の決算処理及び確定申告に係る事務処理をもっぱら目的とした本件顧問契約が締結されていたにとどまる本件事案においては、Yが、Xに対し、進んで課税事業者となるよう指示し、必要な資料の提供を求め、選択届出書をXを代理して自ら提出し、あるいは、Xにその提出を促すまでの義務があったということとはできない」。

「課税事業者となるか、免税事業者のままであるかの選択は、小規模事業者であるXにおいて、自ら判断すべき問題で、かつ、事業者である以上、その判断が当然に可能な問題であったことからすれば、Yにおいて、いわば付随義務としてであっても、Xから具体的な相談を求められた場合は格別、そうでない限り、前認定のやりとりを超え、Xに対し、進んで、課税事業者となるか否かの選択に必要な資料の提供を求め、選択届出書をXを代理して自ら提出し、あるいは、Xにその提出を促す義務があったということとはできない」。

「Xが選択届出書を提出しなかったのは、新ビルを建築するに際して、事業者であれば、当然に考慮に入れていたはずである税金対策に関する自らの判断を誤ったというにとどまり、この点に関する知識は、(中略)…、敢えて専門家の指示・助言がなければ持ち合わせることができないというものではなく、事業者であれば知っていて当然の知識にすぎない。Yが新ビルの建築に伴う消費税に係る取扱いを進んで説明をしなかったとして、Yの債務不履行をいうのは、当時、専門家であるYとの間に本件顧問契約が締結されていたことを

奇貨として、事業者として当然の検討を自ら怠った結果をYに転嫁しようとするものというほかなく、本件事案においては、Xの主張を採用する余地はない」。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

公認会計士による監査の場合の責任については、日本コッパース事件以来、依頼人に対する責任及び第三者に対する責任を含め、監査論及び民商法理論からの議論は活発になされている。これらの文献をみる限り、公認会計士の役務提供に関する契約、特に監査契約については、以下の諸点が見られる。

まず、監査契約の性質について、通説は、委任・準委任説と捉えている¹¹²。こうした監査の実施面を重視する委任・準委任契約説に対して、意見表明ないし監査報告書の作成を重視する請負説も見られる。いずれにせよ、公認会計士が監査契約上の「債務の本旨」に従った履行をしなかった場合、または公認会計士の「責めに帰すべき事由」により監査が履行できなくなった場合には、依頼者に対して損害賠償責任を負わなければならない（民法415条）。準委任説によれば、商法監査・証券取引法監査などの法的監査であれ、それ以外の任意監査であれ、監査人と被監査会社などとの間で結ばれる財務書類の監査契約は、被監査会社などが作成した財務書類の監査をし、一定の期限までに監査報告書を作成、提出するとの事務の委託を目的とする契約であり、その法律関係については、監査契約に特段の定めがない限り、民法の委任に関する規定が準用される¹¹³。すなわち、公認会計士は受任者としての善管注意義務（民法644条）を負い、職業的専門家としての正当な注意を尽くして監査を当たらなければならないとされる。他方、請負説によれば、委任は、目的を達しようとする方向において事務を処理すること自体を内容とするもので、仕事の完成それ自体を内容とするものではないということに対して、監査は、それではなくて、監査意見の表明をその内容とするもので、監査の手續それ自体は、監査意見を表明するための手段に過ぎない。こうした上で、請負説によれば、会計監査人のなす意見の表明は、学术论文の審査または美術品の鑑定と同じく、民法にいう「仕事」に該当し、会計監査人の監査は、会計監査人の監査意見表明という仕事の完成をその内容とするものであるから、監査契約をもって請負契約と解すべきであるとされる¹¹⁴。監査意見表明と監査報告書の提出という

¹¹² 直接に委任・準委任説を捉えている文献として、西山芳喜ほか『会計会社法』（中央経済社1991年）272頁（同「会計監査人の責任」沢野直紀ほか編『企業ビジネスと法的責任』（法律文化社1999年）86頁）、加美和照「判批」（第五章第五節裁判例1に関する評釈）『平成3年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1002号（1992年）98頁、近藤光男「判批」（第五章第五節裁判例1に関する評釈）判評395号（1992年）51頁、山村忠平『会計監査人の社会的役割』（文真堂1994年）132頁、根田正樹「監査情報と会計士の民事責任」日本法学59巻4号（1994年）148頁、同「公認会計士の責任」川井健=塩崎勤編『専門家責任訴訟法』（新・裁判例実務大系8）（有斐閣2004年）99頁、弥永真生『企業会計と法』（新世社1995年）153頁、石山卓磨「会計専門家の法的責任」判夕917号（1996年）145頁、安達巧「監査基準と公認会計士の責任」東北法学15号（1997年）90頁、松本祥尚「公認会計士の任務と責任」ジュリスト1235号（2002年）41頁、秋坂朝則「公認会計士の責任」民事法情報220号（2005年）74頁などがある。

¹¹³ 根田・前掲注（112）「公認会計士の責任」99頁、秋坂・前掲注（112）74頁など参照。

¹¹⁴ 大住達雄「会計監査人の職務と責任」旬刊商事法務523号（1970年）4頁以下。

「仕事」の完成との側面から見れば、監査の実際を適切に説明しうる点は、委任説より論理的に妥当と考えられる。しかしながら、請負説においても、請負人である監査人の責任構成については、完成した意見表明・報告書などに瑕疵がある場合に、直ちに民法 636 条以下の瑕疵担保責任を採るわけではない。すなわち、会計監査人の債務不履行により蒙った損害の賠償を請求するには、被監査会社は、債務不履行により損害を受けたこと及びその損害の額についての立証責任を負うが、会計監査人に故意または過失のあったことを証明する必要はない。会計監査人が賠償責任を免れるためには、債務の不完全履行または履行不能が自己の故意または過失に基づかなかったことを立証しなければならないという損害賠償責任構成が捉えられる¹¹⁵。したがって、こうした判断構造は、債務不履行責任の一般判断構造であり、委任と区別する請負に特有な瑕疵担保責任構成ではないことが明らかとなる。その理由から、請負説は、意見表明および報告書の提出の完成との側面に意義を持つとはいえ、損害賠償責任の構造上の実質的な区別は存しないと考えられる。

実際に、監査契約の法的性質を考える際に、以下の諸点も考量されるべきであろう。まず、引き受けた債務は委任上の債務か請負上の債務かは、最終的には当事者の合意内容の解釈問題であって、特に一定の結果の達成保証の趣旨が対価的給付内容に含まれているかどうかの評価によって、その請負性質及び瑕疵担保責任の適用要否を決めるに過ぎないであろう。また、監査契約を考察する際に、公認会計士法上定められている公益性の問題も注意を払う必要がある。公認会計士法一条は、「公認会計士は、監査及び会計の専門家として、独立した立場において、財務書類その他の財務に関する情報の信頼性を確保することにより、会社などの公正な事業活動、投資者及び債権者の保護などを図り…」とする旨の使命規定を定めており、その一条の二は、「公認会計士は、常に品位を保持し、その知識及び技能の修得に努め、公正かつ誠実にその業務を行わなければならない」旨の職責規定を定める。こうした「独立した立場」及び「公正」等の文言から見ても、公認会計士による役務は、特に被監査会社と監査人との間には、単なる依頼者と提供者（すなわち注文者と請負人、あるいは委任者と受任者）との関係ではなく、投資家・債権者などの保護ないし資本市場に対する信認の確保にもかかわるのは明らかとなる。その理由から、監査人と被監査会社との監査契約は、単なる民法上の請負あるいは委任とはいえないであろう。第三に、監査契約を民法上の契約類型として解する場合に、その役務及び結果に対する評価について、山本説に指摘されるように、請負を、物のアナロジーが当てはまる場合の物型請負に純化し、役務型請負はそこから切り離して、委任や準委任と統合するとの提案¹¹⁶が合理とすれば、そもそも労務と労務の結果をはっきりと区別すること自体が難しい役務型仕事に属する監査役務にとって、瑕疵担保責任を負う請負契約に属させることはそもそも疑問である。第四に、監査契約の性質決定の意義を低減する可能性もある。特に、請負の担保責任の規

¹¹⁵ 大住・前掲注（114）7頁。

¹¹⁶ 山本・前掲第三章注（18）契約 643 頁、710 頁及び、同・前掲第三章注（18）「契約法の改正」15 頁以下など参照。

定によって不完全履行の一般法理が完全に排斥されると見るべきではないという説から見れば、不完全履行の特則規定といえる請負の担保責任の規定をまず適用すべきであるが、規定のない問題、あるいは今日の時点からみて現行規定が妥当でないと考えられる問題については不完全履行の一般理論によって解決することが望ましい、さらに、委任契約の不完全履行についても追完請求権を認容すべき¹¹⁷と提言している。それが妥当とすれば、監査契約の場合に、請負と解しながら、瑕疵担保責任を適用されないまま、不完全履行の一般原則によってその民事責任を判断するのは、委任の場合とどのような相違があるのは、まず考えなければならないであろう。少なくとも、損害賠償責任構成上は、接近しているといえるであろう。したがって、この視点からみれば、監査契約の請負性質決定は、結果の完成との面に一定の意義を持つとはいえず、結果の瑕疵に対する責任について瑕疵担保責任を持ち出さない以上、その意義がそれほど大きいとはいえないであろう。

そこで、前掲検討を踏まえて、本稿は、請負か委任かとの性質決定を別にして、原則的に、山本説のように、監査契約のような役務型の「仕事」については、委任・準委任をベースとしての役務提供契約に統合した上で、当事者の意思、契約締結時の事情及び契約に含まれる内容・義務及びその違反の有無によって監査人に提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断すると考える。それと同時に、契約に含まれる義務・内容が手段債務か結果債務かについては、当該義務・内容の性質によって判断されるべきである。換言すれば、委任・準委任と捉えても、役務提供契約には、手段債務だけではなく、一定の仕事の完成義務を負うことも可能である。例えば、監査契約の際の意見表明、報告書の提出は、こうした完成義務に属する。実際に、委任契約としても、顛末報告義務のようなその完成が要求されることもありうる。同様な理由で、手段債務・結果債務との視点は、契約全体について判断すべきではなく、その具体的な義務自体に即して判断すべきであろう。

第二に、公認会計士である監査人の責任については、監査人がその任務を怠り被監査会社などに損害を及ぼした場合、監査人は、民法 415 条により、被監査会社に対して債務不履行による損害賠償責任を負うが、商法監査の場合、監査人が複数いるとそれらの者は、当然に連帯責任を負うことになる（商特 9 条）¹¹⁸。ここでいう「任務を怠り」とは、監査人が負う義務に違反することを意味し、これは善管注意義務を尽くさなかったということと同じであるとされる¹¹⁹。つまり、会計士は、善管注意義務を負い、一般に要求される程度の注意・技量をもって監査及び証明義務を行わなければならない、この義務に違反した場合に

¹¹⁷ 下森・前掲第三章注 (59)「専門家 (上)」39 頁、40 頁。もっとも、下森教授は、これをさらに進んで、「勝本教授が提唱され、末弘教授によって洗練された、履行内容の不完全履行論が独自の展開をとげており、この結果瑕疵担保の規定によらなくとも、種類売買につき妥当な処理が可能となり、さらにこの発想を推し進め、請負の瑕疵担保責任をも同様に捉え、委任契約の不完全履行論の新たな展開によって専門家の責任などについても事態の妥当な解決をはかる道が容易であることにも留意するべきである」というように提案している（同・前掲第三章注 (59)「専門家 (下)」39 頁）。

¹¹⁸ なお、証券取引法監査や任意監査の場合、監査人が複数いたとしても当然には連帯責任を負担するものではないとされている（片木晴彦「紛飾決算と経営者・公認会計士の責任」旬刊商事法務 1529 号（1999 年）5 頁）。

¹¹⁹ 龍田節『新版注釈会社法 (6)』（有斐閣 1987 年）572 頁。

は任務を怠るものとして損害賠償責任を負わなければならない¹²⁰。注意義務違反として予想されるものとして、①監査契約で定められた期日までに監査報告書の提出を怠った場合、②職務上知り得た秘密を正当な理由なく他に漏らしたり、盗用した場合、③虚偽・錯誤・脱漏のある財務書類を故意に虚偽・錯誤・脱漏のないものとして意見を表明した場合、④③とは逆に、虚偽・錯誤・脱漏のない財務書類を故意に虚偽・錯誤・脱漏のあるものとして意見表明をした場合、⑤相当な注意を怠ったことにより、重大な虚偽・錯誤・脱漏のある財務書類を虚偽・錯誤・脱漏のないものとして意見表明をした場合、⑥商法監査の場合には、これらの他に、会計監査人監査において、取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令若しくは定款に違反する重大な事実を発見しながら監査役にこの事実を報告しなかった場合¹²¹などが挙げられている。これらのうちに、紛飾決算など違法な会計処理を適法とする意見を監査報告書に記載した場合と、役職員の不正行為などを看過した場合は、典型的である。

第三に、会計士が、報告書の提出遅れ、提出しなかったこと、秘密漏洩、不適切な意見表明、あるいは不正行為の看過などにつき、監査契約に関する諸学説は、ほぼ、相当な注意義務の違反あるいは善管注意義務違反の要件が必要となる。すなわち、監査人が債務不履行による損害賠償責任を免れるためには、監査人側で善管注意義務違反がなかったこと、つまり職業的専門家としての正当な注意をもって監査を実施したことを証明しなければならないとされる¹²²。この点につき、監査基準・監査実施準則などが、善管注意義務違反の有無を判断する際にどのように位置づけること、特に任意監査の場合に、論争はあるが、一般的に、「監査基準」でも定められている監査手続が公正妥当と解されるものに限られるべきであり、基準に規定されている事項に反する新しい公正な監査慣行が形成されていたならば、監査人は新しい慣行に従わなければならない¹²³、かつ、監査が監査基準・監査実施準則はもとより、それを具体化した公認会計士協会の実務指針に基づく監査を行われていないならば、責任は免れないというべきであり、監査基準・監査実施準則は監査手続の一応の目安であって、会計士は被監査会社の内部統制組織の整備状況などを個別的具体的に検討し、会計処理の適法性・適正化を図る観点から、その実態に適合した監査手続をとるべき義務を有する¹²⁴と説かれている。そのほか、こうした基準などが任意監査も適用されるかどうかについては、前掲コッパース事件をめぐる、学説は分かれる。二審は、当該監査基準が、中小企業に対する任意監査には直接適用されるものではなく、その監査手続の上限を示すものである、としている。この点について、財務書類についての適正性の意見を表明するための監査手続に証券取引法監査と任意監査において差異があるということには、疑問があるとの見方もある¹²⁵。

¹²⁰ 根田・前掲注(112)「公認会計士の責任」100頁。

¹²¹ 根田・前掲注(112)「公認会計士の責任」100頁、秋坂・前掲注(112)75頁。

¹²² 秋坂・前掲注(112)75頁。

¹²³ 秋坂・前掲注(112)75頁。

¹²⁴ 根田・前掲注(112)「公認会計士の責任」100頁。

¹²⁵ 龍田節「有限会社の任意監査人の責任」旬刊商事法務1249号(1991年)59頁、倉澤康一郎「監査人

前述した考察を経て、以下の点が明らかとなるであろう。すなわち、学説上は、監査契約の債務不履行責任について、特に提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断する際に、役務提供過程の監査手続をめぐって判断するのではなく、もっぱらその結果の完全性に着目しており、その上で、こうした不完全な結果に対して役務提供者が過失と等しい善管義務違反の有無によってその損害賠償責任を決めるとの手法に基づき判断するとされる。そして、契約解釈によって導かれる具体的な義務または監査基準などの業界基準が、善管注意義務違反の有無を判断する指針となる。こうした構成は、結果の瑕疵を重視するにもかかわらず、請負瑕疵担保責任は捉えられず、しかも、善管注意義務違反の有無は、過失の判断基準と捉えた上で、立証責任の面でも、役務提供者がその過失の不存在を立証しなければならないとされる。つまり、損害賠償責任を追及するために、役務受領者は結果の不完全、損害及び因果関係を立証すれば足りる。これに対し、役務提供者側は、その責任を免れるために、善管注意義務違反の不存在、すなわち過失の不存在を立証しなければならない。したがって、学説は、監査契約の場合には、提供された役務の結果の面に瑕疵の有無を判断し、提供された役務自体は過失判断の側面に位置づけるとされる。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

裁判例 1、2 は任意監査であり、裁判例 3 は、法定監査であり、裁判例 4 は、監査役務ではなく顧問役務が問題となる事案である。事案自体はそれぞれであるが、公認会計士に提供された役務が問題となる点は一致する。以下では、学説を踏まえながら、諸裁判例に現れたいくつかの特徴をまとめてみる。

第一に、社会事情、法整備の状況の変化に伴って、公認会計士の責任に関する取り扱い方の変化が見られる。例えば、裁判例 2 においては、「昭和五二、三年当時、監査人は、定期預金の残高証明書について、被監査会社が銀行から発行してもらって用意していたものを利用すれば足り、監査人に残高証明書の直接入手義務はなかった」とした上で、監査人に提供された監査役務は、事件当時の注意義務には違反しなかったとされた。これに対し、裁判例 3 においては、「平成元年ころ以降の会計監査」は、公認会計士が計算書類の適正性・適法性を確かめる前提として不正・誤謬があり得ることを当然念頭に置いて監査を行う必要があるというべきであるとした上で、「預金の実在性」との監査要点については、特段の事情がない限り、少なくとも預金先に対して直接残高を確認するかまたは預金通帳の原本を実査することが通常実施すべき監査手続として要求されており、この監査手続を実施することが監査契約上の注意義務の内容として認められる。この二つの事案によれば、任意監査と法的監査の違いのほか、その結論が分けられる主な理由として、平成元年に、財務諸表に重要な影響を及ぼす不正行為などの発見可能性に対処するため、相対的に危険性の高い財務諸表項目に係る監査手続を充実強化する目的として、監査実施準則が改訂された

に対する社会的期待とその責任」監査役 291 号 (1991 年) 10 頁など。しかし、この点について、反対説も見られる。例えば、湯川益英「判批」(第五章第五節裁判例 3 に関する評釈) 判評 542 号 (2004 年) 23 頁においては、「…右に見たような両者の相違に鑑みれば、任意監査に比して、法定監査は、法定が求められる限りでより厳格な手続が求められていると解することができる」と主張している。

ことから、監査人が監査手続を選択するにあたっての注意義務のレベルが高まったものとも考えられる。従って、契約の内容を解釈する際に、契約締結時の法状況、社会的な状況に鑑みて、両当事者間に特約がない限り、両当事者が締約当時に共有していた意味基盤の上で、客観的蓋然性をもって契約の意味が探求されるべきであるということは、法状況が変動しやすい役務提供契約類型にとって、重要な意義をもつことが明らかとなる。

第二に、公認会計士による役務提供契約の法的性質については、諸裁判例の中に争点にならなかったため、明確な法的性質の判断はなされなかった。裁判例全体から見れば、法的性質決定よりも、契約の具体的な目的、契約上の義務内容などのようなより具体的な問題点に着目することが明らかである。従って、少なくとも公認会計士の債務不履行責任があるかどうかをめぐる裁判実務においては、当事者が法的性質について争いがない限り、裁判所が性質決定の議論を積極的に展開することはなく、かえって、実際の契約内容・当事者の義務は何であるかについて重点を置くことが明らかになる。この点は、学説上その法的性質をめぐって活発に議論することと対照的になる。

第三に、各裁判例の責任判断構造を具体的に見れば、以下のようになる。裁判例 1 は、提供された役務の結果の不完全・障害だけでは、直ちに責任を負うのではなく、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施するという本来なすべき手続（財務諸表に著しい影響を与えるであろう誤謬、不正を発見すべく監査計画を立案し、監査の実施に当たり然るべき技術を駆使し、正当な注意を払うこと）を怠ったことにより、結果の不完全及びそれにより損害を生じさせた場合に、損害賠償責任を負うとの判断構造である。裁判例 2 は、裁判例 1 の控訴審であり、一番を取消ししたが、その判断構造は一審と同様である。すなわち、「不正発見目的の特約のない通常の財務諸表監査において、監査人は、一般に公正妥当と認められた監査基準に従い、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施すれば足り、監査人が右注意義務を尽くしていれば、幹部職員、従業員等の不正行為を発見できないまま無限定の適正意見を表明したとしても、責任を負うことはないというべきである」との判断構造をとった。したがって、裁判例 2 は、裁判例 1 と同様に、結果の不完全性だけではなく、役務提供過程における注意義務違反の有無によってその責任を決めるとの手法をとった。そして、裁判例 3 においても、不正行為の発見できなかったという提供された役務の結果上の不完全につき、役務の提供過程における「通常実施すべき監査手続を実施する」という監査契約上の注意義務違反の有無によってその損害賠償を決める手法が採られた。最後に、裁判例 4 は、監査契約ではなく、顧問契約であるとはいえ、債務不履行責任の判断構造は、前掲 3 件と同様に、債務不履行責任の一般に従ったものである。すなわち、役務受領者のところに実際に生じた結果的不完全が、その瑕疵ある役務によって生じたかどうかという点に求めるのは、前掲 3 件と同様である。したがって、公認会計士の責任について、裁判実務においては、役務受領者のところに生じた結果的不完全について直ちに責任を負わせるのではなく、むしろその役務提供過程にどのような注意義務を負うか及びその違反の有無という側面に重点をおくのが明らかとなる。

第四に、通常なすべき手続という行為義務の判断要素として、諸裁判例においては、契約の内容、善良な管理者の注意（専門家の正当な注意）をもって認定された義務、監査基準、役務受領者・役務対象の特殊性、具体的な義務の行為可能性などの諸要素が用いられた。

①契約の定め・内容。裁判例1と裁判例2においては、不正行為の発見が直接の目的ではなく、副次的目的であると判断した上で、こうした副次的目的を実現するための義務の認定を展開した。この点をめぐって、財務諸表に著しい影響を与えるであろう誤謬・不正を発見すべく注意・監査手続などが要求されるとされた裁判例1に対して、裁判例2においては、直接の目的ではないから、通常実施すべき監査手続を行う過程で発見した不正行為の報告義務を負うに過ぎず、不正のないことを調べる監査手続を行うことは、監査人に義務を付けられていないと判断した。これに対して、裁判例3においては、「日本コッパース事件」当時の契約解釈の意味基盤と異なって、「相対的に危険性の高い財務諸表項目に係る監査手続を充実強化すること」を内容とした平成元年の「監査実施準則」の改訂、及び平成3年の財務諸表における重大な虚偽記載を看過してはならない旨の規定と共に、不正・誤謬の発見を目的とするものではないものの、その不正・誤謬があり得ることを当然念頭に置いて監査を行う必要があるとされた。他方、監査役務ではなく顧問役務の提供に係る裁判例4においては、公認会計士による事務処理の目的は、税務全般までではなく、税の確定申告及びその前提となる決算処理という目的に限定した上で、相談を受けない限り、目的以外の事務について役務受領者のため積極的な行為義務を負わないとされた。この4件をまとめてみれば、契約の目的の範囲に属する場合にはともかく、契約の直接の目的ではなくとも、裁判例1、3のように、後記の他の要素によってその具体的な義務の存在を認定することあるいは拡大することがありうる。したがって、契約内容などが判断しがたい役務提供契約について、裁判実務上では、契約目的範囲に属するかどうかが及び他の要素をもってその具体的な義務の存在の有無を判断し、範囲外の場合には、特別な工夫が必要とされる。この点は、付随義務論などにより展開される義務に似ているところが多いと考えられる。実際に、公認会計士の責任に関する判例評釈の中でも、こうした考え方が見られる¹²⁶。

②「専門家の注意をもって」という基準が用いられている。この点については、委任契約一般に係る「善良な管理者の注意をもって事務を処理する」手法とほぼ一致しており、公認会計士により役務を提供する場合には、単なる「善良な管理者」を「専門家」と言い替えるに過ぎないと考えられる¹²⁷。したがって、委任契約一般における善管注意義務については、様々な見方があるが、善良な管理者の注意という基準をもって委任事務処理義務と

¹²⁶ 湯川・前掲注(125)23頁。この評釈によれば、「監査契約において、公認会計士には、財務諸表が組織体の財政状態及び企業の経営成績を適正に表示しているかどうかを検証するという主たる給付義務と併せて、それに重要な虚偽の表示が存在する虞に常に注意を支払うべき付随的な義務がある」とされる。

¹²⁷ 善管注意義務を「取引上、平均人について一般的に要求される注意義務である。個人的事情ではなく、客観的事情に基づかせるものである」（林ほか・前掲注(37)33頁）というように定義しなくて、善良な管理者の注意を「受任者の職業・地位において一般に要求される水準の注意」（山本・前掲第三章注(18)契約712頁）と定義すれば、専門家による役務提供の場合に、善良な管理者を「専門家」と言い替えるのも可能である。

して受任者が負う行為義務の具体的な内容を確定するという考え方は有力となる¹²⁸ように、専門家という特殊な地位・職位は、公認会計士が役務を提供する際の具体的な行為義務を判断する際の基準となる。諸裁判例からみても、この点は明らかである。具体的に見れば、裁判例 1 においては、「監査人が被用者の不正行為を看過したまま適正意見を表明したというだけでは、責任を負ういわれはないが、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施するという前掲のような本来なすべき手続を怠り、その結果被用者の重大な不正行為を看過したときは、…責任を負う…」とされる。裁判例 2 においては、監査人の義務違反は否定されたが、具体的な行為義務を決める判断基準としての「専門家」というもの自体は否定されず、「監査人は、一般に公正妥当と認められた監査基準に従い、職業的専門家の正当な注意をもって監査を実施すれば足り、監査人が右注意義務を尽くしていれば、…責任を負うことはない…」とされる。裁判例 4 においては、公認会計士において、その顧問先に対して会社法務ないし税務全般にわたって指導・助言などをする義務があるか否かは、当該顧問契約の個別的、具体的な契約内容によるべきものであって、もっぱら契約解釈の問題に属し、当該契約の内容に含まれていない場合であっても、一方が専門家であることを理由に、相手に対するその専門領域の説明義務などが付随義務として肯定されるか否かという問題に至るのが一般的であると解される。本件では、結論としてその義務の存在を認めなかったが、事案に応じて（例えば、判旨に述べられたような「相談を受けた場合」）専門家こそその義務を拡大する余地はある。それと同時に、本件から見ても、専門家といて、すべて専門家に任せるわけではなく、自己判断の領域に属する場合には、専門家の責任を排除されうるのも示唆がある。これに対して、裁判例 3 においては、専門家の注意などの用語が用いられなかった。これらを総合してみれば、裁判実務上では、公認会計士が契約の一方当事者となる場合には、専門家としての注意をもってその具体的な役務提供義務を拡張するのは一般的である。しかし、同じ専門家の注意基準を導入しても、他の要素を結び合わせて判断するので、同様な具体的な役務を導入するわけではないことも明らかである（例えば、裁判例 1 と 2 との相違）。同様に、専門家といて、必ずしもすべての具体的な役務提供義務をもたらすともいえず、契約の内容、事案に現れた具体的な事情とあわせて判断すべきである（裁判例 4）。また、契約の当事者の一方が専門家であっても、必

¹²⁸ 潮見・前掲第三章注 (19) 218 頁における「同法 644 条は『受任者は、受任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う』と規定しています。この義務は、前掲のように、一般に『善管注意義務』と称されていますが、厳密に言えば、義務の内容は『委任の本旨に従って事務を処理する義務』であり、その際に尽くすべき注意の程度を定める基準が『善良な管理者』、すなわち合理人 (reasonable person) だということになります」という主張、道垣内弘人「民法☆かゆいところ第 20 回善管注意義務をめぐる」法教 305 号 (2006 年) 39~40 頁における「『善良な管理者の注意』は、たとえば、委任事務処理義務として受任者が負う行為義務の具体的な内容を確定するための基準となるものであるから、行為義務を切離された注意義務ではあり得ない。受任者の負う義務としては、委任事務処理義務という行為義務の具体的な内容が記述されることになるのである」、及び『善管注意義務違反』というのは、厳密に言えば、観念できないことになる。委任について言えば、これまで『善管注意義務違反』といわれてきたのは、『善良な管理者の注意』という基準によって具体的に定まった委任事務処理の内容に、受任者が違反している場合のことなのであり、そうであるならば、『委任事務処理義務違反』というのが正確であることになる」との指摘が見られる。

ず専門家の注意という基準によってその具体的な義務を決めるのもいえない。例えば、裁判例 3 においては、専門家の注意という基準を用いずに契約内容の解釈がなされていた。したがって、専門家の注意という基準は、専門家が契約当事者の一方となる場合に、重要な判断要素とはいえ、不可欠な判断要素とは言えない。

③監査基準。監査基準は、監査役務を評価する際の重要な要素とされる。裁判例 1、2 は、結論は逆であるが、いずれも監査基準について判断を下した。裁判例 1 においては、「監査基準、準則自体は、証取監査を念頭において定められたものであるが、必ずしもそのすべてが中小企業における監査に当てはまらないものではないと考えられる。監査基準、準則の右の部分は、会計監査と内部統制との一般的な関係をもとに作成されたものと考えられ、そのような関係は大企業におけると中小企業とにおいて共通に存在するのであるから、企業の経理組織に内部統制上の不備があるかどうか、監査人がなすべき監査手続きにも影響するものと解するのが相当である」とされた。他方、裁判例 2 においては、「この監査基準、監査実施準則は、証券取引法に基づく監査を対象とするものであり、中小企業に対する任意監査には直接適用されるものではなく、その監査手続の上限を示すものである。したがって、監査基準、監査準則に盛り込まれた監査に関する一般的な原則が有限会社に適用されることはあっても、その全体が常に有限会社に機械的に適用されるものではなく、また、有限会社につき、監査基準、監査実施準則に基づき監査を実施する商慣習があるとも認められない」とされた。

この点と関連して、学説上は、役務提供契約一般の場合に、役務の品質あるいはその瑕疵にかかわる重要な判断基準として、業界基準論がよく論じられている。監査基準がこれらの学説に指摘された規格・基準に当たるかどうかについて検討の余地はあるが、一般的には、監査基準にも同様な考え方が合理であろう。しかし、裁判例 1、2 のように、同様な監査基準であるが、役務受領対象の相違によってその適用の相違も生じうる。結論自体はともかく、一審と二審とも役務受領対象の特性に応じてその監査基準の具体的な適用を論じる点は賛成したい（一審は、内部統制の不備が強調された一方、二審は法定監査ではなく、有限会社に対する任意監査である点が強調された）。したがって、基準があっても、契約解釈の一応の目安に過ぎない、基準に満たすことだけでは直ちにその義務違反を否定するわけではない、しかも、基準を機械的に適用するべきではなく、当事者の合意の意味基盤になるかどうか、当該事案の他の事情、具体的義務を認定するための他の要素などをあわせて考慮すべきである。そのため、一般的には、「監査基準」も定められている監査手続が公正妥当と解されるものに限られるべきであり、基準に規定されている事項に反する新しい公正な監査慣行が形成されていたならば、監査人は新しい慣行に従わなければならない¹²⁹、かつ、監査が監査基準・監査実施準則はもとより、それを具体化した公認会計士協会の実務指針に基づく監査を行われていないならば、責任は免れないというべきであり、監査基準・監査実施準則は監査手続の一応の目安であって、会計士は被監査会社の内部統制組織の整

¹²⁹ 秋坂・前掲注 (112) 75 頁。

備状況などを個別的具体的に検討し、会計処理の適法性・適正化を図る観点から、その実態に適合した監査手続をとるべき義務を有する¹³⁰と思われる。

④役務受領者・役務対象の特性。役務を与える対象及び役務受領者の特性が、③のところ
で述べたように、裁判実務上は、監査基準の適用の有無・適用の方式まで影響を及ぼしうる。
それと同様に、裁判例 3 においても、最後の結論は営利性・団体の規模の大小を問わず、他
の法定監査と同じに扱われたが、労働組合という対象の特殊性が指摘された。しかも、裁
判例 3 においては、役務提供者（監査人）が事前に役務対象（被監査労働組合）の内部統
制組織の不備に疑いをもっている点も、裁判例 1 のように具体的な行為義務を決める際の
判断要素として認定された。裁判例 4 においては、役務受領者自体の「事業者」という特
性が考慮され、「事業者であれば、当然に考慮に入れていたはずである税金対策…、事業者
であれば知っていて当然の知識に過ぎない」という特殊性に基づき、役務提供者の具体的
な義務を否定したとされた。この点については、義務の拡張であれ（裁判例 1、3）、義務の
否認・軽減であれ（裁判例 2、4）、役務受領者・役務対象の特殊性が、具体的な義務を認定す
る際に考慮されるべきことは、役務の受領者・対象に応じて役務を提供するという役務提供
の特性からみれば、他の役務提供契約の場合にも適用しうると考えられる。

⑤具体的義務を行う可能性・コスト。この点については、裁判例 1 においては、内部統制
組織の不備などによる実査する必要性の高さを認めたとえ、定期預金証書などを実査する
ことが「特に負担とはならない」程度を強調した。裁判例 3 においては、預金先に対し直
接預金残高を確認すべき義務を履行することが時間的に不可能であって、その義務の存在
を否定した。しかし、預金通帳の原本を実査することを困難ならしめるような何らかの事
情が存在していたとは認めることができないとして、原本を実査する義務は認められた。
この 2 件の判断構造から見れば、総ての事案ではないが、具体的な義務のなされる可能性
が、こうした義務の存在かどうかの重要な判断要素となることは明らかとなる。

以下は、役務受領者の信頼が具体的な義務を認定する際の役割について補充しておく。信
頼が契約の拘束力を認める重要な要素の一つである¹³¹と同様に、信頼が契約の具体的な義
務を判断する際の一つの重要な要素である。この点については、専門家役務一般の場合に
は、「依頼者と専門家との契約関係は、第一次的に、免許資格制に裏打ちされた当該専門家
集団に対する客観的信頼関係、そして、第二次的には当該受任者に対する具体的信頼関係
という二重の信頼関係に基づく高度の信頼関係を基盤として成立する契約だという特色を
指摘できよう」¹³²とした上で、その注意義務の程度については、「免許資格制に裏打ちされ
た専門家集団に対する第一次的信頼関係に基礎を置く、専門的知識、技能に応じた高度の

¹³⁰ 根田・前掲注（112）「公認会計士の責任」100 頁。

¹³¹ 契約の拘束力の発生については複合的な要素がかかわり、場合に応じて意思の要素が優先するという
こともあり、また場合によっては信頼の要素が優先することもあると思われる（磯村保ほか「鼎談・
民法学の新潮流と民事実務第 9 回 錯誤と法律行為論を語る」〔磯村保発言〕判タ 1197 号（2006 年）5 頁）。

¹³² 下森・前掲第三章注（59）「弁護士」163 頁。

注意義務といえよう」¹³³とされた。したがって、役務受領者からの二重の信頼が、信頼されたのでその期待された具体的な義務を直ちに課すわけではないとはいえ、専門家である役務提供者の注意義務の程度を高める機能をもつことは否定できない。しかし、少なくとも前掲 4 件の事案に限り、役務受領者のこうした二重の信頼に基づき注意義務の程度あるいは具体的な行為義務を認定することは見当たらない。

第五に、具体的な義務違反と過失との関係について、他の役務提供契約と同様に、役務提供過程における具体的な義務違反の有無の判断が過失の判断と交錯していることが明らかである。例えば、裁判例 1 においては、定期預金の通帳の実査義務の懈怠を監査人の注意義務違反と捉えた上、こうした注意義務違反は監査人の過失であるとされながら、経営者側の過失と比較考量して過失相殺が認められた。裁判例 2 においては、具体的な義務違反と過失の前提である注意義務違反と同一視された。裁判例 3 においては、注意義務違反の用語だけ用いられており、過失の用語は用いられなかった。裁判例 4 は、具体的な義務自体が否定されており、過失かどうかは問われなかった。

したがって、上記 4 件の裁判例における過失の問題についても、今まで展開された帰責事由に関する学説¹³⁴に一致する傾向がある。これらの学説動向を踏まえて前掲諸裁判例の判断構造から見れば、裁判例 1、2 は、不正が発見されなかったことにつき、役務提供者である監査人に注意義務違反・過失があるかどうかによってその損害賠償責任の有無を判断した。この判断手法は、手段債務の場合の帰責事由と債務不履行との関係に関する学説の一部と同旨であることが明らかとなる。すなわち、「履行不完全」の要件事実の主張・証明は、具体的に生じた履行障害の事態が標準的な事象経過から逸脱しているという客観的事態の主張・証明で足りるとし、他方で、「過失」の要件事実では、このような事態の発生について債務者が予見不可能または回避不可能であることについて債務者が主張・証明責任を負うとの主張である。但し、学説と異なるのは、裁判例 1、2 においては、予見可能あるいは回避可能などによって過失を評価するのではなく、具体的な義務違反の有無によってその過失の有無を決めることである。こうした裁判実務の傾向を踏まえて、役務提供契約について、その本旨不履行と客観化される「過失」と交錯するとの考え方のほかに、役務提供過程における具体的な義務ではなく、契約目標の達成を債務内容として把握し、役務提供過程における具体的な義務を、善管注意義務違反あるいは過失を判断する前提として理解したうえで、債務不履行による損害賠償責任を構成することもありうると思われる。

第六に、法的効果について。諸裁判例はいずれも損害賠償を求めた事案である。役務提供契約、特に専門家の契約責任の効果論を論じる場合に、不法行為責任との効果上の相違がよく論じられているが、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任制度に対し、履行請求権を第一次的保護手段とする日本民法の契約責任制度の下では、専門家の役務提供契約において、債務の本旨に従った履行がなされなかった場合には、第三者による追完

¹³³ 下森・前掲第三章注(59)「弁護士」166頁。

¹³⁴ 本章第一節旅行契約の部分参照。

の困難性、役務の連続性及び設計などの著作者人格権との関係などで、追完請求権の行使が認められるとの指摘¹³⁵も見られる。しかし、裁判外では、日常的に行われているだろうが、裁判上は追完請求権の行為がなされ、間接強制まで命じられることが稀である。また、追完請求権の具体的な条件・行使の方式などは、例えば、提供された役務の結果に対する修補請求権のように行使するか瑕疵がある役務自体のやり直すかのような問題、役務受領者の協力が必要であるが当事者間の信頼関係が崩れた場合の問題、追完可能性と追完不能の問題及び追完権か追完請求権かなどの問題は、まだ課題として残る。ここでは、裁判例に現れた損害賠償責任についてのみ考察してみる。

損害賠償責任が認められたのは裁判例1と裁判例3である。両者とも、損害として認められたのは、提供された監査役務自体の損害ではなく、いずれも監査役務が提供された後の不正行為による被害であり、すなわち、不正が発見できなかったことによって生じた拡大損害である。これらの損害について、両者とも、債務不履行責任構成をとりながら、416条に定められるように通常損害か特別損害かとの区別は採られておらず、むしろ因果関係論によってその損害賠償範囲を決めた。また、両件とも、過失相殺が認められた。裁判例1においては、経営者側の過失を役務受領者の過失と同視して相殺が認められた。裁判例3は、内部統制組織の極めて不十分さ及び役務提供者による助言を採用しなかったことが損害の発生・拡大に寄与したという理由で、相殺を認めた。その中で、裁判例3のように、役務受領者の素因（内部統制の不備）で損害賠償責任を軽減する手法が他の役務も適用するかどうかについては、疑問を免れないであろう。役務提供契約において、提供された役務の瑕疵によって損害を生じる場合に、役務受領者の素因は、しばしばこうした損害の結果の寄与原因となるとはいえ、当事者間が役務対象・受領者の特性に応じて特定の役務を提供すると約定したときは、役務対象・受領者の特性こそ、特定の役務が必要となるので、役務の瑕疵により損害を生じた場合には、対象・受領者の特性・素因が相殺の事由となるかどうかは、事案ごとに考量すべきであろうと考えられる。なお、本件では、助言無視などの問題もあったので、過失相殺を認めたのは妥当と考える。

最後に、損害賠償の範囲について。両件とも拡大損害について判断を下したものである。しかし、役務自体に瑕疵がある以上、その分の損害も考量されるべきであろう。これらの損害に対する賠償可能性及び損害の金銭評価の問題ないしは、不完全な瑕疵に対する代金減額の可能性ないしは慰謝料賠償の可能性¹³⁶及びその評価の問題は、なお課題として残る。

¹³⁵ 下森・前掲第三章注(59)「専門家(上)」40頁、同・前掲第三章注(59)「専門家(下)」39頁、同・前掲第三章注(59)「弁護士」170頁など参照。下森説は、「受任事務や請け負った仕事の追完は、裁判外では、日常的に行われているところであり、追完請求権の法的認容は、同時履行の抗弁権の行使その他で、事実上のものにとどまらず、法的にも意義がある。さらには、債務者たる専門家にとっても一種の『追完権』が認められることは、依頼者側から即時の損害賠償請求権や契約解除権の行使が為されることを防衛することとなり、その保護ともなろう」と指摘している。

¹³⁶ 能見善久「専門家の責任——その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（安田火災記念財団1994年）9頁以下、同「専門家の責任」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊NBL28号（商事法務1994年）6頁以下では、専門家の債務不履行による損害賠償について、高度注意義務違反型と忠実義務違反型とを分けて検討してきた。前者については、効果の点では特別な問題がないと

第六節 弁護士に関わる裁判例

一 裁判例

1. 必要な弁護活動をしなかった国選弁護人に損害賠償義務を認めた事例

東京地判昭和 38 年 11 月 28 日判時 354 号 11 頁判夕 155 号 139 頁

【事案】

Xは、一審で死刑判決を受けたが、控訴の申立てをし、Y弁護士が国選弁護人に選任された。ところが、Yは、「Xの行為は戦慄を覚えるもので、一審が刑法 199 条、46 条、10 条 3 項を適用したのは当然と思料される」旨の控訴趣意書を高裁に提出した。その間、XはYに対し二度にわたり控訴趣意書の書き方の教示を懇請したが、Yは葉書で当方でこれを処理する旨伝えたにとどまり、Xに面接して直接事情及び不服の理由を聴取することもなく、一審の記録の閲覧をしたのみであった。さらに前掲内容の控訴趣意書の提出につきXの同意、了解を得ず、その事実を告知することもしなかった。そこで、Xは、Yの国選弁護人としての義務違反により、二審において自己の不服につき審理を受ける機会を失い、精神上重大な打撃を受けたと主張して、慰謝料 100 万円を請求した。

【判旨】一部認容。

「刑事被告事件における国選弁護人は、(中略) …、被告人自身が選任するいわゆる私選弁護人のように被告人と直接の委任契約関係には立たないけれども、あたかも後者と同様善良な管理者の注意義務をもって弁護活動を行なうべき法律上の義務を被告人に対する関係において負担するものであり、その弁護人として尽すべき義務の内容および範囲は国選であると私選であることによってなんら異なるものではない。国選弁護人に選任せられることが比較的低廉な報酬を受けるだけで高度の弁護活動を要求せられることとなる点において弁護士にとってひとつの強制的な負担であるとしても、これは弁護士の公共的職業者たる性格に随伴する専務として甘受さるべきもので、これがため上記義務内容に相違を生ぜしめるわけのものでないことはもちろんであり、(後略) …。

ところで有罪の第一審判決に対してXが控訴し、右控訴審においてXのために弁護人が選任せられた場合においては、(中略) …、弁護人は第一次的には訴訟記録について法定の控訴理由の有無を調査すべく、(中略) …、弁護人の調査活動の範囲も、場合によっては当然訴訟記録外に及ぶべきことが予想されるのである。殊に、訴訟記録について綿密な調査を行なってもなお適当な控訴理由を発見することができなかつた場合には、弁護人としては当然上記のような例外的事実または事情の有無を考慮すべく、訴訟記録上かかる事実または事情発見の手がかりとなるようなものが全く存在しない場合には、少なくとも被告人自

され、後者については、慰謝料を利用する方法を提案している。すなわち、財産的損害を考慮する慰謝料の利用を提案されている。それに関連して、弁護士の責任が肯定された場合の損害賠償額の算定の問題について、単純な精神的ダメージだけでなく機会利益喪失、及び専門家の職務の信認義務違反による無形損害による財産的損害をカバーする慰謝料を算定するという新たな理論構成の可能性のを検討すべきといった提言がなされている(小林秀之「弁護士の専門家責任」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』(安田火災記念財団 1994 年) 84 頁以下参照)。

身につきこれらの点の調査を実施することが弁護人の義務として要求せられるものといわなければならない。そして以上の各場合における控訴理由の有無の判断にあつては、極力自己の主観的見解を避け、被告人にとって最も有利な観点から観察、判断すべきものであることはいうまでもないところである。

次に、以上のような調査を尽してもなお適当な控訴理由を発見することができなかった場合にはいかにすべきかというに、かかる場合弁護人としては、被告人に対し率直にその旨を告げ、被告人の言い分を十分に聴取し、その不服とするところがいかに被告人に有利に解しても全くなんらの控訴理由をも構成しえざるものである場合には、その旨を指摘し、被告人がなお不服を維持するといっているのであれば、弁護人としては、被告人の名において控訴趣意書の作成について必要な技術的援助を惜しまないが、それ以上被告人の期待するとき協力をすることができないことを告げて被告人の善処を求むべき義務あるものと解するのが至当である。けだし、弁護人に対してそれ以上の行動を求めることは、その者の弁護士としての良心および公共的責務に反することを要求することになるし、他方被告人は、たとえそれが主観的、恣意的なものであるにせよ、弁護人に対して自己に有利な弁護活動がなされることを期待するのが通常であり、またそれは無理からぬところであるから、弁護人がかかる期待を被告人の不知の間に裏切ることは、結局被告人をしてその意に反して裁判所に自己の不服を主張する機会を失わしめる結果となる可能性を有するからである」。

「Yは国選弁護人としてなすべき上記のような義務を尽さなかったものというのほかなく、しかも右はYの過失に基づくものというべきであるから、YはXに対し、これがためそのこうむった損害の賠償をなすべき一種の債務不履行または不法行為による責任をまぬかれないといわなければならない」。

「(前略) 債務不履行の場合たと不法行為の場合たとを問わず、これによって精神上の利益を害された者は、場合によりかかる無形損害に対する相当額の慰籍料を請求しうることはもちろんである(中略) … Yの義務違反によってXがこうむった精神上の損害なるものは、結局Yが十分な弁護活動をしなかったことに対する不満と、Yの義務懈怠により、Xが理由の有無にかかわらずともかくも自己の有する不服を控訴審裁判所に提出してその判断を受ける機会を喪失したことによる損害の二点に尽きると考えられる。しかし前者のごとき不満は、(中略) …、具体的な結果と離れてこれのみをもって直ちに慰籍料の支払義務を認めるに足るほどの損害と認めることはできない。

これに反し後者については、現行刑事訴訟法が有罪判決を受けた刑事被告人に控訴権を与えた趣旨が、ひとり不当な原判決によって有罪とせられた被告人の利益を保護するためばかりでなく、原判決を不当と考える被告人に対して自己のその見解が正当であるかどうかについて上級審の判断を受ける機会を与え、被告人に対してその利益保護のための十分な手段を尽すことを得しめるという手続的正義の要求に基づくものであり、被告人は、客観的にはいかに理由なき不服であってもなおこれを裁判所に提出してその理由の有無につき

判断を受ける主観的な利益を法によって保障されているものであることから考え、かつまた、有罪判決がその内容のいかんにかかわらず被告人の人格に対し与える重大な影響にかんがみるときは、刑事被告人がかかる意味の控訴権を奪われたことによる精神上的苦痛は、それ自体としてその加害者に対してこれが慰藉料の支払義務を認めるに値する程度のものと解するのが相当である。本件においてYがXになんらの告知をしないで控訴理由なき旨の实质上控訴権の放棄に等しい控訴趣意書の提出をし、Xをして当然しかるべき内容の控訴趣意書の提出がなされるものとの期待のもとにみずからの控訴趣意書を提出する機会を失うにいたらしめたことは、結局その義務不履行によってXの上記意味における控訴権を侵害したものであると、YはXに対しこれがためXのこうむった精神上的苦痛に対する慰藉料の支払義務をまぬかれない。そこでその額について考えるに、(中略)…、本件においては、Xに対する刑事被告事件の第一審判決がXに現行法上の極刑である死刑を言い渡したものであり、結局において右判決が確定し、Xは現在刑の執行を待つ死刑囚であること、他方Xが控訴審において主張しようとした不服事由が何であるか証拠上判然としないこと、X自身その本人尋問において賠償金額のいかんは問題でない旨供述していること、Yが不十分とはいえ原審訴訟記録についていちおうの調査義務を尽し、控訴理由なき旨の控訴趣意書を提出したについてもYなりに自己の良心に忠実に従ったもので、そこに別段不純な意図や考慮はなかったものと考えられること等の事情を考慮するときは、結局金3万円をもって相当とすべきものとする。

2. 債権取立の委任を受けた弁護士が債務不履行責任が認められた事例

東京地判昭和40年4月17日判タ178号150頁

【事案】

Aは、Y弁護士に対し、150万円の金銭債権の取立を委任した。ところが、YはAの代理人として、B及びCとの間で、「AはDから示談金名義で15万円の支払を受け、残金135万円についてはBCのためこれを放棄する」旨の和解をした。そこで、Aから損害賠償債権を譲り受けたXは、その残額135万円の回収を不能にしたことは、Yとして受任者の注意義務に著しく違反する債務不履行によるからであると主張した。

【判旨】請求認容。

「金銭債権取立の委任を受けた者は、特段の事情がない限り全額の回収に努めるべきは勿論、それが困難であるとすれば、債務者の当時の弁済能力及び履行に対する態度債権者側の意嚮等諸般の事情を斟酌して、具体的な金額を見極めその取立に努力すべきものというべきである。(中略)…、当時BCはともに無資力であったけれども、Bはともかく、Cは(中略)…、相当の地位、収入があったし、また常時ではないとしても(中略)…原稿料を得るなどの収入があったこと、然しその年間収入は100万円以下であり、従って近い将来150万円全額を回収することは不可能であること、ただ、長年月を費してもその額は兎も角回収の見込が全くないとは即断できないこと、そこでAとしてはYに対し本件和解に際し、総額で100万円前後の回収を期待しており、金15万円のみ弁済を受けただけで残

額金 135 万円の債権全部を放棄するような内容の和解には到底同意しないことが推測され、Yとしてもそのことは予想できたこと等の事実が認められ、(中略) …以上のような事実関係の下において受任者であるYが前示のような内容の和解契約を締結することは特段の事情のない限り委任の本旨に反し、善良なる管理者の注意を以て委任事務を処理しなかったものというべきところ、右特段の事情を肯認すべき証拠はない。

3. 法律扶助を受けた弁護士の金員の引渡し義務があるとされた事例

東京高判昭和 46 年 4 月 22 日判タ 265 号 238 頁

【事案】

Y (被控訴人) が係争受任事務を処理する際にし、X (控訴人) の当該事件における相手方から金 50 万円を受取り、法律扶助協会・X及びYの三者間契約の効果として、Yがこれを直接Xに引き渡すことなく、同協会に引き渡す義務があると主張した。そこで、XはYに対して訴えを提起した。

【判旨】一部棄却、一部取消。

「Xは、右協会による法律扶助を受けるに当り、契約に定めるもののほか、法律扶助取扱規則に従うことを承諾していることが認められ、(中略) …、右協会は、法律扶助事件を取り扱う弁護士に対する事件取扱上の一般的要請として、弁護士が事件の相手方から受け取る金銭は、これを直接依頼者に引き渡すことなく、協会に引き渡すべきことを求めていることが認められるから、Yもまた、協会の右要請を受諾していたものと認めることができる。しかし、右乙第一〇号証は、その名を『法律扶助事件受任準則』と題するが、その全文の定めが殆んど協会と弁護士との間の関係に関するものである。ただ本件で問題になっている受任者が委任者のために受け取った金銭の取扱いに関する部分は、委任者の利益に関するから、本来委任者の同意のない限り、有効とならない。しかるに、この点の準則五の定めは、委任者の同意を徴するという形でなしに、むしろ協会が立替金等を回収するための便宜ないし必要性の立場に出でて、もっぱら協会から弁護士に対する注意ないしその間の申合せという形で定められている。また、この準則は、本来法律扶助取扱規則に対する施行細則的のものたるべきかと思われるが、その制定の根拠は、右規則及び準則のいずれからも明らかでない。なお、規則によれば、依頼者は、協会の立替金等を協会に支払うべきものとし、受任弁護士は、依頼者からこれを取立てる義務があるとされ、そのこと的前提として、法律扶助事件を取扱う弁護士は、協会に対して右の点に関する範囲内で委任関係に立つことが定められているようであるが、この定めと前示準則五とは、必ずしも矛盾するところがないとはいえないようである。さらに協会が準則五によって受任弁護士から引渡しを受くべき金銭について、依頼者が協会に対しいかなる権利を有するかの点、法律扶助取扱規則その他に何らの定めのないことも、依頼者にとって重大である。以上に指摘したところは、扶助事件受理に際し用いられている契約書の条項、法律扶助取扱規則及び法律扶助事件受任準則の約定ないし規定の不備に座するものようである。そうして最後に、前示準則の定めが、果してXによる法律扶助の申立てないしXとYとの間の委任契

約締結に際しXをして了解させる機会が与えられたか否かの点については、(中略) …、本件における証拠からもこれを肯定することができない。以上に説明したところによって、Yが援用する法律扶助事件受任準則による法律扶助協会に対するYの義務のいかんは、YからこれをXに対抗するに由なく、これによつては、YがXとの間の委任事務を処理するに当って受け取った金銭を委任者に引き渡すことを要する旨の民法上の義務を免かれることができない」。

4.控訴期間の徒過につき慰謝料請求が認められた事例

東京地判昭和46年6月29日判時645号89頁

【事案】

Xは、訴訟追行をY弁護士に委任したが、Yは、X敗訴の判決の送達を受けたが、帰省中で不在であり、Xにこれを報告しないままであった。Yは控訴期間満了日に出勤したがXに連絡が取れず、結局、報告しないまま控訴期間が徒過してしまい、判決が確定した。そこで、XはYに対し、委任契約上の債務不履行による財産的損害、または不法行為により控訴する権利を侵害され重大な精神的打撃を被ったことによる精神的損害10を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「訴訟当事者から訴訟委任を受けた弁護士は、委任者に不利益な第一審判決がなされその判決正本の送達を受けたときは、遅滞なくこれを委任者に通知して、控訴期間内に控訴するか否かを判断し適切な処置をとる機会を与え、出張等により不在となるときは、不在中に判決正本の送達がなされても委任者に対する連絡ができるよう事務員等に対し適切な指示を与え、また万一控訴期間内に連絡をとる方法がない場合には、控訴申立に対する特別授權がある限りは、取り敢えず控訴を申立てその後において委任者に控訴を維持するかどうかを謀る等、委任者をして控訴期間を徒過して控訴の機会を失わしめることのないよう適切な処置をとることが、委任者たる弁護士の当然なすべき委任契約上の義務であることは多言を要しない。(中略) …Xが控訴期間を徒過し控訴の機会を失ったのは、Yが受任弁護士としてとるべき前掲のような処置をとらなかつた過失に基くものであることは極めて明白である」。

「右判決の法律判断は正当であつて理由に欠けるところはなく、要するにXが右判決に対し控訴した場合に勝訴の見込があつたことを認めるに足る資料はない。(中略) …右判決の命ずるとおり本件建物を明渡しかつ賃料及び賃料相当の損害金を支払う義務があり、(中略) …右判決の確定によつて右義務を負担し右権利を喪失したものと解せられないから、これによつてXに損害が発生したとは認められない。

もつとも、(中略) …、少なくとも控訴審の判決がなされるまでは前掲判決に基づき本件建物の明渡を強制されることはないことというまでもないところ、(中略) …控訴審判決までの期間として見込まれる期間の長短により、Xは(中略) …の利益を、前掲判決の確定により喪失したものとすることができる。しかし、Xはもともと本件建物を占有使用する権原を有せず、したがつて他人に経営を委任して利益を挙げる資格を有しなかつたのであ

るから、Yが前掲判決を確定させてXの得べかりし右のような利益を喪失させたからといって、XがYに対し右利益に相当する損害の賠償を求めることは到底正当な権利の行使にあたるとは考えられず、Yは右損害の賠償義務を負わないものと認めるのが相当である。

「敗訴の第一審判決を受けた当事者は、これに対し控訴し控訴審の判断を受ける当然の権利を有し、これを行行使すると否とは全くその自由に属するのであるから、自らの判断により第一審判決に対し控訴することの是非を判定して控訴する権利を放棄する場合は格別、訴訟を委任した弁護士が過失により右の権利を行行使する機会を失わせられた場合には、第一審判決の当否にかかわらず、精神的打撃を受けることは当然であり、この場合に当該弁護士は委任者たる当事者に対し慰藉料支払の義務あるものと解するのが相当である。

そして、Xが前掲認定のようなYの過失により控訴の機会を失わせられた事実自体や、(中略)…YがX及びその家族に対してとった態度に照らし、Xの憤激や忿懣は著しいものがあると認められ、これに対する慰藉料の額は、これまでに示した諸般の事情や、(中略)…、着手金として合計3万円を支払った事実を総合して、20万円をもって相当と認める」。

5. 債権の執行保全の委任を受けた弁護士の債務不履行責任が認められた事例

東京地判昭和49年3月25日判時753号36頁

【事案】

XはY弁護士に対し、手形金債権(343万7000円)の執行保全のため債権仮差押とそれに続く差押・転付命令申請手続きを委任した。Yは、債権仮差押決定を得た後、Xの社員が手形の一部につき本件仮差押前に延期手形と利息を受領していることを知り、債務者Aが本件仮差押により資金繰りの悪化をきたし支払停止処分を受けるようなことになれば、XがAから損害賠償請求を受ける可能性もあると考えた。そうした中で、YはAの代理人弁護士Bから債務を保証する旨の申出がないのに、Xに対し右申入れがあったかのような誤解を招きやすい表現をして右債権仮差押の執行取消を促して同意させ執行取消手続をしたため、結局、Xは債権の回収が不能となった。そこで、Xは、Yに対し、債務不履行または不法行為により損害金343万7000円を請求した。

【判旨】請求認容。

「債権の執行保全につき委任を受けた弁護士がいったん仮差押決定を得た後に債務者あるいはその代理人から右執行取消の申入れを受けて右取消申請手続をするにあたっては、同弁護士には、依頼者に対し右取消によって債権の回収不能の危険性があることを十分説明し、同人と協議のうえ債務者から右仮差押に代る人的、物的担保を受けるなど右取消により依頼者が損害を被ることのないような措置を講ずべき義務がある。

しかるに、Yは、(中略)…、Aから物的、人的担保をとることもせず、(中略)…本件手形金債権のうち(中略)…債権合計343万7000円の回収不能を生じ、Xに対し右同額の損害を与えた。したがって、Yが(中略)…とった右一連の行為は、本件手形金債権の執行保全につき委任を受けた弁護士としての債務不履行に該当するし、Yには右不履行につき過失があったといわなければならない。(中略)…したがって、右延期手形、利息受領の事

実があるからといって、Aからの賠償請求を危ぐするの余り本件執行取消を慫慂し右取消におよんだYの措置は早計であったというべきであるから、前掲結論を左右しない」。

「以上検討したところによれば、YはXに対し、本件委任契約の債務不履行による損害金343万7000円および（中略）…遅延損害金の支払義務がある」。

6.善管注意義務、報告義務懈怠につき債務不履行上の慰謝料が認められた事例

東京地判昭和49年8月28日判時760号76頁

【事案】

破産管財人でありかつ債権者の受任弁護士であるXは、Y弁護士に対し、ABに対する約束手形返還請求訴訟の提起と追行とを委任した。Aに対する訴訟は和解で終了したが、Bに対する訴訟の進行状況をYは全く報告せず、Xからの再三の照会にも応答せず、所在不明となってこの間右訴訟の期日にも出頭しなかった。そのうえ関係訴訟記録等の所在も判明しなかったため、XはYを解任するとともに弁護士会に対し懲戒の申立てをした。そこで、XはYに対して、Yの善管注意義務及び報告義務違反があると主張して、債務不履行に基づく損害として慰謝料40万円を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「YはXに対しその主張の委任事務の受任者としての義務を怠ったことによりXが破産管財人であり、弁護士である訴訟事件の委任者として蒙った財産的損害のみならず、精神的苦痛に対しても損害賠償として慰藉料の支払義務を負うものといわねばならない」。

「破産管財人であり、又弁護士であるXから委託を受けた弁護士であるYの高度な職務上の義務、内容およびその重大な懈怠の態様およびこれによってXの蒙った職務上の障害、遅延、これによって予期しなかったXが事後に執らねばならなかった措置、これらによって受けた精神上的負担、管財人、弁護士としての信用について関係者から受けたいくらかの影響、金銭関係の清算未了、これらに対した事後のYの態度等を総合してYのXに支払うべき慰藉料額は金30万円を以て相当と認める」。

7.控訴期間の徒過につき慰謝料請求が認められた事例

東京地判昭和49年12月19日判時779号89頁

【事案】

Xは、Y弁護士に対し店舗明渡請求訴訟（Xが被告）の訴訟追行を受任したが、X敗訴の判決があった。そこで、Xは控訴審の訴訟追行をA弁護士に委任し、AはYに対し電話で判決正本送達の日を問い合わせたところ、Yが不在のため、その女子事務員BはYが送達場所としていた弁護士会に送達された日ではなく事務所に届いた日を誤って答えたのに対し、Aも他に何ら調査、確認の手段をとることなく右回答を軽信した。その後Aのした控訴の手続は、控訴期間徒過で却下され、Xは判決確定により店舗の明渡しを余儀なくされた。そこで、Xは、法律の専門家であるYらに一切を任せながら信頼を裏切られたことXの精神的苦痛を受けたとして、Bの使用者であるYに対し慰謝料40万円を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「第一審の訴訟委任を受けた弁護士は、控訴審の訴訟委任を受けた他の弁護士からの照会に応じて、敗訴の第一審判決の送達を受けた日を回答する場合、右送達のと時から控訴期間が進行を始めることに鑑み、控訴期間満了の日の判断を誤らせ、控訴期間の徒過により適法な控訴の途を失わせるようなことがないように、十分調査のうえ、送達の効力を生じた日を正しく回答すべき注意義務があり、この義務は、特段の事情のないかぎり、弁護士事務所の女子事務員についても同様であると解するのが相当である。本件の場合、前認定の事実によると、YのBがこの注意義務を怠ったことは明らかであり、そのこととXが控訴期間徒過により適法な控訴の途をとざされたこととの間には相当因果関係があるというべきであるから、このためにXに生じた損害につき、YはBの使用人として賠償の義務を免れないものといわねばならない」。

「Xが適法な控訴の途をとざされたために精神的苦痛を受けたことは明らかである。(中略)…示談解決をしていること、その他前認定の諸事情及び本件記録に顕われた諸般の事情を総合すると、Xの前掲精神的苦痛に対する慰籍料の額は50万円をもって相当とする。このうち30万円については、A弁護士から示談金として受領済みである(中略)…から、Yは残額20万円についてなおこれを支払うべき義務があるものというべきである」。

8.債権を時効消滅させた弁護士に債務不履行責任が認められた事例

東京地判昭和52年9月28日判時886号71頁

【事案】

XはY弁護士にXのAに対する金銭債権(492万4544円)の請求訴訟の続行を委任し、さらに、右債権保全の目的で抵当権設定契約を締結していたBら3名に対する抵当権保全のための保全処分及び抵当権設定登記手続請求の本案訴訟の提起を新たに委任した。しかし、前訴は休止満了により終了し、新たな保全処分と本案訴訟は提起されることなく、結局、債権、抵当権とも消滅時効にかかった。そこで、XはYの委任契約上の債務不履行を請求原因として、損害金492万4544円を請求した。

【判旨】請求認容。

XのAに対して有する金銭債権及びBらが右債権の担保のため設定した抵当権はこれをいずれも認めることができ、抵当物件は被担保債権額を大きく超える担保価値があったから、「本件債権が時効により消滅することなく、かつ、Yが本件委任契約に従い本件抵当権を保全する措置をとっていれば、Xが右抵当権の実行により本件債権残額を十分回収することができたものであり、また、本件抵当権を保全する処分を得られる可能は十分あった。(中略)…以上認定したところによれば、Yが本件委任契約上の債務を履行していれば、XのYに対する本件債権残額492万4544円は十分回収可能であったものであるから、XはYの右債務不履行により右債権残額相当の損害を被ったものと認められる」。

9.依頼者を敗訴させた弁護士に債務不履行責任が認められた事例

東京地判昭和54年5月30日判夕394号93頁

【事案】

Xからその代理人Bを通じて訴訟委任を受けた弁護士Yは、一審から上告審に至るまでの間、一度も直接Xに面談して事件についての事情聴取をせず、訴訟の進行状況及び結果を一度も直接Xに報告しなかった。そのため、Xの事情聴取をしていればできたはずの主張立証がされなかった結果、Xは過大な賃料相当損害金の支払を命じられるに至った。そこで、XはYに対して訴えを提起した。

【判旨】一部認容。

「一般に、民事事件について訴訟委任を受けた弁護士は、委任の趣旨に従い、善良な管理者の注意をもって委任事務すなわち依頼者の権利及び正当な利益を擁護するために必要な訴訟活動に従事すべき義務を負うものである。そして、右義務を適切に履行するために、適宜事件関係者なканずく依頼者と面談の上事情を聴取するなどして事実関係を調査し、その結果に基づいて有効かつ適切な主張・立証活動を行うべきであることはいうまでもないところであるし、依頼者からの請求があった場合はもちろん、請求がない場合でも、時宜に応じて事件の進行状況すなわち委任事務処理の状況を報告し、爾後の事件処理方針について依頼者と打合わせるなどして、事件処理について依頼者の意向が十分反映されるように努めるべきであり、さらに、判決、和解の成立その他の原因により委任事務が終了したときは、遅滞なくその顛末を報告すべき義務があるというべきである。

そこで本件についてこれを見るに、(中略)…、同弁護士は、民事事件の訴訟委任を受けた弁護士としての前掲注意義務に違反したものとわざるを得ない」。

10.控訴を無断で取り下げたことと損害との因果関係が否定された事例

東京地判昭和54年11月13日判時957号63頁判タ409号126頁

【事案】

Xは、自己所有の不動産に債務者をY1、債権者をAとする根抵当権設定登記が付せられていたところ、Aが右根抵当権に基づき任意競売の申立てをし、競売開始決定を得た。そこで、XY1らは、Aに対し、被担保債務の不存在確認及び右登記抹消を求める訴えを提起したが、結果は敗訴判決であった。XY1は控訴し、Y2弁護士に対し訴訟追行を委任した。ところが、Y1がY2に対し、XY1とも控訴取り下げの意思があるかのように虚構の事実を申し述べたところ、Y2はこれを轻信し、Xの意思を確認することなく控訴を取り下げた。そのため、Xは競売手続を阻止するためAに900万円を支払った。そこで、XはY1に対して不法行為、Y2に対して不法行為または債務不履行に基づき損害金900万円を請求した。

【判旨】請求棄却。

「右控訴取下と900万円の出捐との間に因果関係を肯定するためには、右控訴取下がなければ、Xが控訴審において勝訴できたことが前提とならなければならない。(中略)…Xが債務不存在確認請求控訴事件において勝訴したと直ちに推認することは難しく、他にXが右控訴審において勝訴したであろうと認めさせるに足る証拠はない」。

11.法律相談回答及び訴訟追行につき弁護士の責任が認められなかった事例

東京地判昭和57年5月10日判時1064号69頁判タ485号128頁

【事案】

賃借人X1は、地主から賃料支払の催告を受けた。X1の夫X2は、この対応につき東京都Y2の法律相談において弁護士Y1に相談したところ、地主との話を勧められたが、さらに合意に基づく支払をしないですむ方法を質問し、相手の出かたを見るために支払をしないことも一つの方法としてありうる旨回答されたので、Xらは賃料不払を決断した。そして、X1が地主から賃貸借契約解除の通知を受け、建物収去土地明渡の訴訟を提起されたので、Xらは、Y1に対し訴訟追行を委任し、右合意を否認し地主の請求を争ったが、Xらの敗訴が確定した。そこで、Xらは、法律相談の担当者は万全の注意をもって相談者から事情を聞き最善の方法を指示すべき義務があり、Y1は右義務に違反し地主の催告を放置するように回答したとして、Y1に不法行為責任、Y2に使用者責任があると主張し、Y1の訴訟活動等についても、Y1に債務不履行責任、不法行為責任があると主張し、Yらに対して損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「法律相談における回答は、本質的には、相談者に対するなんらの拘束力を伴うものではなく、相談を受ける相談員から相談者に対する指導、助言の域をでないものと解するのが相当であり、その採否は最終的には相談者自身の決定に委ねられるし、実質的にも、相談者から提供される一方的資料によらざるをえず、相手方による反論、反証にさらされていないために、どうしても一面的傾向のものとなりがちであり、それだけ客観性は低くなる点は否めない。

しかしながら、法律相談にも種々その態様を異にするものがあり、その回答が相談者に対し決定的影響力を及ぼす場合のありうることも否定できない（中略）…、ことに、その法律相談において相談員が故意に不当な意見を述べて相談者を誤導した場合とか、回答が通常法律相談に期待される助言ないし指導としての適切さを著しく欠くものであるとき、もし相談者がその回答を信頼して行動したために損害を被ったという事実が発生したならば、右相談員に故意、過失があるとして不法行為成立の余地もあるものというべく、その判断は、相談事項をめぐる事実関係、証拠の有無、法律上の問題点、法律相談を求める相談者の目的、意図並びに当該法律相談を設けた主催者の目的など諸般の事情を考慮のうえ、決定すべきものと思われる。

これを本件についてみると、（中略）…、本件当時のY2東京都の法律相談においては、（中略）…一人平均二〇分程度となったことを認めることができるのであるから、判断資料の入手は、時間的にも非常に限定されていたといわざるをえない。

「確かにXらが地主Aからの催告書に対して支払を拒絶する態度を選択するについてY1の回答が影響を与えたであろうことがうかがわれるものの、Y1より地主との話をすすめられていたのにそれをせず、同人の上記回答から直ちに賃料支払の決断をしたXらは、むしろ軽率の譏りを免れない。（後略）…

以上によれば、Y1の回答が直ちにXら主張の不法行為を構成すだけの違法性を有するも

のとは到底断ずることができないのである」。

「Yに右訴訟における敗訴責任を問うためには、前掲事実を前提としたうえ、弁護士として当然なすべき主張、立証活動をしていれば、勝訴しえたといえる事情の存在が必要要件であると解される（後略）…」。

12. 弁護士の職務違反が認められなかった事例

高知地判昭和 58 年 4 月 14 日判タ 530 号 208 頁

【事案】

Xは山林ブローカーであるAの勧めにより公図に記載がなく所在位置や範囲も明確でない山林を購入して、転売すべく画策したが、首尾よくいかずかえって損害を被った。その後Cの従業員Bが、この山林の立木を伐採搬出して利益をあげる話を持ち込んだので、XAはY弁護士に相談した。Yは、立木の伐採搬出を可能にするための伐採搬出妨害禁止仮処分の要件と効力を説明する中で、この種仮処分を得るためには本件山林及び立木の所有名義がCになっていることが必要であろうと述べた。これを受けてXABは協議して、仮処分申請が不成功に終わったときには所有名義をXに返すことを条件にこれをCに移した。そして、BはCの代理人としてYに本件仮処分申請を依頼し、Yは同申請をして保証決定を得たが、Cは保証金を用意できなかったため同申請は取り下げられた。ところが、ABはXに内密に本件山林を転売してしまったため、Xは損害を被った。そこで、XがYに対し、①YはXに対し、仮処分が不成功に終わった場合には山林の所有名義をXに返還する旨約束したがこれを履行しなかった、②Yの無責任かつ誤った説明によって損害を被ったとして損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「本件仮処分申請事件のYへの依頼者がCであってXでないこと、また本件山林及び同地上立木の登記済権利証を同仮処分事件の疎明資料としてYへ預けたのもCであったこと（中略）…、他にYにおいてかかる約束をしなければならない特段の事情も認められないことに照らすと、右供述等にはわかに措信することができない」。

「高度の知識、経験と良識に基づき社会正義の実現に寄与することを期待されている弁護士としては、事件によっては、依頼者あるいはこれに協力する者の希望を制して、仮処分の申請あるいは協力を中止するよう説得する必要がある場合もあると思われるけれども、その判断は第一次的には当該弁護士に任されていることであって、一見明らかにこれが誤っていると認められるものでない限り、同弁護士のとった措置の適否を論ずるのは許されないと解される。これを本件についてみると、（中略）…、Yが本件仮処分申請当時、ABらの本件山林についての説明が全くでたら目であって、本件山林がほとんど無価値であることを知っていたとの事実を認めるには足りないし、かえって、Yは前掲のとおり、本件仮処分申請事件を東京に本社のあるCから著名な弁護士をとおして依頼を受ける一方、Cの代理人というB、仲介者であるAらは、本件山林について境界に不明確な点はあるものの、本件山林が現地に間違いなく存在することをその根拠について資料を示すなどして強

調し、これに対し、売主であるXも右Aらの説明に対し格別疑義を挟むことなく、これに協力する態度に出ていたなどの事情の下において、YとしてはCに対してはもとよりXに対しても本件仮処分の申請及びその協力行為を中止するよう説得すべき義務はないものといわなければならない、他にYにおいて弁護士としての職務に違反した事実を認めるに足りる証拠はない」。

13.債権回収の一部不能につき弁護士の善管注意義務違反が否定された事例

大阪地判昭和58年9月26日判時1138号106頁判タ533号185頁

【事案】

Xは、Y弁護士に対し約束手形三通（額面合計280万円）の取立てを委任した。Yは、いったん銀行に対し自己名義による隠れた取立委任裏書により取立を委任したが、その後各手形の手形債務者からの依頼を受けて、手形の書替えに応じた。債権のうち90万円が支払われたが、この段階でXは本件委任契約を解除したので、Yは書替え後の手形二通をXに返還した。Xは、Yが何ら権利保全策を講じることなく漫然と各手形の書替えに応じ、振出人が計画倒産を企てているという情報を得ながら、また、振出人の預託した不渡異議申立預託金があるのに右返還請求権を差し押さえず、さらに手形返還にあたって漫然と第一裏書全部を抹消して裏書の連続を欠いたまま返還したもので、こうした委任契約上の義務違反により、結局、手形金債権の残部の回収が不能になったと主張して、債務不履行による損害金190万円を請求した。

【判旨】請求棄却。

「弁護士は、依頼者から事件の処理を委任された場合、委任の本旨に従い、法律専門家としての善良な管理者の注意をもって、誠実に右受任事務を処理すべきことはいうまでもないが、その事務の性質上、右受任事務の処理にあたっては専門的な法律知識と経験に基づいて具体的状況に応じた適宜の判断を下す必要があり、その意味において、弁護士の受任事務の処理については、相当の範囲において弁護士の裁量に委ねられているものというべきである。したがって、弁護士は、その裁量的判断に基づいて誠実に受任事務を処理したものと認められる場合には、それが依頼者の指示に反し、あるいは、裁量権の範囲を逸脱したものと認められないかぎり、委任契約上の債務不履行責任を問われることはないとするのが相当である」。

「一般に、手形所持人から手形の取立てを委任された弁護士が手形債務者の依頼を受けて支払期日を延期するための手形の書換えに応じようとするときには、一応取立依頼者の意思を確認するのが適宜の措置であるというべきである。しかし、手形所持人が手形金の回収を図ろうとする場合に、手形債務者の資金繰り等を考慮して、支払期日を延期する手形の書換えに応じることが手形金回収のために最も賢明な方法である場合が少なくないことは言うまでもない。（中略）…によれば、（中略）…Yが前掲手形の書換えに応じた措置自体をもって本件委任契約の本旨に反するとも、またYの裁量権を逸脱するともいうことができない」。

「支払期日を延期するための手形の書替えに応ずるにあたっては、X主張のような何らかの権利保全策をとるのが通常措置であるとは認められず、また、Yが前掲手形の書換えに応ずるにあたり、たやすく保証のための裏書を求めるなどの権利保全の措置をとることができたことを認めるに足りる証拠もない」。

「一般的には、手形の支払拒絶に伴い不渡異議預託金が預託された場合には、手形金の回収を図ろうとする手形所持人としては、右預託金返還請求権につき仮差押をしたうえ、債務名義を得て右請求権の差押・換価をし、もって手形金の回収を図ることが有効な方法であるといえよう。しかしながら、(中略)…によれば、Yが前掲のように判断したことに合理性がないとはいえず、また、右のような判断に立って前掲法的手段に出なかったことをもって弁護士としての裁量権を逸脱したものということもできない」。

「XがYに対して手形の書替えの際には何らかの権利保全策を講ずるよう指示したこと、Yが前掲各手形の書換えの際Cが計画倒産を企てているとの情報を入手していたこと、また、Yが前掲各書替えに応ずるにあたりたやすく何らかの権利保全策をとることができたことについては、いずれもこれを認めるに足りる証拠がない。そうすると、Yが何らの権利保全策を講ずることなく前掲各手形の書換えに応じたからといって、本件委任契約に基づき受任事務を処理するにつき任務を懈怠したものということができない」。

「Xが返還を受けた右各手形は、その記載において受取人とXとの間に裏書の連続が欠けるため、右記載のままでは、Xが右各手形を所持するに至っても、その手形上の権利を行使するのに重大な支障があることは当然である。したがって、民法644条、646条の趣旨に照らすと、Yは、右各手形をXに返還するにあたり、第一裏書を抹消した以上Xに対する無担保裏書をするなどして受取人からXへの裏書の連続をつけておくべき義務があると解される。(中略)…Xとしては前掲各手形の返還を受けた後Yに前掲各手形を呈示してかかる措置をとるよう求めさえすれば、これに裏書の連続をつけることができ、手形上の権利の行使に支障がなかったものというべきである」。

14.控訴期間徒過につき弁護士の損害賠償責任が否定された事例

横浜地判昭和60年1月23日判タ552号187頁

【事案】

X1会社(当時の代表取締役X2)が、Aから提起された社員総会決議不存在確認などの訴訟追行をY弁護士に委任したが敗訴した。Y宛に判決が送達され、その事務員BはYに判決送達の日を誤って伝えたのに対し、Yは格別の確認手续をとることなくそれを軽信した。そしてYは、X1に電話連絡して控訴を勧めその委任を受けた後控訴を提起したが、控訴期間が徒過していたため却下され、敗訴判決が確定した。そこで、XらはYに対し、①X1は、委任契約上の債務不履行に基づき得べかりし利益の損害賠償、②X2は、不法行為に基づき、敗訴判決確定による財産的損害、X1の代表者として控訴を委任したのに信頼を裏切られたことによる精神的損害、及び弁護士費用の賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「訴訟当事者から訴訟委任を受けた弁護士は、委任者に不利益な第一審判決がなされ、その判決正本の送達を受けたときは、控訴期間を確認し、これを委任者に通知して控訴期間を徒過しないよう注意を促すと共に、同人から控訴手続の委任を受けたときは自らもこの点に細心の注意を払うべき委任契約上の義務あることは多言を要しない。(中略) …YはBの言を漫然信用して判決正本の送達日時を確認する手段をとらなかったため、上記のとおり控訴期間の計算を誤り、控訴期間を徒過したのであるから、これを委任契約上の義務に違反したものとといわなければならない。

ところで、Yの控訴期限徒過による敗訴判決の確定とX1会社主張の損害及びX2主張の物的損害との間に因果関係を肯定するためには、控訴期間内に適法な控訴がなされていたならば、X1会社が控訴審において確実に勝訴できたことを前提としなければならない」。

「本件に顕われた証拠すべてを検討しても、(中略) …勝訴の見込があったことを認めるに足りない。(中略) …との間には因果関係の存在は認められず、(後略) …」。

「X2自身は右訴訟の当事者ではないのであるから、Yの控訴期限徒過により右訴訟におけるX1の敗訴が確定しても、そのことによりX2のYに対する信頼が裏切られたとはいえず、従って、X2が精神的苦痛を被ったともいうことができない」。

15. 委任契約は違法であるとして弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例

京都地判昭和60年2月28日判時1166号127頁判タ554号270頁

【事案】

本件土地はA(Xの現在の代表取締役である)所有、本件建物はB所有であり、A、Bは親子であって本件建物の賃料収入によって生活していた。本件競売期日以前には、建物のみが競売に付されていたが競落されることもなく数回競売期日が延期され、その際Aらの生活維持のための競売対策としてX会社を設立された。その後、本件土地も一括して競売の対象となって競落される可能性が出てきたため、Xは、弁護士Yとの間で、他に入札があつて落札されそうな状況にあるときは、YがXのために入札手続きをなす旨の委任契約を締結した。ところが、本件競売期日において、Yが入札書に事件番号を誤って記載したためXの入札が無効とされ、結局、第三者が本件土地建物を競落してしまった。そこで、Xは、Yに対して、Xが競落した場合の得べかりし利益等の損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「本件競売期日において特別売却条件の存在を知るや、その趣旨(すなわち、右特別売却条件は本件土地・建物の所有者が異なるためいずれもなるべく高価格で売却されるように配慮した条件である)を潜脱して、本件土地の入札価格を最低に、本件建物の入札価格をXが準備した入札保証金の範囲内で最高価格で入札しようとしたものであって、当時、本件土地・建物の合計の入札価格は金2億5000万円を超える可能性は少なく、しかも、X・Yの企図を知らない他の入札者は、入札価格を金2億7000万円以上にしなければ、土地と建物の両方につきXの入札価格を上回ることが事実上むづかしい状況にあったこと、そこで、XとYは、右の状況を了知したうえで、Xの本件土地・建物の入札価格の合計額2億5000

万円の範囲内では、他の入札者はどのように入札価格を設定してもXと同様の入札価格でなければ落札することが不可能であることを十分予想して、右入札をなすことを合意したこと、したがって、XとYは、その際、本件競売期日における入札を、実質上、阻止して、もっぱら競売期日を延期することのみ目的とする旨合意したものであり、かかる目的は、他の入札者の買受けを妨げ、競売の適正な実施を妨害することが甚だしい事項を内容とする不法なものであるというべきである。そうすると、X主張の委任契約は、民法90条所定の公の秩序善良の風俗に反し、無効であるものといわなければならない。

16. 立会人としての弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例

東京地判昭和60年9月25日判タ599号43頁

【事案】

A会社は、Bの代理人と自称するCから土地建物を買戻特約付きで買い受け、X会社は、同日A会社からこれを買戻特約付きかつ住居するD夫婦が立ち退く旨の即決和解を成立させるとの約定で買い受け、代金も支払い、所有権移転登記も備えた。ところが、AB間の売買は、Bの娘DがBに無断でその登記済証や実印を持ち出し、Cがこれを利用して行ったものであったうえ、D夫婦は立退きに同意していなかったため即決和解は成立せず、また、Xは、Bから本件土地建物の所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起され、Bが500万円を支払うのと引き換えにその抹消に応ずる訴訟上の和解をしたため、結局本件土地建物の所有権を取得できなかった。このBAの売買及びXAの売買には、いずれもY弁護士が立会人として関与していた（Xから立会及び契約書作成の報酬として10万円受領）という事情があった。そこで、Xは、弁護士Yに対して、「売買契約の立会人として尽くすべき注意義務違反」による不法行為を理由として損害賠償請求をした。

【判旨】請求棄却（なお、A会社代表者に対し商法266条の3第1項を、不動産仲介業者に対して債務不履行を理由とする損害賠償請求は認容された）。

「一般に、契約締結の立会人とは、後日契約締結の事実を証明するための証拠とする目的で契約締結の場に立ち会わせる者をいい、右立会人が弁護士であっても、法律専門家である弁護士であるということに伴って、付随的に契約内容につき法律上の観点から適切な指導、助言をすることが期待されることがあるとしても、立会人としての本質に変わりはなく、契約当事者の代理人あるいは仲介人とは異なり、契約の相手方当事者と自ら交渉したり、契約の目的である権利関係の帰属、内容あるいは契約当事者の権限の有無等を自ら調査したりする義務はないものというべきである」。

「Yは、本件売買契約につき立会人として期待される指導、助言を一応尽しているものと認めるのが相当であり」、「Yには本件売買契約締結の立会人として尽くすべき注意義務に格別の懈怠があるものということとはできない」。

17. 遺言執行者としての弁護士の損害賠償責任が認められた事例

東京地判昭和61年1月28日判タ623号129頁

【事案】

Aは、入院先の病院で、Bと弁護士であるYらを証人として、C会社所有の財産を処分清算したうえでその中から4000万円を妻Xに遺贈するとの遺言を口授し、そしてB、Yらによって、民法所定の遺言書の方式を具備した本件書面が作成された。Aは、本件書面においてYを遺言執行者に指定すると共に、Yに本件書面の保管を依頼し、Yもこれらを承諾した。Aの死亡後、XはYに対してしばしば本件書面による4000万円の交付につき照会したが、YはC会社清算内訳と題する書面を交付しただけで、詳しい事情の説明をしなかった。そのうち、Aの相続財産は他の相続人らによって処分され、本件書面も遺言としての効力を有しないために、Xは何も相続することができなかった。そこで、XはYに対し、債務不履行または不法行為に基づき損害賠償（内金2000万円）を請求した。

【判旨】一部認容。

「従って、本件書面は、その後の手続如何にかかわらず、遺言としての効力を有しえないのであるから、これによってXが受遺者としての権利を取得することはありえず、右取得を期待すべき法律上の利益もない」。

「Yは外見上遺言書の方式を具備した本件遺言書の作成に法律の専門家である弁護士として関与し、その執行の任務を負う遺言執行者への就職を予め承諾したことになる。そして、本件書面が遺言としての効力を有しないこと（中略）…、その記載の方式からみれば、法律の専門家でない一般人がこれを見た場合には遺言書としての効力を有するものと誤信するおそれは決して少なくないものというべきであるから、右のような立場にあるYとしては、すくなくとも外見上の受遺者であるXに対しては速やかに本件書面が遺言書として効力を有しえないことを告げ、Xが本件書面によってその記載内容のとおりの遺贈を受ける権利を有するものと誤信してAの遺産に対する権利行使の機会を失することがないようにすべき専門家としての注意義務があるものと解するのが相当である」。

「Xが（中略）…、その後、これに関して弁護士に相談した時点においては、右相談により、本件書面が遺言とは認められないことを十分知りえたはずであり、（中略）…、速やかに遺産分割、相続回復請求等の方法をとることにより、自己の法定相続分に相当する分のAの相続財産を確保することができたと言わなければならない。（中略）…Xは自己の相続上の権利の確保について落ち度があったと言わざるを得ず、（中略）…、公平の見地からこれを斟酌するのが相当である。（中略）…金500万円程度の賠償を得せしめれば、自己の権利主張の機会を失したことによって被った損害の賠償として、十分であると考えられる」。

18. 訴訟を受任した弁護士の弁護過誤の主張が排斥された事例

千葉地裁松戸支判平成2年8月23日判タ784号231頁

【事案】

Xは、弁護士Yに対して父の遺産相続に関する訴訟の提起・追行を委任した。Yは、協力者として弁護士Aにも委任させた上、Aとともに訴訟提起・追行をし、訴訟上の和解を成立させた。ところが、その後、Xはこの和解内容を不当として、Yに対して、損害賠償を請求した。Xは、①本件相続回復請求訴訟は勝訴するケースで主張立証は果たされていたか

ら、Xの取得すべき相続分は三分の一であるところ、和解によって取得したのは一割未満であったから、この差の時価相当分の損害を生じた、②Yには和解の内容・諾否につき依頼者Xの意向を反映させるべき義務があるのに、YはAに任せきりにし、Aは充分Xの意向を聞かず、この義務に違反し、Xは精神的苦痛を被ったと主張した。

【判旨】請求棄却。

「訴訟を受任した弁護士は、委任の趣旨に従って善良な管理者の注意をもって、委任者の権利及び正当な利益を擁護し、そのために必要な訴訟活動をすべき義務がある。和解をするについては、委任者のために利益になるものでなければ、委任の本旨に従って事務処理がなされたとは言えない。弁護士は、委任者に適宜審理の進行状況を報告して、事件の処理方針について打ち合わせ、和解の内容及びその諾否について委任者の意向を充分反映するように努める義務がある」。

「一件の事件を複数の弁護士が受任した場合に、その一人が訴訟活動を担当し、他の弁護士は必要に応じてこれに協力するにとどめることは、委任者からこれを不満とする明示の意思表示がなされない限りは、委任の趣旨に反するものではないから、右認定の事実によって直ちにYに契約上の義務不履行があったとは言えず、(後略) …」。

「Xは、相続回復請求事件の審理の進行に応じて審理内容と訴訟の状況を承知し、和解の諾否の判断に必要な弁護士の意見を提供され、和解の諾否による利益損失の考慮をする機会を与えられて、和解に応じたものと認められる。(中略) …、訴訟受任契約の不履行があったことを原因とするXの損害賠償請求は理由がない」。

19. 弁護士の義務違反が否定された事例

福岡地判平成2年11月9日判時1379号119頁判タ751号143頁

【事案】

Xは、Yら2名にXのAに対する貸金債権(750万円)の取立のため訴えの提起と追行を委任し、勝訴判決を得たが、その間にAが自己所有の不動産の名義を妻Bに移転していたので、XはまたYらに委任して、この不動産に処分禁止の仮処分決定を得、さらに右所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した。Xは、右訴訟においても勝訴し、Yらは右確定判決に基づき、所有権移転登記の抹消を申請したが、その前に右不動産について抵当権に基づく競売開始決定があり、差押登記名義人の承諾のない限り抹消登記申請は受け付けられないとの法務局窓口の指導があったため、この申請を取り下げた。その後、Yらは、Xの委任により、本件建物の賃借人Cによる弁済供託金242万余を差し押さえ、供託金還付請求権確認訴訟を提起し、勝訴して供託金をXに渡している。そこで、XはYらに対して、債務不履行に基づき、貸金債権回収不能の750万円及び遅延損害金を求めた。

【判旨】請求棄却。

「一般には、訴訟と強制執行の区別も知らない者も少なくなく、その訴訟に勝訴するか否かよりも現実に貸金が回収できるかどうかが一番の関心事であるから、貸金の回収について弁護士に相談に行き貸金返還請求訴訟を依頼した者が弁護士に対し貸金の回収に向けて

種々の手段を講じてくれることを期待していることが多いと考えられる。一方、依頼を受けた弁護士は、回収の可能性が全くないのに訴訟の提起、追行を受任するということは、税務上あるいは会計処理上の理由等の特段の事情のないかぎり考えられず、ある程度の回収の可能性を前提にして事件を受任した以上は、法律業務の専門家として、訴訟業務以外に強制執行等の現実の回収を図る方策を依頼者に説明し、依頼者の負担となる費用や報酬の額、貸金の回収の可能性の程度、その手段を採ることの難易等の情報を提供して、依頼者が回収に向けていかなる手段を具体的に講じるかを定めるためのアドバイスをすべき義務があるものと解するのが相当である。

しかしながら、弁護士に訴訟を委任したことによって依頼者との関係では当然には保全処分や強制執行までも委任したものと解することはできない。(中略) …、依頼者との関係では、各手続ごとに費用を要し、報酬も訴訟と別に受けることができるとされているので、原則として個別の委任を要するものと解するのが相当である」。

「Yらは、このような当時の状況のもとでは、直ちに本件不動産の競売の申立てをせず、したがって、抹消登記の申請を留保しておいた方がよいと(中略) …判断は法律専門家としての弁護士の知識・経験に基づく合理的なものということができるので、Yらが直ちに抹消登記の申請をしなかったことが、委任契約上の債務不履行に当たるとはいえない。

抵当権設定登記後になされた所有権移転登記を抹消するについて、(中略) …、右登記先例により、実務上処分禁止の仮処分登記の当事者恒定効が制限されているという事実は、当時の一般的な知識経験を有する弁護士に広く認識されていたとはいえず、却って、仮処分登記によって抹消登記手続請求権が保全され、その後になされた登記によって判決による移転登記の抹消が不可能になることがあるとは一般には認識されていなかったものと考えられる。また、法的解釈においても、(中略) …、仮処分の当事者恒定効が任意競売の申立てによっても妨げられないと理解していたことが、法的知識の明白な誤りであるとはいえない。

また、本件不動産の競落による配当の結果は、Xに優先するAの抵当権者にのみ配当があり、余剰はなかったもので、仮にXが配当要求あるいは自ら差押えをしてもXは配当を受けることができなかったものと認められるので、判決に基づき抹消登記手続を直ちにしなかったことと、Xが本件不動産の競落代金から債権の満足を得られなかったこととの間には因果関係があるとは認められない」。

20. 和解金を全額引き渡さなかったことにつき弁護過誤が否定された事例

東京地判平成2年12月20日判タ758号209頁

【事案】

A漁船とB油送船との衝突により死亡したA漁船船員3人の遺族であるXらは、弁護士Yに対して、B油送船船主に対する損害賠償請求等を委任した。Xらに対しては、A漁船の所有者であり船員の雇主であるCから、死亡船員一人当たり2000万円の損害死亡補償金が支払われていたという事情があった。YはB油送船船主との間で和解を成立させたが、災

害死亡補償金相当分についてはCがXらに代位してB油送船船主に対して賠償請求権を取得しているものという解釈の下に、Xらに引き渡さなかった。そこで、Xらは、Yに対し、6000万円を横領したとして不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「労働者の死亡について第三者が不法行為に基づく損害賠償責任を負担する場合には、労働基準法第七九条（業務上死亡した労働者の遺族補償）に基づく補償義務を履行した使用者は、民法四二二条の損害賠償者の代位の規定の類推により、遺族に代位して第三者に対して賠償請求権を取得するものとされている（最判昭和36年1月24日民集15巻1号35頁）。この代位に関する法理は、船主が船員法第九三条の遺族補償の規定を実現するものとして協定された労働協約に基づき災害補償金を支払った場合にも等しく妥当するものといわねばならない。したがって、労働協約に基づいて船主が死亡船員の遺族に災害死亡補償金を支払ったときは、船主はその死亡について船員の遺族が第三者に対して有する損害賠償請求権に代位するものと解される。

そして、船主が災害補償金を支払うに当たって、その資金をいかなる方法によって調達したのかは、補償金の支払を受ける遺族の利害になんら影響するものではない。また、右の代位の法理は、同一の損害について債権者に二重の利得を得させないとの考えに基づくものである。そうであれば、船主がどのような方法で補償金支払の資金を調達したかによって、代位の効力が発生したり、発生しなかったりするものではないと解するのが相当である。（中略）…以上のおりであるから、Yが遺族の受領すべき和解金を横領したとするXの請求は、理由がなく、棄却を免れない」。

21. 債務整理を委任された弁護士不法行為責任が認められた事例

東京地判平成4年1月31日判時1435号75頁判タ781号272頁

【事案】

甲は、その娘乙及び娘婿X1とともに債務整理等を、Y弁護士に委任した。Yは、債権者A及びBとそれぞれ和解契約を締結した。その内容は、Aとの間では、750万円を支払うのと引き換えに、Aが有していた抵当権を抹消するというものであり、X1らは、それに基づいて、Yを通じて同金額をAに支払ったが、Yはこの抵当権を抹消せず、報酬請求権を担保するために自己にこれを移転させた。Bとの間では、X1らは、元金3000万円、損害金1500万円の支払義務を認め、Yは、右債務を重疊的に引き受け、Yが、元金3000万円をBに支払うのと引き換えに、Bの右債権と抵当権をYに譲渡するという内容であり、X1は、3000万円をBに支払った。ところが、Yに対する報酬支払等を巡って、X1らとYとの間の関係が悪化し、Yは辞任してしまった。そして、X1らに対して立腹したYは、X1らを困惑させるため、Aが有していた抵当権を抹消せず、自己への付記登記を抹消して、Aに抵当権登記を復帰させ、また、一方的にBとの間の和解契約を解除し、さらに、A及びBに働きかけて、抵当権の実行をさせたり、貸金請求事件等の訴訟を提起させ、かつX1から受任した際に得た知識をA及びBのために提供し、同人らに積極的に協力した。そこで、

Xら（X1 及び甲乙の相続人）は、Yの右行為は、弁護士法 25 条に違反するもので、故意による不法行為に当たるとして、Yに対し、応訴等による損害（弁護士費用）、債権者の提訴後和解により支払を余儀なくされた金員の損害、慰謝料の賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yは、弁護士として依頼者の利益のために誠実に行動すべき義務及び弁護士法 25 条 1 号にいう『弁護士は、相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件については、その職務を行ってはならない。』義務があるにもかかわらずこれを怠ったものであり、かつ民法 709 条によりXらに対し慰謝料を支払うべき義務がある」。

「X1 は、（中略）…事件の内容やそれら事件での当事者双方の主張及び証拠関係等、審理の経過に照らすと、右（弁護士）報酬金額はそれぞれ妥当なもの認められる。

また、慰謝料について判断するに、Yは、（中略）…事件の申立、提起に関与し、甲、乙、Xらに多大の労力と費用の支出、多大な精神的苦痛を与えたものと認めることができる。これらXの精神的苦痛を慰謝するにはX1 には 100 万円、同X2~X6 には各 25 万円が相当である。（中略）…結局、Yは、不法行為による損害賠償に基づき、X1 に対し 1320 万円、同X2~X6 に対し各 25 万円の支払義務を有する」。

22. 弁護士の義務違反による慰謝料賠償が認められた事例

東京地判平成 4 年 4 月 28 日判時 1469 号 106 頁判タ 811 号 156 頁

【事案】

Xは、Aから既払金の返還や損害賠償を求める訴えを提起されていた。Xは、平成元年 8 月 17 日に東京都在住の弁護士Yに訴訟遂行を委任し、着手金として 217 万円を支払うことを約し、右の内金 100 万円を支払った。Yは、受任後にXに指示して既払金返還請求事件（別件）について期日変更申請書を提出させる等しただけで、A本人尋問期日等に出廷しなかったため、別件裁判所は、A勝訴の判決を下し、右判決の送達を受けたYがこれを放置したため、別件判決は確定し、Xは、右判決に基づき強制執行を受けた。そこで、Xは、Yの受任義務の不履行を理由に委任契約を解除し、着手金の返還を求めると共に、損害賠償として、Yが適切に委任事務を遂行していれば、別件訴訟に勝訴しえたとして別件の敗訴額とYとの打合費用、慰謝料の支払を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「このように訴訟委任を受けた弁護士は、善良なる管理者の注意をもって、依頼者の法律上の権利・利益を擁護し、損害を防止するのに必要な最善の訴訟活動を行う義務を負うが、その義務には、口頭弁論に出頭して、有効適切と判断される主張立証を行い、依頼者の裁判を受ける機会・期待を確保すること、依頼者に対し、事件の進行状況、見込み等を適宜報告し、これに基づき処理方針の検討をするなどして、依頼者の利益を図り、かつ、その意向が反映されるような措置を講ずること、及び事件の終了後は、その結果を依頼者に報告し、爾後の処理を検討し、特に敗訴した場合には、遅滞なく報告して依頼者が上訴する可否かを判断する機会を与え、裁判を受ける権利の喪失や判決確定による損害を防止するこ

とを包含するものと解される」。

「Yは、専門的資格を有する弁護士として、訴訟代理人としての自己の行為の結果を認識していたことは明らかであって、Yの前示の各所為は、その余の義務違反の存否にかかわらず、本件委任契約を解除させるに足りる義務違反に当たる。そして、Xが、(中略)…Yに対し、本件委任契約を解除する旨の意的表示をしたことは、当事者間に争いがなく、(中略)…の経緯に照らすと、右解除が信義則に反するとはいえず、Yは、Xに対して債務不履行による原状回復及び損害賠償の責めを負うものというべきである」。

「一般に、着手金は、弁護士の委任事務処理に対する報酬の一部前払いという性質を有するところ、訴訟委任契約が受任者たる弁護士の債務不履行によって解除された場合には、原則として既に支払われた着手金はこれを返還すべきであるが、右解除までに委任契約の趣旨に沿う一部の事務処理がされたと認められる場合は、その事務の割合、内容に相当する着手金の額はこれを返還することを要しないと解するのが相当である。本件において、(中略)…前示 100 万円の着手金は、別件訴訟を含む本件各訴訟に関するものであるところ、(中略)…は、訴訟委任契約の申込みを受け又はこれを締結した者として、その本旨にかなう事務処理であったと認められること、及び着手金として当初 217 万円程度が予定されていたことに鑑み、右事務処理に対応する報酬として 50 万円が相当である。

そうすると、Yは、Xに対し、(中略)…50 万円を返還する義務があるというべきである」。

「Xが別件訴訟の確定した敗訴判決に基づき強制執行を受けて被った損害と、Yの債務不履行との間に因果関係を肯定するには、右債務不履行がなければ別件訴訟においてXが確実に勝訴できたことが証明されることを要すると解すべきところ、(中略)…、Xの勝訴が確実であったとは認められないから、右損害の賠償請求は理由がない」。

「Xは、Yと本件委任契約を締結し、着手金も一部ながら支払い、資料も授受した上、専門的資格を有する弁護士であるYが、少なくとも平均的水準にかなう相当な方法によって訴訟活動及びXに対する指導助言をし、Xの権利・利益を保護してくれ得るものと期待を抱くことは当然であると解される所、(中略)…、実質的な主張立証活動もされず、訴訟の状況・判決言渡の事実も知らされず、控訴の機会も失い、債権差押命令の送達を契機として事の顛末を知るに至ったXが、精神的打撃を被ったことは明らかであり、Yはこれに対する慰謝料を支払う義務があると解するのが相当である。(中略)…本件の経緯、別件訴訟後のYの対応・言動等を総合考慮すれば、慰謝料額として 200 万円をもって相当とする」。

23. 弁護士の債務不履行責任、不法行為責任が認められた事例

大阪地判平成 5 年 9 月 27 日判時 1484 号判夕 831 号 138 頁

【事案】

Xは、九筆の不動産(甲不動産)の所有権の回復のため、昭和 57 年 7 月頃弁護士Yにし法律相談をした上、Aほか 6 名及びその特定承継人Bに対する所有権移転登記等抹消登記手続きの訴訟提起を依頼し、Yは、同年 9 月頃、甲不動産のうち三筆の不動産(乙不動産)のみを対象に訴訟提起をした(①訴訟)。①訴訟は昭和 60 年 9 月、X勝訴の判決がなされ

たが、その直後、Bは乙不動産のうち二筆の土地（丙土地）及び甲不動産の残り六筆（丁不動産）のうちの一筆の土地（戊土地）にプレハブを建てて占有を始めた。そこで、Xは、Bの占有状況及びプレハブに第三者Cの表札がかかっている状況を写真撮影してYに対し、丙、戊土地の占有回復措置を講じるよう依頼した。そこで、Yは、丙土地及び同地上のプレハブにつき、Bのみを相手方として明渡断行の仮処分（②仮処分）を申請して決定を得たが、プレハブを占有しているCを相手方にしていなかったため、これに対し仮処分執行をすることができなかった。昭和62年9月、①訴訟は最高裁でX勝訴判決が確定した。そこで、Yは、Xに対し報酬請求を行ったが、Xは、勝訴しても当初意図した甲不動産の八筆土地が戻ってこないこと等に不満を抱き、Yを解任した。そこで、平成2年12月、Xは、Yが丁不動産の訴え未提起、仮処分申請の際Cを相手方にしなかったことなどを理由に、債務不履行に基づく損害賠償訴訟等の本訴を提起した（③訴訟）。これに対し、Yは、①訴訟の報酬請求及びXの訴え提起の違法を理由とする損害賠償訴訟などの反訴を提起した。Yは、平成3年2月、報酬請求権につき、Xの②仮処分の担保金を仮差押した（④仮差押）が、保全の必要性の欠缺を理由に保全異議で取り消され確定した。Xは、Yの④仮差押の違法を主張して損害賠償請求を③訴訟で追加した。

【判旨】一部認容、一部棄却、反訴棄却。

「右認定事実によれば、XとYとの間で（中略）…、乙不動産に限定して、Bを相手に所有権確認、所有権移転登記請求の訴訟を提起、追行することを委任事務とする本件訴訟委任契約が成立したといわざるを得ない。（中略）…①訴訟は最高裁判決によってX勝訴判決が確定し、本件訴訟委任契約における委任事務は、その目的を達成して終了したと認められるから、その後、Xが本件不動産全部についてYと委任契約が成立したことを前提に、（中略）…着手金・報酬の一部の返還を請求することはできないといわなければならない」。

「思うに、依頼者が弁護士に悩み（事件）の解決を依頼する場合、通常、依頼者の弁護士に対する法律相談、依頼者からの事情聴取、資料などの分析・検討、弁護士による法的助言・指導（アドバイス）という過程を経るものであり、右アドバイスには、弁護士において依頼者の抱えている悩み（事件）を解決する方法として訴訟提起などの法的手続を選択することも含まれるものである。もっとも、依頼者の事件依頼に対し、弁護士は事件を受任するか否かの自由を有するものであるから、右アドバイスをする前に受任を断る場合もあろう。しかし、弁護士は、基本的人権の擁護及び社会正義の実現を使命とし（弁護士法1条1項）、依頼者のために誠実に職務を行う（同条2項、3条1項）とされていること、また、弁護士は極めて高度の専門的・技術的な法律知識・経験を有するものであって、依頼者は、かかる弁護士を信頼して自らの法的悩みの解決を相談・依頼するものである。そして、同法29条は、弁護士は事件の受任を断る場合には、速やかにその旨を依頼者に通知しなければならない旨規定しており、右規定は、弁護士の法律専門家としての地位、依頼者の弁護士に対する信頼などからすれば当然の規定であるといえる。そして、依頼者（相談者）と弁護士との法律相談は、それ自体弁護士が依頼者に対し、当該相談に対する法的助言・指導な

どのアドバイスというサービスを提供し、依頼者はその対価として相談料を支払うことを内容としていることに鑑みれば、法律相談自体、委任又は準委任契約（法律相談契約）とみることができる。以上の諸点に鑑みれば、依頼者の法律相談を受けた弁護士が、依頼者の事件依頼を受任しない場合には、速やかにその旨を依頼者に通知するとともに、他の弁護士に法律相談することを勧めたり、依頼者が自ら事件を解決するための方策を教えるなどして、依頼者が当該事件について速やかに何らかの法的措置を講じたり、解決できるようにするために助言・指導をする義務があるというべきである。そして、弁護士が右義務に違反し、その結果依頼者に不測の損害を与えた場合には、弁護士は、法律相談契約上の善管注意義務違反による債務不履行として右損害を賠償する義務を負うというべきである」。

「Yは、Xから本件不動産の全部について所有権の取戻しについての法律相談を受け、法的措置を講じることの依頼を受けたにもかかわらず、乙不動産についてのみ事件の依頼を受けて訴訟を提起し、残りの不動産については本件紛争が生じるまでの間、一度もXに対し、受任しない旨の通知をしないばかりか、本件紛争が生じるまでの約五年間、Xに対し、他の弁護士をして何らかの法的措置を講じる機会を与えないまま漫然と放置したことを推認することができる。Yのかかる態度は、Xとの法律相談契約における善管注意義務に違反したものであるといわざるを得ない。（中略）…よって、Yは、Xに対し、法律相談契約上の債務不履行に基づき、Xが被った損害を賠償する義務があるというべきである」。

「不動産の明渡しなどの断行の仮処分を申立てる場合、通常、第三者の執行妨害が予想されるものであることは、弁護士としては当然認識して然るべきものであろう。したがって、弁護士が、依頼者の相談を受けて不動産の明渡しなどの仮処分申立ての措置を講じることを決定した場合には、依頼者からの事情聴取や資料分析、また弁護士自らの資料入手、分析などを行うことにより、当該不動産の占有状況や占有当事者の特定などを把握、確定し、当該仮処分を申立てることによって、執行妨害をも排除して暫定的な占有回復又は現状の変更禁止などの初期の目的を十分達成しうるよう、万全の準備、態勢を整える義務があるというべきである。そして、本件では、Yは、丙土地及び本件プレハブについて、（中略）…Xと本件仮処分委任契約を締結したのであるから、Yは、右契約上の義務として、本件仮処分が初期の目的、すなわち、暫定的な占有の回復という目的を十分達成しうるように、万全の準備、態勢を整える義務があるというべきである。（中略）…、Yは、本件プレハブにCの表札がかかっていることは十分認識していたのであるから、たとえ、本件プレハブが人の居住できるような構造ではなかったとしても、事実上の占有によって執行妨害をし、又は妨害をするおそれがあることは十分予想できたはずである。したがって、このような場合、Yは、Cの占有という一事によって本件仮処分の執行ができなくなるという事態を回避すべく、Cをも本件仮処分の相手方にするにより、本件仮処分の目的、すなわち、暫定的な占有の回復という効果を十二分に達成できるよう万全の準備・態勢を整える義務があったというべきである。にもかかわらず、Yは、右の点を看過し、（中略）…、仮処分の目的を達成することができなかつたのであるから、Yに本件仮処分委任契約上の善管注

意義務に違反した債務不履行があるといわざるを得ない」。

「思うに、不動産明渡しの断行の仮処分手続の依頼を受けた弁護士が、右依頼によって当然に、建物収去土地明渡しなどの本案訴訟の提起の委任義務まで委任されたものと解することはできないというべきである。なぜなら、弁護士は、依頼者との関係では、仮処分手続や本案訴訟などの手続ごとに着手金、報酬を受けることができるとされており、また、各手続ごとに費用を要することを考えれば、各手続ごとに個別の委任を要すると解されるからである。もっとも、依頼者の立場からみれば、仮処分手続と本案訴訟手続の区別を知らない者が少なくなく、依頼者の関心事は結局、依頼の目的（不動産の明渡し）を達することかできるかどうかにあるのであるから、不動産の占有の回復について弁護士に相談に行き、不動産明渡し断行の仮処分や占有移転禁止又は処分禁止の仮処分の申立てを依頼した者は、弁護士に対し、不動産の占有回復に向けて種々の法的措置を講じてくれることを期待しているのが普通であろう。一方、依頼を受けた弁護士が、将来本案訴訟を提起したり、話し合いで解決を図ったりすることを前提にしないで、単に仮処分手続だけを受任するということは余程の事情がない限り考えられない。そうだとすれば、不動産明渡しの断行の仮処分手続の委任を受けた弁護士は、法律業務の専門家として、右委任の一内容として、仮処分手続業務以外に、本案訴訟の提起や新たな仮処分手続を講じることなど、究極的な事件の解決を図る方策を依頼者に説明し、依頼者の負担となる費用や着手金・報酬の額、不動産の占有の回復の可能性の程度、その手段を採ることの難易等の情報を提供し、依頼者が不動産の占有の回復に向けて、いかなる手段を具体的に講じるかを定めるための助言・指導（アドバイス）をする義務があるというべきである。そして、弁護士が右アドバイスをする義務に違反して依頼者が損害を被った場合には、委任契約上の善管注意義務違反による債務不履行として右損害を賠償する義務を負うというべきである。（中略）…右認定事実によれば、Yは、Xに対する前掲アドバイスを怠ったといわざるを得ず、本件仮処分委任契約上の善管注意義務に違反した債務不履行があるというべきである」。

「Yは、本件仮処分委任契約締結に先立ち、Xから甲不動産の占有回復措置についての法律相談を受け、占有回復措置についての依頼をされ、その後、Yは、乙不動産についてのみXと本件仮処分委任契約を締結したのであるから、Yは、本件仮処分委任契約の付随義務として、（中略）…Xに対し、丁不動産の占有回復措置の依頼を断る場合には、速やかにその旨を通知するとともに、Xが速やかに何らかの法的措置を講じたり、解決できるようにアドバイスをする義務を負っているというべきである。（中略）…、Yは、Xの右依頼を断った後、丁不動産の占有回復措置について、Xに対し、善処策についての何らかのアドバイスをしたことはなく、（中略）…。そうすると、Yは、Xに対する右アドバイスの義務を怠ったと推認せざるを得ず、Yに本件仮処分委任契約上の債務不履行があるというべきである」。

「思うに、仮処分命令が、その被保全権利が存在しないために当初から不当であるとして取り消された場合において、右命令を得てこれを執行した仮処分申請人が右の点について

故意又は過失があったときは、右申請人は民法 709 条により、被告申請人がその執行によって受けた損害を賠償すべき義務があるというべく、一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のない限り、右申請人において過失があったものと推定するのが相当である(最判昭和 43 年 12 月 24 日民集 22 卷 13 号 3428 頁参照)。そして、右の理は、仮処分命令又は仮差押(以下「保全処分」という。)が、保全の必要性が存在しないために、後日異議もしくは上訴手続において取り消された場合にも妥当すると解するのが相当である。なぜなら、保全処分は、仮の地位を定める仮処分の場合を除き、原則として、債権者の主張、疎明資料のみで審理し、決定を行うという迅速性、密行性に鑑みれば、保全処分が、事後の不服申立手続において、その被保全権利の不存在によって取り消された場合と保全の必要性の不存在によって取り消された場合とで別異に解する理由はないからである。(中略) …、本件仮差押をする必要性は存しなかったのであり、かつ、そのことを容易に認識し得たというべきであり、それにもかかわらず、Y は、X の財産状況を調査することなく、漫然と保全の必要性がある旨主張して、本件仮差押を申立てたのであり、Y に過失があると評価せざるを得ない。よって、Y は、X に対し、不法行為に基づき、本件仮差押によって被った X の損害を賠償する義務があるというべきである」。

「Y の法律相談契約上の債務不履行によって被った X の損害は、民事裁判を受ける権利の侵害といえることができる。(中略) … X が、民事裁判を受ける権利を侵害されたことによる損害は、結局、X が②訴訟の提起の際に弁護士に支払うべき着手金と、Y の債務不履行当時、Y が残りの不動産についても受任して訴えを提起したならば要したであろう着手金との差額と解するのが妥当である。(中略) …、Y の相談契約上の債務不履行によって被った X の損害額は、(中略) …125 万円であると認められる」。「X が、民事裁判を受ける権利ないし裁判上の救済手続を受ける権利を侵害されたことによる損害は、結局、X が②、③の仮処分及び③訴訟の提起の際に弁護士に支払うべき着手金と、X の債務不履行当時、Y が本件仮処分の相手方に C を加え、丁不動産についても仮処分手続を受任し、さらに甲不動産に対する建物取去土地明渡しなどの本案訴訟の提起を受任し、訴えを提起したならば要したであろう着手金との差額と解するのが妥当である。(中略) … Y の本件仮処分委任契約上の債務不履行によって被った X の損害額は、(中略) …139 万円であるというべきである」。「X が本件仮差押の排除のためになした保全異議手続に要した着手金・報酬の弁護士費用は、Y の本件仮差押という不法行為と相当因果関係のある損害であるというべきである。(中略) …、40 万円であると認められる」。

24. 裁判上の和解を成立させた弁護士に債務不履行責任が否定された事例

東京地判平成 6 年 8 月 25 日判タ 894 号 216 頁

【事案】

X1 は、Y に対し、係属中の認知事件と親子関係存在確認事件の訴訟遂行を委任し、また、X1 の母親 X2 は、Y に対し、右事件の和解事件において利害関係人として参加することを

委任したところ、Yは、右訴訟事件とX1の父親の遺産に関し、X1が遺産分割調整金として4億円余を支払う旨などを内容とする裁判上の和解を成立させ、報酬として1850万円を取得した。しかし、X1は、税務署から相続税として予算外に高額1億1700万円を納付するよう通知を受けたので、Yに対し、右相続税の是正措置を講ずるよう依頼したが、これを拒否したため、他の弁護士に委任することを余儀なくされ、その弁護士費用として795万円を負担することになった。そこで、Xらは、Yに対して、報酬金の返還、慰謝料などを含む3600万円余の損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

裁判所は、①和解の際、Yは、Xらに対し支払うべき相続税は1000万円程度と誤った説明をしたとは認められず、YはXらの代理人としてその職責を果たした、②税務署の相続税の納付通知は誤りであるから、Xらが相続税との対応を余儀なくされたとしても、Yにはその責任はない、③Yは、Xらとの協議の上、調整金から報酬として1850万円を取得したものであって、不当に利得したものではない、などと判断し、Xらの請求を棄却した。

25. 手形金の回収を受任した弁護士の損害賠償責任が認められた事例

広島地判平成7年7月17日判時1564号98頁判タ895号153頁

【事案】

Xは貸金1723万余の担保としてA振出し、Bら裏書に係る受取人欄及び振出日欄とも白地の約束手形三通（額面合計2250万円）を受け取ったが、振出人が倒産したので、弁護士であるYに会い、法律相談を依頼した。Yは、本件手形について振出日欄を補充してから金融機関を通じて満期に呈示するよう助言したが、受取人欄の補充については言及しなかった。Xは、Yの指示に従い呈示したが、資金不足を理由に不渡りとなった。Xは、Yに本件手形の処理方針を聞いたところ、弁護士Cを紹介された。C弁護士は、本件手形を見て、受取人欄が白地であることに気付き、XとYに連絡し、Xにこのままでは裏書人に訴えを提起しても勝訴の見込みはないが、相手が補充に気づかない場合にはそのまま通ることがあると助言した。Xは、受取人欄を補充して手形訴訟を提起させた。右手形訴訟においてAらは欠席し、認容判決が下されたが、Bは裏書が偽造されたとして争い、通常訴訟に移行した。右通常訴訟において和解が勧誘され、Bから1800万円を支払うとの提案があったが、X側で受諾するか否かを検討中にB側で支払呈示当時のマイクロフィルムを調査し、受取人欄が白地であったことが判明したため、Bは和解金を800万円とすることを提案し、Xはこれを受諾せざると得なかった。そこで、XはYに対し、委任契約の債務不履行を理由に損害賠償を求める訴えを提起した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「XとYとの間には、本件手形の回収方法、特に裏書人たるBに対して、最終的には手形訴訟の提起を行うことになることを展望的に想定した上で、その前段階である支払呈示前の本件手形に関して、Bに対し、裏書人としての責任を追及するために必要な方法につき、YがXに対して適切な法律的助言を行うことを内容とする委任契約が締結されていたとみ

るのが相当である」。「Yは、当時、本件手形の受取人欄が白地であることを認識しておらず、それゆえ、Xに対しその補充をするよう具体的に説明ないし指示する義務を怠ったものと認めざるを得ない」。

「Xの被った損害は、終局判決の認容額を基準とするのではなく、成立に至ったと推認される和解金額に基づいて算定するのが相当というべきである。(中略) …、Xは、(中略) …、本件債務不履行によってXの被った損害は、現実の取得額 800 万円との差額である 1000 万円と認めるのが相当である。

また、X本人の供述によれば、Xは、本件訴訟の提起をX訴訟代理人に委任し、その着手金として 150 万円を支払ったことが認められるところ、本件訴訟の内容等に照らし、右のうち 100 万円についても、本件債務不履行と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である」。

26. 訴えの提起まで約 2 年を要したことは注意義務違反であるとされた事例

東京地判平成 7 年 8 月 25 日判タ 911 号 125 頁

【事案】

X及びAは、B社から懲戒解雇され、法律扶助協会の扶助決定を得て、昭和 63 年 5 月、Y弁護士にBらに対する訴訟手を委任した。Yは、X及びAの代理人として、平成 2 年 4 月、B社及びその代表取締役Cを被告として不当解雇を理由とする慰謝料請求訴訟を提起した。しかし、Yは、同 4 年 2 月、扶助協会の承認を受け、受訴裁判所に対し訴訟代理権消滅の通知をした。そこで、Xは、Yに対し、訴訟事件を受任しながら約 2 年間放置し、解雇後の賃金債権を時効消滅させたなどの不法行為に基づき、慰謝料を含め、合計 300 万円の損害賠償を求める訴えを提起した。

【判旨】 請求棄却。

「本件記録からうかがわれるBほかに対する訴訟事件の事案の内容・性質さらには依頼者であるXらの性格・言動にかんがみると、Yにおいて受任事件の内容の把握に時間を要し、通常の場合に比してその処理が遅延せざるを得なかった事情については理解できないでもなく、(中略) …しかしながら、(中略) …、平成元年二月の打合せが終了した時点においては、訴訟物についての方針も固まり、Xらから訴訟委任状の交付も受けていたというのであるから、遅滞なく訴えの提起に着手し得る状態にあったものと認められるのであり、右時点からYが訴えの提起に着手するまでさらに一年以上の期間を要した点については、右に判示した事案の内容・性質や依頼者の性格・言動さらには(中略) …Y側の事情を斟酌しても、なお、相当性を逸脱した行為といわざるを得ず、受任弁護士として誠実に職務を行うべき注意義務に違反した違法な行為と認めざるを得ないものというべきである」。

「Xは、そもそも、解雇無効を理由とする未払賃金請求手続をYに委任しなかったものと認められ、したがって、Yの右訴訟提起の遅延により右未払賃金債権が時効消滅しXが右請求の機会を逸したことを理由とするXのYに対する損害賠償請求は、その前提において失当というべきである。(中略) …Xの右主張に、Yの右内通・共同謀議に基づく背任行為

の有無にかかわらず、右訴訟提起の遅延の不法行為によりXが受けた精神的苦痛の賠償を請求する趣旨が含まれているとしても、右訴訟事件の訴えの提起（平成二年四月二日）から本訴の提起まで既に三年を経過しているから、右損害賠償請求権は、平成二年四月二日から三年の経過により時効消滅したものというべきである」。

27. 弁護士の行為が委任契約上の債務不履行とされた事例

東京地判平成8年4月15日判時1583号75頁

【事案】

Xは賃借していた店舗明渡しをAから請求され、Y弁護士に処理を依頼したところ、YはXが預託した家賃をAに支払うことも供託もしなかった。その後、Aは、家屋明渡し請求訴訟を提起したが、YはXが知らない間にXがAに店舗明渡しなどを内容とする裁判上の和解を成立させた。そこで、Xは、Yに対して、債務不履行を理由として損害賠償を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「円満解決のため賃料を供託しないなどという論理が通用しないことはいうまでもなく、Yは要するに当初から、又は遅くとも家主が賃料の受領拒絶をすることが明らかとなった段階で預託された賃料を供託する手続をとるべきであったのであって、それをせず賃料不払いを理由に賃貸借契約を解除されては、どのような弁解も通るものではない。Yに弁護士として委任契約の債務不履行があったことは明らかである」。

「本件和解の内容は、Xにメリットの考えられないものである。（中略）…本件和解は、Xの意思に基づかないで行われたものと認めるべく、Yは、この点においても委任契約の債務不履行があったものというべきである」。

そして、預託家賃、新店舗・住居借入費用、事務所借入費用、設備費用等合計323万3600円及びこれに対する遅延損害金の損害賠償が認められた。なお、精神的損害については、「Xは、Yの行為によって精神的損害を被ったと主張する。確かに、XがYの債務不履行によって、ある程度の精神的被害を受けたことは認められるが、その被害の程度は、その債務不履行によって受けた物的損害について適正な額の賠償を受ければ回復するものと認められる。よって、このような損害に対する賠償請求権を認める余地はない」とされた。

28. 債務不履行に該当する可能性はあるが、財産損害との因果関係がないとされた事例

千葉地判平成8年6月17日判時1620号111頁

【事案】

Xは弁護士Yに対し、産業廃棄物等の最終処分場を有するAに対するXの搬入権を被保全権利とする汚泥搬入妨害禁止等仮処分の申請手続きを委任した。仮処分決定後、Aから仮処分異議が出され、異議手続において裁判上の和解が成立した。その後、Xは、Yに対し、Yが①和解に当たりXの利益を擁護する方策をとらなかった、②和解内容の説明をしなかった、③和解成立後その履行状況を監督する方策をとらなかった、④和解成立後、Xの利益に反する行為をした旨を主張して、弁護士の委任事務の債務不履行を理由とする損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「一般に、民事事件において訴訟、保全処分等の裁判上の手続を受任した弁護士は、委任の趣旨に従い、善良な管理者の注意をもって委任者の権利及び正当な利益を擁護し、そのために必要な訴訟活動をすべき義務がある（民法 644 条）。

そして、右義務を適切に履行するために、弁護士が裁判上の手続においてどのような具体的措置を選択すべきかについては、原則として、その専門的知識、経験等に基づき、適正な裁量によって決定すべき事項であり、またそれらの具体的措置につき必ずしも逐一委任者に報告し指示を受ける必要はないと考えられる（弁護士倫理 18 条参照）。裁判上の和解においても、和解を求めるか、和解内容としてどのような条項を求めるか、相手方の要望をどの程度受け入れるか、和解の打ち切りを求めるか等については、弁護士の専門的知識、経験に基づく裁量があると考えられる。しかし、裁判上の和解は、当事者の合意によって成立するものであり、しかも判決と同じ効力を有するものであるから、弁護士の裁量といっても無制限のものではなく、弁護士としては、(1) 当該事件の性質や紛争の内容、実態などを考慮して、委任者の利益を擁護すべく可能な限りの方策を検討するとともに（同 19 条参照）、(2) 委任者に適宜審理の進行状況を報告し、事件の処理方針について打ち合わせ、和解の内容及びその結果について委任者に説明し、和解の諾否について委任者の意向を十分反映させるように努める義務（報告・説明義務）（民法 645 条、弁護士倫理 31 条参照）があるというべきである」。

「Y が本件の和解条項を受け入れて和解を成立させたことをもって、当該紛争の解決策として著しく不合理であり、Y の弁護士としての裁量の範囲を逸脱したものであるということとはできないし、X 代表者も和解の進行状況を了知し、和解案を受諾することを了承したといわざるをえないから、結局、Y が本件和解成立に至る過程で委任者たる X の利益を擁護する方策を検討すべき義務の本旨に従った履行をしなかったことを認めることはできない」。

「Y は X 代表者のみならず X の関係者らも対象として本件仮処分異議事件についての報告、説明、打合せ等を行っており、また X 代表者には本件和解条項での裁判上の和解を成立させるべきか否かの判断に必要な資料は十分に与えられていたものとするのが合理的であり（後略）…」。

「委任契約において、受任者は委任事務の終了に至るまで善良な管理者としての注意義務を負うが、弁護士が民事事件について訴訟行為を受任した場合には、通常、当該事件に関する一切の訴訟行為、並びに和解その他の裁判上及び裁判外の行為を受任したことになり、右委任事務の終了まで右善管注意義務を負うことになる。

そして、裁判上の和解は、和解が成立し、調書に記載されると、その範囲で当該事件に関する訴訟は当然に終了するという効力を有するから、裁判上の和解が成立した場合には、当該事件についての弁護士の委任事務は、原則として終了するものというべきである。（中略）…しかし、弁護士が民事事件の訴訟を受任した場合には、当該訴訟の終了までを受任するのが通常であって、当該民事事件の背景にある訴訟当事者間の利害関係が解決され委

任者の利益が確保されるまでを委任事務の範囲とするのは、委任事務の範囲を不明確かつ広範なものとし、当事者の合理的意思解釈とはいえない。また、当該和解調書の条項が具体的給付義務を内容とする場合には、和解調書には執行力が付与されている。これらのことを考慮すれば、和解の内容や委任事項等から和解成立後もその履行確保について当該弁護士が委任契約上の義務を負うとするのが相当と判断されるような特段の事情がある場合は別として、そうでなければ、和解の成立により原則として委任事務は終了し、和解の履行の確保までは委任事務の範囲に含まれないというべきである。

「本件和解成立後本件和解の履行確保をすることもYの受任事項とするほどの特段の事情は認められず、本件和解の成立によりYの委任事務は終了すると認めるべきであって、Yには和解内容の履行の確保についてまでの委任契約上の義務はないというべきである。

また、裁判上の和解を成立させた弁護士が委任契約上の義務以外に、裁判上の和解を成立させたことを理由として、委任者に対し、和解の履行の確保について新たな法的義務を負うという見解は、訴訟の委任を受けた弁護士に過度の義務を負わせるものであって、委任契約当事者の合理的意思解釈とはいえず、採用しがたい」。

「しかし、委任事務の終了後であっても、弁護士は、委任を受けていた事件に関し、委任者の利益に積極的に反する行為等をしないという義務を委任者に対して負担しており、委任者の相手方の代理人になるなどして、委任者の利益を害するような行為をすることは許されないというべきであり、このような行為をした場合には、単に、弁護士法や弁護士倫理に抵触する場合があるのみならず、委任の趣旨に反するものとして債務不履行に該当する可能性があるというべきである。(中略) …Yの一連の行為は、(中略) …、いずれもXの利益に反するものであって委任契約の趣旨に反する可能性があるから、債務不履行を構成する可能性があるといわざるをえない。しかし、本件訴訟においてXらが主張する損害は、Aが本件基本契約に基づくXの搬入する産業廃棄物の受入義務を履行しなかったこと自体による損害であるか、同社の本件和解契約に基づく右義務の不履行自体による損害であって、Yの右行為によって生じた損害と認めることはできない」。

29. 上告理由書を期限内に提出しなかったことにつき義務違反があったとされた事例

千葉地判平成9年2月24日判タ960号192頁

【事案】

X1は、有限会社Aの従業員であったが、A社の代表取締役であったBの死亡後A社の経営権をめぐる紛争が生じ、Bの相続人らは、X1及びAを被告として社員権をめぐる訴訟を提起した。X1は弁護士Y1らに右訴訟の追行を委任し、後にY1と同じ事務所に所属するY2が複代理人として選任され、右訴訟はY2が担当するようになったが、第一審及び控訴審で敗訴したため、X1は、相手方との和解による解決も念頭において、上告審における訴訟追行をY1、Y2に委任し、上告した。ところが、Y1、Y2は、上告理由書を提出期間内に提出しなかったため、右上告は却下され、X1敗訴の判決が確定した。右訴訟については、A社の従業員であったX2が事実上ないし法律上X1の代理人の立場にあったが、右判

決確定後、X2 に対してA社から解雇の意思表示がされた。そこで、Xらは、Yらに対し、右訴訟事件の追行について、Yらには訴訟代理人としての義務違反があるとして、これによって財産的損害並びにXらにつき精神的損害が生じたとして、損害の賠償を求めた。

【判旨】一部認容。

「一般に、民事事件において訴訟等の裁判上の手続を受任した弁護士は、委任の趣旨に従い、法律実務の専門家として善良な管理者の注意をもって依頼者の権利及び正当な利益を擁護し、そのために必要な訴訟活動をすべき委任契約上の義務を負う（善管注意義務、民法 644 条、弁護士倫理 19 条参照）のみならず、右委任契約に基づき、受任した事件の処理及びこれに密接に関連する事項について、誠実にその職務を行い、依頼者のために適正妥当な法的措置を採求し、その実現を期すべき法的義務を依頼者に対して負っているというべきである（誠実義務、弁護士法一条二項参照）。

ところで、右義務を適切に履行するために、弁護士が受任した訴訟に関連してどのような具体的措置を採るべきかについては、右具体的措置の内容、性質、特に依頼者のどのような利益と関連して右措置が問題となるかによって、以下のとおり異なるというべきである。

（一）訴訟においてどのような主張立証を行い、その他いかなる訴訟行為を選択すべきかは、原則として弁護士の専門的な知識、経験等に基づく適正な判断によって決すべき事項であり、当該受任者たる弁護士の判断に基づく行為が著しく不適正なものであったなどの特段の事情のない限り、右選択の適否が委任契約上の善管注意義務その他の義務違反を招来するものではないと考えられる。XらがYらの各義務違反行為として主張するものうち、主張の提出、弁論再開の申立て、補助参加の申立て等については、右見地から判断されるべきである。

（二）一方訴訟の進行状況や結果等についての依頼者への報告、説明、打合せ等に関しては、一般的に弁護士は適宜依頼者に審理の進行状況等を報告し、事件の処理方針について打合せを行う委任契約上の義務を負うと解される（民法 645 条、弁護士倫理三一条参照）。

右の報告、打合せ等の義務を尽くすべき具体的事項についてみると、訴訟委任の最大の目的がその最終的な訴訟結果の獲得にある以上、判決その他の当該事件の終局的解決に際しては、特段の事情のない限り、これを依頼者に報告し、その内容等について十分に説明して、依頼者が上訴その他の措置を採る上で適切な判断材料となる情報を提供すべき義務がある。これに対し、当該訴訟の終局的解決に至るまでの手続的経過の詳細や、弁護士の裁量の範囲内に属する専門的事項等については、その全てについて逐一依頼者に報告しその指示を受ける必要は必ずしもないというべきであり、ただそのような手続的、専門的事項についても、終局的結果に重大な影響を与える事項については、当該事件の帰趨に関する依頼者の最終的な自己決定権を保障するために、依頼者に右事項を報告し、必要な範囲で説明、打合せ等をすべき義務を負うというべきである。

（三）さらに、上訴などの不服申立てによって審判を受けるべき機会ないし期待という依頼者の手続的利益を確保するために、上訴期間内に上訴の申立て等を行うことなどについ

ては、原則として弁護士は裁量権は認められず、上訴等の手続を特別に受任した弁護士が右期間内に上訴の申立て等の措置を採らなかったために敗訴判決が確定するなどして、依頼者の前掲手続的利益が奪われた場合には、特段の事情のない限り弁護士には委任契約上の善管注意義務違反ないし誠実義務違反が認められると解するのが相当である」。

「(上告理由書提出義務違反について)(前略)まず依頼者から控訴事件を受任した弁護士としては、委任契約上の善管注意義務ないし誠実義務の一環として、控訴審の判決の全部又は一部が依頼者敗訴の内容である場合には、上告について特別に受任するか否かを問わず、上告理由の有無等の観点から判決理由を検討し、依頼者に右検討の結果を説明するなどして、依頼者が上告等の措置を採る機会を失わせないようにする必要があると解される。

本件においては、前訴控訴審判決後、Y2はX1の代理人として行動していたX2に対し、条文を引用するなどして上告には憲法違反等の上告理由が必要であること等を説明したものであり、右説明を受けた上でX2は本件上告をすることを決めたのであるから、この点についてはYらに説明義務違反等はないというべきである。

次に、上告事件を受任した弁護士は、特段の事情のない限り、委任契約上の善管注意義務ないし誠実義務の一環として、上告期間内に上告を提起するとともに、上告理由書提出期間内に上告理由書を原裁判所に提出すべきであり、もって上告が各期間の徒過を理由として不適法却下され、依頼者が上告理由の当否の審査を受ける機会のないまま敗訴判決の確定という不利益を受けることのないようにすべき義務を負うというべきである。また、上告事件を受任した弁護士が上告理由書を提出しない場合には、上告理由書提出期間内に上告理由書を提出しないと上告が不適法却下されることを事前に依頼者に説明し理解させた上で、依頼者の了解を得なければ、上告理由書の不提出による善管注意義務違反、誠実義務違反の債務不履行責任等を免れることはできないというべきである」。

「Yらには、本件上告に際し上告理由書不提出についてXらに対し説明しないまま上告理由書をその提出期間内に提出せず、本件上告の不適法却下、敗訴判決の確定という不利益をXらに生じさせた点において、善管注意義務違反、誠実義務違反があると認められる」。

「(一) 財産的損害について、(中略) …、上告理由書提出によって前訴控訴審判決が破棄される見込みがなく、かつ和解成立の見通しがあったとも認められない以上、(中略) …、Xらの主張する右損害額の有無につき判断するまでもなく、理由がない。

(二) 慰謝料額について、(中略) …X1は本件上告をYらに委任したことによって、少なくとも前訴控訴審判決についての上告理由が上告審で審理され、上告理由の有無が上告審の本案判決によって明らかになるまでは、前訴控訴審の敗訴判決の確定による不利益を回避することができ、また前掲のとおり上告理由がないとして上告棄却の判決がされていたとしても、(中略) …X1の主張が上告審で最終的に排斥されることによって納得を得ることができるという期待を有していたところ、Yらの上告理由書不提出による本件上告却下決定によって、右期待を奪われ、これにより一定の精神的損害を受けたものと認められる。(中略) …X1は本件上告をYらに委任した際、Y1に対し、着手金50万円のほか、前

訴第一審からの実費約 8 万 5000 円を支払ったこと、右着手金額は本件上告却下決定後、Y から X1 に対し返還等はされていないことが認められ、右の事実と本件紛争及び前訴の経緯を総合すると、Y らの上告理由書不提出の善管注意義務、誠実義務違反によって本件上告が却下されたことにより、X1 が被った精神的損害に対する慰謝料の額は、100 万円と認めるのが相当である。

一方、X2 については、(中略) …、X1 の事実上ないし法律上の代理人としての行為をしたことが認められるが、Y らに対する X1 の着手金等を立替えたなどの事情は特段認められないことなどを考慮すると、慰謝料を生じさせるような精神的損害を被ったと認めることはできないというべきである」。

30. 受けた金員を第三者に交付したことにつき債務不履行責任がないとされた事例

東京地判平成 10 年 3 月 18 日判タ 1013 号 170 頁

【事案】

有限会社 X は、3 件の訴訟を抱えていたが、株式会社 K の代表者 K1 に Y 弁護士を紹介され、Y を訴訟代理人に選任した。そのうちの 1 件について H 市内の土地を代金一億円で売却する旨の訴訟上の和解が成立し、Y が代理人として右代金を受領した。X は、その直後、K との間で X が K に一億円を M 市内の土地建物の買取資金として預託し、K が一億円の範囲内で右不動産の買取り、弁護士費用その他経費の一切を賄うことを記載した覚書に押印した。その後、X は、Y が受領した一億円を K に交付して費消され、X に同額の損害を被らせたことと主張し、債務不履行による損害賠償として内金 5000 万円の支払を求めて提訴した。

【判旨】請求棄却。

「訴訟委任を受けた弁護士は、依頼者に対して、委任事務処理に関し善管注意義務を負うが、具体的にいかなる義務を負うかは、依頼者の意思及び属性並びに依頼者と弁護士との法律的素養の差異などを考慮して決すべきものと解される」。

「X 社の代表者は、自らホテル経営などを手掛ける事業家であり (中略) …、X 社の代表者が本件覚書に押印したのは、その内容を十分理解した上で、これに納得したからであるものと推認できる。(中略) …そして、訴訟 (b) の和解金をいかに捻出すべきかの判断は法律的素養の有無とは直接関係なくなし得る事柄であるから、K1 ないし K の素性などを考慮しても、Y において K1 が本件金員を費消する現実的な危険性があることを具体的に認識していたことを窺わせるような事情が存しない以上、Y が X に対し、K1 への本件金員の交付を思い止まらせるように助言するなどの義務を委任契約上負うものとは解されず、むしろ、Y が K1 に対し B から受け取った本件金員を交付したことは依頼者である X の意向に沿うものである。したがって、Y が K1 に対し、本件金員を交付したことが委任契約上債務不履行責任を構成するものとはいえない」。

「なお、X は、委任契約上の債務不履行とは別に Y の善管注意義務違反を主張するようにも思われるが、委任契約上受任者は善管注意義務を負うものとされており、善管注意義務違反の主張が委任契約上の債務不履行の主張以上の格別の意味を有するものとは認められ

ない」。

31.原状回復義務の履行不能に伴う損害賠償義務があるとされた事例

東京地判平成 10 年 3 月 18 日判タ 1029 号 288 頁

【事案】

Xは、株式会社Aの代表取締役であり、Aの発行株式総数 14 万株を個人として有していたが、これをY弁護士に管理目的で信託した。XはYに対し、AのXに対する架空の債権に基づき 9 万株の引渡請求権を差し押さえさせ、競売によりこれを喪失させたことを信託契約違反であるなどと主張し、損害賠償を求めて提訴した。

【判旨】一部認容。

「Yは、Xから本件株式の信託契約を解除されたにもかかわらず、受託していた 9 万株の本件株式を返還しなかったのであり、これは、信託契約の終了に伴う原状回復義務の履行遅滞である。(中略) …Yは、Xからの本件株式 9 万株の返還請求は拒否しながら、他方でX以外のAの実質的執行部に働きかけて同社のXに対する五、六年近くも放置していた貸金についての公正証書の執行として本件株式 9 万株を差押競売させ、その執行における第三債務者としての立場においては何ら抵抗せず執行を容認し、それによりXへの本件株式 9 万株の返還義務を消滅させ、Xの右株式回復手段を喪失させた。受託者として本来右株式を適正に管理する立場にありながら、Yは、これをせず、反対に他人(A)をして要急でもない権利の行使をさせて信託の目的物を委託者が回復できないようにさせ、Y自身から見ると信託の目的物の不返還の債務不履行の状態を解消するとともに、恒久的に返還不要の事実状態を作り出したわけである。責に帰すべき事由により原状回復義務の履行を不能にしたものである」。

「したがって、Xは、Yによる信託契約終了に伴う原状回復義務の有責事由による履行不能により本件株式を回復する手段を失ったのであるから、これに代わる損害賠償が可能となるというべきである」。

32. 弁護士の職務懈怠行為があるとして損害賠償が認められた事例

大阪地判平成 11 年 2 月 15 日判時 1688 号 148 頁

【事案】

Xは被告としてAより建物収去、土地明渡の訴訟を提起され第一審で敗訴の判決を受け、控訴のため弁護士Yを訴訟代理人として委任した。Yは、事件記録等を検討したが、控訴審でX勝訴の可能性は全くなく、和解による解決がXの利益になると判断して、その旨をXに説明し他への移転を準備するよう勧めた。和解では、Xは第一に係争地の取得を希望し、第二に解決金の増額を希望し、Yはこれを沿って和解を進めたが、和解は不成立となり、控訴審で控訴棄却の判決を受けた。Yは上告の申立をしたが、上告理由書の提出を失念したため、上告却下の裁判を受けた。そこで、Xは、Yは委任の趣旨に反して適法な上告手続をとらず、また、Xにその行った職務の内容を十分な報告をせず和解において誤った指導をしたとして、Yに対し債務不履行による損害賠償請求と文書による謝罪を求めた。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「Yの右行為は、弁護士としてなすべき本件委任契約上の義務についての債務不履行に当たることは明らかであるところ、仮にYが適正に上告手続を取っていたとしても、Xが上告審で勝訴することができたものとは認められないが、Yは、Xが上告審において適正な裁判を受けることができる機会を喪失させたものであって、このことによってXが被った精神的損害を賠償する債務不履行責任がある」。

「Yは、Xが中華料理店に来客が多く忙しい時間帯にXの店舗に架電し、二、三分程度の極めて短い話の中で、それに近い内容の、そのように極めて誤解されやすい内容の話を申し述べて、Xにそのような確定期限を付した明渡しの命令・指導を受けたと誤信させただけでなく、その後、依頼者であるXがさらに詳細な内容を確認するべく何度もYと連絡をとろうと努力したにもかかわらず、約九か月の間Yと連絡が取れない状態のままに放置していたものであって、Xはこれによって右のような確定的な命令・指導を受けたと誤信した結果、平成六年七月に本件建物を離れそこでの営業を廃して、(中略)…新住所に移転し店舗を構えるに至ったことが認められる。

本件委任契約により弁護士として事件処理を受任したYは、依頼者であるXから請求があった場合はもとより請求がない場合でも、時宜に応じて事件の進行状況、委任事務処理の状況を正確に誤解のないように報告してXに理解させ、爾後の事件処理方針についてXと十分に打ち合わせるなどして、事件処理について依頼者であるXの意向が遺漏なく反映されるように努めるべき注意義務を負っているところ、Yの右行為は、本件委任契約上の右債務を誠実に履行して、委任者に損害を被らせないようにすべき善管注意義務に違反しているものといわなければならない。

したがって、YにはYの債務不履行行為によってXが被った損害を賠償する債務不履行責任があるが、Xは、(中略)…、Xに財産的損害が発生したとは明らかに認めがたい。しかしながら、XがYの債務不履行行為によって、精神的損害を被ったことは容易に認められるので、YはXが被った精神的損害を賠償する責任がある。

本件委任契約の態様、Yの債務不履行行為に至る経緯、債務不履行の態様、右の結果Xが被った損害、Xの対応関係、その他本件に顕れた諸般の事情を勘案すると、(中略)…Yの債務不履行行為によってXが被った精神的損害を慰謝するには、100万円をもってするのが相当である。なお、Xは、その他に文書による正式な謝罪を請求するが、本件は名誉毀損を理由とする損害賠償請求事件ではないので、右請求は失当である」。

33.弁護士の債務不履行があったとして慰謝料賠償が認められた事例

福岡高判平成11年8月10日判時1714号87頁

【事案】

XらはY弁護士に対し、訴訟代理を依頼し、Yもこれを承諾したにも拘らず、Yが訴訟代理人としての活動をしなかったために敗訴判決を受けたなどとして、主的に債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を、予備的に慰謝料をも求めて提訴した。一審判決に対

し、Xらは控訴した。

【判旨】一部変更。

「Yが、(中略) …、即時抗告をしながら、抗告理由書を提出しなかったことは、委任された事務処理を放置したものとわがざるを得ず、受任者として要求される善管注意義務に違反したものであり、債務不履行というべきである」。

「Xらが過払金請求事件で敗訴したこと、請求異議事件で勝訴できなかったこと、相続放棄の申述が受理されなかったことについては、これらの原因となる債務不履行がYにあったものとは認め難いから、XらがBの強制執行により、財産上の損害を蒙ったとしても、Yに右損害を賠償すべき責任はないことになる」。

「Yには、不注意により、前掲請求異議訴訟の口頭弁論期日に出頭せず、その結果、相続放棄の申述事件の審判がなされる前に、右訴訟を終了させてしまった点において、受任者として要求される善管注意義務違反、債務不履行があり、また、相続放棄の申述却下の審判に対し、即時抗告をしながら、抗告理由書を提出しなかった点においても、同様に債務不履行があったというべきであり、これによって、委任者であるXは、請求異議事件につき、裁判所の判断を得る機会を失うとともに、抗告理由を主張した上で、抗告審の判断を得ることができず、相当の精神的苦痛を蒙ったものというべきであり、本件に顕れた諸般の事情を考慮すると、右精神的苦痛に対する慰謝料としては、100万円が相当である」。

34.消滅時効完成により委任者に損害を被らせたとして損害賠償を命じられた事例

高松高判平成12年12月14日判時1769号76頁

【事案】

訴外A(昭和63年9月10日死亡)は、昭和58年3月23日、「財産全部を包括して、妻に四分の二、長女に四分の一、長男に四分の一の各割合で相続させ、養子には財産を相続させない」旨の公正遺言をしていた。Y弁護士は、Aの非嫡出子XからAの相続問題の処理を受任し、Xの代理人として、大阪家裁に対し、Aの遺産の分割調停の申立てをし、平成6年6月24日から平成7年9月29日までの間、調停が実施されたが、不調となった。そして、Yは、平成8年3月、Xの訴訟代理人として、A所有の不動産について所有権移転登記の更正登記手続きを求める訴えを提起し、平成9年5月29日、遺留分減殺請求権行使の意思表示をしたが、遺留分減殺請求権は時効消滅したとの理由により請求が棄却され、同判決は確定した。そこで、Xは、Yが、遺贈が減殺できるものであることを知った日から一年以内に遺留分減殺請求権行使の意思表示をしなかったのは、委任契約上の債務不履行に当たると主張し、Yに対して、財産上の損害として500万円の賠償を請求した。

一審は、Aの遺言による相続分の指定がXの遺留分を侵害することは明らかであるところ、相続人間でした遺産分割協議が無効であるともいえないのであるから、Aの相続問題の処理につきXから委任を受けた弁護士としては、Aの遺言の内容を知ったなら、遅くともXの遺留分減殺請求権の消滅時効が完成する前に、Xを代理して、右遺言により相続分の明示的指定を受けた相続人らに対し、遺留分減殺請求権行使の意思表示をすべきは当然であ

ると判断した。その上、一審は、Yは、Aの遺言の存在及び内容を知った日以降、Xを代理して遺留分減殺請求権行使の意思表示をなすべき委任契約上の債務を負っていたと解されるどころ、Yが、右の日から起算して一年を経過し、遺留分減殺請求権の消滅時効が完成したことが明らかな時点まで右遺留分減殺請求権行使の意思表示をしなかったのは、右契約上の債務の不履行であり、Yとしては、右債務不履行につき過失があると判断して、Yの債務不履行による損害賠償責任を肯認し、本訴請求を全面的に認容した。そこで、Yは控訴した。

【判旨】控訴棄却。同一審判旨。

35.訴訟内容等について弁護士の方針決定が誤ったとはいえないとされた事例

東京地判平成12年12月26日判タ1069号286頁

【事案】

Xは、Aに老人ホーム建設の協力をもちかけられ、金員を貸し付けたが、これは実体がなくAに騙されたものであった。また、Aが他から借入をするためX所有の不動産に根抵当権が設定されたほか、X名義の連帯根保証契約も締結されていた。Xの主張によれば、Xは弁護士Yに対しAへの貸付金の返還及び根抵当権を設定した不動産の回復を依頼したが、回収できなかった。そこで、Xは、Yに対し、Yが善管注意義務に基づき適切な事件処理をしなかった債務不履行による損害賠償を求めた。

【判旨】請求棄却。

「確かに、本件事件処理の委任を受けたYとしては、〔1〕本件根抵当権設定契約及び連帯保証契約を否認する方針で臨むか、〔2〕これらの契約の成立を前提として、受託保証人の事前求償権の行使などで対応する方針で臨むかの両様の選択肢があったものといえる。このような場合、弁護士としては、依頼者の意向を聴取し、関係資料を検討し、それぞれの選択の見通しを利害得失を吟味した上で、方針決定をすべき注意義務があるものと解される」。

「(前略)このような事情の下においては、Yとしては、Xの意向を尊重し、これに沿う解決を図るために、根抵当権設定契約の成立を否認する方針を立て、根抵当権設定登記抹消登記請求を試みようとする事は決して不合理とはいえない。

さらに、(中略)…、事前求償権を行使する場合は、主債務者から立担保の申立てがあれば、求償額と同額の担保を立てなければならない(民法461条)ところ、Aが立担保の申立てをすることは十分想定することができるし、そうした場合、当時、老後の蓄えをだまし取られたと訴えていたXの財産状態からして、Xに7000万円もの担保を用意できたとは考えられない」。

「以上によれば、本件事件処理を委任された弁護士であるYが、本件において、訴訟提起の内容について、その方針決定を誤ったということはできないというべきである」。

36.弁護士の助言義務違反があるとして損害賠償責任が認められた事例

大阪地判平成13年1月26日判時1751号116頁

【事案】

Xは弁護士Yに対して、XのAに対する貸金債権の回収を依頼し、Yはこれを受任したのに、AのB保険会社に対する高度障害保険金請求権を、債権者代位によって行使しなかったため、Aの死後、B保険会社から死亡保険金が受取人に支払われ、また、Aに他に資産がなかったため右貸金債権の回収が不可能となったとして、委任契約上の債務不履行に基づく損害賠償を求めた。

【判旨】請求認容。

「まず、一般に受任者は、委任事務を処理するに当たり、善管注意義務を負うが、弁護士のように受任者が専門的な知識、経験を基礎として依頼者から事務の委託を引受けることを業としている場合には、この善管注意義務は平均的な水準の専門家を基準とする高い程度のもになると解される。したがって、弁護士は委任事務の処理に当たって、事実調査においては、依頼者から情報を適切に引き出し、その意図するところを的確に理解するとともに、事実を一応の資料の裏付けをもって認識すべき義務を負い、法的吟味の場面においては、平均的な弁護士の技能水準に照らして、当該事象に対して、およそ考えられるあらゆる面から法的に吟味すべき義務を負うものと解すべきである」。

右委任事務の目的は、まさに、Aが死亡した場合に、高度障害保険金請求権が消滅し、死亡保険金が受取人に支払われてしまうことを防ぐことにあったのであるから、少なくとも、右委任事務の依頼を受けた時点において、いかなる手段をとれば、高度障害保険金請求権を保全することができるかについて、約款を取り寄せたり、Bに問い合わせたりするなどして調査する義務を負っていたものというべきである。

また、右調査を行えば、高度障害保険金の請求前に被保険者が死亡したときには、高度障害保険金は支払われないことは約款に明記してあるのであるから、Aの死亡後も高度障害保険金請求権を保全するためには、被保険者による請求が必要であることは、容易に判明したものと認められる。さらに、これらの事実調査の結果を前提とすると、平均的な弁護士の水準に照らしても、高度障害保険金請求権を保全する手段として、被保険者であるAが危篤の状態、高度障害保険金の請求をすることができない以上、債権者代位権を行使して、XがAに代わってBに請求することを助言する義務を負っていたものといわざるを得ない」。

「Yは、Aが死亡した場合に高度障害保険金請求権を保全するための手段をとるという委任の事務処理にあたり、高度障害保険金請求権を保全するための手段について事実調査を行う義務を負っていたにもかかわらず、これを怠り、その結果、債権者代位権の行使について助言すべき義務を負っていたにもかかわらず、これを怠ったものと認められる。したがって、Yは委任者としての善管注意義務に違反したものであり、委任契約の債務不履行責任は免れないと解すべきである」。

「そうすると、Yが、Xの代理人として、本件内容証明郵便において、債権者代位権を行使して、本件保険契約に基づく高度障害保険金の請求をしていれば、Xは、本件貸金のう

ち、少なくとも本件仮差押えの効力が及んでいた 2500 万円の範囲については、高度障害保険金から弁済を受けることができた蓋然性が高いのに対し、Yが、Xの代理人として、右債権者代位権の行使をしなかったために、Aの死亡によって、高度障害保険金請求権が消滅し、Aの相続人も相続を放棄したため、本件貸金の回収が不可能になったのであるから、2500 万円については、被告の債務不履行と相当因果関係のある損害であると認められ、これを覆すに足りる証拠はない」。

37. 弁護士に慰謝料の賠償を命じた一審判決が取消しされた事例

名古屋高判平成 13 年 11 月 15 日判例集未登載TKC

【事案】

X(元行政書士)は、別件の民事訴訟事件(別件本訴事件)の相手方の名誉を毀損するビラを配布し(本件ビラ配布)、これを含む複数の犯罪行為により実刑判決を受けたが(別件刑事事件)、その間、弁護士Yに対し、別件本訴事件の代理及び別件刑事事件の弁護を委任した。そこで、Xは、Yに対し、Yが、〔1〕Xから、他人の名誉を毀損するおそれのあるビラを配布して良いか否か相談を受けた際、構わない旨回答したこと、〔2〕Xが別件本訴事件の本人尋問(反対尋問)において本件ビラ配布について質問されて回答すべきか否か相談した際、答えても構わない旨助言したこと、〔3〕訴訟代理人として知った、別件告訴等Xに不利益な事実を適時に報告せず、告訴を取り下げさせる等適切な対応を取らなかったこと、〔4〕Xを保釈する手続を円滑に進行させなかったこと、〔5〕別件民事事件においてXの意に反する和解を成立させたこと、〔6〕別件刑事事件の追起訴部分に関し、X逮捕後の接見等の事前準備をしなかったこと、〔7〕別件刑事事件において、Xの無罪主張にもかかわらず、公訴事実を争わず、執行猶予を求める旨の弁論をしたことが、いずれも契約上の義務に違反し、債務不履行ないし不法行為となるとして、慰謝料 2000 万円及び遅延損害金を請求した。原審において、上記〔1〕、〔6〕及び〔7〕につき契約上の義務違反が存するとして、債務不履行に基づく損害賠償金として慰謝料 90 万円及び遅延損害金が認容されたところ、Yが事実誤認等を主張して控訴した。

【判旨】原判決一部取消(請求棄却)(〔1〕、〔6〕については、その事実自体を否定した)。

「弁護士が、基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし、職務を誠実にを行うこと、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力すべきことを求められた(弁護士法 1 条)、高度の専門性を有する法律家であることに鑑みると、刑事弁護の受任者である弁護士は、法的手段の選択、法律判断等専門性にかかわる部分については、依頼者から自由かつ独立した立場を保持することを求められているものであり、どのような方針で弁護活動をすべきかは、委任者の特定の指示があるなどの特段の事情がなければ、その専門家としての判断に基づく弁護士の合目的裁量に従って行うことが許されているものと解される。上記認定によると、Yは、別件 190 号事件についてXが無罪を主張していることは認識していたものの、事案に照らし、無罪の獲得が困難であると判断して、責任を認めて反省を示すという上記方針を採用してXを説得し、Xもこれに従うこととなったのであり、その過程に委任契約

上の義務違反とみるべき事情は存しないし、第7回公判期日において上記方針に従って有罪を前提とする意見陳述を行ったことも刑事弁護委任契約上の義務に違反するものと認めることはできない。第8回公判期日においてなしたYの最終弁論における『従前のおりです。新たな弁論はありません。』との陳述は、同期日の別件187号事件の無罪答弁を前提とすれば、別件187号事件について無罪の主張は維持するものの、これについて積極的弁論を行わず、別件190号事件の弁論として行った執行猶予を求める意思を表明したものと解することができる。そして、第7回公判期日においてXが独自になした無罪主張については、その理由をみても、Yにおいて上記弁護方針を変更すべき特段の事情となるとは認められず、結局上記第8回公判期日における最終弁論も、委任契約上の義務違反を認めることは困難である。(中略) …結局請求原因〔7〕には理由がない」。

38. 弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例

東京地判平成14年1月28日判タ1107号233頁

【事案】

Xは、父である訴外Aの死亡により発生した相続に関し、Y弁護士との間で委任契約を締結した。Xは、Yが弁護士として要求される委任契約上の善管注意義務に違反して、①不適切な相続税申告を行った、②第三者に対し相続財産の大部分を占める株式を不当な廉価で売却した、③課税当局により、前掲①の相続税申告が否認された後、課税当局との交渉を全く行わず放置したなどと主張して、Yに対し、委任事務処理義務の債務不履行を理由に、損害賠償を求めた。

【判旨】 請求棄却。

「以上の認定事実に加え、相続税申告を含む税務代理及び税務書類の作成は特殊専門的分野に属する事務であり、税務に関する専門的知識を必要とするから、弁護士が遺産分割事務を受任したことをもって直ちに、相続税申告事務に関しても受任したと認めるのは相当ではないこと、Yは相続税申告の手続等に関し専門的知識を有しておらず、当該事務に関しては税理士等に依頼して事務を行っていたことに照らすと、本件一〇〇円申告の妥当性に関する判断及び本件申告は、Xとの間の委任契約締結に基づき本件相続税申告事務を受任した訴外Cがもっばら行っており、本件委任契約に基づくYの委任事務に本件相続税申告事務が含まれていたと認めるのは困難である」。

「弁護士は、委任契約に基づき、依頼者に対し、依頼者が委ねた裁量権を依頼者の利益のために適切に行使し、法律専門家として要求される客観的な基準に従って委任事務を行うべき注意義務を負う。弁護士が、委任事務の執行に当たり、前掲注意義務を怠り、依頼者に対し損害を与えた場合には、当該弁護士は、依頼者に対し、因果関係の認められる範囲内で損害を賠償する責任を免れない。そして、弁護士が、前掲注意義務を怠ったか否かの具体的判断は、事務委任を受けるに至った経緯、委任事務の内容、委任事務を行う際に弁護士が有していた情報、依頼者の意向等の具体的事情の下で、当該弁護士が関連法令及び実務に通暁した標準的な弁護士に期待される注意義務の程度を怠ったか否かにより判断す

べきである」。これらの判断に基づき、本件では、本件 100 円申告、本件株式売買契約締結、課税当局による調査後の対応などについて、それぞれ具体的な事実関係を確定した上で、Y に注意義務違反は認められないとされた。

39. 弁護士に対する報酬の一部返還及び慰謝料請求が棄却された事例

岡山地判平成 14 年 8 月 8 日判例集未登載 T K C

【事案】

X は、甲、乙、丙の各事件につき、Y 弁護士に対し、それぞれ X のための訴訟遂行を委任した。その後、平成 8 年 10 月 25 日、甲、乙両事件について、Y を解任し、K 弁護士を選任した。丙事件については、平成 8 年 9 月 4 日、X を無罪とする判決宣告がなされた。そして、X は、甲事件において丙事件にかかる損害賠償請求が追加されたことを Y が X に速やかに報告せず、丙事件において有利にその事実を利用しなかったことが、任務懈怠であり、乙事件における Y のなした訴訟行為は、答弁書及び準備書面を作成、提出した程度であり、丙事件においては、旅費が別事件のために利用されたこと、調査報告書を開示しないこと及び架空計上したことなどに基づき、支払った着手金から相当とされる弁護士報酬を差し引いた分の不当利得返還請求をした。それと同時に、X は Y に対し、Y の債務不履行若しくは不法行為に基づき 110 万円の慰謝料を請求した。

【判旨】 請求棄却。

「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする高度の専門性を備えた職業人であり、その使命に基づき、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力すべきもの（弁護士法 1 条）とされている。弁護士は依頼者から委任あるいは準委任を受けて、善管注意義務をもって受任事件の処理に当たることになるが、その使命に照らし、依頼者と一体化したり、依頼者に従属してはならず、依頼者から独立した職務上の倫理、条理、良心に従い、高い見識をもって、法的正義を実現すべく、誠実に職務を遂行することが求められる。上記の行動規範に従うことが、目先の依頼者の利益や欲求には沿わないことがあったとしても、最終的には、真の依頼者の利益に適う結果となるのであって、無批判にその時々々の依頼者の欲求に従うことは、弁護士自らの自殺行為となるのみならず、依頼者の究極的な利益を損なう結果にもなる。また、弁護士のなす知的営為は、単純労務作業とは異なり、作成した書面の枚数や、出頭した回数、時間等による定量的な評価には馴染まないものであることはいうまでもない。

そして、刑事訴訟、民事訴訟はいずれも争訟であり、いわば、戦いの側面があることは当然であるが、刑事訴訟においては、人権の保障と適正な刑罰権の行使に向けて、関係当事者が協働しなければならない面を軽視できず、民事訴訟においても、実体的真実に迫り、紛争の公正で妥当な解決に向けて、関係当事者が協働しなければ、正義に反する結果となり、ひいては依頼者の利益に合わない結果となる。そのために訴訟上の信義則に照らした訴訟行為をなす主体として、弁護士に高い地位が与えられており、弁護士の職務を評価するに当たっては、前掲弁護士の使命に照らして与えられる高い信用という付加価値が

大きな要素となる。(中略) …弁護士報酬の内容には、以上の観点からする付加価値部分に対する対価が包含されているものと考えられる」。

「丙事件は無罪が確定し、Xの勝訴となっているから、丙事件において何らの損害も発生していないことはもとより、(中略) …、上記Aによる請求の追加があったことが何らかの意味で丙事件の心証に響くものとは認め難いから、Xの主張は採用できない。

また、甲事件については、(中略) …、主張、立証活動を相当程度なしており、乙事件については、(中略) …、Yは答弁書及び準備書面を提出して主張はほぼ完結していたこと(中略) …、Xは、Yが丙事件の無罪判決後、これに関連した損害賠償請求事件を受任しなかったことから、一方的にYを解任したことが認められることや受任事件の事案等に照らすと、着手金の性格やみなし報酬規程の趣旨に鑑み、Yが着手金額全額を取得すべき法律上の原因はあるものというべきである。

また、(中略) …、丙事件における既存証拠状況の下で、無罪の判決を得ることは必ずしも容易ではない条件下で、無罪判決が宣告される結果となったが、Xは、成功報酬を支払っていないことが認められ、このことと、前掲 1 に説示した弁護士報酬の性格に照らして考えると、丙事件の経費として計上されたもののうち、(中略) …これを費用請求することができないものということとはできない」。

「調査報告書はYにおいて調査依頼をなしたもの(中略) …、秘密の保持の観点等から、Yが独自にその社会的責任を念頭において、決すべきところであり、依頼者であるからといってXに開示すべき義務があるものとはいえない。(後略) …」。

40. 委任内容及び相当因果関係の有無が問題となった事例

東京地判平成 15 年 12 月 1 日判タ 1153 号 161 頁

【事案】

Xは、Y弁護士に対し、Xの父Aの相続財産をXの兄及びその相続人らが勝手に売却したので、同人らに対し、自己の相続分に当たる金員を返還するように交渉することを依頼し、Yがこれを受任したにもかかわらずこれを怠ったなどとして、委任契約の債務不履行に基づき、Xの兄及びその相続人らに対し二度にわたって訴訟を提起したために他の弁護士に支払った報酬等及びYが交渉を行ったならば回収できた金員の損害賠償を求めた。

【判旨】 請求棄却。

「以上の認定事実によれば、XがYに対し委任した内容は、XとBとの間の利害を調整し、BからXに対し本件アパートだけでなくさらに多くの金銭を交付するよう交渉してほしいという内容であり、Yも 100 万円を受領することにより暗黙のうちにこれを了承したと認めるのが相当であり、Xが主張するような委任契約が成立したと認めるに足りる証拠はないというべきである。そして、前掲のとおりXがYに対し委任した契約は、(中略) …XがHに対し第1訴訟の提起を委任し、HがYに対しXが交付した 100 万円の返還を求めた平成4年春ころまでには解除されたとみるのが相当である」。

「XがH、N弁護士に支払った弁護士報酬について検討するに、XY間にX主張の委任契

約の成立が認められたと仮定しても、(中略) …、平成3年3月の時点でYがBに返還交渉をすれば直ちに当該委任契約が功を奏してBが翻意し、相続分に応じた金銭の分配がされ、第1訴訟を防ぎ得たとまで認めることは困難である。また、第1訴訟におけるB側の訴訟活動が、Yでなければ行うことができない内容であったと認めるに足りる証拠はなく、YがBから受任しなかったとしても、他の弁護士により同様の訴訟活動がされた蓋然性は高いというべきである。したがって、Xにおいて他の弁護士を頼まざるを得なかったことについてYの債務不履行との間に相当因果関係は認められないというほかない。そして、Xが支払った弁護士報酬は、H、N両弁護士の実働の対価として支払ったものであり、平成4年春ころにはXからYへの委任は既に解除されていることをも併せ考慮すると、これをXの損害ということも困難である」。

41.裁量の範囲内にあったとして、委任契約の債務不履行責任が否定された事例

東京地判平成16年4月27日判タ1187号241頁

【事案】

Xは、元妻AがXを保証人としたり、X名義を借用したりして金銭の借入を繰り返していたほか、X所有の不動産や車両なども無断で売却処分するに及んで危機感を募らせ、弁護士であるYに解決方法を相談し、解決のための法律事務を委任した。Yは、Xから委任を受けて、Aに対する損害賠償などの請求訴訟を提起し、Aに100万円の支払を命じる旨の一部判決は言い渡されて、この一部判決は確定した。その後、Yは、Aを破産させてその財産管理権を破産管財人に委ねた方がX名義の悪用がなくなってよいと考え、Xにその手続を採ることを勧め、Xの委任を受けて、Aに対する破産宣告の申立てをした。そして、Aは、破産宣告を受け、担保に供されていたA所有の不動産を競売に付され、最終的に、Xは、Aのために合計1496万円余の支払を余儀なくされた。そこで、Xは、Yに対し、早急にAにその所有不動産を売却させてその売却代金を債務の返済に充てさせることを目的とする事務を委任したにもかかわらず、Yがその委任の趣旨に反して、Aからの売却の意向を受け入れずに、Aの破産宣告を求めたため、その不動産は競売により廉価に売却せざるを得なくなり損害を蒙ったとして、委任契約の債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却。

「本件委任の目的には、Xの連帯保証債務の免責又は軽減を図ることを目的とする事務も含まれていたこと、その目的を達成するための方法として本件任意売買も視野に入れ、その実現についての交渉権限をXから与えられていたものというべきである。

しかし、(中略) …、XがYに本件委任をするに際し、本件任意売買の方法に限定してXの保証債務の免責又は軽減を図ることを指示したことを認めるに足りる証拠はない。

したがって、Yとしては、本件任意売買の実現の可能性、他の方法によることとの利害得失、Xの意向等を踏まえ、本件任意売買の方法によってXの保証債務の免責又は軽減を図るべきか否かを選択することができる裁量を与えられていたというべきところ、(中略) …照らして、この際、Aを破産させてその財産管理権を喪失させ、破産手続の中でXの負担

した債務の弁済を受ける方が確実であると考えて、Aに対する破産宣告の申立てをしたという事情に加え、売買契約書（写し）の体裁の不完全さから、その審尋手続の中で、A側から受けた本件任意売買の申入れは信用できないとし、また、仮に本件不動産が売却されてもその売却代金をAが費消してしまう危惧を抱いて、その申入れを拒絶したとしても、本件委任の趣旨に反するものとはいえず、Yに与えられた裁量の範囲内の事務処理であったというべきである。また、Aは、本件任意売買を進めていたとする平成4年当時、(中略) …、本件任意売買を実現することは客観的には困難な状況にあり、Yの行為が相当性を欠くものとはいえないというべきである。(中略) …照らすと、YがA側からの本件任意売買に関する申入れを断り、Aに対する破産宣告を求めた事務処理方法は、Xの意向に反するものであったということとはできない」。

42.債務整理を受任した弁護士の報告義務違反の債務不履行責任が認められた事例
東京地判平成16年7月9日判時1878号103頁

【事案】

貸金業者に対する借入金を返済のために支払いに困るようになったXは、貸金業者の借入金を専門に清算するA会社との間で、AがXの貸金業者に対する債務を引き受け、Xの名で借入債務を支払う旨の契約を締結した。その後、Xは、Aの紹介により、Y弁護士との間で、Xの債務整理に関する事項を委任する旨の委任契約を締結した。Yは、貸金業者と和解契約を締結し、その旨Aに報告したので、Aは、貸金業者に対し、Xの名で和解金107万1045円を支払ったが、Xは、Aに対し、その支払資金として309万8000円を送金した。そこで、Xは、債務整理の状況を報告しなかったなどと主張し、Yに対して、不法行為ないし債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「まず、Xは、Yが行ったB、C貸金業者との債務不存在確認の和解について、過払金が発生することが十分予想できたのに過払金返還訴訟等を提起せずに和解を行ったことを受任者として不相当な事件処理であると主張する。しかし、第一東京弁護士会発行の『クレジット・サラ金事件処理マニュアル二〇〇〇年三月』によれば、債務整理を受任した弁護士は、取引履歴を開示せず将来利息を要求する貸金業者に対し、債務不存在確認の裁判を辞さないと言明を引出し、債権放棄の示談をすることも交渉の一方法であるとされていることが認められ、また、取引履歴を開示しなかったBとCとの間で早期に債権債務を確定させて多重債務者である依頼者の経済的更生を図るため、その同意を得て過払金を請求せず、債権債務不存在確認の和解を行うことも必ずしも不相当な事件処理であるとはいえないと考えられるから、この点に関するXの主張は理由がない。

次に、Yは、Xを代理して、貸金業者との間で和解契約を締結するに際し、過払金の不当利得返還請求権を放棄する場合を除き、個々にXの事前の了承を得ていないことは前掲認定のとおりであって、Yは、すべての貸金業者との和解が成立し委任事務が終了したときにも、Xに対し直接その旨の報告をしたと認めることはできない。したがって、Yには、

受任者としての委任事務処理状況の報告義務、顛末報告義務を怠った債務不履行があるものといわざるを得ない。

Yは、Aに対して和解金額等を報告し、その後、(中略)…、Xは和解状況を確認できる立場であったと主張するが、Yは、XとAとの間の本件債務引受契約とは別個にXから債務整理を受任したのであって、まして、貸主と委任者である借主の利益は、対立することもあり得るのであるから、受任した弁護士としては、事務処理の状況及びその結果を委任者に対して直接報告すべきであることは当然であって、委任が委任者と受任者との間の信頼関係に基礎をおくものであることをも考慮すれば、Aに対する報告によって受任者であるYがXに対する報告すべき義務が免除されると解されることは到底困難であるから、この点に関するYの主張は採用することができない」。

「Xは、Yから債務整理の結果について報告を受けていなかったため309万8000円を送金しているところ、実際に要した額は貸金業者に対する弁済に充てられた(中略)…にすぎなかったのであるから、その差額186万9455円がXの被った損害となる」。

43.時効消滅させたことにつき債務不履行の損害賠償責任が認められた事例

東京地判平成16年10月27日判時1891号80頁

【事案】

訴外Aは、平成2年8月31日深夜、東京都内の道路上に、訴外B運転の普通乗用車に轢過され、死亡した。そして、Bは、業務上過失致死罪により起訴され、罰金12万円の略式命令が発令され、平成3年6月13日、同命令は確定した。そして、Aの遺族であるXらは、同日、弁護士であるYに対し、Aの死亡事故に関する真相の究明と加害者に対する損害賠償請求を委任したが、Yは、訴えの提起等適切な手続を採らなかったため、加害者に対する損害賠償請求権は、平成5年8月31日の経過により時効消滅した。そこで、Xらは、Yに対し、委任契約の不履行に基づき、総額約1億3000万円の損害賠償を請求した。

【判旨】一部認容、一部棄却。

「本件委任の内容は、Yが、本件事故について、先行事故の存否を含めて主体的に調査活動を行うことと、解明された事実関係に基づいて、Bら及び先行事故の加害者に対して損害賠償を請求することであったと判断するのが相当である」。

「Yは、(中略)…本件事故に関する特段の事実調査や証拠を保全するための措置をしていなかったことが認められる。特に、Aの着衣の保存指示、監察医との面会、法医学や自動車工学の専門家による再鑑定については、Xらから具体的な問題点を挙げて、その検討や対応を要請されていたにもかかわらず、これに対するYの対応は極めて不十分なものであったといわざるを得ない。

しかも、(中略)…本件委任の当時に存在した資料と、これに基づく法医学及び自動車工学の専門家による鑑定等の結果により、本件委任の当時においても、加害者の特定まではできなかったとしても、先行事故の存在自体を明らかにすることは十分に可能であったのであるから、上記のとおりYが一定の調査活動を行っていたことを考慮しても、弁護士と

しての活動は、Xらの委任の趣旨に沿わない不十分なものであったといわざるを得ず、Yには、委任契約に基づく債務の不履行があったと判断するのが相当である」。

「Yは、Xらから、Bらに対して損害賠償を請求することを委任されていたところ、弁護士であるYとしては、Bらと当面は示談しないとの意向を表明していたXらに対し、消滅時効に関する正確な知識を提供するとともに、Bらに対する損害賠償請求権の消滅時効期間が経過する平成5年8月31日までに、Bらに対する方針の再考を促し、訴え提起等の時効中断のための措置を講ずるべきであったというべきである。また、消滅時効期間の経過は、Bらに対する損害賠償請求権の消滅事由となる重要な事項であったから、弁護士であるYは、委任者であるXらと、その対応を十分に協議すべきであったというべきである（民法第六四五条参照）。したがって、弁護士であるYが、これらの措置を何ら講じないまま漫然と消滅時効期間を進行させ、Xらと、その対応を協議しなかったことは、委任契約に基づく債務の不履行に当たると判断するのが相当である」。

「XらのBらに対する本件事故に基づく損害賠償請求権は、消滅時効期間の経過により実質的な価値を喪失したものと判断するのが相当である。また、(中略) …、M交通は、B車について損害賠償額を無制限とする任意保険に加入していたことが認められるから、Xらが、Bらに対して、適切な時期に損害賠償を請求していれば、本件事故に基づく損害賠償金を取得することが十分に可能であったといえることができる。以上によれば、Yの債務不履行によって、Xらは、Bらに対する損害賠償請求権を喪失したのであるから、これに相当する損害が生じたというべきである」。

「Yは、前掲認定判断した調査義務の懈怠及び消滅時効期間の徒過という委任契約の不履行により、Xらの損害賠償請求権を喪失させたのであるから、債務不履行に基づく損害賠償金として」、合計5879万304円及びそれぞれの遅延損害金の支払を命じられた。

「Xらは、本件事故の真相を解明し、先行事故の存在を明らかにすることを託していたにもかかわらず、Yは、その委任の趣旨に反して、弁護士としてXらの期待に沿わない不十分な活動をしたにすぎず、その結果、Xらが本件委任によって期待した本件事故の真相の解明が遅延したのであり、Yの調査活動の懈怠という委任契約の不履行によるXらの精神的苦痛は極めて大きなものがあったというべきである。また、Xらは、Yによる自賠責保険金請求の時効中断の承認申請により、Bらに対する損害賠償請求権は保全されているものと信じていたところ、Yの債務不履行により消滅時効の期間が経過してから三年後にこの事実を知り、多大の精神的苦痛を受けたことも明らかである。

以上のとおり、Xらは、Yの委任契約の不履行により甚大な精神的苦痛を受けたところ、〔1〕本件における時効期間の徒過は、弁護士としての初歩的な過誤と評価せざるを得ないこと、〔2〕Yは、消滅時効期間を徒過したことについて不正確な説明を行い、さらに、一旦損害賠償責任を認める旨の発言をしながら、その後は、態度を翻して、Xらの主張を争うなど、その対応には誠実な姿勢がみられないこと、〔3〕Yの対応の結果、本件訴訟は長期化し、本件事故の発生から14年以上が、本件訴訟の提起から6年以上が既に経過してい

ることを考慮するとともに、他方、〔4〕本件着手金の額は10万円と高額ではなかったこと、〔5〕Bらに対する損害賠償請求権が時効消滅したことによる経済的損害については、本判決により相当な賠償が認められることその他本件訴訟に現れた諸般の事情を総合考慮して、Xらの精神的苦痛を慰謝するためには、X1、X2各自に対し各100万円（合計200万円）、X3に対し50万円の支払を相当と判断する」。

「Yが任意の支払に応じなかったので、Xらは、やむなく弁護士である本件Xら訴訟代理人にその取立を委任し、本件訴訟を提起したのであり、Xらは、その報酬の支払を余儀なくされていることが明らかであるから、本件事案の内容、審理の経過、認容額に照らすと、X1、X2については各300万円（合計600万円）、X3については25万円の限度で、Yの債務不履行と相当因果関係のある損害であると判断するのが相当である」。

44. 禁治産者の財産回収不能につき弁護士の義務違反は認められないとされた事例 東京高判平成17年1月27日判時1909号47頁

【事案】

訴外Aは、B不動産会社の代表取締役などに就任したが、平成元年1月禁治産宣告を受けた。弁護士であるYは、同年11月、後見人職務代行者に選任され、平成7年3月、Aの後見人に選任されたが、平成8年6月、Aが死亡したことにより、後見人の任務が終了した。Yは、平成4年11月、B会社の代表取締役らの上申により、裁判所からAの定期預金のうち3億円を限度としてB会社に貸し付けることの許可を受けたため、B会社に対して3億円を貸し付けたが、現在に至るまで右貸付金3億円の返済がなされていない。そこで、Aの相続人であるXらは、Yに対し、Aの財産管理につき善良な管理者の注意義務を怠り、貸付金3億円の回収が不能となってAに3億円の損害を与えたなどと主張し、債務不履行に基づき損害賠償を請求した。原審は棄却したため、Xらは控訴。

【判旨】控訴棄却。

「後見人職務代行者又は後見人は、被後見人の財産を管理し、また、その財産に関する法律行為について被後見人を代表し（民法八五九条一項）、後見事務を遂行するに当たっては、善良な管理者の注意義務（善管注意義務）を負うものである（同法八六九条による同法六四四条の準用）が、家庭裁判所は、後見事務の監督として、後見監督人、被後見人の親族その他の利害関係人の請求によって、又は職権で、被後見人の財産の管理その他後見の事務について必要な処分を命ずることができ（平成十一年法律第一四九号による改正前の民法八六三条の二項）、後見人職務代行者又は後見人に対し、いつでも、被後見人の財産の管理その他後見の事務に関し相当であると認める事項を指示することができる（家事審判規則八四条）とされており、家庭裁判所は、後見人職務代行者や後見人との関係において、その後見事務の遂行を監督すべき立場に立つものであり、本件許可も、千葉家庭裁判所が上記各規定に基づきYに対し後見事務の監督の一環として行ったものと解される。

本件許可の内容に加えて、上記のような本件許可の性質及び本件許可がされるに至った経緯にかんがみると、Yが本件許可に基づき本件貸付けを実行することに必要性和相当性が

あり、また本件貸付金の回収の可能性も十分あると判断したことについて、(中略) …相当性ないし合理性が認められる以上、Yが本件許可に基づき本件貸付けを実行すること(中略) …善管注意義務違反があったということはできないというべきである」。

「Yは、本件許可に付された条件を満たすように忠実に本件貸付けを実行したということができ、その担保設定の判断についても相応の合理性が認められるから、(中略) …本件許可の性質及び内容や本件許可がされるに至った経緯をも併せ考えると、Yが本件貸付けを実行したことについて、YにXら主張のような後見人職務代行者としての善管注意違反があったということはできないというべきである」。

「Yは、B社からの本件貸付金の回収並びに利息及び遅延損害金の徴収や新建物に対する担保権の設定等について、後見人としての任務終了後の対応を含めて、後見人職務代行者ないし後見人として通常求められる可能な限りの相当な手段及び方法を講じたということが出来るものであって、これらの点について、YにXら主張のような後見人職務代行者ないし後見人としての善管注意義務違反があったということはできないというべきである」。

45. 弁護士の事務処理上の債務不履行が認められた事例

東京地判平成 17 年 3 月 23 日判時 1912 号 30 頁

【事案】

交通事故の被害者であるXは、Y弁護士に対し、民事訴訟(「別件訴訟」)の遂行等を委任し、着手金として250万円を支払ったところ、Yが委任契約に基づく債務を誠実に履行せず、途中で解約せざるを得なくなったとして、Yに対し、着手金のうち150万円の返還と、同契約の債務不履行または不法行為に基づき50万円の慰謝料の支払を求めた。

【判旨】請求認容。

「依頼者から、訴訟遂行を委任された弁護士は、善良なる管理者の注意義務をもって、依頼者の法律上の権利及び利益を擁護し、損害を防止するのに必要な最善な訴訟活動をする義務を負い、その義務には、期日に出頭し、有効適切と判断される主張立証を行い、依頼者の裁判を受ける機会や期待を確保すること、依頼者に対し、事件の進行状況、見込み等を適宜報告し、これに基づき処理方針を検討し、自らまたは依頼者に指示して必要な事実の調査や証拠収集をするなどして、依頼者の利益を図り、その意向が反映されるような措置を講ずることを包含されるものと解すべきである」。

「Yが行ったと主張する事実調査や証拠収集の活動の具体的な目的、内容やその結果を、YはXに対して説明しておらず、また、本件各証拠によっても必ずしも明らかなものとはいえないこと、Yは、本件委任の後の約一年半の間に、陳述が許されなかった準備書面二通を除き、全く準備書面を提出しておらず、また、この間にYが裁判所に提出した書面も極めて簡単な内容に止まっており、Yが行ったと主張する事実調査や証拠収集の活動の成果がこれに反映しているとは到底考えられないこと、Yは、担当裁判官がXに不利な心証を抱いていることを口実に、具体的な主張立証活動をほとんど行っていないこと、Yは、Xに対して、別件訴訟の進行状況について十分な説明をしなかったのみならず、Xや支援

者が裁判所に出頭し、期日に同席するのを阻止しようとしていたこと、Yは、Xから、平成12年3月1日、X作成の書面を受領し、裁判所への提出を依頼されたものの、何らの理由も説明しないまま裁判所に提出しなかったため、Xの不信感を強めたことが認められる。

(中略) …したがって、Yの本件委任の事務処理の内容は、Xの権利及び利益を擁護するには程遠いものであり、また、法律の専門家である弁護士として、依頼者に対する説明責任も十分に果たしていないところ、これにより、Xは、Yに対する不信感を強めて、ついには、本件委任を解約するに至ったものであり、Yの事務処理には、委任解約における善良な管理者としての注意義務に反する債務不履行があったというべきであるから、本件委任は、Yの責めに帰すべき事由により解約されたものと判断するのが相当である」。

「訴訟委任に伴う着手金は、弁護士への委任事務処理に対する報酬の一部前払いの性質を有するものであり、委任契約が受任者である弁護士の債務不履行によって解約されたときは、原則として既払の着手金は返還されるべきであるが、解約されるまでに委任の趣旨に沿う一定の事務が処理されている場合には、当初予定された事務全体に対する処理済みの事務の割合やその内容に照らし、これに相当する額は返還を要しないと解するのが相当である。(中略) …Yが、(中略) …別件訴訟を遂行するに当たって必要な事実調査や証拠収集を相応の時間や労力を費やして一定程度行おうとしていたことは窺われる。他方、(中略) …など、本来、Yに期待されていた訴訟活動が十分なものではなかったことのほか、事案の内容、事務処理の性質及び程度並びにYの労力に照らすと、YがXに対して請求できる報酬は、多くともX自身も支払義務を認めている100万円を超えるものではないと判断するのが相当である」。

「Xは、本件委任に伴い、Yに対して、着手金を支払った以上、Yが弁護士として相当な方法により訴訟活動及びXに対する指導的助言を行い、Xの権利及び利益を擁護してくれるとの期待を抱くことが当然であると解されるところ、(中略) …、Yの事務処理は不十分かつ不適切なものであり、Xの期待に十分に応えるものではなかったというべきであり、その結果、Xは、本件事故により身体に重大な障害を負いながら、本件委任の解約後も、自ら訴訟資料の収集に当たり、準備書面を作成して訴訟を遂行せざるを得なくなったのであって、Yの委任事務処理の不履行により、Xが精神的打撃を被ったことは明らかである。そして、本件委任契約の内容及びその後の経緯その他の本件に現れた諸般の事情を総合考慮すると、Yは、これに対する慰謝料として50万円を支払う義務がある(後略) …」。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

依頼者に対する責任、第三者に対する責任を含め、弁護士の責任は活発に議論されている。その中で、専門家責任の位置づけのもとで、弁護士の具体的な義務、弁護過誤の類型、具体的な法的効果を検討すること及び、公刊されていた裁判例の総合分析がかなり重視されていることがその特徴である。以下では、こうした状況に基づき、弁護士によって提供された役務における瑕疵及びその責任に関する学説の検討を試みる。なお、本稿では、弁護

士が依頼者に対する責任に限定する。

まず、法的性質について。弁護士と依頼者の役務提供関係については、契約の性質決定が重要な議論テーマとなっている。その中で、以下の諸説が見られる。

①委任・準委任説。依頼者に対する責任の法的構成は、委任ないし準委任と解するのが通説¹³⁷であり、委任者・受任者間の信頼関係を基礎とする典型的な委任契約の特色を帯有するとさえいわれる¹³⁸。そして、委任契約は、その性質上、相手方の人格・識見・知能・技量等を信頼する精神的要素を中核とするものであるが、弁護士委任契約は、この委任契約の本来の特色をもつものといわれる¹³⁹。委任は原則として無償契約であるが、弁護士委任契約は報酬支払の特約がされるのが一般であり、特別の事情のない限り黙示の合意があるものと推認される¹⁴⁰。

②多元説。通説の理解に対し、弁護士・依頼者間の契約を多元的に把握する見解もある。代表的な説として、岡孝説と小林秀之説が見られる。岡孝説によれば、弁護士業務は、契約書の作成など結果発生をめざしたものから（請負的側面）、訴訟受任のように、依頼者側が提出できる証拠、相手側の反応、さらには裁判所の判断などによって結果発生が左右されるためにそれを契約内容とすることができず、善管注意義務に従って事務を処理するというものまで（委任的側面）様々なものがある¹⁴¹。そして、小林秀之説は、請負と委任との対立のみならず、弁護士業務の拡大現象は顕著であるとの前提に基づき、弁護士・依頼者間の法律関係を委任・準委任と捉える学説が主流であったが、弁護士の活動内容によって請負や雇用との混合契約と捉える方が適当な場合もかなりありと指摘している¹⁴²。こうした学説の中で、契約の性質に応じて法的効果を論じるのは岡孝説である。すなわち、「弁護士の活動については、…わが国には…その活動の請負的側面については民法の請負契約法が適用になろう。依頼者が取引のために弁護士に契約書作成を依頼し、弁護士の作成した契約書に瑕疵があって、そのために依頼者が取引の際に損害を被ったという場合には、請負の

137 代表的なものとして、我妻・前掲第四章注(1) 687頁、来栖・前掲第四章注(13) 504頁、星野英一『民法概論IV』(良書普及会1976年) 272頁、中川・前掲注(63) 217頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣1959年) 201頁、新堂幸司『民事訴訟法』(弘文堂1990年) 127頁、など。

138 中川高男「受任者の善管注意義務」『契約法大系IV雇用・請負・委任』(有斐閣1963年) 267頁。

139 中川・前掲注(138) 267頁、加藤新太郎「弁護士の責任」川井健=塩崎勤『新・裁判実務大系 専門家責任訴訟法』(青林書院2004年) 57頁。

140 加藤新太郎「弁護士の責任」加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座第3巻 製造物責任・専門家責任』(日本評論社1997年) 346頁。

141 岡孝「弁護士の責任——序論的考察・請負契約法上の問題点について」川井健編『専門家の責任』(日本評論社1993年) 208頁。

142 小林秀之「弁護士の専門家責任(その1)」NBL541号(1994年) 35頁。こうした説は、以下のように論じている。すなわち、弁護士の業務内容が、伝統的な訴訟追行や法的助言といった無形の最善の処理を行うだけが義務づけられた信認関係に基づく精神的業務であって手段債務であるという時代においては、委任ないし準委任説で足りたが、弁護士の活動領域が飛躍的に拡大した現代社会では不十分なのではないだろうか。書類作成業務を中心に一定の結果を招来する履行を求める結果債務である業務が存在し、それら請負的な性格を有しており、単純な仕事の完成だけでなく法的助言との複合という意味では委任と請負の混合契約であるというべきであろう。また、社内弁護士のように、依頼者との関係に雇用関係が存在する場合に、雇用ないし雇用との混合契約ということになろうというものである。

瑕疵担保規定の適用が問題になる。注文者（依頼者）の請負人（弁護士）に対する損害賠償請求権が民法 634 条に基づくとする、それは、同法 637 条により仕事の引渡しまたは仕事の終了の時から一年の期間制限に服することになる。つまり、この規定によれば、注文者が仕事の瑕疵を知ることとは無関係に、従って、注文者がそれを知らなくても制限期間が終了してしまうことがありうるのである¹⁴³という指摘である。なお、岡孝説を小林秀之説のほか、下森定教授も類似な見解を示している¹⁴⁴。

しかし、こうした多元説に対する反論も見られる。例えば、「通説は、訴訟追行・債権回収・法的助言の供与などを内容とする契約は、委任ないし準委任と解しているが、それ以外のものがないわけではない。通説においても、弁護士業務の内容いかんによって委任契約の性質を有しないものになることは立論の前提となっている。従って、岡説と小林説の指摘は、通説の立場と両立しないものではない」こと¹⁴⁵及び、弁護士法 23 条（弁護士は、事件について、依頼者に有利な結果となることを請け負い、または保証してはならない）を前提として、多元説について、その弁護士業務の多様な内容を含む点で有意義を評価しながら、「委任契約とされる部分と請負契約とされる部分の区別は必ずしも容易ではない」ことまたは「不十分な書類を作成した場合に、仕事の目的物に瑕疵ありとして担保責任が追及される。しかし、これが委任契約の下での善管注意義務違反とすることと比べて大きな差異があるかといえ、それは疑問である」などの指摘¹⁴⁶がなされている。

③信認関係説。弁護士と依頼者との関係について、契約を前提とする前掲両説と異なって、両者間の関係を契約とする見方の不十分さを指摘しながら、両者間の関係を契約ではなく信認と捉える学説も見られる。これらの学説によれば、契約関係と信認関係の最大の相違点は、信認関係では、当事者の関係を対等とみず、受益者に自己責任を迫るのではなく、受任者（弁護士・依頼者関係なら弁護士）に受益者（依頼者）の利益を凶るよう義務づける点である。これに対し、契約関係では、自己責任と自己利益の追求が核心とされ、独立した当事者が想定される。そして、この説は、それぞれの関係における当事者の義務の性格や、義務違反があった場合の救済の性質に影響を与える¹⁴⁷という前提に基づき、弁護士・依頼者関係を契約は単に契約と考えればすむようなものではない、すなわち、弁護士と依頼者との関係における弁護士の義務は、この関係を委任契約とするにせよ請負契約とするにせよ、契約と呼んで民法に依拠してすむ部分が少ないということを指摘した¹⁴⁸。さらに、単に弁護士だけではなく、弁護士を含む専門家の責任全体についても、信認法理の有用性

¹⁴³ 岡孝・前掲注（141）208 頁。

¹⁴⁴ 下森・前掲第三章注（59）「弁護士」173 頁。下森教授は、「弁護士業務の拡大は、この間のサービス提供契約の種類や内容に影響を及ぼし、今後、委任や準委任のほかに、請負や雇用さらにはこれらの混合契約と見るべき場合も多くなろう。そのいずれであるかによって、弁護士の契約責任の具体的内容も当然異なってくる」と指摘している。

¹⁴⁵ 加藤・前掲注（140）346 頁。

¹⁴⁶ 小島武司ほか編『法曹倫理』（有斐閣 2004 年）61 頁以下。

¹⁴⁷ 樋口範雄『フィデュシャリー [信認] の時代』（有斐閣 1999 年）45 頁以下。

¹⁴⁸ 小島ほか・前掲注（146）56 頁以下。そこでは、契約が締結されない場合、契約の継続中及び契約終了後の関係において、弁護士の自己利益の追求、委任契約に関する規定の不足を例として挙げられている。

が指摘される¹⁴⁹。すなわち、専門家には、むしろその与えられている社会的地位の高さや信頼のゆえに、また、依頼人から様々な事柄を委ねられるがゆえに、そして、依頼人と専門家の間の非対称性ゆえに、その地位を濫用しようとするればそれが可能となる機会が十分に与えられているという視点に基づき、信認／信頼関係の法理は、契約モデルでは克服が難しい専門家=依頼者間の非対称性の問題を、一定の範囲で克服できるという意味において有用な法理であり、信認・信頼関係の法理は、受認者や受信者が、その与えられた信頼ゆえに得た情報や地位を利用して自己の利益を得ようとした場合に、その威力を発揮するという見解である¹⁵⁰。

④検討と私見。前掲諸説について、以下のような検討を加えておく。

まず、契約か信認かについて、現行法のもとでは、契約であるとする。その理由は、以下のとおりである。(i)当事者間の対称性の問題は、契約モデルが克服し難い点として、信認説により指摘された。しかし、対称性の問題は、契約か信認かの本質ではないと考えており、例えば、消費者と事業者との間においても、弁護士と依頼者との関係と類似な非対称性は存在しているが、消費者契約という契約モデルの範囲に属する点は明らかである。従って、伝統的な契約モデルを、現代の社会事情に照らして修正しておけば、対称性の問題を克服しえないとはいえないであろう。(ii)契約が存在していない場合(例えば、締結前あるいは契約終了後)、契約法理だけでは不十分で、信認説の導入が必要であるとの指摘もよく見られる。しかし、現代の契約法理からみれば、契約をプロセスとした上で、契約上の義務の拡張を通じて、契約前あるいは契約後の当事者間の関係にある程度カバーできるとも否定できないと考える。そのため、この点も契約モデルに基づき解消できないわけではない。(iii)信頼に乗じて自己の利益を得ようという場合にも、善管注意義務、信義則などの解釈によって、契約モデルの下で必ずしもカバーできないわけではない。この際に、信認か信頼かは、契約の義務・債務内容を判断する際の要素に過ぎないと考えられる。これらの理由から、本稿では、信認説に強調される非対称性、信頼に乗じて自己の利益を得ようなどの諸現象に関する指摘の意義を認めながら、これらの要素を契約解釈・義務認定の際の要素として位置づけ、伝統的な契約モデルの枠組内に弁護士・依頼者との関係を考察していく。

次に、委任説か多元説かについては、監査役務のところでも述べた考え方が、弁護士によって提供された役務についても、妥当であろう。すなわち、原則上は、請負か委任・準委任かという性質決定を別にして、山本説のように、役務型の請負については、委任・準委任をベースとしての役務提供契約に統合した上で、当事者の意思、契約締結時の事情及び契約に含まれる内容・義務、そしてその違反の有無によって弁護士に提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断する方法によれば、請負か委任かのような性質決定の困難さがある程度解消されうると考えられる。それと同時に、契約に含まれる義務・内容が手段債務か結果債

149 寺尾美子「専門家の責任」『「信託法と民法の交錯」報告書』(財団法人トラスト1998年)145頁以下。

150 寺尾・前掲注(149)179頁、180頁。

務かについては、当該義務・内容の性質によって判断されるべきと考えられる。換言すれば、委任・準委任を捉えても、役務提供契約には、手段債務だけではなく、一定の仕事の完成義務を負うのも可能である。例えば、弁護士による契約書類の作成などは、その類型に属する。実際に、委任契約にしても、顛末報告義務のようなその完成を要することもありうる。

最後に、こうした考え方を前提として、前掲諸説を簡略に検討してみる。多元説は、弁護士による役務について、業務形態の多様化に基づき、結果完成義務を含む場合も存在することを指摘している点が意味深いとはいえ、請負の本質を、結果と金銭との交換と捉えれば、結果完成義務を負っても、必ずしも民法上の請負になることはない。

請負か委任かとの性質決定は、瑕疵担保責任まで負うかどうかには重要な意義をもつこと¹⁵¹は言うまでもない。前掲岡孝説は、請負的側面がある場合について瑕疵担保責任の適用及び時効の問題について詳しく検討している。しかし、弁護士による契約書類の作成などの役務提供を民法上の契約として解し、その役務及び結果に対して評価する際に、その「仕事」が、そもそも労務と労務の結果をはっきりと区別すること自体が難しい点も注意を払わなければならない。この困難さのゆえに、弁護士による役務を、請負か委任・準委任かを区別することが本当に適当なのかどうかは疑問である。同様な理由から、この種の役務型仕事の問題点を重視して、請負を、物型請負に純化し、役務型仕事はそこから切り離して、委任や準委任と統合すると提言している山本説¹⁵²の合理性が明らかとなる。

そこで、本稿では、弁護士と依頼者との関係を論じる際に、原則的に、委任・準委任を捉えつつ、一定の場合に弁護士が一定の結果を完成すべき義務を負うと考えており、それと同時に、完成義務を負っても、法的効果上は、瑕疵担保責任を負わせるのではなく、一般の債務不履行責任によって扱うべきと考えられる。なお、委任、請負、あるいは雇用などの側面も、前掲の信認に関する考え方と同様に、債務の内容の確定及びその違反の有無を判断する際の要素としてその意義を評価したい¹⁵³。すなわち、役務提供場合の契約性質決定については、性質決定の意義を認めながら、特定の契約性質から直ちに当該契約類型に関する民法の規定を適用するのは限界もあり、特に、瑕疵担保責任の適用については、限定的に採るべきと考えられる。

⑤補足：国選弁護人の場合の法的性質。小林説によれば、「国選弁護人については従来から通常の場合と区別して法的規律を論じる見解が有力であり、公法上の事務管理説ないし特殊信託関係説¹⁵⁴が唱えられている。しかし、国選弁護人の訴訟上の地位は私選の場合と

151 そのほかに、報酬についても意義があると思われる。報酬を定めた委任契約なら、解除に際して、それまで弁護士が行った部分に対する報酬を取得する権利があるが、請負なら任務が完成していない以上、報酬はいっさい取れないのが原則である。

152 山本・前掲第三章注(18) 契約 643 頁、710 頁及び、同・前掲第三章注(18)「契約法の改正」15 頁参照。

153 この点について、下森定教授は、「委任、請負、雇用のいずれの契約であるか、あるいは混合型の場合にはそのうちのどの要素が強いかによって、債務の内容にしたがってまた債務不履行特に不完全履行の内容、判断基準、依頼者の法的保護手段が異なってくることも留意する必要がある」と指摘している（下森・前掲第三章注(59)「弁護士」174 頁）。

154 齊藤秀夫=桜田勝義「弁護士の職務執行に伴う私法上の責任——アメリカにおける malpractice の法理」『民事訴訟の法理』（敬文堂 1965 年）717 頁以下。

は変わらないことや、国選弁護人は当該被告人を依頼者と考えらるべきであってたまたま被告人の貧困ゆえに国が報酬や費用を被告人に代わって支払っているに過ぎないことからすると、通常の場合と同様に被告人との間に契約があると考えてよいのではないだろうか。（しかし、同論文注（9）によれば、選任、解任、辞任などについては、単純な委任ではなくて、公共的責任も問題になってくると指摘した。）あるいは、第三者のためにする契約として国との間で契約として国にも国選弁護人に対して誠実な弁護活動を請求できる権利を認め、被告人は受益の意思表示をしたときから国選弁護人との間で準委任の関係生じるという解釈も考えられるであろう¹⁵⁵。本文でも、こうした考え方に賛成したい。つまり、国選弁護人の被告人に対する注意義務などについては、通常の依頼者に対する注意義務と同様に解してもよいと考える。

第二に、具体的な義務、義務違反あるいは役務の瑕疵・不完全類型について。この点について、裁判例の蓄積と伴う学説上の作業を経て、以下のような分類が見られる。

①義務内容の観点からの分類。具体的には、合意規範としての善管注意義務+関係規範としての忠実義務ないし誠実義務¹⁵⁶、善管注意義務+忠実義務+説明・助言・教示義務¹⁵⁷、説明・助言義務+忠実義務+その他の注意義務¹⁵⁸などの分類方法がある。そのほか、任務遂行過程に即して義務内容をより具体的に展開する方法も見られる。例えば、審判を受ける機会・期待を保護すべき義務+依頼者の損害を防止すべき義務+適切な助言・立証をすべき義務+説明・報告義務+依頼者の上訴の機会を保護すべき義務との分類¹⁵⁹、事案解明義務+権利関係調査義務+助言・教示義務+最も安全な方法を選択する義務+その他の義務との分類¹⁶⁰、説明・報告義務違反+助言義務違反+依頼者の利益に反する行為が問題とされたもの+控訴期限の徒過等・その他の善管注意違反との分類¹⁶¹などもみられる。こうした分類の中で、各義務の包摂範囲について、特に、説明・助言義務、忠実義務については論争が見られる。例えば、説明義務については、合意規範としての善管注意義務と関係規範としての忠実義務をパラフレーズしたものと解すべきである¹⁶²とされる見方がある。忠実義務についても激しい

¹⁵⁵ 小林・前掲注（142）36頁。

¹⁵⁶ 加藤新太郎『弁護士役割論』（弘文堂1992年）78頁以下、加藤・前掲注（140）348頁、加藤・前掲注（139）57頁。

¹⁵⁷ 「専門家の民事責任シンポジウム」私法57号（1995年）15頁（浦川道太郎報告）。

¹⁵⁸ 工藤佑徹「弁護士の責任に関する裁判例の分析」自由と正義49巻4号（1998年）26頁以下。

¹⁵⁹ 加藤・前掲注（156）弁護士役割論78頁以下。

¹⁶⁰ 浦川道太郎「弁護士責任法理の現在—ドイツの判例を参考にして」自由と正義49巻4号（1998年）54頁。

¹⁶¹ 工藤佑徹「『専門家の責任』と主要判例の分析」（上）法律時報67巻（1995年）2号18頁以下。

¹⁶² 加藤・前掲注（140）348頁。そこでは、弁護士の依頼者に対する説明義務について、善管注意義務としての説明義務と忠実義務としての説明義務があると指摘している。前者の例として、民事紛争解決を依頼した依頼者に対して、紛争処理プロセスについて十分説明して、その取り得る選択肢について情報を供与するためのものである。後者の例として、忠実義務としての説明義務は、依頼者が一定の意図の下にある事項を依頼した場合であっても、その意図が公序良俗に反するようなとき、または公序良俗に反しないまでも公益的観点から不相当と見られるときには、専門家としての立場から、そうした事項を実行することが相当でないということを説明すべき場面で要請されるものである。

論争が見られる¹⁶³。本稿では、こうした論争に加えるつもりはないが、本稿との関係で簡略に補充しておく。すなわち、説明・助言義務であれ、忠実義務であれ、諸説のいずれも、これらを否定するわけではなく、むしろ善管注意義務と同一のレベルの義務かどうかとの議論である。したがって、これらをめぐる論争は、本質的には、善管注意義務の包摂範囲の論争である。実際に、事案処理から見れば、善管注意義務に基づき弁護士の特定の場面における具体的な行為義務の形成・発見を通じて、これらの義務を善管注意義務と並行とする方法と同様な効果、すなわち、事案処理にあたり具体的な座標を提供すること、を得ることもありうる。その理由から、議論の分かれるところが、これは用語の使い方の問題でさほど重要な問題ではあるまい。

②執務態度の観点からの分類。具体的には、不誠実型、単純ミス型、技能不足型との分類である¹⁶⁴。この分類によれば、不誠実型、単純ミス型の弁護過誤については、過誤の性質からして注意義務と結果との因果関係が比較的クリアーであるにより、弁護士の依頼者に対する責任が肯定される割合が高いとされる。これに対して、技能不足型については、依頼者からの請求が認容されるのは相対的に困難である。これは、弁護士の執務遂行上その裁量が要請される場面であることが多いことによるものと思われる¹⁶⁵。役務提供契約における瑕疵の判断は、無形的な行為債務・なす債務のためにその判断が物取引の場合に比べて困難ではあるが、そのすべてが判断困難ではなくて、単純ミス・不誠実の弁護過誤のような相対的に判断容易な場面もあることは、こうした分類から明らかになる。また、技能不足型のような判断困難の場面には、主に役務提供者の裁量とかかわるものであるから、役務提供者側の裁量の适当性に関する判断基準が問題となる。その判断基準は、専門家にかかわる役務提供契約の重要な課題となる。なお、当該分類方法は、主に裁判実務に関する概括であり、実務の傾向の提示、将来類似な事案の参考、問題点の提示（例えば技能不足型に対する判断の難しさ）などが有用であるとはいえ、こうした分類方法が、役務の瑕疵判断について前述した具体的な義務の検討より、特別な意義があるとはいえないであろう。というのは、弁護士などに提供された役務が問題となる場合に、裁判実務上においては、

¹⁶³ 忠実義務については、能見・前掲注（136）参照。森島昭夫教授は、この高度注意義務・忠実義務二分説（能見説）を支持している。但し、忠実義務は、高度注意義務違反では処理できない利益相反的な行為についてのみ問題にすれば足りるとする（川井健ほか「座談会・『専門家責任』法理の課題」法律時報 67 巻 2 号（1995 年）52 頁森島発言）。これに対して、高度注意義務・忠実義務二分説を批判するのは、下森定、潮見佳男発言である（同 46 頁下森発言、52 頁潮見発言）。下森定教授は、能見説にいう忠実義務は本来の給付債務の履行義務に主としてかかわるものという見解に基づき、高度注意義務と忠実義務の二分論に対して疑問を呈した（下森・前掲第三章注（59）「弁護士」165 頁以下）。潮見教授は、両者を区別することは困難であり、「高度注意」の側面と「忠実性」の側面とが一体となって相互に影響し合いながら具体的な行為義務を確定していくとする。そのほかに、潮見教授は、最近の教科書の中にこの点を明確に指摘している。すなわち、「民法 644 条の起草趣旨を踏まえれば、忠実義務とされる義務は、同条に言う善管注意義務に含めることができます。『委任の本旨に従い』というのは、『受任者は、委任者の信頼に応えて、誠心誠意、忠実に、委任者のために委任事務を処理すべきであって、委任の目的に反する行動をしてはならない』との意味を含む広範なものだからです」という論説である（潮見・前掲第三章注（19）220 頁）。

¹⁶⁴ 加藤・前掲注（156）弁護士役割論 122 頁以下、加藤・前掲注（140）356 頁以下、加藤・前掲注（139）61 頁以下。

¹⁶⁵ 加藤・前掲注（139）62 頁。

不誠実か、単純ミスか、あるいは技能不足かとの判断ではなくて、むしろどのような義務が負っているか及びその義務違反の有無の判断に基づき役務の瑕疵およびその法的効果を決めるからである。

③局面ないし事項の観点からの分類。例えば、法律相談、委任事務受任、準備事務、委任の目的・委任処理方針・具体的措置等の弁護士・依頼者間での決定、事務処理の終了または終了後、その他の業務などの業務類型・執務段階に即して裁判例を整理して弁護士の具体的な義務を検討したもの¹⁶⁶が見られる。そして、事情聴取・資料収集・事実調査、法的検討、具体的な措置の選択、説明と承諾、職務執行と依頼者との連絡、委任事務の終了などのように執務の具体的な場面の善管注意義務の形態を考察したもの¹⁶⁷もある。この分類方法は、弁護士の役務提供過程における具体的な義務の解明に有用であると考えられる。

④事件類型及び債務構造論の視角からの分類。具体的には、期日・期間懈怠型、独断処理型、説明不十分型という3類型である¹⁶⁸。下森教授は、債務不履行の種類・内容によって要件・効果が異なるとの理由で、こうした事案類型を、債務構造論の視角から再整理しよう¹⁶⁹と提案して、期日・期間懈怠型は本来的給付義務の過失に基づく債務不履行であり、独断専行型は裁量権の不当行使による債務不履行（不完全履行）といえ、説明不十分型は付随的履行ないし注意義務、あるいは保護義務違反（もっとも、コンサルタント契約では本来的給付義務に入ることもある）と主張している。しかし、この視角に即して各類型の要件、効果については、同論文においても具体的な検討がなされなかった。

⑤外国法上の分類。この中に、アメリカの裁判例を考察するにあたっての分析視角として、(i)書類関係、(ii)依頼人所有不動産の所有権検討の依頼、(iii)法的手段準備の過失、(iv)法律知識に関する問題、(v)訴訟追行、(vi)上訴における過失、(vii)代理権踰越、(viii)金銭回収関係、(ix)委託金の運用関係、(x)事務の終了といった分類がある¹⁷⁰。また、ドイツの裁判例の分析視角として弁護士契約から生じる職務義務を、(i)依頼者の指図の遵守義務、(ii)事案解明義務、(iii)権利関係調査義務、(iv)助言・調査義務、(v)書類綴り作成・保管義務、(vi)守秘義務といった分類がある¹⁷¹。

第三に、注意義務の基準について。前掲諸義務は、あくまでも弁護士一般について語るものである。すなわち、受任者の職業・地位において一般に要求される水準の注意という善良な管理者の注意をもって想定される義務である。このような「注意」の程度を測る基準は、一般に「善良な管理者」¹⁷²あるいは「委任の本旨」¹⁷³に求められる。前者によれば、受任

¹⁶⁶ 篠田昌志「弁護士委任契約の履行過程上の義務——弁護過誤及び弁護士報酬請求権にかかわる裁判例を手がかりとして」青山法学論集 38 巻 3=4 号（1997 年）223 頁以下。

¹⁶⁷ 加藤・前掲注（139）57 頁以下。

¹⁶⁸ 下森・前掲第三章注（59）「弁護士」175 頁、小林秀之「弁護士の専門家責任（その 2）」NBL 542 号（1994 年）48 頁以下。

¹⁶⁹ 下森・前掲第三章注（59）「弁護士」176 頁。

¹⁷⁰ 手嶋豊「アメリカにおける弁護士の依頼人に対する民事責任の展開」判タ 613 号（1986 年）26 頁以下。

¹⁷¹ 浦川道太郎「比較法（2）——ドイツ」『専門家の民事責任』別冊 NBL28 号（商事法務 1994 年）37 頁。

¹⁷² 潮見・前掲第三章注（19）218 頁以下。

者と同一のグループ（職業的地位・社会的地位・技能・経験等を基準に判断される）に属する平均的な人ならば、当該委任事務を処理するのに合理的に尽くすであろう注意である。後者は、定型的基準と個別的基準と分けて「注意」の程度を論ずる。定型的基準については、定型的な事務の処理を目的とする場合は、特別な事情がない限り、その種の事務の処理するために一般的に期待されている知識・能力を備えていることが契約上想定されていると見ることができ、これは特に、医師や弁護士などのように事務処理の引受が事業として行われる場合に当てはまるとされる。後者は、それと同時に、個別的基準も指摘している。すなわち、「しかし、決め手となるのは、あくまでも、個々の契約においてどのような知識・能力の程度が想定されていたかである。従って、定型的な基準がある場合でも、契約で定められた経緯などから、それと異なる基準が合意されたとみることができるには、その基準によることになる」という指摘である。

もっぱら弁護士の注意義務の程度を論ずる文献も見られる。例えば、加藤新太郎説¹⁷⁴は、弁護士の注意義務が高度であることを強調している。加藤説は以下の設問を挙げて説明している。すなわち、依頼者から弁護士に対する弁護過誤を理由とする損害賠償請求について、弁護士が、不手際があったとしても、「地域性を理由として弁護士の技能水準には上限があるという主張」をして規範的な注意義務違反を争うことを許容すべきか。これについては、「弁護士の義務を考察するに際しても、地域性の考慮がある程度払われてしかるべきである」として、積極的に解する見解が見られる。しかし、弁護士の善管注意義務には、「専門職としての研鑽義務」を含むと考えて、消極的に解するのが相当であろう。すなわち、弁護士には、現実に知識・経験がない事項についても「専門職としての研鑽義務」を媒介することにより、「法的不知」や「判決変更の不知」といった事柄に対して、規範判断として注意義務違反とされることがある…、これこそが、弁護士の注意義務が「高度」とあるということの意味であると解される。また、加藤説は、注意義務のレベルの加重・軽減についても論じている¹⁷⁵。加藤説によれば、弁護士の専門性によって、「当該弁護士が、その分野における最先端の知識・技能を有している場合においては、依頼者が当該弁護士の『専門的知識・技能』の発揮を合意内容としないときであっても、弁護士の注意義務のレベルは、『平均的弁護士の知識・技能』を基準とするのではなく、『当該弁護士の高い専門的知識・技能』を基準とすべきであり、「注意義務レベルを軽減することは、弁護士のプロフェッションとしての性質からして認められ」ず、弁護士には「受任事項が専門外のものであるからといって、その注意義務を軽減することはできない。その弁護士が事務処理に自信がないような場合には、原則として、依頼者に対して他の弁護士に依頼するよう教示すべき義務が発生すると解すべきであろう」とされる。

第四に、法的効果について。弁護士に提供された役務に瑕疵があるとされる場合の法的救

¹⁷³ 山本・前掲第三章注（18）契約712頁以下。

¹⁷⁴ 加藤・前掲注（140）351頁以下。

¹⁷⁵ 加藤・前掲注（140）353頁。

済については、以下のような議論がなされている。

まず、損害論について、「弁護過誤と損害との因果関係が明確で損害全額について責任を肯定できる場合を別として、民事裁判を受ける権利の侵害という機会利益の喪失を正面からとらえた理論構成であり、慰謝料による救済よりも直接的に問題の本質をとらえているだろう。その場合の損害賠償額は、機会利益の喪失を何らかの形で合理的に計算した、例えば、上訴による勝訴確率をかけたものや、その後の法的目的の実現に要する費用（弁護士費用その他）ということになってくるのではないだろうか（場合によっては裁判所の裁量で算定してもよいだろう）」¹⁷⁶というように、弁護士の役務の瑕疵による損害は、精神的損害ではなく経済的損害である機会利益の喪失による損害とされる主張が見られる。しかも、こうした新たな理論構成の可能性は、弁護過誤にとどまらず、「このように現実の損害が明確ではなく一定水準の弁護士としての役務を提供しなかったことの期待利益（期待権）の侵害である場合には、弁護士を含めた専門家の職務の誠実性（信認関係）から生ずる信認義務違反による無形損害の賠償という性格が強くなる。さらに、一般化すれば、無形の役務提供型の債務に共通する契約法上の理論がまさにそこでは問題となっているのであって、従来の給付提供型中心の契約法や不法行為法の理論を修正し、新たに役務提供型債務のための契約理論や第三者との関係の理論の構築が求められているという見方も可能で

¹⁷⁶ 小林・前掲注(168) 52頁、「専門家の民事責任シンポジウム」私法57号(1995年) 31頁(小林秀之報告)。これに対して、加藤新太郎は、「問題は、機会利益の喪失として精神的損害を論ずるのは抵抗がないのですが、経済的損害ととらえる場合の算定の具体的な方法には検討の余地があるように思います。小林先生にはこれを勝訴率×費用で算定していったらどうかということ提唱されたわけですが、その場合の勝訴率というのは、例えば、控訴したら一般的・統計的にみてこれくらい勝てるといった勝訴率なのか、あるいは当該ケースを見た場合の具体的な勝訴率なのか、どちらかという質問です。前者であれば、それはいささか乱暴な議論ではないかという感じがしますし、後者であれば、訴訟内訴訟を回避しようということでこういう考え方を出したのに対して、部分的にはやはり訴訟内訴訟的な面を維持することになるのではないかという疑問が生じます」(同66頁以下加藤新太郎質問)という質問を投げた。この点について、小林教授は、「その場合、勝訴率をどのように算定するのかという場合に、特に立証がなければ、通常の場合原則に従って、一般的な控訴事件の勝訴率というのを考えざるをえないと思いますけれども、例えば当該ケースで勝訴率が非常に高かったということが立証できれば、一種の特別損害として、それは認めてもいいと思います。その範囲において、訴訟内訴訟になっていくという面はあるかと思いますが、それは勝訴率の枠内ということでやむを得ないと思います。それから、機会利益という場合の機会には、例えば敗訴必至であるけれども、できる限り遅らせたいという期待も含まれるのかということにつきましては、建前として、もともとそういう訴訟遅延の利益というのは入らないだろうと思います。…つまり、正当な理由なく、ただ引き延ばすという戦術をとるということは許されないとはいえませんが、実際に訴訟というものを携わった場合には、必ずこうなるということ100%断言できないわけですし、そこで機会利益というふうな考え方を提案したわけです」(同70頁以下小林秀之回答)と答えた。こうした機会利益の喪失論に対して、加藤新太郎は、その後の著作の中でも異論を持ち続けている。具体的には、「この機会利益の喪失論は、『訴訟内訴訟』を可及的に回避しようという解釈論的工夫であり、その着想は評価できる。しかし、上訴による一般的勝訴確率をかけるという手法は、個別認定の原則に著しく反するもので実際的には採用することが難しいと思われる。これに対して、個別の勝訴確率を問題とするということは考えられるが、因果関係の立証をしていくことが本筋であること、経済的損害ということに拘らなくとも慰謝料で救済していくことが一定程度可能であることから、機会利益の喪失論に対しては、なお疑問を留保しておきたい(新訴訟法248条は、損害の性質上損害額を立証することが極めて困難であるときは、裁判官が損害額について裁量的な算定をすることを許容している。この定め解釈・運用と機会利益の喪失論における損害算定との関係については、なお検討してみたい)」という見解である(加藤・前掲注(140) 358頁以下、加藤・前掲注(139) 63頁以下)。

あろう」¹⁷⁷というように、役務提供契約一般についても、役務の瑕疵による無形損害に対して同様になりうると主張している。これに対して、加藤説は、小林説に疑問を提示ながら、以下のように主張している。すなわち、第一には、委任目的の不達成による結果的損害及びさらに費やすことを余儀なくされた費用（この損害は、通常、経済的損害であるが、人事訴訟や非訴事件の場合は非経済的精神的損害もある）、第二は、過誤と結果発生との間に因果関係が認められない場合であっても、依頼者の合理的期待の侵害が損害（慰謝料）賠償の対象となる¹⁷⁸という指摘である。

次に、損害論に止まらず、より広範な法的効果の枠組みを論じる文献もある。この主張によれば、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任制度に対し、履行請求権を第一次的保護手段とする日本民法の契約責任制度の下では、専門家の役務提供契約において、債務の本旨に従った履行がなされなかった場合には、第三者による追完の困難性、役務の連続性及び設計などの著作者人格権との関係などで、追完請求権の行使が認められるとされている¹⁷⁹。

法的効果に関する前掲諸学説は、それぞれその合理性があると考えられる。若干の補足をしておくとして、弁護士に提供された不完全な役務自体の損害及びその算定の問題及び、本来提供すべき時期に役務を提供されなかったという遅延の問題及びその遅延損害賠償の可能性の問題などについては、なお課題として残る。また、追完請求権を認めても、その具体的な条件・行使の方式など、例えば、提供された役務の結果に対して修補するか役務自体をやり直すか、役務受領者の協力が必要であるが当事者間の信頼関係が崩れた場合、追完の問題はどうなるかなどについては、なお課題として残る。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

前述した学説の検討を踏まえて、以下では、裁判実務の傾向の考察を試みる。

まず、総体的状況について。弁護士による役務の瑕疵に関わる訴訟の件数は、同様に専門家責任の領域に属する医療過誤訴訟¹⁸⁰と比べて非常に少ないことが明らかとなる¹⁸¹。その理由として、①裁判所の釈明権の行使のような裁判所の後見的役割によってカバーされていること、②弁護士の綱紀委員会、紛議調停委員会等の代替システムによって依頼者や第三者の不満が吸収されていること、③裁判所や依頼者に責任転嫁していること、④弁護士の職務遂行は無形なことが多く過誤が明確に現れることが少ないうえ、過誤を補完する機会が少なくないこと、⑤弁護士職務の専門性が一般人の予想しえない複雑性をもつこと、⑥弁護士の社会的エリート性、⑦日本では弁護士数が諸外国に比較して極端に少ないので、需給のアンバランスもあり社会との関係で責任を問われる機会が少ない恵まれた存在であ

¹⁷⁷ 小林・前掲注(168) 53頁、小林・前掲注(176)「報告」31頁。

¹⁷⁸ 加藤・前掲注(140) 357頁以下、加藤・前掲注(139) 62頁以下。

¹⁷⁹ 下森・前掲第三章注(59)「専門家(上)」40頁、同・前掲第三章注(59)「専門家(下)」39頁、同・前掲第三章注(59)「弁護士」170頁など参照。

¹⁸⁰ 医療過誤訴訟の動向については、手嶋・前掲注(95) 137頁参照。

¹⁸¹ 弁護士の民事責任を追及される事案は、前述した依頼者に対する責任のほか、対第三者の民事責任にかかわる事案も存在しているが、その総数でも、医療過誤と比べて非常に少ないのは明らかである。

ること、⑧弁護士会等を通じてお互いに顔なじみであることからくる身内意識があり、いわば同僚を訴えるよしみに欠けたことはできないこと、⑨弁護士の専門家責任の法理が十分発達していないために、一見して明白な場合を除き訴訟追行が困難であり（典型的に、前訴の弁護士の訴訟追行の過誤を後訴の弁護士が責任追及する場合、「訴訟内訴訟」となり、かつ情報は前訴の弁護士の方が自分のことなのでより豊富に有している）、賠償額も十分な金額を取りにくかったこと（勝訴の可能性が確実でなければ慰謝料の形になり、日本では多額の慰謝料は期待しにくい）、等がしばしば指摘されている¹⁸²。しかし、今後の動向として、後述するように、弁護過誤訴訟の増大は確実に予想される。

第二、時期的な特徴。10年ごとに前掲裁判例を分けると、40、50年代0件、60年代2件、70年代8件、80年代7件、90年代16件、2000年以後12件というようになる。従って、60年代以前にはいくつか散見できるようになり、70年代あたり増加している。この時期に、内容的には訴訟委任関係が多く、また、期日不出頭、報告義務懈怠、不注意による控訴期間の徒過などの事例が多い。明白な懈怠がある場合に訴訟が提起されるに至ったといえるかもしれない。70年代以降現在に至るまではほぼ毎年数件が公判判例集で紹介されるようになっており、また内容としては訴訟委任関連のものがやはり多いが、その他の活動領域での過誤も増えつつある。この時期には助言や説明にかかわる過誤が多く主張されるようになってきている。そして、弁護士による役務の瑕疵に対する訴訟が多様化の傾向を示している。こうした現象の原因については、弁護士と依頼者の関係の変化や弁護士・依頼者双方の意識の変化など内在的要因もあろうが、他の社会現象との共通する社会経済の発展に伴って生じた一般的要因（消費者保護の考え方の登場、権利意識の高揚、人的繋がりへの欠如など）などにも関係するという指摘がある¹⁸³。今後は、これらの要因と加えて、専門家責任法理や役務提供契約法理の発達と相俟って、弁護士による役務の瑕疵にかかわる訴訟の増大は確実に予想されうる。

第三に、債務不履行責任か不法行為責任かについて。前掲諸裁判例から見れば、その多くは、依頼者との間の契約関係上のトラブルであり、そして、その訴訟は、現在のところ、不法行為責任訴訟に比べて、債務不履行訴訟によるものが多数であることが明らかになる。具体的に見れば、単に不法行為に基づき訴訟を提起したものは、裁判例16（立会人としての弁護士に対して不法行為に基づき損害賠償を請求、棄却）、20（弁護士が和解で取得した和解金を横領したとして不法行為訴訟を提起し、棄却）、21（辞任後の弁護士の行為が不法行為にあたるとして損害賠償を請求、一部認容）、26（訴訟提起の遅延などの不法行為に基づき精神的苦痛の賠償を請求、棄却）、等の4件しか見られない。他方、「債務不履行または（ないし、若しくは）不法行為」に基づき損害賠償などを求めたものは、裁判例1（国選弁護士の義務違反は一種の債務不履行または不法行為として認められた）、4（控訴期間の

¹⁸² 加藤・前掲注（156）弁護士役割論50頁以下、下森・前掲第三章注（60）40頁、齊藤=桜田・前掲注（154）737頁、小林・前掲注（142）34頁、加藤・前掲注（139）57頁など参照。

¹⁸³ 篠田・前掲注（166）231頁。

徒過による財産的損害については委任契約上の債務不履行を原因として、控訴する権利の侵害による精神的賠償は不法行為を原因として提起されたが、慰謝料のみが認められた)、10 (不法行為または債務不履行に基づく損害賠償を請求したが、控訴を無断で取り下げたことと損害との因果関係を否定した上で棄却)、11 (法律相談の回答については不法行為に基づき、訴訟活動については不法行為または債務不履行に基づき損害賠償を請求したが、いずれも棄却)、14 (財産的損害は、委任契約上の債務不履行に基づき請求、慰謝料は、(当事者ではないので) 信託の裏切りという不法行為に基づき請求、棄却)、17 (債務不履行または不法行為による損害賠償請求。裁判所の判断は、債務不履行か不法行為かは明らかでないが、遺言執行者である弁護士が専門家の注意義務を怠ったとして、過失相殺によって一部認容)、23 (受任拒絶の通知義務違反及び仮処分委任契約上の義務違反は債務不履行、報酬請求権を被保全債権とする仮差押命令は不法行為として訴えた、一部認容)、29 (依頼者による請求は、債務不履行に基づき、依頼者の代理人による請求は、不法行為に基づき、債務不履行による損害賠償請求一部認容、不法行為責任請求棄却)、31 (信託契約終了後の原状回復義務の履行不能及び預けた金の用途不明であることの不法行為に基づき損害賠償を求め、不法行為の請求は棄却)、39 (債務不履行若しくは不法行為による慰謝料請求、棄却)、42 (債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を求め、債務不履行の判断により一部認容)、45 (着手金の一部返還及び、債務不履行または不法行為による慰謝料請求、裁判所は、弁護士の委任事務処理の不履行により慰謝料を認めた)等の12件である。その中で、不法行為と債務不履行との請求事由を明確に分けているのは、裁判例1、11、14、23、29、31の6件である(裁判例1、14は慰謝料を請求するために不法行為に基づき請求するように見える、裁判例11は相談行為、裁判例23は弁護士による報酬請求権のための仮差押命令、裁判例29は契約の当事者ではなく、依頼者の代理人に対する侵害、裁判例31預けた金の使用不明につき不法行為に基づき訴訟を提起した)。これらの6件と前述した4件の不法行為訴訟と合わせても、45件の全体の中では、わずか10件であることから見ても、不法行為を弁護士の依頼者に対する責任の請求原因とされたのは少なかったことは明らかである。この点については、介護役務、医療役務などの場合と異なり、契約当事者や契約内容が比較的明確であることがその原因であると思われる¹⁸⁴。そのほか、弁護過誤の結果は、人身的損害を帯びやすい介護、医療役務と異なって、財産的損害が多いことも原因の一つとなるであろう。また、前掲諸事案を詳しく見れば、慰謝料関係¹⁸⁵、契約不存在、あるいは依頼者の財産に対する直接的侵害などの場合が不法行為に基づき提訴することが多いという事実からも、制度上の原因も推測される。

第四に、法的性質。裁判例1(国選弁護士)、16(立会人)、17(遺言執行者)、31(信託

¹⁸⁴ 下森・前掲第三章注(59)「弁護士」173頁。なお、専門家の契約責任構成と不法行為責任構成とのそれぞれの論説は、下森・前掲第三章注(60)9頁以下、円谷峻「日本における『専門家の不法行為責任』」川井健編『専門家の責任』(日本評論社1993年)51頁以下参照。

¹⁸⁵ なお、弁護過誤の諸事案においては、不法行為に基づかず、債務不履行に基づき慰謝料を認めた事案もよく見られる点もある。

契約)、44(後見人または後見人職務代行者)などの5件を除き、ほとんどの事案においては、弁護士と依頼者との関係を委任契約上の関係として捉えている。すなわち、前述した学説の中では弁護士と依頼者との関係を信託として構成しようという見解もあるが、裁判実務上は、明らかに信託契約を締結された裁判例31を除き、伝統的な契約説を維持したのが明らかとなる。また、契約と捉えた上で、委任・準委任として捉えることも一般的である。多元説においては、契約書などの書類の作成などの請負的側面や請負と委任との混合などの面がよく強調されているが、裁判実務上はそうではないことが明らかとなる。例えば、作成された書類が問題となる事案を挙げると、裁判例1(控訴趣意書の作成)、16(契約書の作成)、17(遺言書の作成)等が典型的である。しかし、判旨によれば、役務の瑕疵を判断するのは、こうした結果完成物に着目するわけではないことが明らかである。従って、裁判実務においては、結果の不完全・瑕疵により瑕疵担保責任が適用されることはなく、むしろ瑕疵のある文書に至るまでの義務違反の有無に基づき弁護士の責任を判断する。例えば、裁判例1においては、提出された「被告人を死刑に処した第一審判決が相当である旨の控訴趣意書」自体が瑕疵に当たるかどうかとの点を判断することではなく、むしろその前の段階の調査義務、告知義務などの違反の有無に着目することは明らかである。裁判例16においては、作成された契約書については争点にならず、その立会の過程における注意義務の違反の有無が事案解決の手懸りとなる。裁判例17においても、作成された遺言書が問題とならず、むしろ遺言執行段階での行為の適当性が問題となる。つまり、戦後の裁判例に限り、弁護士による書類作成などの役務結果につき瑕疵担保責任などが追及された事案は見当たらない。しかしながら、瑕疵担保責任の適用の否定は、仕事完成義務を否定するわけではないことも留意すべきである。諸裁判例によれば、明らかに仕事完成義務が問題となるのは上告理由書の提出である。この点について、裁判例29においては、「上告事件を受任した弁護士は、特段の事情のない限り、委任契約上の善管注意義務ないし誠実義務の一環として、上告期間内に上告を提起するとともに、上告理由書提出期間内に上告理由書を原裁判所に提出すべきであり、もって上告が各期間の徒過を理由として不適法却下され、依頼者が上告理由の当否の審査を受ける機会のないまま敗訴判決の確定という不利益を受けることのないようにすべき義務を負うというべきである。また、上告事件を受任した弁護士が上告理由書を提出しない場合には、上告理由書提出期間内に上告理由書を提出しないと上告が不適法却下されることを事前に依頼者に説明し理解させた上で、依頼者の了解を得なければ、上告理由書の不提出による善管注意義務違反、誠実義務違反の債務不履行責任等を免れることはできないというべきである」とされる(類似なの裁判例32である)。従って、上告理由書の提出が、一種の仕事完成義務とされる。この理由で、学説上指摘されたように、弁護士による役務において請負的側面もあることは否定できない。それと同時に、仕事完成義務を負ったら、必ずしも仕事の結果に対して請負契約上の瑕疵担保責任を負わせることはないことを、ここでもさらに確認しておきたい。

第五に、諸裁判例における善良なる管理者の注意または善管注意義務を考察すると、概ね

以下のようになる。45 件の裁判例を縦断すると、直接に「善良なる管理者の注意義務」または「善管注意義務」という用語を用いたのは、裁判例 1、2、9、13、18、22、23、28、29、30、32、33、35、36、38、39、42、44、45 の 19 件である。その中で、早期の裁判例においては「善良なる管理者の注意」を用いたのが多いことに対して、後期の裁判例においては、「善管注意義務」あるいはその両方を同一事案の中で用いた（例えば、裁判例 28、44）ことが一般的になる¹⁸⁶。こうした状況から見れば、旅行役務、教育役務の場合と異なって¹⁸⁷、弁護士による役務をめぐる裁判実務上においては、依頼者との関係を委任・準委任を解すると同時に、善良なる管理者の注意義務または善管注意義務という用語が、重要な位置を占めることが明らかとなる。従って、当該用語の中身を解明することは、弁護士による役務の重要な課題となる。以下では、裁判例に依拠しながらこの点を考察してみる。

裁判例における表現を具体的に見れば、「委任された弁護士は、委任の本旨に従い、善良なる管理者の注意義務をもって、依頼者の法律上の権利及び利益を擁護し、損害を防止するのに必要な最善な訴訟活動をする義務を負い」（類似なものとして、裁判例 9、18、22、28、29、45 である）というようなものがあり、単なる善管注意義務あるいは善良な管理者の注意という用語を用いたものもある。しかし、前者の表現であれ、後者の表現であれ、抽象的な概念に過ぎず、ほとんどの裁判例は、こうした抽象的な概念の指摘のみならず、弁護士がいかなる具体的な義務を負うかについてより具体的な作業を行った。その中で、裁判例 30 に見られるように、「訴訟委任を受けた弁護士は、依頼者に対して、委任事務処理に関し善管注意義務を負うが、具体的にいかなる義務を負うかは、依頼者の意思及び属性並びに依頼者と弁護士との法律的素養の差異などを考慮して決すべきものと解される」との指摘が典型的である。従って、善良な管理者の注意または善管注意義務は、裁判実務によく用いられたが、役務提供過程における具体的な行為義務を判断するための要素の一つに過ぎないである。この状況から見ても、提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断するためには、単なる善管注意義務という概念だけでは足りず、他の諸要素を組み合わせるその具体的な行為義務の違反の有無によって判断する必要があると考える。

第六に、諸裁判例に現れた具体的な義務内容。45 件の裁判例を横断的に考察すると、その大部分は、前掲善管注意義務・善良な管理者の注意義務を用いたかどうかを問わず、具体化された義務の違反の有無によって、提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断することが明らかとなる。その中で、裁判例に現れる具体的な義務内容は以下のとおりである。

① 事実聴取・訴訟記録などの調査義務。この義務が問題となるのは、裁判例 1（訴訟記録

¹⁸⁶ 善良な管理者の注意か善管注意義務かについては、道垣内・前掲注（128）37 頁以下参照。そこでは、「善管注意義務」という言葉はあいまいであり、実定法上も、必ずしも直接に規定されていない概念であると指摘している。なお、前掲諸裁判例からみれば、弁護士の依頼者に対する責任の裁判実務上は、善良なる管理者の注意と善管注意義務とを明確に区別せずに、同一視されることが判明されうるのであろう。

¹⁸⁷ 役務提供者の負う義務を認定する際、または、提供された役務に瑕疵があるかどうかを論じる際によく用いられた中心的な概念である善管注意義務については、旅行契約に関する諸裁判例の判旨の中では、直接にこうした概念を用いられた例は見当たらない。そのほか、教育役務に関する諸裁判例の中にも善管注意義務のような概念を直接に用いた裁判例はあまりみあたらない。

内外の調査義務)、9(面談などにより事実関係の調査義務)、36(事実調査義務)、43(事実調査義務・証拠保全する義務)、45(事実調査の不十分)などの諸件である。こうした調査義務について、ほとんど調査されなかった場合には、その義務違反が認められるべきこととは言うまでもない(例えば、裁判例9、35)。問題となるのは、調査は一応なされたが、その調査の範囲(裁判例1)、調査の十分さ(裁判例43、45)などに関する評価の問題である。諸裁判例から見れば、一般的に、訴訟記録以外のことに関する調査、依頼者・被告人への面談などによる調査及び一般の弁護士が通常にされるべき調査などはなされるべきとされる。従って、この義務の違反の判断には、何を調査すべきかが肝心点となる。

②説明・報告・助言義務。この種の義務が問題となるものは、裁判例全体の中で大きな割合を占めている。特に、1970年代以降現在に至るまで、こうした傾向がさらに明らかになる。具体的には、裁判例1(法令上の規定がなくとも、協力できない旨の告知義務)、4(判決正本送達を受けたことのお知らせ義務)、5(執行保全の委任につき仮差押手続の取消によって債権回収不能の危険性に関する説明義務)、6(進行状況の報告義務)、9(依頼者からの請求がなくても事情の進行状況の報告義務及び終了時の顛末報告義務)、12(具体的な措置の助言義務)、16(弁護士の立会人としての期待される指導・助言義務)、17(遺言執行者である弁護士の外見上の受遺者への遺言無効に関する告知義務)、18(委任者に適宜審理の進行状況の報告義務)、19(委任事務に直接に属してないとしても、委任事務に関連して、依頼者の最終の目的を実現するための説明義務・情報提供義務・助言義務)、22(敗訴判決の送達のお知らせ義務)、23(相談契約における指導・助言義務、及び依頼を受任しない場合のお知らせ義務と助言・指導義務)、24(和解の際の説明義務)、25(相談委任契約における説明・指示・助言義務)、28(適宜審理の進行状況を報告する義務、事件の処理方針について打合わせ、和解の内容及びその結果について委任者に説明義務)、29(報告・説明・打合わせを尽くすべき義務及び、上告理由書不提出に関する説明義務)、30(助言義務の存否に関する判断)、32(説明・報告義務、依頼者から請求がない場合でも、時宜に応じて事件の進行状況、委任事務処理の状況を正確に誤解のないように報告して依頼者に理解させ、爾後の事件処理方針について依頼者と十分に打ち合わせる注意義務)、33(説明・指導義務)、36(助言義務)、42(事務処理状況の報告義務、顛末報告義務)、43(消滅時効に関する正確な知識を提供する義務)、45(説明義務)等の23件がある。こうした裁判例の状況からみても、説明義務・報告義務・助言義務などが弁護士による役務提供契約にとって重要であることは明らかとなる。説明義務・助言義務自体は、それぞれ大きな研究テーマになる¹⁸⁸ので、以下では、弁護士の役務に関わる裁判実務の傾向に限って簡略に考察してみる。具体的には、(i)諸裁判例に現れる説明・報告・助言義務などは、契約上の義務(明示の合意または当該契約の性質によって契約の内容に含まれるもの)と契約に基づかないもの(例えば、裁判例36においては、委任の範囲に属しなくとも、一定の状況の下でその助言義務があるとされた)があり¹⁸⁹、しか

¹⁸⁸ 説明義務・情報提供義務については、中田ほか・前掲注(17)参照。

¹⁸⁹ 伝統的な説明義務・情報提供義務論は、この点につき、当事者間の情報の構造的格差、自己責任原則及

も、その大部分は、契約上の義務に属するものである。この傾向は、弁護士による役務が、専門家による法的判断及び依頼者に対するコンサルタントなどが含まれる事務処理であるとの点に関連すると考えられる。(ii) 弁護士の説明・報告・助言義務は、積極的なものである。民法 645 条においては「委任者の請求があるとき」との消極的な要件が設けられたにもかかわらず、裁判実務においては、役務受領者からの請求があるかどうかを問わず、弁護士の説明・報告義務が積極的になされるべきとされる傾向が見られる。例えば、裁判例 9、32 に見られるように、「依頼者から請求があった場合はもとより請求がない場合でも、時宜に応じて事件の進行状況、委任事務処理の状況を正確に誤解のないように報告」する義務が明確に命じられる。そのほか、受任しない場合の通知義務、敗訴判決の送達に関する通知義務（裁判例 4、19）は、「通知」という表現どおり、請求があるかどうかを問わず積極的になされるべきとされる。また、委任された事務に関する法的知識あるいは事務処理過程に得た情報などは、委任された事務の目的の実現に関連する依頼者の判断・利益などにつながる場合にも、請求がなくとも説明・報告すべきとされる（裁判例 36、43 など）。そして、民法 645 条に定められる顛末報告義務は、いうまでもなく、弁護士による役務の場合にも要求される。さらに、諸裁判例に現れた助言義務も、役務受領者からの請求の有無を問わず要求される。こうした裁判例の傾向をまとめてみると、弁護士による役務のように、少なくとも、役務提供の進捗に即して刻々と変化しうる可能性を秘めた役務提供契約によって、その内容の変更及び役務受領者の自己決定・権利に重大な影響をもたらしうる事象の発生にあったとき、請求があるかどうかを問わず、遅滞なく役務受領者に報告・説明義務ないしは助言義務があるとは言えるであろう。そのほか、裁判例によれば、役務給付を履行しなかった債務者は、債権者に障害の発生を教示しなければならない（裁判例 1、23）¹⁹⁰。(iii) 諸裁判例に現れた説明義務・助言義務は、自己決定権にかかわるものもあるし、それにかかわらないものもある。しかも、自己決定権にかかわるものとしても、契約を締結するための情報を入手して契約を結ぶかどうかの自己決定ではなく、役務受領者の自己利益の判断、次段階のとるべき行動の判断にかかわるものである（諸裁判例によく見られる打合わせ義務は、その点にかかわるものである。例えば、裁判例 32）。これらの説明義務は、弁護士のような専門家責任の説明義務として、依頼者からの信頼を応えるべく、依頼者の利益に配慮することを要求することの帰結であろう。従って、専門家責任の側面からみれば、こうした説明義務は、自由な意思決定あるいは自己決定基盤の確保のみならず、委任された事務の目的などに適合的な選択を助け、あるいは専門家の地位から積極的な助言するとの特徴に由来するものである。

③控訴期間・時効期間を徒過せず、控訴の機会を失わせないようにすべき義務。この義務

びこれに関する自己決定権の適切な保護、信認関係や専門家責任などにに基づき、合意の瑕疵や契約締結過程における問題などとして取り扱われている。なお、稀であるが、説明義務を契約内容である本来の義務に含まれることもあるという指摘も見られる（例えば、横山・前掲注（17）18 頁以下、下森・前掲第三章注（59）「弁護士」176 頁などがある）。

¹⁹⁰ 同様な考え方は、物取引の場合にも見られる。鹿野・前掲注（18）199 頁以下参照。

について、裁判例 4（控訴の機会を失わしめることのないよう適切な処置をとる義務）、7（控訴期間の徒過により適法な控訴の途を失わせるようなことがないように、十分調査のうえ、送達の効力を生じた日を正しく回答すべき注意義務）、14（控訴期間の確認義務・委任者に通知して控訴期限を徒過しないよう注意を促す義務）、43（時効期間の徒過）などにみられる。そのほか、控訴の機会などを失わせないようにすべき義務に関連して、期間の徒過と並びに、上告理由書の提出義務が要求される裁判例もある（裁判例 22、29、32）。

④適切な措置をとる義務。こうした用語は裁判例において直接に用いられた用語ではないが、ここで一応こうした用語を通じて、弁護士になされた手段・措置の妥当性が問題となる裁判例の考察を試みる。この点と関わるものとして、裁判例 2（金銭債権取立業務において、特段の事情がない限り全額の回収に努めるべき義務、それが困難な場合、債務者側事情を斟酌して具体的な金額を見極めその取立に努力すべき義務）、5（執行保全の委任につき、仮差押手続の取消により依頼者が損害を被ることのないような措置を講ずべき義務）、8（債権回収のための具体的な措置をとる義務）、19（適切な措置をとる義務（登記抹消手続をすべきかどうか））、23（不動産の明渡しなどの断行の仮処分委任につき暫定的な占有の回復という目的を十分達成しうるよう万全の準備、態勢を整える義務）、27（預託した賃料の供託義務、適当な具体的措置を選択すべき義務、和解の際の委任者の利益を擁護すべく可能な限りの方策を検討する義務）、29（適切な措置をとるべき義務）、34（消滅時効完成前に遺留分減殺請求権行使の意思表示をなすべき義務）、35（依頼者の意向を聴取し、関係資料を検討し、それぞれの選択の見通しを吟味した上で、方針決定をすべき注意義務）、37（適当な法的手段をとる義務）、41（適当な手段・措置をとる義務）、42（具体的な適当な手段・措置をとる義務、和解の妥当性）、43（時効中断のための措置を講ずべき義務）などが見られる。このような適切な措置をとる義務の判断は、まず、特定の措置・手段がなされるべきかどうか、次には、なされた手段・措置が適当かどうかを通じてなされる。このような判断過程において持ち込まれる判断要素として、弁護士の裁量権がよく強調されている。例えば、裁判例 37 においては、「高度の専門性を有する法律家であることに鑑みると、法的手段の選択、法律判断等専門性にかかわる部分については、依頼者から自由かつ独立した立場を保持することを求められているものであり、どのような方針で弁護活動をすべきかは、委任者の特定の指示があるなどの特段の事情がなければ、その専門家としての判断に基づく弁護士の合目的裁量に従って行うことが許されている」とされ（専門的知識・経験に基づく裁量が考慮されたものとして、裁判例 28、29 がある）、しかも、弁護士の判断に基づく行為が著しく不適正なものであったなどの特段の事情のない限り、措置選択の適否については善管注意義務にならないとされている。従って、弁護士が措置選択をする際には、合理性があるだけ足り、事務に最善な措置までは要しないようになる¹⁹¹。それと同時に、善良な管理者の注意に関する伝統的な用語を用いた裁判例も見

¹⁹¹ なお、裁判例の中では、「委任された弁護士は、委任の本旨に従い、善良なる管理者の注意義務をもって、依頼者の法律上の権利及び利益を擁護し、損害を防止するのに必要な最善な訴訟活動をする義務を負

られる。例えば、裁判例 19 おける「当時の一般的な知識経験を有する弁護士の認識」という表現である。

⑤期日出頭義務。この点は、裁判例 6、22、29 に見られる。この点について、「現行の民事訴訟手続において、手続や期日の懈怠は、訴訟関係者の迷惑となるにとどまらず、各種の失権効が伴い依頼者に多大な不利益を与えるものであるから、特段の事情のない限り、いったん訴訟代理を受任した弁護士が、費用前払いのないことを理由に出頭等を怠ることは許されず、出頭等に支障が生じるやむを得ない場合でも、裁判所に事情を疎明して期日変更申請等の措置を講ずるべきである」（裁判例 22）とされる裁判例もあるが、期日出頭義務は履行されなければならないとは限らない。例えば、裁判例 29 においては、入院中及び依頼者の書類が提出されなかったなどのやむを得ない場合を除き、「鑑定人に宣誓の上鑑定を命ずるという形式的な手続のみが予定されており、この手続に不出頭であったからといって依頼者に不利になるということは通常考えられないから、依頼者に対する出頭義務違反になるものと認めることはできない」と判示された。

⑥依頼者の意向を確認する義務。この点は、前掲説明義務・助言義務に関連するものである。諸裁判例からみれば、意向の確認は、法的知識・手段に関する説明・助言の中に展開されるのが一般的である。具体的には、裁判例 9（打合わせなどして依頼者の意向確認義務）、18（事件の処理方針について打ち合わせ、和解の内容及びその諾否について委任者の意向を充分反映するように努める義務）、27（和解は依頼者の意思に基づくべき義務）、28（和解の諾否について委任者の意向を十分反映させるように努める義務）、35（方針決定の前提である依頼者の意向を聴取する義務）などの裁判例が見られる。この点については、特に依頼者の意思を確認した上で、依頼者の意思に従うべきかどうか、すなわち、当事者の自己決定権と弁護士業務の裁量性との間の調和が問題となる。裁判例 27 においては「本件和解は、依頼者の意思に基づかないで行われたものと認めるべく、弁護士は、この点においても委任契約の債務不履行があったものというべきである」とされたが、依頼者の意思に基づかないことから直ちに委任契約上の債務不履行責任を負わせるのは、なお検討の余地があるであろう。一般的に、弁護士業務において裁量性を尊重すべきであるが、和解のような訴訟終了効のあるようなもの、すなわち、訴訟の帰趨を決するような事項については、原則として、依頼者の意思確認をすべきであると解するのが相当である。また、意思の確認などは、前述したように、説明・助言とともになされるのが少なくないから、依頼者に対する説明とそうした情報を付与された上での了解（インフォームド・コンセント）獲得も重要となることは言うまでもないであろう¹⁹²。

⑦誠実に事務処理義務。誠実義務について、学説上の論争はあるが、直接に「誠実」との

い」（類似なものとして、裁判例 9、18、22、28、29、45 である）という判断がよく見られ、この中で「最善」という表現が用いられた。こうした抽象的な義務判断構造と「弁護士として選択された措置は、合理性があるだけ足りる」という具体的な判断構造との間に、どのようなつながりがあるかについては、なお検討の余地があるであろう。

¹⁹² 加藤・前掲注（156）弁護士役割論 292 頁参照。

概念を用いた裁判例が見られる。具体的には、裁判例 13（誠実に事務処理義務）、21（弁護士として依頼者の利益のために誠実に行動すべき義務）、23（誠実に職務を行う義務）、26（誠実に職務を行うべき義務としての相当な期間内訴え提起義務）、29（善管注意義務に並びに誠実義務）、32（誠実履行義務——本件委任契約上の右債務を誠実に履行して、委任者に損害を被らせないようにすべき善管注意義務に違反しているものといわなければならない）、37（誠実に職務を行うべき義務）、39（誠実に職務を遂行する義務）などがある。その中で、直ちに誠実義務を用いて、誠実かどうか、あるいは誠実義務違反かどうかに基づき事案を判断するわけではなくて、単なる弁護士法第 1 条を引用した（裁判例 23、29、37、39）だけあるいは「誠実」用語だけ用いたものがあり、誠実義務違反かどうかをある程度上検討した事案もある（裁判例 21、26、29）。後者を簡略に考察すると、裁判例 21 においては、辞任後代理人として得た知識を相手方である債権者に提供して訴訟を提起させることが、「依頼者の利益のために誠実に行動すべき義務」に違反したとされた。裁判例 26 においては、不当解雇による損害賠償請求事件を受任した弁護士が訴えの提起まで約 1 年 11 月を要したことは、「受任弁護士として誠実に職務を行うべき注意義務に違反した違法な行為」とされた。裁判例 29 においては「上告事件を受任した弁護士が上告理由書を提出しない場合には、上告理由書提出期間内に上告理由書を提出しないと上告が不適法却下されることを事前に依頼者に説明し理解させた上で、依頼者の了解を得なければ、上告理由書の不提出による善管注意義務違反、誠実義務違反の債務不履行責任等を免れることはできないというべきである」とされた。こうした裁判例の状況から見れば、誠実義務論及び弁護士法上の誠実義務は、裁判実務に一定の影響を与えたといえるであろう。

⑧主張・立証義務。こうした義務が問題となる事案として、裁判例 9（調査の結果に基づく主張・立証義務）、22（実質的な主張立証活動をしなかった）、29（主張提出義務違反、弁論再開申立て義務）、45（主張・立証がほとんど行われなかった）等がある。諸裁判例においては、こうした義務の履行の適切さよりも、こうした義務がまったくなされなかったことが問題となり、一定の主張・立証がなされて、その主張・立証自体の适当性の問題にかかわる事案は見当たらない。しかしながら、主張・立証の适当性が問題となることは、将来的にはありうるので、ここでは簡略な付言を置く。つまり、こうした役務の瑕疵を判断する際に、原則的には、前述した適当な措置をとる義務の場合と同様に、弁護士の性格・弁護士による役務の性格に応じて、弁護士の裁量性を重視すべきであって、瑕疵の有無は裁量範囲の逸脱かどうかによって決すると考えられる。

⑨受取物などの引渡義務。この義務は、民法 646 条に定められる義務であり、裁判例の中にも見られる（裁判例 3、20）。

⑩契約終了後の義務に関しては、裁判例 31（信託契約の終了に伴う原状回復義務）、28（委任事務終了後委任者の利益に積極的に反する行為などをしない義務）等がある。

⑪義務が具体化されていないもの。前述した各義務のほか、弁護士の義務を具体化せずに、抽象的な注意義務を述べたにとどまる裁判例もある。具体的には、裁判例 38（抽象的に注

意義務を述べたが、具体的な義務までは論じなかった)、40(弁護士業務が知的営みであることを述べただけ、抽象的義務さえでも触れなかった)、44(抽象的な善管注意義務)等がある。これらの裁判例から見れば、役務の瑕疵を判断する際に、役務提供者が追う債務・義務を具体化して検討する方法の有用性がよく指摘されてきたが、裁判実務においては、事案ごとに、具体化せずに判断を下したのものも存在する。

第七に、義務の認定要素及び義務違反の有無の判断要素。前掲諸義務の認定及びその違反の有無の判断にあたり、民法上の委任に関する規定、弁護士法を援用したほか、以下の諸要素が見られる。

①契約の定め、委任の範囲。具体的な例として、裁判例19、23、28を挙げることができる。契約の定め・委任の範囲が具体的な義務及びその違反の有無を判断する際の重要な前提であることは言うまでもないが、ここでは委任の範囲についてのみ簡略な検討を試みる。委任の場合、どんな事務を委任させたことについては依頼者も了解しているのは通常であるが、一方が専門家であり、他方が素人である場合には、専門家にとって当然である用語にしても、素人からの誤解あるいは正しく理解できないことはしばしば起こる。こうした場合に、契約内容・委任範囲を理解させるために専門家からある程度の説明が必要となるであろう。この点について、裁判例19においては、「一般には、訴訟と強制執行の区別も知らない者も少なくなく、その訴訟に勝訴するか否かよりも現実に貸金が回収できるかどうかが一番の関心事であるから、貸金の回収について弁護士に相談に行き貸金返還請求訴訟を依頼した者が弁護士に対し貸金の回収に向けて種々の手段を講じてくれることを期待していることが多いと考えられる」とされたものの、本件委任は訴訟委任であり、保全処分や強制執行までも委任したものとはいえないとされた。同様に、裁判例23においても、「依頼者の立場からみれば、仮処分手続と本案訴訟手続の区別を知らない者が少なくなく、依頼者の関心事は結局、依頼の目的を達することかできるかどうかにあるのであるから、不動産の占有の回復について弁護士に相談に行き、不動産明渡し断行の仮処分や占有移転禁止又は処分禁止の仮処分の申立てを依頼した者は、弁護士に対し、不動産の占有回復に向けて種々の法的措置を講じてくれることを期待しているのが普通であろう」と指摘しながら、本件は仮処分手続委任に限るとされた。他方、裁判例28においては、「弁護士が民事事件の訴訟を受任した場合には、当該訴訟の終了までを受任するのが通常であって、当該民事事件の背景にある訴訟当事者間の利害関係が解決され委任者の利益が確保されるまでを委任事務の範囲とするのは、委任事務の範囲を不明確かつ広範なものとし、当事者の合理的意思解釈とはいえない。また、当該和解調書の条項が具体的給付義務を内容とする場合には、和解調書には執行力が付与されている。これらのことを考慮すれば、和解の内容や委任事項等から和解成立後もその履行確保について当該弁護士が委任契約上の義務を負うとするのが相当と判断されるような特段の事情がある場合は別として、そうでなければ、和解の成立により原則として委任事務は終了し、和解の履行の確保までは委任事務の範囲に含まれないというべきである」とされた。これらの判旨について、結論自体は問題がな

いとはいえ、3件の事案とも、委任範囲についての弁護士の説明義務についてはいずれも言及しないままである。判旨に述べたように「区別を知らない者が少なくな」い状況にある以上、専門家としての弁護士に委任範囲について説明義務を課すべきであろう。

②役務提供者の性格。役務が役務提供者の個性・技能に依存する以上、役務提供者の性格も具体的な行為義務を決める際の重要な要素となる。しかしながら、諸裁判例から見れば、弁護士の場合は、他の役務提供と異なって、当該具体的な役務提供者の技能・個性はあまり強調されず、むしろ弁護士としての共通的な性格が義務判断の重要な要素となる¹⁹³。具体的に、弁護士の公共的性格（裁判例 1、39）、法律の専門家の性格（裁判例 13、17、19、22、36、37、38、45）などを挙げることができる。なお、裁判実務においては、弁護士の法律専門家的性格から、総ての業務について法律専門家の要求が課されるわけではないとされた裁判例もある（裁判例 16 は、立会人としての弁護士は、弁護士の身分によらず、業務の内容によって、すなわち通常の立会人としての注意があれば足りるとされる）。

③役務自体（弁護士業務）の性格。この点は、他の役務の場合と同様に、弁護士の場合もよく見られる。裁判実務においては、弁護士業務の裁量性という特徴がかなり重視されていることが明らかになる。裁量性について、裁判例 12（一見明らかにこれが誤っていると認められるものでない限り、同弁護士のとった措置の適否を論ずるのは許されないと解された）、13（弁護士は、その裁量的判断に基づいて誠実に受任事務を処理したものと認められる場合には、…裁量権の範囲を逸脱したものと認められないかぎり、委任契約上の債務不履行責任を問われることはないと解する）、28（具体的措置を選択すべきかについては、原則として、その専門的知識、経験等に基づき、適正な裁量によって決定すべき事項であり、…裁判上の和解においても、…弁護士の専門的知識、経験に基づく裁量があると考えられる…本件の和解条項を受け入れて和解を成立させたことをもって、当該紛争の解決策として著しく不合理であり、弁護士としての裁量の範囲を逸脱したものであるということとはできないとされた）、29（当該訴訟の終局的解決に至るまでの手続的経過の詳細や、弁護士の裁量の範囲内に属する専門的事項等については、その全てについて逐一依頼者に報告しその指示を受ける必要は必ずしもないというべきであり…上訴期間内に上訴の申立て等を行うことなどについては、原則として弁護士の裁量権は認められず…）、37（弁護士は、法的手段の選択、法律判断等専門性にかかわる部分については、依頼者から自由かつ独立した立場を保持することを求められているものであり、どのような方針で弁護活動をすべきかは、委任者の特定の指示があるなどの特段の事情がなければ、その専門家としての判断に基づく弁護士の合目的裁量に従って行うことが許されている）、41（具体的な手段の妥当性については、裁量権の有無・裁量の範囲内かどうかによって決するとされた）などがある。こうした裁判例から見れば、裁量性は、役務の瑕疵を判断する際に重要な役割を果たすことが明らかとなる。また、裁判実務においては、裁量の範囲に属すれば、提供された具体的

¹⁹³ この点については、特定の状況の下で、「当該弁護士の高い専門的知識・技能」を基準とするべきという見解（加藤・前掲注（140）353頁）もあるが、裁判例の中にはみあたらない。

な役務に合理性があれば、役務の瑕疵にならないとされるのが一般的である。しながら、この点については、なお検討の余地がある。なぜならば、専門家として、単なる合理性があることに依拠して役務の瑕疵を否定するには行かないであろう。特に裁量の範囲内のものとしても、例えば、依頼者に有利な合理的手段が2つ以上ある場合、かつ、その一つの手段が他の手段に比べて明らかに依頼者にとってより有利になる場合には、合理性がある手段を選択するだけでは足りず、相対的に合理、有利な手段をとるべきであろう。この点は、裁判例の中には明らかにされていない。また、裁量の範囲を判断する際に、マニュアルを判断基準とする裁判例も見られる。例えば、裁判例42においては、第一東京弁護士会発行の『クレジット・サラ金事件処理マニュアル二〇〇〇年三月』を引用して、弁護士が取った処置の合理性があると判断した。さらに、裁量性のほか、具体的な役務の性格（例えば、裁判例11における相談業務についての一方的な資料、時間の制約、最終的には自己決定などの特徴、裁判例39における「弁護士のなす知的営為は、単純労務作業とは異なり、作成した書面の枚数や、出頭した回数、時間等による定量的な評価には馴染まないものである」という判断など）及び独立性（裁判例39における「弁護士は…、依頼者と一体化したり、依頼者に従属してはならず、依頼者から独立した職務上の倫理、条理、良心に従い、…」）なども、具体的な行為義務の確定作業及びその違反の有無の判断に影響を及ぼす要素として持ち込まれる。

④具体的な行為のなされる可能性。行うべきであろう具体的な行為・手段の可能性が、当該具体的な行為義務があるかどうかに関わる重要な要素となる（裁判例8、23、36）。具体的には、裁判例8においては、「本件抵当権を保全する処分を得られる可能性は十分あった」とされる。裁判例23においては、「本件仮差押必要性は存しなかったのであり、かつ、そのことを容易に認識しえたというべきであり、…財産状況を調査することなく、漫然と保全の必要性がある旨主張して、本件仮差押を申し立てたのであり、過失がある」とされる。裁判例36においては、判例を引用しながら、高度障害保険金請求権が債権者代位権の客体となる法的可能性を認めた上で、こうした可能性に関する説明・助言義務があるとされた。この3件の裁判例から見れば、具体的な行為義務・措置のなされる可能性は、当該具体的な義務あるいは措置を行うべきかどうかの重要な判断要素となりうることが明らかとなる。

⑤期待・信頼。専門家に対する信頼・期待が、専門家が負う義務の範囲を判定する際の重要な要素となる。諸裁判例の中に直接に「信頼」の用語を用いたものは裁判例23である。この事案においては、高度の専門的・技術的な法律知識・経験を有する弁護士に対する信頼に基づき、助言・指導義務の存在が認められた。

⑥両者間の法律的素養の差異。情報の格差を是正するために情報優位の当事者に説明義務を負わせることは、説明義務を正当化する際によく指摘される¹⁹⁴。この点は、弁護士の役

¹⁹⁴ この点について、最新の展開が見られる。具体的には、「単に当事者間に情報格差・交渉力格差があるという事実だけでは、交渉相手方の自由を制約することとなる行為規範を優位当事者の不利に設定することを正当化できない。説明義務・情報提供義務その他の行為義務を優位当事者に課すにあたっては、情報格差・交渉力格差の存在それ自体が決定的なものではなく、劣位当事者の自己決定権が侵害されている（また

務に関わる裁判例の中にも見られる。例えば、裁判例 30 においては、「訴訟委任を受けた弁護士は、依頼者に対して、…、具体的にいかなる義務を負うかは、依頼者の意思及び属性並びに依頼者と弁護士との法律的素養の差異などを考慮して決すべき」とされ、本件紛争となる和解金をいかに捻出すべきかの判断は法律的素養の有無とは直接関係なくし得る事柄であるから、依頼者の意向に沿ってなされたらよい、依頼者に対する具体的な助言義務はない」とされた。本件について、法律的素養の差異に関する抽象論レベルの判断は賛成するが、結論に対しては疑問がある。というのは、法律的素養の有無とは関係なくとも、その行為の危険性が十分予想されうる場合には、依頼者に対して何らかの行為を取るべきであろう。なぜならば、弁護士としても、専門的なもののほか、一般的な善良な管理者の注意をもって事務を処理することも要することは当然であるからである。その理由から、専門的な領域ではない場合には、直ちにその義務を免れるのではなくて、委任の本旨、善良な管理者の注意などをもってその義務の存在などを検討する必要があると考えられる。

⑦水準論。医療役務の場合には、医療水準論がよく論じられる。稀ではあるが、弁護士による役務の場合にも類似な用語は存在する。具体的な例として、裁判例 36、38 である。裁判例 36 においては、「弁護士のように入任者が専門的な知識、経験を基礎として依頼者から事務の委託を引受けることを業としている場合には、この善管注意義務は平均的な水準の専門家を基準とする高い程度のものになる」とされる。裁判例 38 においては「標準的弁護士に期待される注意義務の程度」との用語が用いられた。

第八に、帰責事由ないしは過失について。従来の通説によれば、「債務不履行によって、損害賠償請求権を生ずるためには、…主観的要件と客観的要件とを必要とする」とした上で、主観的要件としては、「債務者の責に帰すべき事由」、即ち帰責事由が必要であるとしていた¹⁹⁵。しかし、諸裁判例において、当事者の主張・抗弁及び判旨の中に直接帰責事由あるいは過失を言及したのは、さほど多いとはいえないことが明らかとなる。裁判例の中で、これらを直接に言及したものとして、裁判例 1 (Y は国選弁護人としてなすべき上記のような義務を尽くさなかったものというほかなく、しかも右は Y の過失に基づくものというべきである…)、4 (X が控訴期間を徒過し控訴の機会を失ったのは、Y が受任弁護士としてとるべき前掲のような処置をとらなかった過失に基づくものである)、5 (右一連の行為は、本件手形債権の執行保全につき委任を受けた弁護士としての債務不履行に該当するし、Y には右債務不履行につき過失があったといわなければならない)、8 (帰責事由の不存在の抗弁について、右抗弁 1 の事実を認めるに足りる証拠はないとされた)、34 (弁護士からの過失がないとの抗弁について、裁判所は、本件遺言の存在及び内容を知ったことが明らかであるから、Y が、遺留分減殺請求権の消滅時効が完成したことが明らかな時点まで右遺

は、その具体的危険がある) ことが決定的なのである」(潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」中田ほか・前掲注 (17) 16 頁)、さらに、「説明義務が、相手方が非専門家であるかどうかを問わず、当該事業を行う事業者としての地位に着目して課される場合があることを実定法上示している」(すなわち、情報の格差を問わず、その義務を認める可能性がある——筆者注)(横山・前掲注 (17) 22 頁)。

¹⁹⁵ 我妻・前掲注 (23) 100 頁。

留分減殺請求権行使の意思表示をしなかったのは、右契約上の債務の不履行であり、Yは、右債務不履行につき過失があるというべきであると判示した。)等の5件しか見られない¹⁹⁶。こうした状況に至る原因の一つとして、被告側が何をもって抗弁したかにもあるとは言うまでもないが、弁護士に提供された役務について、裁判実務においては、過失が、債務本旨不履行としての役務の瑕疵（あるいは具体的な義務違反）と一本化する傾向があることは明らかとなる。例えば、裁判例1は、具体的な義務を尽くさなかったことは債務不履行と過失と同時に構成するとされた。裁判例4においては、具体的な処置をとらなかったこと自体が過失となるとされた。しかし、裁判例34、8に見られるように、従来の予見可能性・結果回避義務に依拠する過失論も見られる。すなわち、弁護士に提供された役務の瑕疵につき損害賠償を請求する場合に、瑕疵の判断としての具体的な行為義務の違反と過失とが一本化するものの、伝統的な過失論のように具体的な義務と過失とを両立すること存在している。こうした状況を踏まえて、帰責事由について、以下のように提言しておく。すなわち、原則として、債務不履行の客観要件としての義務違反が認められる場合に、これは、過失に関する具体的な行為論における具体的な義務違反と交錯しており、債権者はこの点について証明すれば、責めに帰すべき事由がないとの免責事由抗弁は問題とならない（不可抗力は除外）。それと同時に、予見可能性・結果回避義務を、具体的な義務の存否の前提として考えれば、過失に関する具体的な行為義務論にせよ、具体的な義務を債務内容とされるにせよ、裁判実務のように、債務者側が抗弁事由として主張することもありうる（例えば、予見可能性・結果回避可能性がないことをもって義務の不存在を主張して抗弁することが想定される）。

第九に、法的効果上の特徴。弁護士に提供された役務に瑕疵があって訴訟となる場合に、その大部分は損害賠償責任の追及に関わるものである（そのほか、契約解除もある。例えば、裁判例22である）。役務に瑕疵がある場合の法的効果について追完請求権・追完権を提示している下森説¹⁹⁷の合理性があることはいうまでもないが、弁護士の役務に関する諸裁判例からみれば、訴訟によってこうした権利を行使することは少ないことが明らかとなる（前掲諸裁判例に限り、まったく見当たらないほど）。このような裁判例の状況を踏まえて、以下では、損害賠償責任についてのみ検討してみる。

①認められた損害の類型は、財産的損害と精神的損害と分けることができる。具体的には、前者として、裁判例2、5、8、17、21、23、25、27、31、34、36、42、43がある。他方、後者として、裁判例1、4、6、7、21、22、29、32、33、43、45がある。その中で、当事者の財産的損害賠償請求があってもかかわらず、財産的損害賠償は認められず、精神的損害賠償のみ認められたものとして、裁判例4、22、29、32、33がある。当事者の慰謝料請求があってもかかわらず、精神的損害賠償は認められず、財産的損害賠償のみが認め

¹⁹⁶ 裁判例23においても、過失の用語を用いたとはいえ、本件では不法行為の構成が採られた。

¹⁹⁷ 下森・前掲第三章注(59)「専門家(上)」40頁、同・前掲第三章注(59)「専門家(下)」39頁、同・前掲第三章注(59)「弁護士」170頁など参照。

られたものとして、裁判例 17、27 がある。両方とも認められたものは、裁判例 21、43 である。そのほか、役務提供者の債務不履行（役務の瑕疵）は認められたが、損害賠償は認められなかったものとして、裁判例 10、14、26、28 がある。なお、裁判例 9 においては、役務受領者の請求は一部認容されたが、その詳細は不明である。

②財産的損害の範囲及びその判断要素。まず、役務提供者の債務不履行（役務の瑕疵）は認められたが、財産的損害賠償は認められなかった裁判例 4、10、14、22、26、28、29、32、33 を検討してみよう。財産的損害賠償が認められなかった理由を列挙すると、概ね、(i) 控訴の機会を喪失した場合に、控訴しても勝訴の見込みがないこと（裁判例 4、10、14、22、なお、この中で、勝訴の見込みだけではなくて、裁判例 14、22 においては、『确实』に勝訴できたことを前提とされ、裁判例 29 においては「かつ和解成立の見通しがあっても認められない」とも指摘されている）、(ii) 控訴して仮執行の停止による利益の損失について、正当な権利の行使ではないこと（裁判例 4）、(iii) 発生した損害は委任の範囲ではないこと（裁判例 26）、(iv) 損害の発生は弁護士債務不履行によるものではなくて、第三者の債務不履行行為により生じたものであること（裁判例 28）、あるいは損害の発生原因は弁護士の債務不履行ではないという抽象的な判断（裁判例 33）、(v) 損害が発生していないこと（裁判例 32）などにあることが明らかとなる。他方、認容された損害をあえて分けると、概ねに以下ようになる。すなわち、(i) 債務不履行がなければ得られる利益（裁判例 2、5、8、17（過失相殺が認められた）、25、34、36、43）、(ii) 債務不履行がなければ出費する必要がない費用（裁判例 21、23、27、42）及び、債務不履行によって敗訴判決の確定によって支払われた出費、(iii) 債務不履行がなければ減少されなかったその他の利益（裁判例 31）などようになる。こうした裁判例の状況から見れば、財産的損害については、役務の瑕疵によって目的の不達成による結果的損害及びさらに費やすことを余儀なくされた費用が損害として認められ、役務の瑕疵がなくとも発生する損害あるいは得られなかった利益は、因果関係がないとして棄却されることが明らかとなる。それと同時に、小林説¹⁹⁸のように、勝訴確率をかけてその逸失した機会の利益を算出する方法を捉えた裁判例はみあたらない。さらに、具体的な勝訴確率までではないが、勝訴可能性の判断は、裁判例上もよく見られる。学説上においては、勝訴可能性の判断は、「訴訟内訴訟」との内在的な矛盾になるかねない指摘される。裁判実務においても、学説のとおり、問題となる弁護士の受任した前訴訟を詳しく検討したものも少なくない。また、役務の瑕疵をもつ役務自体の損害を直接に損害として認められた裁判例は見当たらない。なお、役務自体の損害については、損害賠償請求ではなく、報酬返還請求訴訟の中ではある程度見られるのも事実である。例えば、裁判例 22 においては、解除によって、なされた事務処理の割合、内容に応じて着手金の一部の返還が認められた。こうした着手金の返還の実質は、瑕疵がある役務の対価の返還と見ることもありうるから、瑕疵による役務自体の損害賠償がある程度なされたともいえる。しかし、役務に瑕疵がある以上、報酬の減額は、解除かどうか

¹⁹⁸ 小林・前掲注 (168) 52 頁、小林・前掲注 (176) 「報告」31 頁など参照。

を問わず、役務自体の損害として認めるべきであろう。

③精神的損害及びその判断要素。慰謝料が認められた裁判例を、以下のように分けることができる。(i)瑕疵と財産的損害の結果発生との間の因果関係が認められない場合であっても、精神的苦痛に対する慰謝料賠償が認められうる。具体的には、裁判例 4、22、29、32、33 がある。(ii)単なる慰謝料賠償を求め、かつ認められた事案として、裁判例 1、6、7、45 がある。(iii)財産的損害と精神的損害両方とも認められたものとして、裁判例 21、43 がある。(iv)精神的損害賠償が認められず、財産的損害賠償のみ認められたものとして、裁判例 17、27 がある。諸裁判例の中で、慰謝料を認めた理由として、(i)控訴審(上告)の判断を受ける機会・権利の喪失による精神的苦痛(裁判例 1、4、7、22、29、33)、(ii)役務の瑕疵によるその他の無形の損害・精神的苦痛(裁判例 6、21、32、43、45)がしばしば挙げられた。また、慰謝料賠償の額を決する具体的な要素として、精神的打撃・苦痛のほか、(i)役務受領者が受けた不利益(裁判例 1、6、7、21、32、43)、(ii)役務提供者の主観的意図、態度(裁判例 1、4、6、7、22、29、43)、(iii)役務受領者の期待の裏切り(裁判例 22、29、43、45)、(iv)債務不履行の経緯・態様(裁判例 32、43)、(v)着手金の低さ(裁判例 43)、(vi)役務受領者の特徴(裁判例 45における「本件事故により身体に重大な障害を負いながら自らの訴訟を遂行すること」)などの諸要素が見られる。また、これらの裁判例の大部分が債務不履行構成をとったことから見れば、債務不履行構成の下でも慰謝料が認められうるということが明らかとなる。すなわち、裁判例 1 のように、「債務不履行の場合たる不法行為の場合たるを問わず、精神上の利益を害された者は、場合によりかかる無形損害に対する相当額の慰謝料を請求しうるということがもちろんである」とされるべきである。

第七節 医療役務に関わる裁判例¹⁹⁹

一 裁判例

1. 問診の懈怠を認めた判例(東大輸血梅毒事件)

最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁判時 251 号 7 頁判タ 115 号 76 頁

【事案】

Xは、昭和 23 年 2 月 25 日 Y(国)の経営する T 大学病院に入院し、訴外 A 医師の手によって 4 回にわたって輸血を受けた。ところが、2 月 27 日の給血者であった訴外 B が当時既に梅毒に感染していたため、X は梅毒に罹患し、後遺症がでたうえに、夫との円満な家庭生活は破壊され、遂に離婚のやむなきに至った。そこで、X は、民法 715 条 1 項に基づき、Y に対し、治療費、罹患後三年間にわたって華道等の教授による収益をあげ得なかった損

¹⁹⁹ 医療役務の瑕疵に関わる訴訟の新受件数は、1990 年代に入り、毎年 300 件以上の数字で推移しており、2004 年には 1000 件を突破したといわれている(植木哲『医療の法律学』(有斐閣 2003 年) 70 頁以下、最高裁判所医事関係訴訟委員会「医事関係訴訟委員会答申」判タ 1179 号(2005 年) 4 頁など参照)。こうした裁判例のすべてを、他の役務提供契約の場合のように網羅することはほぼ不可能に近いので、医療役務に関わる裁判例の考察は、最高裁の判決に限ってもなお件数多いので、本稿では一応最高裁の事例に限定して検討しておきたい。

害、及び精神的肉体的苦痛に対する慰謝料の支払を求めた。原審において認定された事実関係によれば、同日、Bは血液あつ旋所の会員証を所持し、ある血液検査所発行の検査証明書(同年同月12日付)を持参したので、A医師はあらためて血清反応検査を行わず、また視診・触診・聴診を怠り、問診としては「身体は丈夫か」という質問をしたにとどまった。Bはその採血の前の2月14、15日頃、売春婦に接し梅毒に感染していたのであるが、27日に血清反応検査を行ったとしてもその結果は陰性であったろうし、また、視診・触診・聴診をしていたとしても、それによっては梅毒感染の疑いをもちえなかったであろうと見られたのである。一審・原審ともX勝訴。原審は、「相当の問診をしていたならば結果の発生を予見しえべき可能性があったと認定しえる本件にあっては、医師として過失の責任を免れない」とした。そこで、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「医師が直接診察を受ける者の身体自体から知覚し得る以外の症状その他判断の資料となるべき事項は、その正確性からいって、血清反応検査、視診、触診、聴診等に対し従属的であるにもせよ、問診によるより外ない場合もあるのであるから、原判決が本件において、たとえ給血者が、信頼するに足る血清反応陰性の検査証明書を持参し、健康診断及び血液検査を経たことを証する血液幹旋所の会員証を所持する場合であっても、これらによって直ちに輸血による梅毒感染の危険なしと速断することができず、また陰性又は潜伏期間中の梅毒につき、現在、確定的な診断を下すに足る利用可能な科学的方法がないとされている以上、たとえ従属的であるにもせよ、梅毒感染の危険の有無について最もよく了知している給血者自身に対し、梅毒感染の危険の有無を推知するに足る事項を問診し、その危険を確かめた上、事情の許すかぎり(本件の場合は、一刻を争うほど緊急の必要に迫られてはいなかった)そのような危険がないと認められる給血者から輸血すべきであり、それが医師としての当然の注意義務であるとした判断は、その確定した事実関係の下において正当といわなければならない。

所論は、医師の間では従来、給血者が右のような証明書、会員証等を持参するときは、問診を省略する慣行が行なわれていたから、A医師が右の場合に処し、これを省略したとしても注意義務懈怠の責はない旨主張するが、注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定すべき事項であって、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌すべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない。(後略)…」

「所論はまた、仮に担当医師に問診の義務があるとしても、原判旨のような問診は、医師に過度の注意義務を課するものである旨主張するが、いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務(医業)に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない。

然るに本件の場合は、A医師が、医師として必要な問診をしたに拘らず、なおかつ結果の発生を予見し得なかったというのではなく、相当の問診をすれば結果の発生を予見し得た

であろうと推測されるのに、敢てそれをなさず、ただ単に『からだは丈夫か』と尋ねただけで直ちに輸血を行ない、以って本件の如き事態をひき起すに至ったというのであるから、原判決が医師としての業務に照し、注意義務違背による過失の責ありとしたのは相当であり、所論違法のかどありとは認められない」。

2.消毒の不完全部分を確定しないで過失を認定しても違法とはいえないとされた判例
最判昭和 39 年 7 月 28 日民集 18 卷 6 号 1241 頁判時 380 号 26 頁判タ 165 号 78 頁

【事案】

Xは、Y医院で無痛分娩の方法として脊髄硬膜外麻酔注射を受けた。ところが、注射部位にブドウ状球菌が侵入したため、Xは、注射後 4、5 日して脊髄硬膜外膿瘍に罹患し、後遺症が残った。そこで、XはYに対して治療費とその他の財産的損害と慰謝料として金 150 万円を請求した。一審は、Yに過失がないとして請求を棄却した。原審は、伝染経路として、①注射器具、施術者の手指、患者の注射部位等の消毒不完全、②注射薬の不良ないし汚染、③空気中のブドウ状球菌が注射に際し、たまたま付着侵入すること、及び④保菌者である患者自身の抵抗力の弱まった際血行によって注射部位に病菌が運ばれること、の四つが想定されるが、本件では、②ないし④の伝染経路は否定されたとし、①を伝染経路と推認するのが相当であるとした。そして、原審は、Yには「診療に従事する医師として当然なすべき注意義務を怠り、消毒の不完全な状態で前掲麻酔注射を行った過失がある」として、一審判決を取消し、Xの請求中金 90 万円を認容した。そこで、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「診療に従事する医師たるYとしては、ブドウ状球菌を患者に対し伝染せしめないために万全の注意を払い、所論の①の医師患者その診療用具などについて消毒を完全にすべき注意義務のあることはいうまでもなく、かかる消毒を不完全な状態のまま麻酔注射をすることは医師として当然なすべき注意義務を怠っていることは明らかというべきである」。

「原判決は、前掲注射に際し注射器具、施術者の手指あるいは患者の注射部位の消毒が不完全であり、このような不完全な状態で麻酔注射をしたのはYの過失である旨判示するのみで、具体的にそのいずれについて消毒が不完全であったかを明示していないことは、所論の通りである。しかしながら、これらの消毒の不完全は、いずれも、診療行為である麻酔注射にさいしての過失とするに足るものであり、かつ、医師の診療行為としての特殊性にかんがみれば、具体的にそのいずれの消毒が不完全であったかを確定しなくても、過失の認定事実として不完全とはいえないと解すべきである（最判昭和 32 年 5 月 10 日民集 11 卷 5 号 715 頁参照）」。

3. 狂犬病予防接種による後麻痺症の発生につき医師の過失が認められた判例

最判昭和 39 年 11 月 24 日民集 18 卷 9 号 1927 頁判時 397 号 34 頁判タ 170 号 127 頁

【事案】

X（満 13 歳）はAの飼犬に咬まれ、開業医Yから狂犬病予防接種を毎日一回、14 日間継続して受けたが、その約一週間後から高熱等の症状を呈して重態となり、K病院に入院、

狂犬病予防接種後麻痺症の診断により治療を受けたものの、知能上の欠陥を後遺とした。そこで、XはYに対し、右接種の開始、施行等について過失があるとして、不法行為に基づく損害賠償を請求した。一審は、犬に咬まれて狂犬病になる確率は非常に低い、狂犬病に罹患すると死亡という結果を招来すること、狂犬病の潜伏期との関係でその疑いがある場合には予防注射の早期開始が必要だが、この接種には低率ながら後麻痺症の発生が避けられないこと等から、犬に咬まれた際に予防接種を開始するか否かについては、咬犬に狂犬の疑いがあるか否かが重要な問題となり、しかも、右疑いの存否は、咬犬についての予防注射の有無、最近における狂犬病発生の事例等により判断されるなどの事実を認定し、犬に咬傷を受けたからといって無暗に予防注射をなすべきでなく、飼犬の場合は右のような調査をなし、狂犬であるとの疑いの有無、濃淡により適當の処置をなすべく、右の疑いが薄いと判断される場合には直ちに予防接種を開始すべきでなく、暫く犬の様子を観察する処置に出すべきであり、医師としては以上の注意をなす義務があるとした上で、Yがこれまで同種事例において直ちに予防注射を実施してきたこと等によれば、Yは狂犬病の発病を恐れるあまり、予防注射による後麻痺症の危険について殆ど考慮を払わず、まず予防注射をすればよいとの安易な考えのもとにこれを実施したと認められるとし、右咬犬については、予防注射開始時すでに狂犬でないであろうとの推測をなし得る程度の資料があり、かつ、結局後に狂犬でないことが証明されたのであるから、Yは、医師としての注意義務を怠った全く無用の予防注射を開始、完了したというべく、後麻痺症の発生について過失責任を免れないとし、原審は、狂犬病予防接種の施行に際しては、その副作用である後麻痺症の危険を慎重に考慮し、咬犬に狂犬の疑いあるものと判断すべき事情のある場合でない限り、安易にその施行を開始、継続することを避けるべき注意義務があるとして、同様の判断を下した。これに対し、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「確定した事実関係のもとにおいては、Yは、本件狂犬病予防接種施行に際して医師として遵守すべき注意義務を欠いたものというべきであり、その施行の結果発生した後麻痺症のためXが被った損害を賠償する責任を免れないものと認めるのが相当である」。

4. 顔面の血管腫の治療に当たり醜状痕を生ぜしめたのは過失であるとされた事例

最判昭和43年6月18日判時521号50頁

【事案】

Xは、生まれたときから左頬部に海綿状血管腫(赤あざ)があったので、昭和27年12月から翌28年10月まで、K病院で皮膚科医長であるYの指示により、ラジウム放射線による治療を受けた。その結果、血管腫自体は治癒したが、患部の皮膚がはげ、表皮が茶褐色に変色し、その範囲はほぼ鶏卵大であり、一見かなり醜い様相を呈している。そのため、Xは「Yは認識及び経験の不足からガンマー線等に対する適切な防護措置を講ぜず、漫然治療を続行した重大な過失により、Xに前掲のような障害を与えたものである」と主張し、慰藉料100万円を求めた。原審は、以下の理由で、50万円を認容した。①血管腫に対する

治療として、ラジウム照射は有効な方法であるが、同時に、ガンマー線等による障害が発生することも当時の医家の常識であったから、Yとしては、照射によって皮膚に永久的な醜状痕を残すことが予想される場合には、同方法による治療を中止し、他の方法による治療を検討すべきであったのに、皮膚障害の発生はやむを得ないとの考えの下に漫然照射を続けたため、形状大なる醜状痕を発生させたものであって、Yには過失がある。②血管腫のような非悪性疾患に対しては、美容的に治療することを第一の条件とすることが自明の理であり、癬痕・色素沈着又は脱失等の後遺症を残し、治療前より醜い傷害を与えることは、医師としての任務に反するといわなければならない。③うら若い女性であるXは、自己の容貌について終始劣等感に悩まされ、良縁をうるに支障となることなどの諸般の事情を参酌するときは、慰藉料は50万円を相当とする。そこで、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「原審が確定した事実関係のもとにおいては、Yに過失があるとし（中略）…た原審の判断は正当と認められる」。

5. 気管支形成手術における医師には過失があったとされた事例

最判昭和43年7月16日判時527号51頁

【事案】

XはY病院に入院し、A医師の執刀の下に気管支形成手術を受けたところ、Aらが気管支と肺動脈を剥離する際に、左肺動脈本管に亀裂を生じ出血するに至ったので、直ちに止血方法として肺動脈の縫合を試みたが、肺動脈自体が脆弱化していたため完全に止血することができず、やむなく左肺葉を上下とも全部別出してしまった。そこでXは、①Xは、A医師に対していかなる場合にも肺全別は絶対に行わず、万一全別をしなければならぬような危険性があるときはそのまま閉胸してもらいたいと強く要望し、A医師から確約を得られた。②Xの左主気管支狭窄は化学療法により十分治癒できる症状で、気管支形成手術の必要はなかったし、昭和32年当時は気管支形成手術は医学上未開拓の分野で成功率の乏しい危険な手術であった。それにもかかわらずA医師は医学的功名心から危険性を省みず気管支形成手術を強行した過失がある。③手術中の肺動脈損傷は致命的な結果をもたらすものだから、執刀者としては周到な準備と細心の注意の下に手術を行うべきであるにも拘らず、A医師は本件手術において業務上必要な注意を怠ったため、肺動脈本幹損傷という重大な事態を引き起こしたのであり、この点にA医師の過失がある、と主張して、Y病院に対して、使用者責任に基づき損害賠償を請求した。これに対し、Yは、④「手術により如何なる事態を生じて一切異議を述べない」旨の誓約書の存在などと抗弁した。

一審、原審は以下のように判示し、ともにXの請求を認めた。①肺動脈本幹出血から左肺全別に至る一連の処置は、緊急事態に対処する医師の措置として一応は認でき、医師は患者の生命安全の確保を第一義とするから、必ずしも術前の明示の意思に拘束されないとする（一審）。二審はこの点については直接言及せず、肺動脈損傷はA医師の過失に基因し、損傷に続く肺全別が次善の策として緊急やむを得ない措置とする。②Xの症状はすでに慢

性固定化し成形手術以外の方法では根治し得る見込みはなく(一審)、A医師に功名心が全然なかったとは言い切れないにしても、根本的にはXの気管支狭窄症の根治に主眼があったことが窺われる(二審)とし、ともにこの点につきA医師の過失を否定する。③両判決ともXの左肺全別に至る左肺動脈損傷につきA医師の過失を認める。④Yの抗弁については、右誓約書は単なる例文の類として無効とする(一審)。これに対して二審は、誓約書が手術直前に提出されたもので、手術に関する病院側の過失を予め放棄したものと解することは、他に特別の事情がない限り患者に対し酷に失し衡平の原則に反するとし、Yは誓約書を理由に損害賠償責任を免れ得ないとする。そこで、Yは上告、X附带上告。

【判旨】上告棄却。

「医師Aに過失があるとした原審の判断は、(中略)…。原判決には、所論の違法はなく、論旨は採用することができない」。

6. 水虫の治療をした医師に過失があるとされた判例

最判昭和44年2月6日民集23巻2号195頁判時547号38頁判タ233号73頁

【事案】

Xは、昭和25年4月から国立東京第一病院において、勤務医A及びBにより水虫治療のためのレントゲン線照射を受けてきたが、この間、昭和26年5月から7月まで京大病院で、さらに東一病院と京大病院で交互に照射を受け、同年12月から引き続き東一病院で照射を受けた。昭和27年4月頃、レントゲン線照射を受けている部位に黒色斑点が出現した。東一病院の医師は、レントゲン線照射による治療を継続したが、同年7月、東大病院において、右黒色斑点がレントゲン線照射による皮膚障害と診断され、右照射を中止するよう指示されたので、Xの申出によりレントゲン線の照射を中止し、温泉療法や皮膚科等の治療を行ったが、その後、左右両足趾部分の潰瘍が皮膚癌と診断されて両下腿切断の手術を受けた。そこで、Xは、両下腿を切断するのやむなきに至ったのは、東一病院の医師が適切にレントゲン照射を行うべき注意義務があるのにも拘らず、これを怠ってレントゲン照射の治療を行ったために皮膚癌が生じたものであるとして、Y(国)に対し、債務不履行及び不法行為を理由として損害賠償を請求した。原審は、不法行為の成立を認め、損害賠償額の一部を認容した。そこで、Yが上告、Xは附带上告。

【判旨】上告及び附带上告棄却。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるところは、すでに当裁判所の判例(最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照)、とするところであり、したがって、医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならないことは、もとより当然である。

ところで、(中略)…水虫に対するレ線照射は根治療法ではなく対症療法にすぎないこと、(中略)…東一病院におけるレ線照射は、その総線量において一般に皮膚癌発生の危険を

伴わないとされていた線量をはるかにこえる過大なものであったこと、しかも昭和 27 年 7 月東大病院（中略）…の要請によりはじめてレ線照射の治療が中止されたなど本件治療の経過に徴すると、（中略）…A、B 両医師としては、細心の注意を払って皮膚癌のような重大な障害の発生することのないよう万全の措置をすべき業務上の注意義務を怠った過失があるとした原判決の判断は、当審も正当として肯認しえないわけではない。

「なるほど、本件診療時の医学の水準においては、レ線照射による治療方法は、その効率をあげるためには同時に癌の発生を招来するかも知れない危険度をともなうものであり、しかも、さらに、レ線照射が多ければ多いほど、その治療効果が大になることは容易に想像することができる。けれども、問題は、その病状と治療効果、そのおかつ危険度との調和と、その治療に当たっての医師として払うべき注意いかんということではなければならない。論旨のいうとおり、本件レ線照射により X の水虫の病状は改善されたであろうが、水虫の治療において原審認定のほどに過大なレ線照射をしてその治療効果を著しくあげようとするのは医師の注意義務を十分に尽くしているものとは解せられないのである」。

7. 施術と病変との因果関係を否定したのは経験則に反するとされた判例

最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 29 卷 9 号 1417 頁判時 792 号 3 頁判タ 328 号 132 頁

【事案】

X（当時 3 歳、男）は、化膿性髄膜炎のため入院中の Y（国）の経営する東大病院で B 医師によりルンバールの施術を受けたところ、その 15 分ないし 20 分後突然に嘔吐、けいれんの発作等起し、右半身けいれん性不全麻痺、性格障害、知能障害及び運動障害等を残した欠損治癒の状態退院し、現在も後遺症として知能障害、運動障害等がある。そこで、X は、本件ルンバールによって脳出血が生じ、それが原因となって本件発作が発症し、さらにその後の病変も生じたものであって、担当医にルンバール実施又はその後の看護治療上の過失があるとして、担当医の使用国に対し、損害賠償を求める訴えを提起した。原審は、本件発作とその後の病変の原因が脳出血によるのか又は化膿性髄膜炎もしくはこれに伴う脳実質の病変の再燃のいずれによるのか判定し難く、本件発作とその後の病変の原因が本件ルンバールの施行にあると断定し難いとして X の請求を棄却した。そこで、X は上告。

【判旨】破棄差戻し。

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」。

「(1) (前略) X の本件発作後少なくとも退院まで、本件発作とその後の病変が脳出血によるものとして治療が行われたとする前掲の原審認定事実に符合するものであり、また、鑑定人 C は、本件発作が突然のけいれんを伴う意識混濁で始まり、後に失語症、右半身不全麻痺等をきたした臨床症状によると、右発作の原因として脳出血が一番可能性があるとし

ていること、(2)脳波研究の専門家である鑑定人Dは、(中略)…としていること、(3) (前略)殊に、本件発作は、Xの病状が一貫して軽快しつつある段階において、本件ルンバール実施後 15 分ないし 20 分を経て突然に発生したものであり、他方、化膿性髄膜炎の再燃する蓋然性は通常低いものとされており、当時これが再燃するような特別の事情も認められなかったこと、以上の事実関係を、因果関係に関する(中略)…総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因って発生したものであると、結局、Xの本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である」。

8. インフルエンザ予防接種の実施と医師の問診に関する判例

最判昭和 51 年 9 月 30 日民集 30 卷 8 号 816 頁判時 827 号 14 頁判タ 340 号 100 頁

【事案】

X1・X2の子A(男児、1歳余)は、Y(東京都)の勸奨により、保健所において、Yの公務員であるB医師からインフルエンザ予防接種を受けた。ところが、Aは接種の一週間ぐらい前から間質性肺炎及び瀰胞性大小腸炎に罹患しており、本件予防接種の翌日午前7時過ぎ頃、右疾病のため死亡するに至った。そこで、X1X2は、インフルエンザ予防接種を実施する者は予防接種実施規則4条によりその接種前において、被接種者に対し、問診、体温測定、視診、聴診、打診等の予診を行ってその健康状態を調べ、予防接種を行うことが適当であるか否かを判断し、判定困難な場合には当日の接種を中止すべき義務があるのに、本件Bにはこの予診義務を怠った過失があるとして、Yに対し、国家賠償法1条あるいは民法715条に基づき損害賠償を請求した。一審は、「間質性肺炎及び瀰胞性大小腸炎は専門医でも外部的所見から到底発見し難く、BがAに対し体温測定・視診・聴診・打診を行っても右各疾病の存在を推認しえず、従って何らかの副作用を生じるかもしれないことを認識できなかった。間質性肺炎はレントゲン撮影で、瀰胞性大小腸炎は局部細胞生検で判明することもあるが、インフルエンザ予防接種を行う医師にこうした方法を実施する義務はない。推認される問診に際してX2はAの身体の具合につき何ら異常があることも申し出なかったことが認められ、Bに問診義務違反の過失はない」旨判示して請求を棄却した。原審も、Bの問診義務違反との間に因果関係を認めることはできないとして、Xらの請求を棄却。そこで、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「いわゆる勸奨接種の場合においても、(中略)…『予防接種実施要領』のうち、予防接種を受ける者の生命身体の安全を確保するために設けられた諸規定は、これを遵守して予防接種の実施にあたることを要するものと解すべきである。

インフルエンザ予防接種は、接種対象者の健康状態、罹患している疾病、その他身体的条件又は体質的素因により、死亡、脳炎等重大な結果をもたらす異常な副反応を起すこともあり得るから、これを実施する医師は、右のような危険を回避するため、慎重に予診を行い、かつ、当該接種対象者につき接種が必要か否かを慎重に判断し、実施規則四条所定の

禁忌者を的確に識別すべき義務がある。ところで、右実施規則 4 条は、予診の方法として、問診、視診、体温測定、聴打診等の方法を規定しているが、予防接種を実施する医師は、右の方法すべてによって診断することを要求されるわけではなく、とくに集団接種のときは、まず問診及び視診を行い、その結果異常を認めた場合又は接種対象者の身体的条件等に照らし必要があると判断した場合のみ、体温測定、聴打診等を行えば足りると解するのが相当である（実施要領第一の九項 2 号参照）。

従って、予防接種に際しての問診の結果は、他の予診方法の要否を左右するばかりでなく、それ自体、禁忌者発見の基本的かつ重要な機能をもつものであるところ、問診は、医学的な専門知識を欠く一般人に対してされるもので、質問の趣旨が正解されなかったり、的確な応答がされなかったり、素人的な誤った判断が介入して不十分な対応がされたりする危険性をもっているものであるから、予防接種を実施する医師としては、問診するにあたって、接種対象者又はその保護者に対し、単に概括的、抽象的に接種対象者の接種直前における身体の健康状態についてその異常の有無を質問するだけでは足りず、禁忌者を識別するに足りるだけの具体的質問、すなわち実施規則 4 条所定の症状、疾病、体質的素因の有無およびそれらを外部的に徴表する諸事由の有無を具体的に、かつ被質問者に的確な応答を可能ならしめるような適切な質問をする義務がある。

もとより集団接種の場合には時間的、経済的制約があるから、その質問の方法は、すべて医師の口頭質問による必要はなく、(中略) …、医師の口頭による質問を事前に補助せしめる手段を講じることは許容されるが、医師の口頭による問診の適否は、質問内容、表現、用語及び併用された補助方法の手段の種類、内容、表現、用語を総合考慮して判断すべきである。このような方法による適切な問診を尽さなかったため、接種対象者の症状、疾病その他異常な身体的条件及び体質的素因を認識することができず、禁忌すべき者の識別判断を誤って予防接種を実施した場合において、予防接種の異常な副反応により接種対象者が死亡又は罹病したときには、担当医師は接種に際し右結果を予見しえたものであるのに過誤により予見しなかったものと推定するのが相当である。そして当該予防接種の実施主体であり、かつ、右医師の使用者である地方公共団体は、接種対象者の死亡等の副反応が現在の医学水準からして予知することのできないものであったこと、若しくは予防接種による死亡等の結果が発生した症例を医学情報上知りうるものであったとしても、その結果発生蓋然性が著しく低く、医学上、当該具体的結果の発生を否定的に予測するのが通常であること、又は当該接種対象者に対する予防接種の具体的必要性と予防接種の危険性との比較衡量上接種が相当であったこと（実施規則 4 条但書）等を立証しない限り、不法行為責任を免れないものというべきである。

しかるに原判決は、(中略) …、本件インフルエンザ予防接種を担当実施する医師の注意義務についての解釈を誤ったものというべきであり、(中略) …原判決は破棄を免れない」。

9.未熟児網膜症事件（医師の過失が否定された）

最判昭和 54 年 11 月 13 日判時 952 号 49 頁判夕 403 号 78 頁

【事案】

X1は、昭和42年4月6日助産所において出生した。在胎31週未満、出生時体重1400gの極小未熟児であったため、翌日長崎市立市民病院に入院した。入院当時、体重1260gで呼吸障害が認められたから、小児科医師Y2はX1を直ちに閉鎖式保育器に收容し、酸素2ℓを放流した。その後酸素流量を切り下げるとチアノーゼを呈し呼吸困難になり、酸素流量を増加するとその現象が消退するという症状を繰り返し、5月20日ようやく経過が良好になった。その後は再び酸素投与の必要もなく、6月20日頃から保育器外で保育され7月6日退院するに至った。11月中旬頃、X1の両親がX1の目の異常に気付き眼科受診したところ、両眼ともにほぼ完全に視力を喪失していると診断された。そこで、X1及びその両親X2、X3は長崎市Y1及び小児科担当医Y2に対し、不法行為による損害賠償を求めた。一審は、酸素療法と失明との間に因果関係を推定しつつも、Y1Y2のいずれにも過失を認めず請求を棄却した。原審もほぼ同様の理由で棄却した。そこで、Xらは上告。

【判旨】上告棄却。

「Y2のX1に対してした予防ないし治療の方法は、当時における本症に関する学術上の見解や臨床上の知見として一般に受容されていたところにはほぼ従って行われたものであって当時の医学水準に適合したものであるべきであり、その間特に異常ないし不相当と思われる処置が採られたとは認められないのであるから、小児科医師としての裁量の範囲を超えた不相当なものであったということはできない。したがって、Y2がX1に対して採った本件酸素供給管理上の措置に過失があったとは認められないとした原審の判断、並びに、Y2がX1に対する本件酸素の投与による本症の発症を予見し得なかったこと及びY2が眼科医に依頼して定期的眼底検査をしなかったことをもってY2に過失があったとは認められないとした原審の判断は、いずれも正当として是認することができ（後略）…」。

10.開頭手術を行う医師の説明義務及び説明範囲に関する事例

最判昭和56年6月19日判時1011号54頁判タ447号78頁

【事案】

後頭部に受傷した男児A(10歳)について、脳損傷を疑ったY1市立B病院の医師Y2は、Aの父X1に対して、開頭手術の必要性を告げるとともに、20人分程度の輸血協力の準備を指示した。それ以上の説明がないまま、開頭手術が開始された。手術開始直後、Y2は、手術の模様を説明するため、X1及びAの母X2に対して手術室への入室を要請。しかし、Xらはこれを拒み、代わりにX2の兄Cが入室し、手術の模様の説明を受けた。Aは出血多量で死亡。そこで、Xらは、説明義務違反を理由に損害賠償を請求した。一審、原審ともXら敗訴。原審は、医師には善良な管理者として手術の内容及び危険性を患者又はその法定代理人に説明すべき義務があるが、その内容及び危険性について患者側が認識し、もしくは認識しうべき時、または、ごく稀に発生する危険については、説明を省略することができるとの一般的見解を述べた後、本件では、受傷部分の枢要性、多量の輸血が必要であると告げられていたことなどから、患者側は本件手術が危険かつ大がかりなものになるこ

とは容易に認識できたと推認し、かつ、手術開始直後に説明の機会が設けられたことを指摘して、説明義務違反は認められないとした。そして、①現症状とその原因については、当時の医療水準では確知できないことを理由に、②手術による改善の程度及び③手術をしない場合の予後については、将来の見込みであり、確実な説明が困難であることを理由に、④危険性について不確定要素のある場合のその危険性についての基礎となる症状把握の程度及び⑤その要素が発見した時の準備状況については、手術の遅延と患者側のいたずらな不安を招来することを理由に、説明の内容とはできないとした。これに対し、Xらは上告。

【判旨】上告棄却。

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はないものとした原審の判断は、正当として是認することができる」。

11.未熟児網膜症事件（光凝固療法の説明・転医義務の否定）

最判昭和 57 年 3 月 30 日判時 1039 号 66 頁判タ 468 号 76 頁

【事案】

X1 は昭和 44 年 12 月 22 日出生したが、生下時体重 1120g の未熟児であった。出生後保育器に収容され、翌 45 年 1 月 28 日まで酸素投与を受け、2 月 12 日から眼科治療としてステロイド・ホルモン剤の投与を受けた。その後、他院において眼科専門医の治療を受けたが、すでに光凝固法の治療時期を逸しており、未熟児網膜症により、両眼とも失明するに至った。そこで、Xら（X1 及びその両親）はY病院に対して損害賠償を求めた。原審は、Yの責任はないとして、Xらの請求を総て棄却した。そこで、Xらは上告。

【判旨】上告棄却。

「S 医師が X1 の診療に当たっていた昭和 45 年初めにおいては、光凝固法は、本症についての先駆的研究家の間で漸く実験的に試みられ始めたという状況であって、一般臨床眼科医はもとより、医療施設の相当完備した総合病院ないし大学医学部附属病院においても光凝固治療を一般的に実施することができる状態ではなく、患児を光凝固治療の実施可能な医療施設へ転医させるにしても、転医の時期を的確に判断することを一般的に期待することは無理な状況であった、光凝固治療の実施時期を的確に判断するためには眼底検査が必要であるところ、未熟児の眼底検査は、眼底の未熟性という検査対象の特殊性からいっても特別の訓練を要する特殊作業であって、本件当時における未熟児の眼底検査についての S 医師の技術水準は、平均的眼科医のそれよりは進んでいたとはいうものの、本症の専門的研究者には到底及ばなかった、X1 の本症の病変は、当時の専門家にも未知な複雑な臨床経過を示した、S 医師が X1 の眼底検査をしたのは、光凝固治療を目的とするものではなく、副腎皮質ホルモンの投与の時期を見はからうために実施したものである、というので

あり、(後略) …。

思うに、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが(最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照)、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるから、前掲事実関係のもとにおいて、所論の説明指導義務及び転医指示義務はないものとしたうえ、Yの不法行為責任及び債務不履行責任は認められないとした原審の判断は正当であって、その過程に所論の違法はない」。

12. 未熟児網膜症事件(注意義務の違反がないとされた)

最判昭和57年7月20日判時1053号96頁判タ478号65頁

【事案】

X1、X2は、昭和44年4月5日体重1850gで出生した双生児であって、Y経営のA病院に入院したが、チアノーゼが強く、同年5月23日まで保育器に収容されて酸素療法を受けた。同年6月5日退院まで眼底検査はされていない。同年7月3日に、母親が光に対して反応がないと訴えたが、担当医師は、早産児であるから未だ見えなくてもおかしくないと言明した。同年8月7日に、担当医は、未熟児網膜症との診断で回復の見込みなしとされた。そこで、Xら(X1、X2及びその父母)は、Yに対し、診療契約上の債務不履行として損害賠償を求めた。一審、二審は、Xらの請求をすべて棄却した。そこでXらは上告。

【判旨】上告棄却。

「原審が認定した事実の要旨は、①X1、X2が出生した昭和44年4月以前においても、未熟児網膜症の先駆的研究家から本症の早期発見及び治療法についての研究が発表されたことがあったが、(中略)…、医療界では未熟児の酸素療法にあたりその濃度さえ制限すれば本症発生の危険はないとの知見が一般的であった、②本症の早期発見の方法である眼底検査は、その対象が未熟児であるため特殊な技術の習得を要する等その実施には人的物的な整備期間を必要とし、Xら出生の当時は、本症を早期に発見してこれに有効な治療方法を施すことを目的とする眼底検査の実施は、一流の診療機関においても期待しうべくもなかった、③また、(中略)…、右の当時は、本症の治療法として発表された光凝固法も未だ追試早々の段階にあって、一般の臨床医家の間では勿論、眼科学界においても本症に対する有効な治療法であると認定されたものはなかった、というのであり、(後略) …。

思うに、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが(最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照)、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるから、前掲事実関係のもとにおいて、Yの(中略)…B医師が、X1らの入院中及びその第一回健康相談時において、眼底検査の必要性を認識せず、転医の指示等を含む格別の措置をとらなかったこと及びYが産科、小児科と眼科の協同診療体制の指示等をしなかったことに所論の注意義務の違反はなく、Yの債務不履行責任は認められないとした原審の判断は正当であって、その過程に所論の違法はない」。

13. 未熟児網膜症事件（担当医の過失が認められた判例）

最判昭和 60 年 3 月 26 日民集 39 卷 2 号 124 頁判時 1178 号 73 頁

【事案】

Xは、昭和 51 年 2 月 8 日 Y1 経営の病院において出生直後から生後 65 日目まで保育器に収容され、40%の濃度を超えない酸素投与を受けた。Y1 病院の眼科嘱託医 A は、X の主治医 B の依頼に基づき生後 32 日目に X の眼底検査をし、X の生下時体重等から未熟児網膜症の発症を予想し、検査の結果、オーエンス一期の症状の疑いがあると考えたが、本症は自然治癒率が高いので経過観察で足りると判断した。A 医師は、生後 39 日目再度 X の眼底検査をし、X の眼底の急変に異常なものを感じ、指導医による診察の必要を感じたが、指導医で C 医師が月一回の診察となっていたため、C 医師に次回に X を診察するよう依頼したにとどまった。C 医師は、生後 46 日目に眼底検査をしたところ、未熟児網膜症と判断したが、光凝固等の手術を行う医療機械設備もなかったため、X を転医させることとし、Y2 病院で同月 26 日 D 医師の診断を受けたところ、X は未熟児網膜症の末期であり、経過観察を要するものとして同年 4 月 1 日の診察日を指定した。X は同年 4 月 1 日 Y2 病院の E 医師の診察を受け、F 病院で冷凍凝固の処置を受けたが改善の効果がなく、結局失明に至った。そこで、X は、Y1 Y2 に対し民法 415 条の債務不履行及び民法 715 条の使用者責任を理由として損害賠償を請求した。原審は、Y1 の責任を肯定、D 医師の過失はないとして、Y2 の責任を否定した。そこで、Y1 のみが上告。

【判旨】上告棄却。

「本症罹患当時における本症の診断及び治療に関する一般的基準並びに X の検査に当たった前掲各医師の右一般的基準の認識について、（中略）…（一）右一般的基準は、昭和 49 年（中略）…研究班が、翌 50 年に発表した『未熟児網膜症の診断ならびに治療基準に関する研究報告』に明らかにされているところのものである。（二）右研究報告によると、本症の診断及び治療基準は、（中略）…というものである。（三）A 医師らは、本件における X の診断、治療に際して、前掲の研究報告の存在、その内容を熟知していた。

さらに、（中略）…、未熟児に対する眼底検査は、（中略）…生後できるだけ早期に、遅くとも三週以降眼底検査を開始し、本症の早期発見と進行の監視を行い、（中略）…、定期的眼底検査の頻度については、前掲研究報告は、生後満三週以降一週一回、三か月以降は、隔週または一か月に一回、六か月まで行い、発症を認めたときは、必要に応じ、隔日または毎日眼底検査を実施し、その経過を観察することが必要である、というものである。

原審の確定した事実関係のもとにおいては、A 医師としては、第二回眼底検査の結果、前示の第二回所見をえ、第一回の眼底検査から僅か一週間を経過したにすぎないわりには、X の眼底に著しく高度の症状の進行を認めたのであるから、本症 II 型の疑いの診断をし、頻回検査を実施すべきであり、また、本症の患者二、三名の眼底検査をした程度の経験を有するにすぎなかったのであるから、直ちに経験豊かな他の専門医の診察を仰ぎ、時期を失せず適切な治療を施し、もって失明等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務を負う

に至ったものというべきであるところ、同医師は、Xの症状の急変に驚き、おかしいと感じながらも十分に未熟児網膜症の病態の把握ができなかったため、頻回検査の必要性にも気付かず、一週間の経過観察として、次週にC医師の診断を求めたのにとどまったが、かかる処置は、Xが未熟児網膜症の激症型であったことに照らすと、不適切なものであったというべきであり、このためXは光凝固等の外科的手術の適期を逸し失明するに至ったものであるから、A医師には医師としての右注意義務違背の過失があったものというべきであり、右処置とXの失明の間には相当因果関係があるものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」。

14. 適切な問診をしないことにつき医師に過失があるとされた事例

最判昭和60年4月9日金商729号39頁

【事案】

訴外亡Aは、昭和50年12月1日、医師Yの経営する病院に入院し、同日、Yの指示を受けた看護婦からチクロームCの静脈注射を受けたところ、二分位してショックを起したので、直ちにYは救急処置を施し、一時少し改善されたが、結局、同月16日に死亡するに至った。そこで、Aの妻X1及びAの子X2、X3、X4は、債務不履行又は不法行為に基づきYに対し損害賠償を請求した。一審は、まず、Aは、本件注射によりショックを起し、本件注射とAの死亡の間には因果関係があるとなし、さらに、Yは、過敏性試験の結果が陰性であることを確認しただけで、アンジニンによる薬物性肝炎の既往症があることからAがアレルギー体質であることを知りながら、また、問診をすることもなく、これらによって予知できたはずのショックの危険に注意を払わず、本件注射をなす緊急の必要があった等の特段の事情もないのに拘らず、直ちに本件注射をした点に過失があると判示して、不法行為に基づきXらの請求を一部認容した。二審も、一審判決を支持した。そこで、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「右確定事実によれば、(一) 本件注射と亡Aの死亡の間には因果関係があり、(二) チクロームCの注射については、それがショック症状を起こしやすい薬剤であり、右症状の発現の危険のある者を識別するには、所論の皮膚反応による過敏性試験は不確実、不十分なものであって、さらに医師による本人及び近親者のアレルギー体質に関する適切な問診が必要不可欠であるということが右死亡事故発生当時の臨床医の間で一般的に認められていた、というのである。したがって、(中略) …、右薬剤の能書等に使用上の注意事項として、本人又は近親者がアレルギー体質を有する場合には慎重に投与すべき旨が記載されていたにすぎないとしても、医師たるYとしては、ショック症状発現の危険のある者に対しては右薬剤の注射を中止すべきであり、また、かかる問診をしないで、前掲過敏性試験の陰性の結果が出たことから直ちに亡Aに対して本件注射をしたことにYの医療上の過失があったとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない」。

15. 未熟児網膜症事件（眼科医の検査結果告知義務が否定された事例）

最判昭和 61 年 5 月 30 日判時 1196 号 107 頁判タ 748 号 40 頁

【事案】

昭和 45 年 10 月 27 日に出生した X1 は、極小未熟児のため、直ちに Y 市立病院の保育器に収容され、担当医 A のもと酸素を 13 日間投与された。退院にあたって、X1 の眼底検査が済んでいないことを知った X2・X3（X1 の父母）は保育器内の未熟児が眼を悪くすることを聞いて心配していたために、A から同病院の嘱託眼科医 B に対する照会票を書いてもらい、B による X1 の眼底検査を受けた。この際、B 医師は、検査結果についてはなんら告知説明をせず、看護婦から「大丈夫ですよ」と聞かされた X2、X3 は、その眼には異常はないものと思って X1 を自宅に連れ帰った。翌年 2 月 20 日になって X1 の眼に異常が感じられたので、2 月 23 日に B の診察をうけたところ、既に X1 は未熟児網膜症に罹患し、失明しているとの診断であった。そこで、Xらは、X1 の失明は A・B 医師らの診察上の過失によるものであるなどと主張して、Y の債務不履行ないし不法行為を理由に損害賠償を求めた。一審は、昭和 45 年当時において、未熟児に対する眼底検査の実施は通常の小児科医、眼科医にとって医療水準にまで達していなかったと述べ、その実施を怠った A・B 医師の過失を否定した。原審は、A・B 医師が進んで眼底検査を実施しなかったことに過失はないとしたが、両親からの要請で B 医師が眼底検査を実施した際に、その結果について告知説明しなかった点に医師としての注意義務違反があると説示し、その義務を尽くしていれば X1 に先進的な病院で実施され始めていた光凝固法の治療を受けさせ、失明を回避することもできたと認定、Y の債務不履行責任を肯定して、一部認容した。そこで、Y は上告。

【判旨】一部棄却自判。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁参照）、右注意義務の基準となるべきものは、診察当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるところ、（中略）…昭和 45 年 11 月頃当時、光凝固法は当時の臨床医学の実践における医療水準としては本症の有効な治療方法として確立されていなかったのであり、また、ほかに本症につき有効な治療方法はなかったというのであるから、B 医師には、もとより有効な治療方法と結びついた眼底検査の必要性の認識がなかったことは当然であり、X1 の両親の要求を受けた A 医師から眼底検査の依頼があった場合であっても、眼底検査を行った結果を告知説明すべき法的義務まではなかったというべきである。（中略）…B 医師の医師としての対応の当否は別として、同医師に前掲のような法的義務を負わせることはできないというべきである。

したがって、原審が、（中略）…、Y の債務不履行責任を認め、X らの本訴請求を認容した部分は、法令の解釈適用を誤った違法があることに帰するところ、（中略）…、X らの請求を棄却した第一審判決は正当であり、（後略）…」。

16. 新生児注射事故につき、医療水準に照らして医師の責任が否定された事例

【事案】

X1 は、出生時、仮死状態であって分娩後の経過は悪く、Y1 病院の産婦人科医 A は、「新生児メレナ」に罹患しているものと診断し、院長である医師 Y2 と相談の上、昭和 37 年 6 月 7 日から同年 8 月 13 日までの間、X1 の大腿部にビタミン K 等の注射をした。ところが、本件注射のため、X1 は、両大腿四頭筋拘縮症となり、現在では、両大腿部に手術瘢痕・皮膚瘢痕を、また左足に硬性装具を装着しなければ歩行不能となっている。そこで X1 と父母 X2、X3 は、新生児メレナと診断したことは誤診であり、また、Y2 らは本件注射による X1 の筋拘縮症が予見可能であったなどと主張して、Y1 の使用者責任ないし債務不履行責任、及び Y2 の不法行為責任に基づく損害賠償を求めた。一、二審とも X らは敗訴した。原審は、X1 の大腿四頭筋拘縮症は本件注射に起因するものであると認定したが、「整形外科学会において、筋肉注射による筋拘縮症発症の危険性が一般化したのは昭和 40 年代後半のことである。小児科領域においては、(中略) …特に乳幼児に対しては、静脈注射の技術的困難性あるいは薬剤の経口投与の困難性等から操作の簡単な皮下注射及び筋肉注射が極めて日常的な治療手段として常用され、かつ、大腿四頭筋が筋肉注射の好適部位とされていた。(中略) …Y2 らが X1 が新生児メレナに罹患し全身状態が不良であると判断し、本件各注射を施行したことは、当時の医療水準からみて、必要かつ相当な治療行為として是認されるべきところであり、結果的には X1 の筋拘縮症を招いたけれど、そのことの故に Y2 らに過失責任があるものと認め難い」と判示した。これに対し、X らは上告。

【判旨】上告棄却。

「(前略) 右事実関係のもとにおいて、Y2 らが X1 に対し本件各注射をしたことは昭和 37 年当時の医療水準に照らし必要かつ相当な治療行為であるとして Y らの不法行為ないし債務不履行責任は認められないとした原審の判断は正当として是認することができる」。

17. 未熟児網膜症事件 (医療水準になっていたとはいえないとされた事例)

最判昭和 63 年 1 月 19 日判時 1265 号 75 頁判タ 661 号 141 頁

【事案】

X1 は、昭和 47 年 1 月 30 日、A 医院において未熟児として出生し、保育器に収容された後、同年 2 月 2 日、Y 経営の B 総合病院に転院して保育器に収容され、翌 3 日まで約一日間、毎分 20 の割合で酸素投与を受けたところ、未熟児網膜症に罹患し、失明同然の障害を受けた。そこで、X1 及びその父母 X2、X3 は、右障害は、B 病院の小児科医師 C の眼底検査依頼の遅れと X2、X3 に対する適切な指導の怠り、また、同病院眼科医師 D の不十分な眼底検査、さらに、眼科医と小児科医の連携協力及び適切な転医体制を整えていなかった Y の過失等に起因すると主張して、Y に対して損害賠償を求めた。一審は、X らの請求を認容した。原審は、医療従事者に課せられる注意義務の基準となるべきものは、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」であるが、昭和 47 年当時、本症に対する光凝固・冷凍凝固治療は、臨床専門医のレベルで治療法としてほぼ定着していたものとは

言えず、昭和 50 年に厚生省研究班報告「未熟児網膜症の診断及び治療基準に関する研究」（以下、報告という）が発表されて、ようやく臨床専門医のレベルで治療法として定着し始めたとし、したがって、本件当時、本症の病変を発見し得なかったとしても、また適期に光凝固治療を受けさせなかったとしても、さらに右治療法につき説明、療養指導をしなかったかたといつて、医師に注意義務の懈怠ないし義務違背があったということはできない等として、一審判決を取り消し、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらは上告。

【判旨】²⁰⁰上告棄却。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが（最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 巻 2 号 244 頁参照）、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるというべきところ（最判昭和 57 年 3 月 30 日裁判集民事 135 号 563 頁参照）、X1 の出生した昭和 47 年当時、本症に対する治療法として光凝固法を実施することが右医療水準にまで達していたといえない（中略）…、小児科医 C 及び眼科医 D に過失があったものとはいえないとしたうえ、Y の不法行為責任を認めることはできないとした原審の判断は正当として是認することができる。C 及び D 医師の有していた本症に対する治療法としての光凝固法に関する知識について、X らが原審において主張するところは、具体性に乏しく、右の結論を左右するに足りるものではない」。

18. 未熟児網膜症事件（眼底検査を依頼する義務がないとされた事例）

最判昭和 63 年 3 月 31 日判時 1296 号 46 頁判タ 686 号 144 頁

【事案】

X は、Y 総合病院において、昭和 46 年 2 月 4 日に出生した極小未熟児であり、同科 A 医師のもとで出生直後から保育器に収容され、同月 12 日まで酸素の投与を受けた。A 医師、4 月 28 日 X を保育器から出し、直ちに眼科に眼底検査を依頼した。未熟児の眼底検査を実施しうる医師は、毎週木曜日の午後診察のため来院する B 医師だけであるが、たまたま翌 29 日の木曜日が休診日に当たっていたので、B 医師は、同年 5 月 6 日 X の眼底検査を行ったところ、未熟児網膜症に罹患していたので、A 医師に対し、直ちに光凝固手術を受けさせるのが最適であると指示し、同月 14 日に名鉄病院で光凝固手術を受けたが奏功せず、両眼とも失明するに至った。そこで、X は、A 医師及び B 医師の怠慢による眼底検査の遅滞等を理由に、Y に対し損害賠償を請求した。原審は、具体的事案において医師が当時の医

²⁰⁰ 本件では、裁判官伊藤正己の補足意見がある。すなわち、「医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、（中略）…、専門家としての相応の能力を備えた医師が研さん義務を尽くし、転医勧告義務をも前提とした場合も達せられるあるべき水準として考えられなければならない。そして、このような医療水準は、特定の疾病に対する診療に当たった医師の注意義務の基準とされるものであるから、当該医師の置かれた諸条件、例えば、当該医師の専門分野、当該医師の診療活動の場が大学病院等の研究・診療機関であるのか、それとも総合病院、専門病院、一般診療機関などのうちのいずれであるのかという診療機関の性格、当該診療機関の存在する地域における医療に関する地域的特性等を考慮して判断されるべきものである。（中略）…この意味において、医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、前掲の諸条件に応じた相対的な基準として考えるべきものである。（後略）…」というものである。

療水準を超える知識を身につけていた場合には、当該医師の知識に基づく医療水準を基準にして過失の有無が検討されなければならないとし、A医師の過失を認め、損害賠償の一部を認容した。これに対し、Yは上告。

【判旨】一部破棄自判。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照）、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であると解されるどころ（最判昭和57年3月30日裁判集民事135号563頁参照）、（中略）…昭和46年2月当時、光凝固法は当時の臨床医学の実践における医療水準としては本症の有効な治療法として確立されていなかったものであるから、A医師としては、光凝固法を実施することを前提とした眼底検査を依頼する法的義務まではなかったものというべきである。もっとも、A医師は、本症に関し前掲①ないし⑦記載のとおり知見を有していたというのであるが、同医師が医師免許取得後三年余りの産婦人科医であり、しかも、本症に罹患した未熟児を扱った経験がないこと、原審の認定によっても同医師が光凝固手術について実施の適期等詳細を知っていたとまでは認められないこと等に徴すると、同医師は単に文献等により光凝固法についての知識を一応抽象的に有したというにとどまるものというべきであり、同医師の右知見を考慮しても前掲判断を左右するものとはいえない。

したがって、A医師の右知見を重視し同医師に眼底検査依頼義務の違背があったとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、（中略）…、右部分は破棄を免れない」。

19. 痘そう予防接種事件（禁忌者の推定に関する判例）

最判平成3年4月19日民集45巻4号367頁判時1386号35頁判タ758号118頁

【事案】

生後6ヶ月のXは、保健所において種痘の予防接種を受けたところ、その9日後に脊髄炎を発症し、結局、両下肢麻痺、知能発達障害の後遺障害を残すに至った。Xは、痘そうの予防接種を受ける数日前に咽頭炎に罹患したが、注射及び投薬によって予防接種当日には解熱、治癒していた。Xは、接種担当医（保健所職員）の問診義務違反等を理由に、国Y1、市Y2のほか北海道、製薬会社等に対して、損害賠償を請求した。一審は、問診義務違反を認め、Y1及びY2の責任を一部肯定。原審は、予防接種当日には、Xは解熱し、咽頭炎は治癒しており、禁忌者には該当していなかったのであるから、仮に問診等の予診が不十分であったとしても、予防接種をすることは正当であったのであり、予診の不十分さと本件後遺障害とが結びつくことはないとして、請求棄却。そこで、Xは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「予防接種によって重篤な後遺障害が発生する原因としては、被接種者が禁忌者に該当していたこと又は被接種者が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたことが考えられるところ、禁忌者として掲げられた事由は一般通常人になり得る病的状態、比較的多く

見られる疾患又はアレルギー体質等であり、ある個人が禁忌者に該当する可能性は右の個人的素因を有する可能性よりもはるかに大きいものというべきであるから、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があると考えられる。したがって、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたが禁忌者に該当すると認められる事由を発見することができなかったこと、被接種者が右個人的素因を有していたこと等の特段の事情が認められない限り、被接種者は禁忌者に該当していたと推定するのが相当である。(中略)…Xが現在呈している後遺障害は、その全体にわたり、本件接種に起因するものと認められるというのであるが、原審は必要な予診を尽くしたかどうかを審理せず、Xが前掲個人的素因を有していたと認定するものでもない。そして、咽頭炎とは咽頭部に炎症を生じているという状態を示す症状名であって、咽頭炎が治癒したとは咽頭部の炎症が消滅したことをいうにすぎず、その原因となった疾患の治癒を示すものでもなければ、他の疾患に患っていないことを意味するものでもなく、原審が咽頭炎の治癒を認定した根拠は、要するに、Xの解熱の経過にすぎず、(中略)…、いまだXが禁忌者に該当していなかったと断定することはできない。

したがって、必要な予診を尽くしたかどうか等の点について審理することなく、本件接種当時のXが予防接種に適した状態にあったとして、接種実施者の過失に関するXらの主張を直ちに排斥した原審の判断には審理不尽の違法があるというべきである」。

20. 未熟児網膜症事件 (医師の責任が否定された事例)

最判平成4年6月8日判時1450号70頁判タ812号177頁

【事案】

X1は、昭和47年9月7日、Y病院で未熟児として出生し、保育医療を受け、同年11月10日退院した。X1は、同年11月28日、同病院の眼科で初診としてA医師の診察を受け、眼底検査を実施した結果異常がないと診断された。その後、X1は、昭和48年3月12日、同病院の眼科でA医師の診察を受けたが、A医師は、X1が白内障に罹患しているものと考え、将来手術をすれば視力が得られる旨X1の祖母に告げ、同症の治療のための点眼薬を投与した。ところが、同年5月25日、訴外病院B医師から、右Y病院での再診時まで未熟児網膜症に罹患していると診断され、その後、治療等を経たが、結局、昭和48年7月頃、失明していると告げられた。そこで、X1及びその親X2、X3は、X1が失明したのは担当の小児科医2名及び眼科医Aの注意義務違反と病院の医療体制の不備によるものであるとして、Yに対して、債務不履行又は不法行為に基づいてその失明によってXらが被った精神的苦痛に対する慰謝料の支払を求めた。原審は、光凝固法は本件当時、医療水準として一般の臨床眼科医にその知見が普及定着していなかったし、本症には他の適切な治療法もなかったとして、A医師には、光凝固法等の治療法を実施する注意義務の違反はもとより、その有効性を前提とする説明、転医、調査などの注意義務の違反も認める余地がないとした。しかし、原審は、「医師と患者との間の医療契約の内容には、単に当時の医療水

準によった医療を施すのみでなく、そもそも医療水準のいかにかわらずち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき約定が内包されているというべきであり、また、医師は本来そのような注意義務を負うものと解するのが相当であり、医師がその義務に反して著しく粗雑、ずさんで不誠実な医療をした場合において、疾病によって生じた結果が重大で患者側に医療に対する心残りやあきらめ切れない感情が残存することが無理からぬと思われる事情が認められるときは、医師のその作為・不作為と右結果との間に相当因果関係が認められなくても、医師は、その不誠実な医療対応自体につき、これによって患者側に与えた右精神的苦痛の慰謝に任ずる責任があるというべきである。A医師は、初診時（中略）…Xらが本症を心配して受診したにもかかわらず、6ヶ月後の来院を指示してX1の本症に対する正確な診断と経過観察の機会を失わせ、再診時（中略）…、X1を白内障と誤診するなどしたもので、これを著しくずさんで不誠実な医療行為であり、そのためX1は、あるいは唯一の可能性であったかもしれない光凝固法受療の機会をとらえる余地さえ与えられずに無為に過ごさざるを得なかったのであり、Xらそれぞれにあきらめ切れない心残りとしてぬぐい難い痛恨の思いを抱かせて精神的苦痛を与えた」とした上で、本件医療契約上の債務不履行ないし不法行為責任によって、Xらの請求の一部を認めた。これに対し、双方上告。

【判旨】破棄自判・請求棄却。

「人の生命及び健康を管理する業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため必要とされる最善の注意義務を尽くすことを要求されるが（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照）、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であり（最判昭57年3月30日裁判集民事135号563頁参照）、医師は、患者との特別の合意がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく、その違反を理由とする債務不履行責任、不法行為責任を負うことはないというべきである」。

「本症に対する光凝固法は、当時の医療水準としてその治療法としての有効性が確立され、その知見が普及定着してはいなかったし、本症には他に有効な治療法もなかったというのであり、また、治療についての特別な合意をしたとの主張立証もないのであるから、A医師には、本症に対する有効な治療法の存在を前提とするち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務はなかったというべきであり、Xらが前掲のようなあきらめ切れない心残り等の感情を抱くことがあったとしても、A医師に対し、X1に光凝固法等の受療の機会を与えて失明を防止するための医療行為を期待する余地はなかったのである」。

「Yの責任を肯認したのは、結局、本件医療契約の内容として、A医師に対し、医療水準を超えた医療行為を前提とした上で、ち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務を求め、その義務違反による法的責任を肯認したものといわざるを得ない。したがって、原判決には、法令の解釈適用を誤った違法があるというべきで、（中略）…、Y敗訴部分は破棄を免れない」。

21. 医師の説明しなかったことにつき債務不履行が否定された判例

【事案】

亡Aは昭和58年1月31日、上腹部痛のためY病院の一般内科を受診した。2月28日の検査からD医師は印象として胆のう癌と診断した。消化器内科のB医師は、同年3月2日、Aを診察し、前掲診察及び検査の結果をも考え併せて胆のうの進行癌を強く疑い、Aを入院させて精密な検査をした上で確定診断と治療方針の決定をする必要があると判断したが、右の疑いを本人に直接告げた場合には精神的打撃を与えて治療に悪影響を及ぼすおそれがあることから、A本人にはこれを説明せず、精密な検査を行った後に同女の家族の中から適当な者を選んでその結果及び治療方針を説明することにした。B医師は同日、Aに対し、「胆石がひどく胆のうも変形していて早急に手術する必要がある。」と説明して入院を指示したが、Aが海外旅行の予定などを理由で入院を拒んだため、胆のうも変形し手術の必要な重度の状態にあるから、仕事の都合を付け家族とも相談した上で入院できる態勢を整える必要がある旨を告げ、なお粘り強く入院を説得し、入院の手続のため同月16日に来院することを約束させた。Aは、同月16日、B医師の診察を受けて同年4月11日以降速やかに入院する旨の予約手続をしたが、同年3月18日、B医師に相談せず、電話で対応した看護助手に対して家庭の事情により入院を延期する旨を伝えた。その後は何の連絡もしなかった。帰国後もB医師に連絡をせず医師の診察を受けずにいたところ、同年6月病状が悪化してG病院に入院し、胆のう癌と診断されて治療を受けたが、同年12月22日死亡した。そこで、Aの夫などXらは、仮にBが債務を履行していれば、Aは治癒したか相当程度生存することは可能であったとして、逸失利益を含む損害賠償を請求した。一審は、説明義務は医師の診療契約上の債務の一内容であるが、医師が右義務を尽くすに当たっての説明相手・説明時期、説明内容及び説明程度については右説明が治療に対して影響を与えるため、病状の内容、程度に応じ医師が判断することが相当であり、原則として患者の権利を侵害しない限度に於いて、医師の裁量の範囲内にあるとした。二審も、病名を告知するかどうかについての医師の合理的裁量は尊重されなければならないが、その不告知または告知の態様が意思の合理的裁量の範囲を逸脱し説明義務の不履行と評価される場合のあることは認められるとしつつ、医師の法的説明義務という観点からは、ある時代にその大多数の医師が相当と考えていた方法により説明の履行をした場合には、特段の事情のない限りこれを違法ということはできないとして控訴を棄却した。そこで、Xは上告。

【判旨】上告棄却。

「B医師にとっては、Aは初診の患者でその性格等も不明であり、本件当時医師の間では癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であったというのであるから、同医師が、前掲3月2日及び16日の段階で、Aに与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、Aに癌の疑いを告げず、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたことは、医師としてやむを得ない措置であったということができ、あえてこれを不合理であるということはできない」。

「次に、Aに対して真実と異なる病名を告げたB医師としては、Aが治療に協力するための配慮として、その家族に対して真実の病名を告げるべきかどうかとも検討する必要があるが、同医師にとっては、Aは初診の患者でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みも不明であり、同医師としては、Aに対して手術の必要な重度の胆石症と説明して入院の同意を得ていたのであるから、入院後にAの家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明しようとしたことが不合理であるということとはできない。（中略）…Aがその後にB医師に相談せずに入院を中止したため、B医師がAの家族への説明の機会を失ったというのであるから、結果として家族に対する説明がなかったとしても、これをB医師の責めに帰せしめることは相当でない。およそ患者として医師の診断を受ける以上、十分な治療を受けるためには専門家である医師の意見を尊重し治療に協力する必要があるのは当然であって、そのことをも考慮するとき、本件において右の経緯の下においては、B医師がA及びXに対して胆のう癌の疑いがある旨の説明をしなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるということはできない」。

22. 医師の退院時における説明及び指導に過失が認められた事例

最判平成7年5月30日判時1553号78頁判タ897号64頁

【事案】

Xは未熟児で出産し、母親X2の希望でABO式血液型を検査したYが血液型不適合がない旨判定・説明したが、実は不適合であった。退院時には軽度の黄疸が残っていたが、食思良好で、一般状態はよかった。Yは黄疸につき、入院時には血液型不適合はなく黄疸が遷延するのは未熟児だからであり心配ない旨の内容を説明し、退院時には、黄疸に特段言及することなく一般的注意をしたにとどまった。退院後3、4日して黄疸が増強し、退院の8日後にB病院の診察を受けたところ核黄疸の疑いと診断され、即日交換輸血を受けたが、脳性麻痺の後遺症が残った。そこで、Xら（X及びその父・母）は、Yに対して診療契約の不履行を理由に損害賠償を請求した。原審は、Xが退院する際のYの措置に関しては、新生児特に未熟児の場合は、核黄疸に限らず様々な致命的疾患に侵される危険を常に有しており、医師が新生児の看護者にそれら全部につき専門的な知識を与えることは不可能というべきところ、新生児がこのような疾患に罹患すれば普通食欲の不振等が現れ全身状態が悪くなるのであるから、退院時において特に核黄疸の危険性について注意を喚起し、退院後の療養方法について詳細な説明、指導をするまでの必要はなく、新生児の全身状態に注意し、何かあれば来院するか他の医師の診察を受けるよう指導すれば足りるというべきところ、Yは、Xの退院に際し、X2に対して、何か変わったことがあったらすぐにYあるいは近所の小児科医の診察を受けるよう注意を与えているのであるから、退院時のYの措置に過失はないとされていた。そこでXらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが（最判昭和36に案

2月16日民集15巻2号244頁参照)、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるというべきである(最判昭和57年3月30日裁判集民事135号563頁、最判昭和63年1月19日裁判集民事153号17頁参照)。ところで、(中略)…、新生児の疾患である核黄疸は、これに罹患すると死に至る危険が大きく、救命されても治癒不能の脳性麻痺等の後遺症を残すものであり、生後間もない新生児にとって最も注意を要する疾患の一つといえることができるが、(中略)…、新生児に黄疸が認められる場合には、それが生理的黄疸か、あるいは核黄疸の原因となり得るものかを見極めるために注意深く全身状態とその経過を観察し、必要に応じて母子間の血液型の検査、血清ビリルビン値の測定などを実施し、生理的黄疸とはいえない疑いがあるときは、観察をより一層慎重かつ頻りにし、核黄疸についてのプラハの第一期症状が認められたら時機を逸することなく交換輸血実施の措置をとる必要があるが、未熟児の場合には成熟児に比較して特に慎重な対応が必要であるが、このような核黄疸についての予防、治療方法は、Xが出生した当時既に臨床医学の実践における医療水準となっていたものである」。

「そうすると、本件においてXを同月30日の時点で退院させることが相当でなかったとは直ちにいい難いとしても、産婦人科の専門医であるYとしては、退院させることによって自らはXの黄疸を観察することができなくなるのであるから、Xを退院させるに当たって、これを看護するX2らに対し、黄疸が増強することがあり得ること、及び黄疸が増強して哺乳力の減退などの症状が現れたときは重篤な疾患に至る危険があることを説明し、黄疸症状を含む全身状態の観察に注意を払い、黄疸の増強や哺乳力の減退などの症状が現れたときは速やかに医師の診察を受けるよう指導すべき注意義務を負っていたというべきところ、Yは、Xの黄疸について特段の言及もしないまま、何か変わったことがあれば医師の診察を受けるようにとの一般的な注意を与えたのみで退院させているのであって、かかるYの措置は、不適切なものであったというほかはない。Yは、Xの黄疸を案じていたX2らに対し、Xには血液型不適合はなく黄疸が遷延するのは未熟児だからであり心配はない旨の説明をしているが、これによってX2らがXの黄疸を楽観視したことは容易に推測されるところであり、本件において、X2らが退院後Xの黄疸を案じながらも病院に連れて行くのが遅れたのはYの説明を信頼したからにほかならない。そして、このような経過に照らせば、退院時におけるYの適切な説明、指導がなかったことがX2らの認識、判断を誤らせ、結果として受診の時期を遅らせて交換輸血の時機を失わせたものというべきである。

したがって、Yの退院時の措置に過失がなかったとした原審の判断は、是認し難いものといわざるを得ない。そして、Yの退院時の措置に過失があるとすれば、他に特段の事情のない限り、右措置の不適切とXの核黄疸罹患との間には相当因果関係が肯定されるべきこととなる筋合いである。(後略)…」。

23. 姫路日赤未熟児網膜症事件

最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁判時1537号3頁

【事案】

昭和49年12月11日に出生した極小未熟児X1は、同日Y経営のB病院に転院された。小児科C医師他一名を担当医として、X1を保育器に収容し、酸素投与が開始された。この間の12月27日、B病院のD医師の眼底検査を受け、X1の眼底に格別の変化がなく次回検診の必要なしと診断した。その後、昭和50年2月21日の退院時まで眼底検査は全く実施されなかった。X1は、同年3月28日、D医師の眼底検査を受け、異常なしと診断されたが、同年4月9日、D医師により眼底に異常の疑いありと診断され、同月16日、E病院の眼科において診察を受けたところ、既に両眼とも未熟児網膜症癒痕期三度であると診断された。X1の現在の視力は両眼とも0.06である。そこで、X1及びその両親X2、X3は、Yに対し、全身管理・酸素管理の不適切、定期的眼底検査の不実施及び早期転医措置不実施などの注意義務違反を主張し、眼底検査の不十分さが原因で未熟児網膜症の治療法である光凝固法を受ける機会を与えられなかったことはYの診療契約上の債務不履行によるとして、損害賠償を求めた。一審及び原審は、光凝固法の治療基準について一応の統一的指針が得られたのは、厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された昭和50年8月以降であるから、X1が出生した昭和49年当時、B病院が本症を意識して眼底検査を実施・転医させていたという事実があっても、担当医に未熟児に対して定期的眼底検査及び光凝固法を実施することや転医させることが法的義務として確立されていたということとはできないとしてXらの請求を棄却した。これに対し、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「Yは、本件診療契約に基づき、人の生命及び健康を管理する業務に従事する者として、危険防止のために経験上必要とされる最善の注意を尽くしてX1の診療に当たる義務を負担したものである（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁参照）。そして、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である（最判昭和57年3月30日裁判集民事135号563頁参照）」。

「ある疾病について新規の治療法が開発され、それが各種の医療機関に浸透するまでの過程は、（中略）…有効性と安全性が是認された治療法は、通常、先進的研究機関を有する大学病院や専門病院、地域の基幹となる総合病院、そのほかの総合病院、小規模病院、一般開業医の診療所といった順序で普及していく。そして、知見の普及は、医学雑誌への論文の登載、学会や研究会での発表、一般のマスコミによる報道等によってされ、まず、当該疾病を専門分野とする医師に伝達され、次第に関連分野を専門とする医師に伝達されるものであって、その伝達に要する時間は比較的短いが、実施のための技術・設備等の普及は、当該治療法の手技としての難易度、必要とされる施設や器具の性質、財政上の制約等によりこれに要する時間に差異が生じ、通常は知見の普及に遅れ、右の条件次第では、限られた医療機関のみで実施され、一般開業医において広く実施されるということにならないこともある」。

「当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師

の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。そこで、当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって、仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づき債務不履行責任を負うものというべきである。また、新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある」。

「B病院の医療機関としての性格、(中略)…兵庫県及びその周辺の各種医療機関における光凝固法に関する知見の普及の程度等の諸般の事情について十分に検討することなくしては、本件診療契約に基づきB病院に要求される医療水準を判断することができない筋合いであるのに、光凝固法の治療基準について一応の統一的な指針が得られたのが厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された同年8月以降であるというだけで、X1がB病院の診療を受けた当時において光凝固法は有効な治療法として確立されておらず、B病院を設営するYに当時の医療水準を前提とした注意義務違反があるとはいえないとした原審の判断には、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法があるものというべきであり、右違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである」。

24. 能書と医師の過失との関係について判断した判例

最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁判時1571号57頁判タ914号106頁

【事案】

X1(当時7歳)は昭和49年9月25日外科医Y2により虫垂切除手術を受けた際実施された腰椎麻酔のショックにより重篤な後遺症を残した脳機能低下症となった。X1と両親X2、X3はY2とY2が所属する医療法人Y1及びその外科部長Y3に対し、診療契約上の債務不履行又は不法行為を理由として損害賠償を求めた。原審は、昭和47年には、本件麻酔剤の能書に麻酔剤注入前に1回、注入後は10ないし15分まで2分間隔に血圧を測定すべきことが記載されるようになったが、昭和49年頃は、血圧については少なくとも5分間隔

で測るというのが一般開業医の常識であったから、当時の医療水準を基準にする限り、麻酔剤注入後 10 ないし 15 分まで 2 分ごとに血圧の測定をせず、5 分ごとの測定を指示したにすぎないことをもって、Y2 に過失があったということはできない。しかも、仮に 2 分ごとに血圧を測定していたとしても、果たしてより早期に異常を発見し得たかどうか明確でない上、Y2 の前掲注意義務違反と X1 の脳機能低下症発症との間には因果関係がない、と判断した。そこで、Xらは上告。

【判旨】一部破棄差戻し、一部棄却。

「人の生命及び健康を管理すべき業務(医業)に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが(最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁参照)、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である(最判昭和 57 年 3 月 30 日裁判集民事 135 号 563 頁、最判昭和 63 年 1 月 19 日裁判集民事 153 号 17 頁参照)。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが(最判平成 7 年 6 月 9 日民集 49 卷 6 号 1499 頁参照)、医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」。

「医薬品の添付文書(能書)の記載事項は、当該医薬品の危険性(副作用等)につき最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって右文章に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである。(中略)…、他面、2 分間隔での血圧測定の実施は、何ら高度の知識や技術が要求されるものではなく、血圧測定を行い得る通常の看護婦を配置してさえおけば足りるものであって、本件でもこれを行うことに格別の支障があったわけではないのであるから、Y2 が能書に記載された注意事項に従わなかったことにつき合理的な理由があったとはいえない。すなわち、昭和 49 年当時であっても、本件麻酔剤を使用する医師は、一般にその能書に記載された 2 分間隔での血圧測定を実施する注意義務があったというべきであり、仮に当時の一般開業医がこれに記載された注意事項を守らず、血圧の測定は 5 分間隔で行うのを常識とし、そのように実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行であるというにすぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものということはできない」。

さらに、最高裁は、2分間隔の血圧測定を実施していれば、午後4時42分ないし43分頃にX1の血圧降下と低酸素症の症状を発見しえた蓋然性が大きく、この血圧降下の発見により手術を中止すれば本件麻酔事故を妨げたと説示して、2分間隔の血圧測定を懈怠した過失とX1の脳機能低下症発症との間の因果関係を肯定、Y2とY1に関する原審の判決部分を破棄差し戻した。

25. 多種薬剤長期投与の際の開業医の義務について判示した判例

最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁判時1598号70頁判夕935号182頁

【事案】

亡Aは、昭和51年3月17日から同年4月14日まで、開業医Y1の診療を受け、毎日のように通院し、顆粒球減少症の副作用を有するネオマイゾンなどの多種抗生物質の投与・注射を受けた。同月12日、Aの体に発疹が現れ始めていたが、Y1はこれを見落とした。Y1は、同月14日、Aの訴えにより発疹を認め、既に投与した薬剤の投与を中止し、他の病院に検査入院をすることを勧め、Y1の紹介で暫定的に医師Y2の開設する外科病院に入院した。Y2は風疹の可能性が最も高いが感染症の疑いもあると診断し、14から16日の間、リンコマイシンの筋注を行った。その後16日、国立病院を受診し、顆粒球減少症と診断されたが、手遅れで、敗血症を併発し、23日に死亡した。そこで、Aの相続人Xらは、Y1及びY2に対して、主位的には債務不履行、予備的には不法行為に基づき損害賠償を請求した。一、二審とも、Xらの請求を棄却したため、Xらは上告。

【判旨】破棄差し戻し。

「Y1のような開業医の役割は、風邪などの比較的軽度の病気の治療に当たるとともに、患者に重大な病気の可能性がある場合には高度な医療を施すことのできる診療機関に転医させることにあるのであって、開業医が、長期間にわたり毎日のように通院してきているのに病状が回復せずかえって悪化さえみられるような患者について右診療機関に転医させるべき疑いのある症候を見落とすということは、その職務上の使命の遂行に著しく欠けるところがあるものというべきである。(中略)…開業医が本症の副作用を有する多種の薬剤を長期間継続的に投与された患者について薬疹の可能性のある発疹を認めた場合においては、自院又は他の診療機関において患者が必要な検査、治療を速やかに受けることができるように相応の配慮をすべき義務があるというべきであり、Aの発疹が薬疹によるものである可能性は否定できず、本症の副作用を有する多種の薬剤を長期間継続的に投与されたものである以上はネオマイゾンによる中毒性機序のみを注意義務の判断の前提とすることも適当でないから、原審の確定した事実関係によっても、Y1に本症発症を予見し、投薬を中止し、血液検査をすべき注意義務がないと速断した原審の右判断には、診療契約上の注意義務に関する法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ない。(中略)…事実認定及び法律判断の全般について審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」。

26. 死亡の時点の生存の高度蓋然性と因果関係について判示した判例

【事案】

当時 53 歳の男性 A は、肝臓病専門の Y 医院で 3 年 8 ヶ月余継続的に受診した。A が肝細胞がん発生の危険が高い患者群に属していたにも拘らず、Y は、肝細胞がん発見に有効な AFP 検査等を実施せず、内科的治療を行ってきた。A 死亡の直前に、Y は、AFP 検査を行った（検査結果は陰性）。10 日後、A は、転院先の C 病院で肝細胞がんとの確定診断だが、手遅れで、1 週間後、A は肝細胞がん及び肝不全により死亡。そこで、X ら（A の妻 X1 と子 X2、X3）は、Y は、当時の医療水準に応じ A について適切に検査を実施し早期に肝細胞癌を発見してこれに対する治療を施すべき義務を負っていたのに、3 年 8 ヶ月余の間に肝細胞癌を発見するための検査を全く行わず、その結果、A は肝細胞癌に対する適切な治療を受けることができないで、死亡するに至ったのであるから、主的に不法行為により、予備的に診療契約の債務不履行により、損害賠償を求めた。原審は、Y が右注意義務を尽くしていれば、本件確定診断がなされた時期よりも、遅くとも 6 ヶ月前には、Y は A につき肝細胞癌を発見し得る高度の蓋然性があった、そして、Y が A について当時の医療水準に応じた注意義務に従って肝細胞癌を発見していれば、右各治療法のいずれか又はこれらを組み合わせたものの適切な実施により、ある程度の延命効果が得られた可能性が認められるが、右のように A について延命の可能性が認められるとしても、いつの時点でどのような癌を発見することができたかという点などの本件の不確定要素に照らすと、どの程度の延命が期待できたかは確認できないから、Y の前掲注意義務違反と A の死亡との間に相当因果関係を認めることはできないとされた。しかしながら、原審は、「A は、Y の前掲注意義務違反により、肝細胞癌に対するある程度の延命が期待できる適切な治療を受ける機会を奪われ、延命の可能性を奪われたものであり、これにより精神的苦痛を受けたと認められる。」として、A の慰謝料、弁護士費用請求の一部を認めた。そこで、X らは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。

右は、医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なることなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前掲因

果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。(中略) …、原審が判断の基礎とした(中略) …等の証拠の内容をも考慮すると、その趣旨とするところは、Aの肝細胞癌が昭和61年1月に発見されていたならば、以後当時の医療水準に応じた通常の診療行為を受けることにより、同人は同年7月27日の時点でなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が認められるというにあると解される。そうすると、肝細胞癌に対する治療の有効性が認められないというのであればともかく、このような事情の存在しない本件においては、Yの前掲注意義務違反と、Aの死亡との間には、因果関係が存在するものというべきである」。

27. 「エホバの証人」輸血拒否事件(医師の不法行為責任が認められた判例)

最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁判時1710号97頁判タ1031号158頁

【事案】

Aは、「エホバの証人」の信者であり、宗教上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることは拒否するという固い意思を有していた。Y(国)開設するB病院の医師に対しても絶対的無輸血の意思を表示していた。ところで、D医師らは、Aの手術の際に、輸血しない限りAを救うことができない事態に至ったと判断して、輸血をした。そこで、Aは、Yらに対し、人格権侵害等を理由として1200万円の慰謝料の賠償を請求した。なお、Aは一審判決後に死亡し、相続人Xらが本件訴訟を承継した。一審は、「医師は、患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があり、手術中に輸血以外に救命方法がない実態になれば、患者に輸血をする義務があると解される…〔手術前の説明にあたり〕患者の救命を最優先し、手術中に輸血以外に救命方法がない実態になれば輸血するとまでは明言しない対応…選んでも、医師の前掲救命義務の存在からして、直ちに違法性があると解せられない」として、Aの請求を棄却した。これに対し、原審は、「各個人が有する自己の人生のあり方(ライフスタイル)は自らが決定することができる」ことを基礎に、特段の事情のある場合を除けば自己決定権は尊重されなければならない、「Aが相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならない」とし、Dらの説明義務違反を認め、慰謝料55万円の賠償を命じた。これに対し、Yが上告し、Xらは附带上告した。

【判旨】上告棄却・附带上告棄却。

「本件において、D医師らが、Aの肝臓の腫瘍を摘出するために、医療水準に従った相当な手術をしようとすることは、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことであるといえることができる。しかし、患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、(中略) …本件の事実関係の下では、D医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、Aに対し、Bとしてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、Bへの入院を継続した上、D医師らの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定にゆだねるべ

きであったと解するのが相当である。

ところが、D医師らは、本件手術に至るまでの約1ヶ月の間に、手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、Aに対してBが採用していた右方針を説明せず、同人及びXらに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をしたのである。そうすると、本件においては、D医師らは、右説明を怠ったことにより、Aが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものであるとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。そして、また、Yは、D医師らの使用者として、Aに対し民法715条に基づく不法行為責任を負うものといわなければならない」。

28. 生存の相当程度の可能性の存在と不法行為責任との関係について判示した判例

最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁判時1728号31頁判タ1044号75頁

【事案】

平成元年7月8日早朝、Aは突然の背部痛のために、Y緊急指定病院を訪れた。B医師は、第一次的に急性すい炎、第二次的に狭心症を疑い、看護婦に鎮痛剤を注射させ、Aを外来診察室の向かいの部屋に移動させ、急性すい炎に対する薬を加えた点滴をさせた。診察開始からAが点滴のために診察室を出るまでの時間は10分くらいであった。点滴のための部屋に移ってから5分くらい後、Aは、容体を急変させ、切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全によって死亡。Aの相続人であるXらは、Yに対して、債務不履行または不法行為による損害賠償を請求した。原審は、Aの死因を認定した上で、B医師がAに対して適切な医療を行った場合には、Aを救命し得たであろう高度の蓋然性までは認めることはできないが、これを救命できた可能性はあったという判断を踏まえ、B医師が、医療水準にかなった医療を行うべき義務を怠ったことにより、Aが、適切な医療を受ける機会を不当に奪われ、精神的苦痛を被ったものであり、Yは、民法715条に基づき、右苦痛に対する慰謝料として200万円を支払うべきものとした。そこで、Yは上告。

【判旨】上告棄却。

「本件のように、疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえるからである」。

29. 敗血症の発症により死亡した事案につき医師の過失が認められた事例

最判平成 13 年 2 月 16 日矢尾渉「最高裁判民事破棄判決などの実情」判時 1786 号 30 頁
【事案】

男児Aが腹痛を訴えるなどして虫垂炎の虫垂切除手術を受けたが、急性汎発性腹膜炎を併発しており、手術直後からショックの状態に陥り、敗血症で死亡した。そこで、Xらは、虫垂炎診断上ないし敗血症予防の過誤があったとして、損害賠償を求めた。原審は、Yらの責任を否定した。これに対し、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「手術時におけるAの病状やその後の経過からすれば、Aは急性汎発性腹膜炎から敗血症に至ったものであり、敗血症からこれによるショックに移行すると患者の予後が極端に悪くなるという医学的知見に鑑みれば、B医師としては、敗血症に至る可能性をも考慮に入れつつ、慎重にAの容態ないし症状の変化を観察しながら診療に当たるべきであり、手術当日夜から翌日午前中にかけてのAの容態ないし症状の変化は、鎮静剤の影響や脱水症状で説明し得るものとは言えず、B医師が敗血症を想定した治療行為を開始すべきであった時期を手術翌日午後の時点である原審の認定には違法があり、原判決は破棄を免れない。本件については、B医師においてAの敗血症罹患を予見し得べきであった時期及び予見に基づき敗血症を想定した適切な治療行為がされていたならばAがその死亡の時点においてなお生存していた蓋然性の有無、程度等につきさらに審理を尽くさせる必要があるから、原審に差戻す」。

30.細菌感染症に対する医師の予防措置をとる義務について判示した事例

最判平成 13 年 6 月 8 日判時 1765 号 44 頁判タ 1073 号 145 頁

【事案】

Xらの子であるAは、平成 2 年 8 月 17 日、勤務先で就労中、両手圧挫創の傷害を負い、救急車でYの開設する本件病院に搬送された。本件病院の救急部は、緊急手術を施した。ところが、Aはその後細菌感染により死亡した。そこで、Xらは、本件病院の医師には、細菌感染症に対する適切な予防措置を講ずべきであったのにこれを怠り、細菌検査を長期間行わず、感染していた緑のう菌に有効な抗生剤を投与しなかったことなどの注意義務違反があり、そのためAが死亡するに至ったと主張して、主位的に債務不履行、予備的に不法行為に基づき、Yに対して損害賠償を請求した。これにつき、原審は、本件病院の医師に細菌感染症に対する予防措置についての注意義務の違反はなかったと判断した。これに対し、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「(1)本件記録によれば、次の医学的知見がうかがわれる。(中略)…(2)上記の医学的知見によれば、重い外傷の治療を行う医師としては、創の細菌感染から重篤な細菌感染症に至る可能性を考慮に入れつつ、慎重に患者の容態ないし創の状態の変化を観察し、細菌感染が疑われたならば、細菌感染に対する適切な措置を講じて、重篤な細菌感染症に至ることを予防すべき注意義務を負うものといわなければならない。(中略)…本件において、本件

病院の医師が、同月 30 日より前の時点において、創の細菌感染を疑い、細菌感染症による重篤な結果を回避すべく、前掲の措置を講じていれば、A が本件死亡時点においてなお生存していた蓋然性を直ちに否定することはできないというべきである。

そうすると、前掲事実関係の下において、8 月 30 日まで細菌感染を疑わせるうみ状のものや刺激臭が現れていなかった事実をもって、本件病院の医師による細菌感染症に対する予防措置についての注意義務違反を否定した原審の認定判断には、本件病院の医師において、緑の菌等の細菌感染を予見し、それに対応した適切な細菌感染症予防措置を講ずべきであった時期についての認定を誤り、ひいては法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ず、この違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。(中略) …、本件については、本件病院の医師において A の細菌感染を予見し得べきであった時期及びその予見に基づき重篤な細菌感染症を免れるために講ずべき予防措置並びにその予防措置が講じられていたならば A がその死亡時点においてなお生存していた蓋然性の有無、程度等につきさらに審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする」。

31. 医療水準として未確立療法についての医師の説明義務に関する判例

最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 卷 6 号 1154 頁判時 1769 号 56 頁判タ 1079 号 198 頁

【事案】

X は (昭和 23 年生の既婚女性) は、開業医 Y (乳癌の専門医らからなる乳癌研究会の正会員である) の診察を受け、平成 3 年 2 月 14 日までに乳癌と診断された。Y は X を胸筋温存乳房切除術適応と判断し、乳房温存手術も実施されているが放射線で黒くなったり再手術が必要となる場合もあることと、乳房は全部切除するが筋肉は残す旨を二回に分けて説明した。X は乳房温存療法を解説する新聞記事に接し、同月 26 日、Y 医院に入院して心情をつづった手紙を Y に交付した。同月 28 日、X は乳房切除術を受けた。温存療法につき、「乳房温存療法実施要綱」を暫定的に策定し臨床的研究が開始されたのは平成元年 10 月で、本件手術時には研究成果は未発表で、同療法は日本では専門医の間でも医療水準として確立していなかった。しかし X の臨床所見は実施要綱や本件手術当時温存療法を実施する殆どすべての医療機関の適応基準を充たしており、Y は本件手術当時、X が同療法の適応可能性があること、温存療法は相当数実施例があり同療法を実施する医療機関を知っており医師間で積極的な評価もされていること、自らも温存療法により手術した経験を一例有していた。そこで、X は、Y に対し診療契約上の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を請求した。一審は、Y に説明義務違反があったとして X の請求の一部を認めた。原審は、Y の乳房温存療法を実施すべき義務及び転送義務はないとし、説明義務については Y が説明義務を尽くしたとして、X の請求を棄却した。これに対し、X は上告。

【判旨】破棄差戻し。

「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断 (病名と病状)、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予

後などについて説明すべき義務があると解される。本件で問題となっている乳がん手術についてみれば、疾患が乳がんであること、その進行程度、乳がんの性質、実施予定の手術内容のほか、もし他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などが説明義務の対象となる」。

「一般的にいうならば、実施予定の療法(術式)は医療水準として確立したものであるが、他の療法(術式)が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法(術式)ではあっても、(中略)…。少なくとも、当該療法(術式)が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法(術式)の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法(術式)の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法(術式)について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法(術式)の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法(術式)を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。そして、乳がん手術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除術を行う場合には、選択可能な他の療法(術式)として乳房温存療法について説明すべき要請は、このような性質を有しない他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まるものといわなければならない。(後略)…」。

「以上の点からみると、Yが本件手紙を受け取る前にXに対してした前掲説明は、温存療法の消極的な説明に終始しており、説明義務が生じた場合の説明として十分なものとはいえない。したがって、Yは、本件手紙の交付を受けた後において、Xに対してXの乳癌について温存療法の適応可能性のあること及び温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明しなかった点で、診療契約上の説明義務を尽くしたとはいえない」。

32. 末期癌の説明告知義務があるとされた事例

最判平成14年9月24日判時1803号28頁判タ1106号87頁

【事案】

平成2年11月、Y病院の診察において、Aが肺の進行性末期癌に罹患していることが判明した。F医師は、平成2年12月29日のAのカルテに末期癌であろうと記載した。また、平成3年1月19日の診察の際、Aから肺の病気はどうかとの質問を受けたが、A本人に末期癌であると告知するのは適当でないと考えていたことから、前からある胸部の病気が進行している旨を答えた。同医師は、同日のカルテに、転移病変につき患者の家族に何らかの説明が必要である旨の記載をした。その後、F医師は、上記診察の期間中に、Aに対し、

家族の同行を求めたが、同人は病身の妻と 2 人暮らしであることを理由にこれを拒んでいたから、同医師はそれ以上の家族関係について具体的に尋ねることはなかった。その後も、平成 3 年 3 月の A の最終通院時まで、F や A の担当を引き継いだ他の医師は、疼痛療法を施すのみで、結果として、F 医師を含む Y 病院の医師らは、A に対して同人が末期癌あるいは末期的疾患である旨の説明をすることはなく、また、同人の家族に対して連絡を取るなどして接触することもなかった。A は、平成 3 年 3 月に他の G 病院で受診した二週間後には、同病院の医師から A の長男 X2 に対し、A が末期癌である旨の説明がなされた。A は、自己が末期癌に罹患していたことを知らされることなく、平成 3 年 10 月に死亡した。そこで、遺族 X1~X4 は告知されなかったことにつき債務不履行ないし不法行為にあたりとし、また癌の診断の遅れ及び癌発見後の治療が不適切であったことなども併せて主張し、Y に対して損害賠償を請求した。一審及び原審とも、Y 病院の医師らに癌の発見の遅れはなく、また、医師らが適切な治療を怠ったことも認められないとして、これらを理由とする損害賠償請求は認められないとした。他方で、癌告知については、一審は、末期癌の告知を何時誰にどのような方法で行うかは、患者本人の病状・余命・本人及び家族の状況・患者及び家族と医師との信頼関係・告知後のケアの見込みなどの諸要素を検討することを前提として、担当医師の広範な裁量が認められているとし、本件事実関係の下では裁量の逸脱はなく、Y 病院に債務不履行及び不法行為はないとして、請求を棄却した。これに対して、原審は、Y 病院の医師らが A に対して告知をしなかったことについては、医師の合理的な裁量に基づく判断であり、債務不履行及び不法行為はないとしたが、医師らが患者本人に癌である旨を告知すべきでないとは判断した以上、担当する医師として、患者の家族に関する情報を収集し、必要であれば同家族と直接接触するなどし、患者の家族に対する告知の適否を判断する義務があったのにこれを怠ったとして、A に対する債務不履行又は不法行為による慰謝料として 120 万円の支払義務があるとした。これに対し、Y が上告した。

【判旨】上告棄却。

「医師は、診療契約上の義務として、患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担する。そして、患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介してさらに接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うものといわなければならない。なぜならば、このようにして告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべきであるからである」。

「Y病院の医師ら（中略）…には、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、告知するに適した家族等に対して患者の病状等を告知すべき義務の違反があったといわざるを得ない。その結果、Xらは、（中略）…G病院における告知がされるまでの間、Aが末期癌に罹患していることを知り得なかったために、Aがその希望に沿った生活を送れるようにし、また、Xらがより多くの時間をAと過ごすなど、同人の余命がより充実したものとなるようにできる限りの手厚い配慮をすることができなかったものであり、Aは、Yに対して慰謝料請求権を有するものといえることができる」。

なお、上田裁判官の反対意見がある。すなわち、診療契約上の具体的内容は、その当時の医療水準に従って判断すべきであり、厚生省・日本医師会発行の「がん末期医療に関するケアのマニュアル」を十分に斟酌すべきであるとして、家族への告知を検討するには、その告知目的の明確性、患者・家族の受容能力、医療機関と患者・家族との良好な関係、告知後の精神的ケアといった事情の判断が必要であり、このような点に関する検討が不十分であるとして、さらに審理を尽くさせるために破棄差し戻すべきである、とするものである。

33. 精神科医の薬品の最新情報を収集する義務に関する事例

最判平成 14 年 11 月 8 日判時 1809 号 30 頁判タ 1111 号 135 頁

【事案】

Xは、昭和 61 年 2 月 7 日、A 医師、Y 医師夫婦らが開く C 病院を訪れ、「もうろう状態」と診断され、フェノバルのほかに三種類の薬剤を 7 日分処方された。X は 12 日、「もうろう状態・病的心因反応」と診断され、4 月 21 日まで C 病院に入院した。3 月半ばころ、投与中の薬剤のうちテグレトールの薬しんを疑い、その投与の中止を指示し、その代替薬としてヒルナミンを増量し、皮膚症状に対してグルタチオンの投与を開始した。他方、X に不穏な症状が見られたため、フェノバルについては同 29 日から倍量が投与され、新たな二種類の抗精神病薬の投与を開始した。ところが、4 月 7 日には、X に口角両側のびらんなどが認められたため、X の精神症状が落ち着いたこともあり、同 8 日からフェノバルの投与が三錠に減量、二種類の薬剤も減量した。しかし X は、同 8 日から皮膚や粘膜の症状が悪化し、発熱や全身の紫はん様・浮しゅなどが現れた。同 15 日、X を診察した D 病院精神科医師は、フェノバルの副作用による薬疹を疑い、直ちにフェノバルを処方から除くように指示し、同日から三種類の薬剤投与が開始された。16 日、別の精神科医師も、X を「薬疹」と診断し、それまでの内服薬の投与中止の指示と三種類の薬剤投与を命じ、17 日、別病院の精神科医師も、発疹が全身にあることを認め、「フェノバルピタルによるものの如し」と診療録に記載し四種類の薬剤などを処方した。Y は 18 日、向精神薬について投与の全面中止を命じ、以後は抗生物質などが投与された。X は、4 月 21 日に転院し治療を受けたが、現在、精神症状は回復したものの、右眼が光覚のみ、左眼が 0.01（矯正不能）の視覚障害が残った。そこで、X は、A（本訴係属後死亡）及び Y から入院中に投与された向精神薬の副作用によって S J S を発症し失明したと主張し、Y 及び A の相続人らに対し、不法行為または債務不履行に基づく損害賠償を求めた。一審は、X の請求を棄却した。

原審も、Xの眼症状は、フェノバルの副作用と推認されるが、Xの精神症状は活発かつ不安定で、向精神薬を全面的に中止すれば症状が急激に悪化する危険性があり、薬疹は向精神薬に必ずしもまれでなく、副作用を認めた場合、副作用を起こす可能性の最も高い薬剤を中止し経過観察するのが一般的で、薬疹はS J Sの発症を推測させる徴候であるとは必ずしもいえず、当時、一般の精神科医が有する知識、経験等によってはS J S発症を予測できなかったことなどを考慮すると、Aらに過失はないとして、Xの控訴を棄却した。そこで、Xは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「精神科医は、向精神薬を治療に用いる場合において、その使用する向精神薬の副作用については、常にこれを念頭において治療に当たるべきであり、向精神薬の副作用についての医療上の知見については、その最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務があるというべきである。フェノバルを治療に用いる精神科医は、フェノバルが本件添付文書に記載されたS J Sの副作用を有することや、S J Sの症状、原因等を認識していなければならなかったものというべきである」。

「昭和61年3月当時、これらの知見のほか、薬しんの大半がアレルギー性機序によって発生するものであることや、アレルギーの関与する種々の種類の薬しんが相互に移行し合うものであり、例えば、限局型で軽症型の固定薬しんが急激に進行して汎発型で重症型のS J Sや中毒性表皮壊死症型に移行することのあることなどが一般の医師においても認識可能な医療上の知見であったことがうかがわれる。このことからすると、本件添付文書に記載された(1)及び(2)の症状は、相互に独立した無関係な症状とみるべきではなく、相互に移行可能な症状であって、(1)の症状から(2)の症状へ移行する可能性があったことがうかがえる」。

「本件においては、3月20日に薬剤の副作用と疑われる発しん等の過敏症状が生じていることを認めたのであるから、テグレトールによる薬しんのみならずフェノバルによる副作用も疑い、その投薬の中止を検討すべき義務があった。すなわち、過敏症状の発生から直ちにS J Sの発症や失明の結果まで予見することが可能であったということはできないとしても、当時の医学的知見において、過敏症状が本件添付文書の(2)に記載されたS J Sへ移行することが予想し得たものとすれば、本件医師らは、過敏症状の発生を認めたのであるから、十分な経過観察を行い、過敏症状又は皮膚症状の軽快が認められないときは、フェノバルの投与を中止して経過を観察するなど、S J Sの発生を予見、回避すべき義務を負っていたものといわなければならない。

そうすると、フェノバルの投与によってXにS J Sを発症させ失明の結果をもたらしたことについての本件医師らの過失の有無は、当時の医療上の知見に基づき、フェノバルにより過敏症状の生じた場合にS J Sに移行する可能性の有無、程度、移行を具体的に予見すべき時期、移行を回避するために医師の講ずべき措置の内容等を確定し、これらを基

礎として、本件医師らが上記の注意義務に違反したのか否かを判断して決められなければならない。(後略) …」。

34. 開業医の転医義務があるとされた判例

最判平成 15 年 11 月 11 日民集 57 卷 10 号 1466 頁判時 1845 号 63 頁判タ 1140 号 86 頁

【事案】

Yは、本件医院を開設しており、X1(当時、小学6年生)は、Yの診療を受けていたが、通院期間中の深夜、大量の嘔吐をし、その後も吐き気が治まらない状態となり、その翌日(昭和63年10月3日)午前8時半頃、Yの診療を受け、700ccの点滴を受けた。X1は、点滴開始後も、嘔吐をしており、その症状は改善されなかった。Yは、嘔吐が続くようであれば午後再来診するように指示をして、Xを帰宅させた。しかし、X1は、帰宅後も嘔吐が続いたため、同日午後4時頃、再びYの診療を受け(以下「本件診療」)、再度、X2に背負われて本件医院の二階へ上がり、同日午後8時半頃まで、700ccの点滴を受けた。しかし、嘔吐は治まらず、胃液を吐くなどし、さらに、点滴の途中軽度の意識障害を疑わせる言動があり、これに不安を覚えたX2が診察を求めたが、Yは、外来患者の診察中であったため、すぐには診察しなかった。同日午後8時30分頃、診察台でYの診察を受けた際、いすに座ることができず、診察台に横になっていた。X1は、熱が点滴後は下がり、嘔吐もいったんは治まり、同日午後9時頃、X2に背負われて帰宅した。X1は、帰宅後も嘔吐の症状が続き、熱も38℃に上がり、同日午後11時頃には、X2に苦痛を訴えた。X1は、翌日早朝から、X2が呼びかけても返答をしなくなった。Yは、同日午前8時30分頃、X1の状態が気になっていたため、X1方に電話をかけ、X1の容態を知って、すぐに来院するように指示した。X1は、同日午前9時前頃、本件医院に来院したが、意識の混濁した状態であり、呼びかけても反応がなかった。同日午前11時にD病院での入院の措置がとられた。D病院の医師は投薬したが、X1は、意識が回復せず、原因不明の急性脳症と診断された。その後も急性脳症による脳原性運動機能障害が残り、日常生活全般にわたり常時介護を必要とし、精神発育年齢が2歳前後で言語能力もない状態にある。そこで、X1、X2は、Yに対して、①Yが適時に総合医療機関に転送すべき義務を怠ったため、X1に重い脳障害を残したこと、②仮にYの転送義務違反とX1の重い脳障害との間に因果関係が認められないとしても、重い脳障害を残さない相当程度の可能性が侵害された旨を主張し、不法行為に基づき損害賠償請求をした。原審は、①本件において、本件診療終了時まで急性脳症の発症を疑ってX1を総合医療機関に転送すべき義務がYにあったと認めることはできない。Yの医療行為には、一般開業医に求められる注意義務に違反した過失があるとまでいうことはできない。②仮に、Yに本件診療終了時までX1を総合医療機関に転送すべき義務があったとしても、鑑定の結果等に照らせば、Yの転送義務違反とX1の後遺障害との間に因果関係を認めることはできないし、また、急性脳症の予後は、一般に重篤であり、早期転送によってX1の後遺症を防止できたことについての相当程度の可能性があるということもできないとして、Xらの請求を棄却した。これに対し、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「(1)転送義務違反について (前略) Yは、(中略) …本件診療を開始する時点で、(中略) …等から、それまでの自らの診断及びこれに基づく上記治療が適切なものではなかったことを認識することが可能であったものとみるべきであり、さらに、Yは、X1の容態等からみて上記治療が適切でないことの認識が可能であったのに、本件診療開始後も、(中略) …ことからすると、Yとしては、その時点で、X1が、その病名は特定できないまでも、本件医院では検査及び治療の面で適切に対処することができない、急性脳症等を含む何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いことをも認識することができたものとみるべきである。

(前略) この重大で緊急性のある病気のうちには、その予後が一般に重篤で極めて不良であって、予後の良否が早期治療に左右される急性脳症等が含まれること等にかんがみると、Yは、(中略) …、本件診療中、点滴を開始したものの、X1のおう吐の症状が治まらず、X1に軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちにX1を診断した上で、X1の上記一連の症状からうかがわれる急性脳症等を含む重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入院加療等が可能な医療機関へX1を転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があったものというべきであり、Yには、これを怠った過失があるといわざるを得ない」。

「(2)相当程度の可能性の侵害について 医師が過失により医療水準にかなった医療を行わなかった場合には、その医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないが、上記医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明される場合には、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきである(最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁参照)。患者の診療に当たった医師に患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務の違反があり、本件のように重大な後遺症が患者に残った場合においても、同様に解すべきである。すなわち、患者の診療に当たった医師が、過失により患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である」。

「上記の重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存否については、本来、転送すべき時点におけるX1の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべきものである上、(中略) …、統計によれば、昭和51年の統計では、生存者中、その63%には中枢神経後遺症が残ったが、残りの37%(死亡者を含めた全体の約23%)には中枢神経後遺症が残らなかったこと、昭和62年の統計では、完全

回復をした者が全体の 22.2%であり、残りの 77.8%の数値の中には、X1のような重大な後遺症が残らなかった軽症の者も含まれていると考えられることからすると、これらの統計数値は、むしろ、上記の相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情というべきである」。

35. 食道癌の手術につき担当医の過失が認められた事例

最判平成 15 年 11 月 14 日判時 1847 号 30 頁判タ 1141 号 143 頁

【事案】

Yが開設したA病院で食道がんの手術を受けた患者Bが、手術後に抜管された直後に、気道閉そくから植物状態となり、その後、食道がんにより死亡した。そこで、Bの遺族Xらは、A病院の担当医師Cが、上記抜管後にBの呼吸状態の監視を十分に行わず、再挿管等の気道確保のための適切な処置を採ることを怠った過失があるなどと主張して、Yに対し、債務不履行又は不法行為による損害賠償を求めた。原審は、C医師に過失があると認めることはできないと判断した上で、Xらの請求を棄却した。これに対し、Xらは上告。

なお、医学的知見によれば、本件手術のような食道がん根治術の場合、気管内に挿入された管の抜管後に、このような上気道の閉そく等が発生する危険性が高いとされており、抜管後においては、患者の呼吸状態を十分に観察して再挿管等の気道確保の処置に備える必要があり、特に抜管後1時間は要注意であるとされている。

【判旨】破棄差戻し。

「前掲の医学的知見によれば、(中略) …、C医師は、抜管後、Bの吸気困難な状態が高度になったことを示す胸くうドレーンの逆流が生じた上記時点において、Bのこう頭浮しゅの状態が相当程度進行しており、既に呼吸が相当困難な状態にあることを認識することが可能であり、これがさらに進行すれば、上気道狭さくから閉そくに至り、呼吸停止、ひいては心停止に至ることも十分予測することができたものとみるべきであるから、C医師には、その時点で、再挿管等の気道確保のための適切な処置を採るべき注意義務があり、これを怠った過失があるというべきである。(中略) …、原判決は破棄を免れない。(中略) …損害等の点についてさらに審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」。

36. 生存の相当程度の可能性と医師の債務不履行責任に関する判示した事例

最判平成 16 年 1 月 15 日判時 1853 号 85 頁判タ 1147 号 152 頁

【事案】

亡Aは、平成 11 年 6 月 30 日、開業医Yの診療を受けた。Yは、診察の結果、Aの症状について、急性胃腸炎、食道炎、膵炎の疑いがあると判断し、同年 7 月 17 日にAを診察した後、同月 24 日に胃内視鏡検査(本件検査)を実施したが、Aの内部に大量の食物残渣があったため、その内部を十分に観察することはできなかった。Yは、再検査を実施せず、Aの症状を慢性胃炎と診断し、Aに対し、胃が赤くただれているだけで特に異常はない、心配はいらないと説明し、内服薬を与えて経過観察を指示するにとどまった。その後、Aは、同年 10 月 7 日、S成人病センターで診察を受け、同月 15 日から 21 日にかけて各種検査を

受け、その結果スキルス胃癌と診断され、治療を受けたが、同年11月には骨への移転が確認され、平成12年2月4日に死亡した。そこで、Aの相続人Xらは、債務不履行を理由に損害賠償を請求した。一審は、Yの過失とAの死亡との因果関係を否定した上で、Xらの請求を棄却した。原審も、Yに必要な再検査を実施しなかった過失があるとしたが、仮に、本件検査時点でスキルス胃癌との診断がされ、これに対する化学療法が行われれば延命効果があった可能性があったことは認められるが、それは化学療法が奏功したとすればという前提であり、その可能性はきわめて低いとされていたこと、延命可能性について、いかなる両方でどの程度延命の可能性があったか明確でないなど、延命可能性の内容には具体性がなくにわかに採用できず、化学療法によりAが延命できた相当程度の可能性を認めることは困難であるとして、控訴を棄却した。そこで、Xらは上告受理申し立て。

【判旨】破棄差戻し。

「医師に医療水準にかなった医療を行わなかった過失がある場合において、その過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないが、上記医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきである(最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁参照)。

このことは、診療契約上の債務不履行責任についても同様に解される。すなわち、医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、その結果患者が早期に適切な医療行為を受けることができなかつた場合において、上記検査義務を怠った医師の過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な検査を行うことによって病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為が行われていたならば、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相当である」。

「平成11年7月の時点においてYが適切な再検査を行っていれば、Aのスキルス胃癌を発見することが十分に可能であり、これが発見されていれば、上記時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法が直ちに実施され、これが奏功することにより、Aの延命の可能性があったことが明らかである。そして、本件においては、Yが実施すべき上記再検査を行わなかったため、上記時点におけるAの病状は不明であるが、病状が進行した後に治療を開始するよりも、疾病に対する治療の開始が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常であり、Aのスキルス胃癌に対する治療が実際に開始される約3か月前である上記時点で、その時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、Aが実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。これらの諸点にかんがみると、Aの病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、上記時点でAの

スキルズ胃癌が発見され、適時に適切な治療が開始されていれば、Aが死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があったものというべきである」。

37.アナフィラキシーショックによる死亡につき医師の過失があるとされた事例
最判平成16年9月7日判時1880号64頁判タ1169号158頁

【事案】

Bは、平成2年8月2日、Y1が開設する本件病院に入院し、Y2が主治医となった。Bは、受診の際、「申告事項」と題する書面の「異常体質過敏症、ショック等の有無」欄の「抗生物質」の箇所に丸印をつけて提出し、また、入院時には、本件病院の看護婦に告げた。Y2は、申告事項を見た上で問診を行ったが、その際、Bから同様な旨の申告を受けた。Bは、同月8日、本件手術を受けた。Y2は、手術後の感染予防を目的として、本件手術直後から、第二世代セフェム系抗生剤であるパンスポリン及び第三世代セフェム系抗生剤であるエポセリンを、いずれも皮膚反応による過敏性試験の結果が陰性であることを確認した上で投与した。手術から17日目、菌交代現象等により縫合不全部の炎症に対する上記各抗生剤の効果が低下している可能性があることから、Y2は、合成ペニシリン系のペントシリンと第三世代セフェム系のベストコールを併用して投与するのが適当と判断した。そして、Bに対する上記各抗生剤の過敏性試験が行われ、いずれも陰性と判定された。同月25日午前10時、Bに対してペントシリンとベストコールが点滴静注により投与されたが、Bに異常は認められなかった。ところが、同日、Bに対する細菌培養検査の結果が判明し、四種類の菌が確認されたことから、Y2は、抗生剤を、四種の菌すべてに感受性のあるミノマイシンに変更するのが適切であると判断し、当日夜の投与分からペントシリンとミノマイシンの投与（以下「本件各薬剤」という。）を開始することとした。同日午後10時、C看護婦がBに対し、本件各薬剤の点滴静注を開始し、午後10時02分ころ、Bの病室から退出したところ、点滴静注開始の数分後、Bは薬物ショック性の症状を発症し、Bの妻X1のナースコールにより午後10時10分に看護婦Dが病室に入り本件各薬剤の投与を中止し、当直医らが、10時30分に救急処置を行ったが、約3時間後死亡した。そこで、Bの妻子であるXらが、Y2が上記抗生剤投与後の経過観察をすべき注意義務及び救急処置の準備をすべき注意義務を怠った過失があるなどと主張して、Y1及びY2に対し、債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を求めた。一審は、Y2の観察義務違反、救急処置義務違反等の過失を認め、これらの各義務と死亡との間の因果関係は認められないが、Bは適切な治療を受ける機会を奪われたとして、Yらに対し、総額510万円の損害賠償を命じた。原審は、(1)本件各薬剤の投与に際して経過観察を行うべき注意義務があったとまでいうことは困難であり、上記注意義務を怠った過失があるとはいえない。(2)Bに対する救急措置に過誤があったということもできない、として、Xらの請求を全部棄却した。そこで、Xら上告。

【判旨】破棄差戻し。

「(1)本件各薬剤が(中略)…、その各能書きには、使用上の注意事項として、そのことが明記されており、抗生物質に対し過敏症の既往歴のある患者や、(中略)…アレルギー反

応を起こしやすい体質を有する患者には、特に慎重に投与すること、投与後の経過観察を十分に行い、一定の症状が現れた場合には投与を中止して、適切な処置をとるべきことが記載されていること、(2) Bは(中略)…申告書面及びY2による問診において、薬物等にアレルギー反応を起こしやすい体質である旨の申告をしており、Y2はその申告内容を認識していながら、Bに対し、その申告に係る薬物アレルギーの具体的内容、その詳細を尋ねることはしなかったこと。(3) 医学的知見によれば、(中略)…、投与後の経過観察を十分に行い、その初期症状をいち早く察知することが肝要であり、発症した場合には、薬剤の投与を直ちに中止するとともに、できるだけ早期に救急治療を行うことが重要であるとされている。特に、アレルギー性疾患を有する患者の場合には、薬剤の投与によるアナフィラキシーショックの発症率が高いことから、格別の注意を払うことが必要とされていること。(4) しかるに、Y2は、本件各薬剤をBに投与するに当たり、担当の看護婦に対し、投与後の経過観察を十分に行うようにとの指示をしておらず、アナフィラキシーショックが発症した場合に迅速かつ的確な救急処置をとり得るような医療態勢に関する指示、連絡もしていなかった。そのため、(中略)…C看護婦は、点滴静注開始後、Bの経過観察を行わないで、すぐに病室から退出してしまい、その結果、アナフィラキシーショック発症後、相当の間、本件薬剤の投与が継続されることとなったほか、当直医による心臓マッサージが開始されたのは発症後10分以上が経過した後であり、気管内挿管が試みられたのは発症後20分以上が経過した後、アドレナリンが投与されたのは発症から約40分が経過した後であった」。

「以上の諸点に照らすと、Y2が、薬物等にアレルギー反応を起こしやすい体質である旨の申告をしているBに対し、アナフィラキシーショック症状を引き起こす可能性のある本件各薬剤を新たに投与するに際しては、Y2には、その発症の可能性があることを予見し、その発症に備えて、あらかじめ、担当の看護婦に対し、投与後の経過観察を十分に行うこと等の指示をするほか、発症後における迅速かつ的確な救急処置をとり得るような医療態勢に関する指示、連絡をしておくべき注意義務があり、Y2が、このような指示を何らしないうで、本件各薬剤の投与を担当看護婦に指示したことにつき、上記注意義務を怠った過失があるというべきである」。

38. 分娩方法に関する説明義務違反と機会の喪失に関する事例

最判平成17年9月8日判時1912号16頁判夕1192号249頁

【事案】

X2は、初めての妊娠で通院を続けたが、平成6年2月9日、胎位が骨盤位であることが判明した。Y1は、殿位であって経膈分娩が可能であると判断し、X2に対し、経膈分娩に問題はないと説明し、経膈分娩によるとの方針を伝えた。Xら(夫X1、妻X2)は、骨盤位であるのに経膈分娩をすることに不安を抱き、Y1に対し、再三にわたり、帝王切開術によって分娩をしたいとの希望を伝えていたが、Y1は、経膈分娩が可能であること、もし分娩中に問題が生じればすぐに帝王切開術に移行することができることなどを説明し、再考を

促した。Y1は、出産の二週間前に胎児を測定し、前掲方針を維持した。X2は、出産予定日を経過した妊娠41週3日に、分娩誘発を開始した。Y1は、X1を内診し複殿位と判断したが、このまま経膣分娩をさせることとし、陣痛促進剤の点滴投与を始めたが、卵膜が強じて自然に破膜しなかった。そこで、Y1は、人工破膜を施工したところ、破水後に臍帯の膣内脱出が起り、胎児の心拍数が急激に低下したため、骨盤位検出術を開始した。Y1は、帝王切開術に移行しても時間がかかるため経膣分娩を続行させるよりも予後が悪いと判断してそのまま骨盤位牽出術を続行したところ、Xらの長男が重度の仮死状態で出生し、その約四時間後に死亡した。そこで、Xらが、Y1には、経膣分娩の選択ないし実行に関して過失があり、または、Y1が骨盤位の場合の経膣分娩の危険性や帝王切開術との利害得失について十分説明しなかったため、Xらが分娩方法について十分に検討した上で意思決定をする権利が奪われた結果、帝王切開術による分娩の機会を失し、Aが死亡したなどと主張して、Y1に対し不法行為に基づき、Yに対し債務不履行又は不法行為に基づき、損害賠償を求めた。原審は、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「Xらの申出には医学的知見に照らし相応の理由があったといえることができるから、Y1は、これに配慮し、Xらに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たっての重要な判断要素となる事項を挙げて、経膣分娩によるの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行までに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ、その後、陣痛促進剤の点滴投与を始めるまでには、胎児が複殿位であることも告げて、Xらが胎児の最新の状態を認識し、経膣分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、Y1の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務があったといえるべきである。ところが、Y1は、Xらに対し、一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、Y1の上記説明は、上記義務を尽くしたものであるといえることはできない」。

39. 拘置所における脳梗塞の発症と転送義務及び因果関係について判示した事例

最判平成17年12月8日判タ1202号249頁

【事案】

東京拘置所に勾留されていたXは、平成13年4月1日午前8時頃、医務部に運び込まれた。当直医A医師がXを診察したところ、Xには、脳内出血又は脳こうそくの疑いがあり、同日午前8時10分頃、Xは、拘置所のICUに収容された。A医師は、同日午前8時30分頃、経静脈栄養法を施行し、点滴を開始するなどし、酸素吸入も行われた。B医師(同日8時20分頃登庁、当日の当直医)は、Xの頭部のCT画像から、Xの症状は、脳こうそくに

よるものであると判断して、グリセオールの投与を行った。午前 11 時 15 分頃、C 放射線技師によって撮影された頭部 CT の画像から、B 医師は、脳こうそくであるとの当初の判断が正しいことを確認した。4 月 2 日の当直医 D 医師は、X に対して感染防止の投薬等を行うことを指示した。同日午前 9 時 27 分頃、脳浮しゅの進行が認められたことから、D 医師は気管切開を行った。そのまま拘置所で保存的治療を行うことが不相当であると判断されたので、X は、同日午後 3 時 41 分に転送先の F 病院に到着した。F 病院では、同日午後 10 時 15 分から X の緊急開頭減圧手術を施行したが、X は重大な後遺症が残った。そこで、X は Y (国) に対し、拘置所の医師は、速やかに外部の医療機関に転送すべき義務があったにもかかわらず、これを怠り、X に適切な治療を受ける機会を失わせたなどと主張して、国家賠償法 1 条 1 項に基づいて、慰謝料等の賠償を請求した。原審は、X の請求を棄却した。これに対し、X は上告。

【判旨】上告棄却。

「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、国は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負うものと解するのが相当である（最判平成 12 年 9 月 22 日民集 54 卷 7 号 2574 頁、最判平成 15 年 11 月 11 日民集 57 卷 10 号 1466 頁参照）」。

「東京拘置所においては、X の症状に対応した治療が行われており、そのほかに、X を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、X の後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないのであるから、X について、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、X に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということはできない。（中略）…医師が X を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない」。

40. MRSA 感染死亡事件

最判平成 18 年 1 月 27 日判時 1927 号 57 頁判タ 1205 号 146 頁

【事案】

A は（死亡当時 81 歳）、平成 4 年 11 月 3 日、脳梗塞のため、B 病院に緊急入院し集中治療室で治療を受けた。その後、一般病室へ移ったところ、同病室に A がメチシリン耐性黄色ブドウ球菌（以下「MRSA」という。）に感染するなどした後に、全身状態が悪化して死亡した。そこで、A の相続人 X らは、B 病院の C 医師らには、(1) 第 3 世代セフェム系のエポセリンやスルペラゾンに A に投与すべきでなかったのに、これらを投与したことにより、A に MRSA 感染症を発症させた過失、(2) 早期に抗生剤バンコマイシンを投与すべきであったのに、これを投与しなかったことにより、MRSA の消失を遅延させた過失、(3) 多種類の抗生剤を投与すべきでなかったのにこれをしたことなどにより、A に MRSA

感染症や多臓器不全などを発症させた過失等があり、その結果、Aを死亡させるに至ったなどと主張して、Yに対し、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた。原審は、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらは上告。

【判旨】破棄差戻し。

「(1) 第3世代セフェム系抗生剤のエポセリンやスルペラゾンの投与について(前略) 本件記録によれば、国立病院・国立療養所院内感染防止マニュアル作成委員会作成の院内感染防止マニュアルには、(中略) …、MRSA感染症の発症を予防するためには、感染症の原因となっている細菌を正しく同定して、適切な抗生剤を投与すべきであり、第3世代セフェム系抗生剤の投与は避けるべきであると記載されているし、(中略) …、当時の臨床医学においては第3世代セフェム系抗生剤を投与するのがむしろ一般的であったことがうかがわれるとしても、直ちに、それが当時の医療水準にかなうものであったと判断することはできないものというべきである。(後略) …

(前略) 当時の臨床医学においてはC医師らと同様に(中略) …を投与することがむしろ一般的であったことがうかがわれるというだけで、それが当時の医療水準にかなうものであったか否かを確定することなく、同医師らが(中略) …を投与したことに過失があったとは認め難いとした原審の判断は、経験則又は採証法則に反するものといわざるを得ない。

(2) バンコマイシンの不使用について(中略) …H鑑定書、F意見書及びG意見書に基づいて、C医師らが2月1日頃の時点でバンコマイシンを投与しなかったことに過失があるということとはできないとした原審の判断は、経験則又は採証法則に反するものといわざるを得ない。

(3) 多種類の抗生剤の投与について(中略) …前掲院内感染防止マニュアルには、MRSA感染症の発症を予防するためには、科学的評価に基づく適正な種類の抗生物質のみを使用すべきであると記載されているし、F意見書やI意見書にもこれと同趣旨の記載があることからすると、実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であったことがうかがわれるとしても、直ちに、それが当時の医療水準にかなうものであったと判断することはできないものというべきである。

(前略) 実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であったことがうかがわれるというだけで、それが当時の医療水準にかなうものであったか否かを確定することなく、C医師らが多種類の抗生剤を投与したことに過失があったとは認め難いとした原審の判断は、経験則又は採証法則に反するものといわざるを得ない」。

二 裁判例に関する分析

1. 法的規律情况及び学説

医療役務については、膨大な文献が存在する。これらの文献をまとめてみると、以下の諸点が見られる。

まず、医療役務の特徴について。役務提供契約の視角から医療役務の特徴を論じる文献²⁰¹

²⁰¹ 河上・前掲注(95)358頁、西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第

が見られる。全体的には、診療（医療）契約は、労務提供契約の一種ではあるが、その給付内容や対象において著しい特性をすることがしばしば指摘される。具体的には、第一に、契約締結時においては、具体的な債務内容が確定しておらず、病状の改善という漫然とした目標設定の下で、大きな枠組みが形成され、個々の債務は患者との応答や治療の経過の中で具体化されていくものである²⁰²。第二に、診療行為には、多かれ少なかれ身体に対する侵襲的性格があり、救命的かつ専門的性格及び専門性に伴う裁量的性格がある。第三に、労務の投入対象が人の身体・生命という重要な法益であり、主として生体機能の複雑性からくる支配不可能要因を含み、同時に患者との協力関係や信頼関係なしには十分な成果を期待しがたいという点がある。第四に、医療役務の特徴を論じる際に、手段債務か結果債務かとの定式もよく見られる。すなわち、前掲生体における支配不可能要因の存在は、医師の治療による成果の保証を困難にしておき、結果として、診療債務の「手段債務」化を導いており、一般に診療債務は「結果保証を伴わない専門的労務提供契約」とされつつ、結果の達成が相当程度確実なもの（例えば虫歯を抜くとか）については、契約当事者の意思表示としても結果の達成（仕事の完成）を約しているとも見ることが可能であるとされる²⁰³。これらの特性は、診療契約において、患者の自己決定権の保障、専門的水準にある労務提供の確保、医師の説明義務など、様々な面に反映される。実際に、これらの諸点、特に契約内容の不定型性・不確定性（役務提供過程に応じて具体化されていくこと）、役務受領者の協力及び専門家による役務の裁量性は、他の役務提供契約の場合にもしばしば論じられる典型的な特徴である。

第二に、契約の性質について。診療契約の性質論に関しては、他の役務提供契約の場合にもよく見られるように、委任か請負か及び、手段債務か結果債務かなどの問題を中心として、民法典の規定するいずれの典型契約に属するかという類型論争が見られる。今までの諸説を概観すると、概ね雇用契約説、請負契約説、準委任契約説、請負契約と準委任契約の混合説、準委任契約的な非典型（無名）契約説などになる²⁰⁴。今日では相当数の論者が準委任的な非典型（無名）契約と捉えている²⁰⁵が、特約がある場合には、特約に従

7 卷サービス・労務提供契約』（有斐閣 1984 年）158 頁など参照。

²⁰² 前田達明ほか『医事法』（前田達明）（有斐閣 2000 年）218 頁以下。前田説は、過程に応じて具体化された契約内容・行為義務については、「同一の行為義務が、各具体的事案によって、具体的にそれが説明され合意したか否かによって、契約内容たる行為義務であることもあり過失の前提たる行為義務であることもあるわけである」と指摘した上で、主張立証責任についても区別されるべきと主張している。したがって、債権者たる患者が、説明を受けて合意した医療行為を債務内容として、それについて主張立証責任を負うことになり、説明を受けず合意していない医療行為は過失の前提たる行為義務内容として医師側が主張立証責任を負うことになる（さらに、このような構成は、実体法上も訴訟法上も正当なものといえ、法文解釈にも適合しているという理由付けが見られる）。なお、前田・前掲注（40）90 頁以下も参照。

²⁰³ 河上・前掲注（95）359 頁以下。

²⁰⁴ 診療契約に関する従来の性質論争をまとめた近時の文献として、村山淳子「医療契約論——その実体的解明」西南学院大学法学論集第 38 巻第 2 号（2005 年）63 頁以下、李聲鈞「医療契約の法的性質と当事者に関する再検討」早稲田大学大学院法研論集第 105 号（2003 年）202 頁以下などがある。

²⁰⁵ 西原道雄「医療と民法」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社 1971 年）199 頁、清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌 52 巻 6 号（1965 年）796 頁、伊藤・前掲注（54）351 頁、野村好弘『医療事故の民事判例（増補改訂版）』（有斐閣 1979 年）303 頁、新美・前掲注（5）229 頁、野田寛「医療契約」

って判断され、特約がない場合には²⁰⁶、一般的に、歯科治療の一部や美容整形など特定領域の医療については、結果を保証する場合もあるため、診療契約の法的性質は基本的に準委任と解されつつ、特別な場合は請負と解されている²⁰⁷。しかし、医療契約を準委任契約と解しても、委任契約に関する民法の規定を全面的に適用することは適切ではないという見解もある²⁰⁸。例えば、民法 645 条の報告義務や民法 651 条の解約告知及び 653 条の委任者の破産による契約終了などの適用が問題となると指摘される²⁰⁹。その理由から、特別法たる医事法 19 条 1 項などで修正を受けて適用する必要があると指摘されている²¹⁰。具体的には、裁判実務上の要件事実論から考えても、できるだけ「典型契約」に位置づけて、それに必要な修正を加えるという方法論の方が、より法実務にとっては妥当であろう²¹¹とのような典型契約論を提案している。

契約全体についての性質判断は、以上のように概ね説得力があると考えられるが、医療契約の具体的な債務内容・行為義務内容に入ると、なお検討の余地があると考えられる。なぜなら、医療現場では、診察から治療行為を経ての治癒の関係は連鎖関係であり、診療契約はそのうちの一事象を給付内容とするものであると決めることのできない性質のものではないかと思われるからである。この点については、以下のような指摘がある。診察・治療行為はそれ自体を目的とするのではなく治癒をその行為の内容に包含したものであろうし、反対に治癒すればそれでよいというものではなくその過程としての診療行為の内容をも軽視するわけにはいかない。また、医師が患者に対してなす一連の診療措置には、問診、投薬、輸血、レントゲン撮影、手術あるいは歯科補綴などさまざまな要素を含み、これらを包括して一つの債務形態において捉えることができない²¹²と指摘されている。

上記の考察を踏まえて、本文では、特約がない場合に、こうした要素を勘案しながら、原則的には、個別場合を除き準委任説と捉える。それと同時に、委任に関する民法条文を修正的に適用しつつ、紛争に至る問題の具体的な診療行為の各々の特徴に重視して、事案ご

法律時報 59 巻 3 号 (1987 年) 33 頁以下、同『医事法中巻 (増補版)』(青林書院 1994 年) 399 頁、中村好一「診療録開示と診療契約」年報医事法学 14 号 (1999 年) 19 頁、前田・前掲注 (202) 218 頁以下、前田・前掲注 (40) 90 頁以下など参照。

²⁰⁶ 特約があるかどうかにより分けて考察される文献として、野田・前掲注 (205)「医療契約」33 頁以下参照。なお、特約がある場合には、客観的に治癒不可能にも拘らず、必ず治癒という契約の有効性、及び医師の過失責任を免除する特約・承諾の有効性などが問題になる可能性もある。

²⁰⁷ 手嶋豊「医師の責任」加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座第 3 巻 製造物責任・専門家責任』(日本評論社 1997 年) 317 頁。準委任説が多数説ないし通説と思われる。例えば、我妻・前掲第四章注 (1) 549 頁、加藤一郎『不法行為法の研究』(有斐閣 1961 年) 5 頁、西井・前掲注 (201) 156 頁など参照。

²⁰⁸ 医療契約を準委任契約として捉える学説自体が重大な疑問があるとして、委任契約に関する 13 箇条の条文を、医療役務の場合にそれぞれ分析した上で、644 条を除き、「準委任契約という道具概念を用いても、民法にはわずかに 13 箇条しか条文がなく、しかもその大半が医師患者関係に適用して大丈夫かと不安になるような内容である」という準委任契約説への疑問視している学説もある(樋口範雄「展開講座・医療と法を考える第 1 回 『Why=なぜ』で始まる医事法入門」法教 307 号 (2006 年) 203 頁以下参照)。

²⁰⁹ 前田・前掲注 (202) 216 頁以下。

²¹⁰ 前田・前掲注 (202) 217 頁以下。

²¹¹ 前田・前掲注 (202) 218 頁以下。

²¹² 伊藤・前掲注 (54) 350 頁。

とに問題になった当該診療行為が、具体的にどのような性質（手段債務か結果債務か、請負契約上の問題か委任契約上の問題か、一定の結果に向かう努力義務か一定の行為の完成義務かあるいは一定の結果が保証されるかなどの判断にかかわる²¹³）に属するかとの点も注意を払うべきと考える。

第三に、医療契約における債務内容・義務の分類。医療契約における役務提供者側（医療側）の義務については、概ね以下のような分類が見られる。すなわち、診療義務（診療の時期、診療の範囲、診療の基準などの諸要素を含む）と説明義務という分類²¹⁴、医師の診療義務、医師の説明義務、医師の転医措置・勧奨義務という分類²¹⁵、応召義務、守秘義務、診療義務、説明義務、受領物返還義務及びその他の公法上の義務などの分類²¹⁶、医師の診療上の注意義務、医師の説明義務、その他の診療に関係する医師の義務（診療を開始すべき義務、診療と療養の指導義務、診療の終了と教導・転送義務を含む診療自体に関係する医師の義務、診療結果の説明義務、医師の守秘義務を含む診療と医師としての法律上の義務）という分類²¹⁷、及び、私法上の義務から出発することではないが、応召義務、診断書・証明書等の作成・交付義務、無診察治療等の禁止、異状死体等の届出義務、処方せん作成・交付義務、療養指導義務、診療録作成・保存義務などの医師法に定められた医師の業務に基づく考察²¹⁸等である。このような分類から見れば、診療契約上の義務あるいは債務内容として、概ねに診療義務、説明義務と守秘義務に焦点を当てることが明らかとなる。そして、医療役務の瑕疵判断についても、このような三つの側面をめぐって検討されている²¹⁹。また、医療契約に関する学説を概観してみれば、義務の具体化、詳細化及びその適当性（債務の本旨に従って履行されるかどうかの問題）に着目する傾向が明らかとなる。すなわち、診療義務・債務の具体的な内容及びどのような場合には提供された診療役務に不完全・瑕疵があるかどうか、あるいはどのような場合には説明義務の違反・守秘義務違反となるかどうか

²¹³ 本稿では、一定の行為・仕事の完成義務を負うにも拘らず、仕事の結果について瑕疵担保責任までには負わないというものを、一応「一定の行為の完成義務」に帰属させる。実際には、医療行為の場合にも、マニュアル的な内容を有する側面、すなわち、患者に一定の徴候が見られたときにはそれに対応する一定の処置を執ることが通常認められ、それがなされなかった場合にはなぜ当該処置を実施しなかったのかについて医療側が説明を求められることからすれば、結果債務的な色彩もないわけではないともいえるであろうという主張（手嶋・前掲注（95）141頁）も、前掲の考え方をある程度説明しうるであろう。

²¹⁴ 野田・前掲注（205）「医療契約」35頁以下参照。

²¹⁵ 新美・前掲注（5）233頁以下。

²¹⁶ 村山・前掲注（204）70頁以下。なお、同論文においては、応召義務と守秘義務は、医療契約上の義務とは解さないのが通常であるとされる。

²¹⁷ 前田達明ほか『医事法』（稲垣喬）（有斐閣2000年）239頁以下参照。

²¹⁸ 手嶋・前掲注（95）37頁以下参照。なお、同書によれば、応召義務は私法上の義務ではないが、応召義務違反と患者の被害との間に因果関係が認められるときには、損害賠償責任の基礎となる過失が推定される根拠となる（千葉地判昭和61年7月25日判時1220号118頁、神戸地判平成4年6月30日判時1458号127頁など）とされ、医師法23条における療養指導義務については、療養指導義務を医師の説明義務の根拠とする理解もあるが、これは医師の説明を根拠づけるものの一つではあっても、すべてではないと解すべきである。また、同書は、私法上の分類として、医療契約における義務を、診療義務、説明義務と守秘義務と分類している（同書137頁以下参照）。

²¹⁹ 代表的な例として、手嶋豊教授による医療技術上の過誤、説明義務違反とプライバシー侵害・守秘義務違反という分類がある（手嶋・前掲注（95）137頁以下参照）。

などの問題点に着目することである。とりわけ、診療義務・債務については、診断・治療・手術・注射・輸血・麻酔・投薬・看護・レントゲン照射その他などの分類²²⁰や、問診・検査・投薬・注射・手術・麻酔・患者管理・出産期医療など²²¹の具体的な医療現場の実態に応じて検討したものが見られる。あるいは、医療過誤全体について、説明・承諾・告知・自己決定、誤判断、処置をめぐる問題、クスリ、放射線、輸血、予防注射、患者ケア、在宅医療、産科・婦人科・新生児、精神科、実験的医療、美容整形、特殊状況下の医療、歯科、医療文書、病院管理、救急・衛生行政、医療類似行為など²²²の医療過誤の具体的な形態に応じて展開したものも見られる。そのほか、診療契約の主たる債務の内容を、治療前・治療中・治療後という三段階に分けて検討するというような時間的進捗による機能的分化の提案も見られる。具体的には、治療前の義務として、事実解明義務を負い、治療中の義務として、治療を選択、実施するにあたって諸々の義務を負い、治療後の義務として、アフター・ケアの義務を負い、しかも、治療中・後の義務が、説明義務と密接に関係すると指摘されている²²³。

第四に、提供された役務の瑕疵の判断基準について。債務不履行責任構成をとる場合には、他の純粋な役務提供契約と同様に、医師は、診療契約に基づき善管注意義務を負うことになる²²⁴。この義務は、準委任説、請負説、無名契約説のいずれであっても変わりはない。すなわち、医療役務の瑕疵は、この善管注意義務懈怠としての債務不履行責任を構成できる点は、いずれの説も同様である²²⁵。問題となるのは、医療契約における善管注意義務はいったいどんなものなのか。この点について、医療水準論が展開されている。したがって、診療義務であれ、説明義務であれ、具体的な行為義務の存在及びその違反の有無を認定する際²²⁶に、医療水準論が大きな役割を占める。こうした状況を踏まえて、以下では、医療水準をめぐる、代表的学説を簡略に紹介してみる²²⁷。

今までの医療水準論を、あえて時期的に考察すると、概ねに「早期の普及説→通説として確立された相対説→現段階の相対説に対する疑問」との流れが見られる。

①早期の代表的な説として、松倉説、饗庭説、遠藤説を挙げることができる。まず、松倉説²²⁸は、いわゆる医学水準を学問としての医学水準と実践としての医療水準に分け、前者

220 最高裁判所事務総局編『医療過誤関係民事訴訟事件執務資料』（法曹会 1989 年）14 頁。

221 植木哲編『医療判例ガイド』（有斐閣 1996 年）の分類。

222 『医療過誤判例百選（第二版）』（別冊ジュリスト 140 号）（有斐閣 1996 年）の分類。

223 橋口賢一「診療契約の構造（二・完）——ドイツの義務を手がかりに——」同志社法学 53 卷 2 号（2001 年）170 頁以下参照。

224 野田・前掲注（205）「医療契約」35 頁、伊藤・前掲注（54）352 頁、加藤新太郎「医療過誤訴訟（1）」鎌田薫ほか『民事法Ⅲ——債権各論』（日本評論社 2005 年）268 頁以下など参照。

225 伊藤・前掲注（54）352 頁。

226 前田・前掲注（202）221 頁、前田・前掲注（40）93 頁。

227 1990 年以前の学説のまとめは、稲田龍樹「医療水準と過失の判断」法学新報 96 卷 11=12 号（1990 年）335 頁以下、滝井繁男「医療水準論に関する一考察——特に転医との関連において」法律時報 56 卷 6 号（1984 年）83 頁以下のまとめを参照したものである。

228 松倉豊治『医事紛争：医療側の問題』（永井書店 1976 年）140～143 頁、同『医学と法律の間』（判例タイムズ社 1977 年）131～134 頁、同「医療過誤問題の現状と今後」北陸医事法研究会誌 2 号（1984 年）7 頁以下など参照。

はいわば学界水準または研究水準であり、後者は右水準の知見を基にさらに医療の実際に適合するための研究を経てようやく一般化するに至ったもので現に普遍化ないし定着化した、いわば技術水準又は経験水準である。右の医療水準に達したといえるためには、少なくともある地域におけるその専門に属する医師の大多数がほぼ通常にこれを治療の実際に用い、かつそのための機械、設備などもその程度に普及しているといえる状態にあるものであり、その修整因子としては、地域別、専門別のほか大病院、大学病院などと通常の診療所の別や、平常時と緊急時など診療条件の差などを考慮する。第二に、饗庭説²²⁹は、医療水準の形成過程に着目する。具体的には、「右知識の普及は、医師の症例の遭遇、指導者の養成、医療機関の内部における経済的裏づけ、年次的構想による人的・物的設備の充実に加えて、その医療機関の特質、その置かれた地理的・社会的条件により具体的実践の浸透の程度が異なってくることは、客観的事実として認められねばならないであろう」²³⁰。それと同時に、このようにして形成された診断・治療基準が、やがて再び批判にさらされ、その検証に耐えられず、否定されることもしばしばであるという動的過程もあると指摘している。また、医療水準の判断については、現代医療の特異性により、情報の膨大さ、「研究・治療が極度に専門化・分化的傾向に進みつつあり、実践として、知識の普及の進行度、人的・物的体制の整備の進行度が、それらも行為時点から判決時点までの広がりの中で同時的に判断が求められるということになれば…非常に困難な状況が予測せられる」²³¹と指摘している。第三に、遠藤説²³²は、医療水準は、医学水準と区別されなければならないが、それが現実の実践としての臨床医療に尽きるものではない。臨床医の実践的な水準を基礎としながらも、その合理性を検証する意味で、医師が現状に安住していないか、現代医学の知識や医療技術をどの程度吸収・研鑽すべきか、という規範的、法的評価を包摂するものであると説いている。この医療水準は、医師の注意義務内容を再編成しようとするものといえ、従来、過失判断の具体的基準とされてきた専門性（総合病院においては人的・物的設備の充実あるいは専門家間の協力体制の確立の有無、個人病院において患者の転送体制の存否）、地域性（医療水準となる知識の普及程度及び経験度などの問題）、緊急性をそれ自体独立して過失判断のメルクマールとして機能する余地は少なくなったと指摘している。

こうした早期の水準論は、遠藤説のような絶対的な医療水準論もあるが、松倉説、饗庭説のように、地域別、専門別、社会的な条件、病院の性質などを完全に無視しているわけではなくて、これらを、医療水準を判定する際の修整因子としてその役割を果たすとするものもある。したがって、この時期の説は、一見すると絶対的に見えるが、実際に、医療水準論を相対説へ展開する要素もすでに含まれた。

②判例の蓄積とともに、相対説はついに学説上にも定着した。代表的な説として、野田説、稲垣説、植木説などを挙げるができる。

²²⁹ 饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判タ 415号（1980年）54頁以下参照。

²³⁰ 饗庭・前掲注（229）66頁。

²³¹ 饗庭・前掲注（229）67頁。

²³² 遠藤賢治「医療水準と過失」自由と正義 28巻 10号（1977年）23頁、27頁、28頁。

野田説。当該説によれば、医師の過失判断の基準としての医療水準は、臨床医学の実践における医療水準であるから、臨床医学が医療へと転化・具体化されるにあたり媒介となる医療制度（医療に関する各種の取締規定、各科協力体制つまり医療施設における組織医療、全国的組織医療など）、医的慣行、時間的（緊急性）、空間的（地域差）事情などを総合して決められるべきである。また、医療水準の医学的側面では、ある病気の診断と治療の方法が臨床医学の実践レベルで定着した時期の水準を解するものとして一般的医療水準を考え、制度的側面では、当該医師の経験知識、医療環境、医療制度などの具体的事案における諸事情を考慮した具体的医療水準を考え、これらにより過失の判断をしようとする²³³。

稲垣説²³⁴。この説は、医療水準を、現実の医療の現場における医師の臨床上の行動の準則及び、医療行為が適切か否かを判断する対象として位置づけると同時に、賠償請求の法的構成（債務不履行か不法行為か）に関わらず、医療水準は過失存否の判断における注意義務の基準を構成し、これに基づき医師の過失の成否が決められるとすべきこととする。この説は、医療水準と過失判断との関係についても具体的な検討を加えた。すなわち、過失の判断は、医師の判断を経てされた現実の診療を、第三者の立場から事後的に評価するものである以上、まず、法律上の基準に先立ち医療側の水準である医療水準を定立し（過失判断の前提基準）、次に、それからの離反の程度（裁量範囲の逸脱を含む、右水準からの距離ないしずれが一定の線を超えるか否か）に従って過失の成否を決するという二段階の理論構造を持つものであると指摘する。また、医療水準に関する証明責任についても論じている²³⁵。

植木説²³⁶。この説は、判例の流れを検討したうえで、医療水準（論）を以下のように概括

²³³ 野田寛『医療事故と法』（新有堂1982年）47頁、48頁、同「最近の医療過誤訴訟の動向」ジュリスト724号（1980年）17頁、同「未熟児網膜症訴訟の現状」ジュリスト839号（1985年）87頁以下など参照。

²³⁴ 稲垣喬「未熟児網膜症判決の分析」判タ544号（1985年）58頁、同『医療訴訟と医師の責任』（有斐閣1981年）106頁、131頁、132頁、166頁、同『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社1985年）146頁、153頁、154頁、163頁、237頁、238頁、240頁、246頁、292頁、同『医療訴訟理論の展開』（日本評論社1992年）195頁以下、稲垣・前掲注（217）245頁以下参照。なお、医療水準と過失との関係について、河原格「医療水準と過失」損害保険研究59巻3号（1998年）12頁に於いても、類似な主張が見られる。すなわち、「技術水準としての医療水準と過失との関係については、医療水準の内容と、当該医師の治療行為とが食い違っていたとしても、それは過失を想定させるものではあるが、それが直ちに過失を判断させるものではない。医療水準すなわち法的な過失とされる法的基準ではないからである」というものである。

²³⁵ 稲垣・前掲注（217）284頁以下参照。具体的には、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁（裁判例23）に依拠しながら、当該医療機関にとって準拠・施行すべき水準的療法の存在については、原告患者側において主張・立証すべきであり、そこから導かれる主張の具体的内容としては、診療契約の締結している事実を前提として、有効性と安全性の是認された療法の存在を示したうえで、その医療機関の特性上これを医学的知見として認識しかつその療法を実施できる状況など、最判の言う諸々の事実を構成する事情ないし間接事実を摘示して準拠すべき医療水準を基礎付けるべきである。そして、被告医療側としては、最判が提示する特段の事情として、原告の主張する水準の存在を否定する間接事実、または他の水準的療法の存在という対立事実を主張し、これらを裏付ける証拠資料を提出し、新規の療法について水準性の獲得がない、あるいは他の水準的療法に依ったことに根拠があると評価されるための負担を尽くすこととなる。次いで、医療機関において現実を選択・施行された診療が、その注意義務の基準として認められる医療水準に従った相当なものであるか否かの判断の際の主張・立証責任については、原告側は診療行為の医療水準からのずれを、被告側がそれへの適合を主張している形とされる。

²³⁶ 植木哲「医療水準（論）に関する一管見」判タ1191号（2005年）51頁以下。

している。すなわち、医療水準は診療契約に基づき医療機関に課せられる法的義務（規範）であること、そこで要求される医療水準は「当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮」して決定されること、すべての医療機関に一律に要求されるものではないこととの指摘である。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及し、当該医療機関においてこの知見を有することが相当と期待される場合には、当該知見は当該医療機関にとっての医療水準となるのである。また、当該説は、新規の医療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、患者が当該医療機関において医療水準に応じた知見を有することが期待できる場合には、この知見は特段の事情のない限り医療水準と認められるとされる²³⁷。それと同時に、当該説は、医療過誤について、企業責任から医療責任への法理の転用の可能性を指摘しつつ、医療責任を医師の個人責任として捉える見解から脱し、医療機関の組織（体）責任を追究するとの構想²³⁸を提案している。

③上記のように、「当該医療機関（医師）の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮」して決定すること及びすべての医療機関に一律に要求されるものではないというような医療水準相対説がついに学説・判例上に定着したが、相対説を認めるものの、相対説に疑問視を呈する学説も登場しつつある。代表的なものとして、滝井説、中井説、新美説及び手嶋説を挙げることができる。

滝井説²³⁹は、医師の過失を論ずる場合に、医療水準の意味するところや位置づけは決して一致しているとはいえず、むしろ、ある結論を正当化するための単なるキーワードとして用いられているに過ぎないという感が深いと指摘し、しかも、多くの見解が、医師の置かれた具体的な状況ごとに医療水準が異なるとの立場に立っているため、今日、医師の環境・役割が多様化していることを考えれば、それらの要素の評価如何によっては一般的医療水準を論ずる意味は限られたものといわざるを得ないことになる²⁴⁰というように、医療水準に対して消極論を示している。また、この説は、医師の義務（実施義務・転医義務・説明義務）の成否を、患者の意思を付度しつつ、治療法と医療側の要素をもとに図式化するという総合判断枠組みを提唱しながら、医療水準論を批判している。すなわち、医師の注意義務を判定する要素は多様（患者側の要素、医療側の要素、治療法の要素など）であり、また具体的な医師の義務を医療水準という一つの物指しで判定することが到底不可能であり無意味であるという批判である²⁴¹。それと同時に、この説は、医療水準は、その医療機関のおかれた社会的経済的環境によって異なるというのであるから、その要素をどの程度個別化し重視するかによって、その内容が変わってくること、医療水準は、当該医師の専門

²³⁷ 植木・前掲注（236）59頁。

²³⁸ 植木・前掲注（236）60頁。

²³⁹ 滝井・前掲注（227）82頁以下、滝井繁男=藤井勲『『医療水準』の現状とその批判』判タ629号（1987年）12頁以下など参照。

²⁴⁰ 滝井・前掲注（227）84頁、滝井=藤井・前掲注（239）12頁。

²⁴¹ 滝井=藤井・前掲注（239）16頁以下参照。

分野及び隣接分野における水準的知識をもとに判断するとされており、各専門分野の分化がすすみつつあることを考えると、専門の範囲をどのように設定するかにより水準的知識の内容は変わらざるを得ないことにもなること、及び、医療水準を医師の注意義務の基準とする通説が当該医師の専門や医療機関のおかれた社会・経済的環境を問題にすると、医師が新しい知識や技術の吸収を怠っている、その怠慢が平均的なものである限り、その知識・技術の普及していないというだけの理由で、怠慢そのものが正当化される恐れがあることなど²⁴²の問題点を指摘しながら医療水準論を批判している。

中井説²⁴³。この説は、概ね以下のように主張している。医療水準が医師の帰責判断の基準として有効であることは一般論として異論はないが、未熟児網膜症諸判例における「医療水準」の立て方は、滝井説の指摘する問題点がある。そして、医療水準の確立時期を一定の時点に客観的に確定することにより帰責基準の客観化を企てることは有効でない。医師の負う義務の裁量性を考えるとき、医師の帰責基準確立の手順としては、医療水準の確立時期がいつかといった点に重点をおかず、医療行為過程を全体的に見ながら医師の説明義務違反や酸素管理義務違反などを認定して医師の過失を判断するという方が筋道である。確かに医療水準として確立していたか否かは帰責判断に客観性を与えられるが、客観的処理を追及する余り、医学論文や資料にもっぱら重点を置いた判断に偏るならば、本来行為者の行為態様を通じての帰責判断の基準が硬化してしまう。そのため、当該説は、医療水準は、診療契約上の諸義務類型を規定するものであるならば、その義務違反者のそれぞれにおける帰責判断のための主観的事実の評価は、必ずしも医療水準にこだわる必要のないことであり、それは総合的な法的評価に基づくものではないかと主張している。

新美説²⁴⁴は、医療水準に関する従来の法律学説を、「普及説を批判し、相対説（法規範説）を唱えるものが多数を占めようになってきた。すなわち、普及説によれば臨床実務の現状追認にとどまってしまう、医療慣行を判断基準とすることと異ならず、輸血梅毒事件最高裁判決以前の状況に後退することになってしまうとの批判をもとに、医療水準を医師または医療機関に要求すべき水準として規範的に捉え、当該医師または当該医療機関を取り巻く具体的事情をも考慮して決すべきであるとするのである」と確認した上で、平成7年判決を「医師ないし医療機関の過失ないし注意義務違反の判断構造…『有効性と安全性とが是認された』治療法に関する知見を第一の基準とし、医師ないし医療機関の専門性、地域性などといった諸事情を二次的な基準として判断する構造である」²⁴⁵と解説したうえで、医師の過失の判断については、「医師の専門家としての判断に基づき有効性と安全性とが是認された医療の実施を終局的な目標として、医師あるいは医療機関を取り巻く諸要因を考

²⁴² 滝井・前掲注(227) 86頁。なお、滝井説は、同様な理由で、医師の研鑽義務を強調している。

²⁴³ 中井美雄「医療訴訟における帰責判断をめぐる若干の問題」『中川淳先生還暦祝賀論集・民事責任の現代的課題』（世界思想社1989年）361頁、390～392頁、395頁など参照。

²⁴⁴ 新美育文「医師の過失——医療水準論を中心に——」法律論叢（明治大学法律研究所）71巻（1999年）4-5号 69頁以下参照。

²⁴⁵ 新美・前掲注(244) 81頁。

慮に入れて、その目標に実現を期待することが社会的にみて適切であるかどうかにより」判断すべきであり、そして、「専門家としての判断と患者の意思ないし期待と社会の期待とが複合されるべき」であり、「三者は過失判断にとってそれぞれ固有の意義を有しているといえ、その妥当な領域を誤らないように注意する必要がある」というような複合的な判断構造²⁴⁶を提案している。こうした検討に基づき、当該説は、医療水準の具体的な内容を、医師の研鑽義務と医療機関の人的・物的設備整備義務、医師の専門性ないし医療機関の性格、地域性、時間的制約、特異体質、裁量性などに分けて注意義務へのそれぞれの影響についても検討を加えた。

手嶋説²⁴⁷は、医療水準自体の内容を判例に即して論述しているとはいえ、医療水準概念を取り巻く状況について特に論じていることが注目に値する。すなわち、医療水準は、新しい治療法がいつの時点から診療に当たる医師に実施義務となるのかという議論にはなじみやすいが、一般に行われている医療行為の内容が適切であったかどうかという場面では必ずしも必要なわけではないとされる。また、当該説は、医師の医療技術の実施に重点を置いた義務に加えて、医師には緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くすべきだとの主張もあり、また近時は医師の信認義務を前面に押し出す見解もあると指摘している²⁴⁸。こうした見解は、特に、必ずしも医療水準が必要とはしない点、あるいは医療水準だけでは決して解消することができない点は、水準論の意義に関連して、他の役務提供契約の場合にも重要な示唆があると考えられる。

前述した医療水準論が、ほぼ診療義務に対してのみ想定されるものであるから、説明義務違反の場合における役務の瑕疵については、なお別に考察することが必要となる。そこで、以下では、医師・医療機関の説明役務の瑕疵判断に関する学説状況を簡略に補充する。

医師が患者に対しその病状、治療方法、治療に伴う危険、その他を説明すべき義務であることは、今日では学説・判例ともに異論なく認められる。また、説明義務の範囲や内容、及びその違反の有無の判断基準についても、裁判例の積み重ねや学説などの集積によって、ある程度上の類型化が図られることが明らかになってきた²⁴⁹。具体的には、医師の説明は、①承諾を得るための説明、②療養指導としての説明、③顛末報告としての説明などに分類されて、その中で、①は、患者の自己決定権にかかわり、②は、医療水準の問題として扱われ、③は診療契約における付随義務として論じられる²⁵⁰。そのほか、②療養指導としての説明は、診療行為それ自体を適切に遂行するためのものであって、悪しき結果を回避するための注意義務の一態様であるとされる²⁵¹。

²⁴⁶ 新美・前掲注(244) 93頁。

²⁴⁷ 手嶋・前掲注(95) 141頁以下参照。

²⁴⁸ 手嶋・前掲注(95) 143頁。

²⁴⁹ 中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務大系第1巻 医療過誤訴訟法』(青林書院2000年)70頁、同『医療訴訟の実務的課題——患者と医師のあるべき姿を求めて——』(判夕社2001年)93頁以下。

²⁵⁰ 手嶋・前掲注(95) 149～150頁、中田ほか・前掲注(17) 185頁以下参照。

²⁵¹ 稲田龍樹「説明義務(2)」根本久編『医療過誤訴訟法(裁判実務体系17)』(青林書院1990年)190頁。

医師が患者に対して説明すべき項目としては、診断の内容、患者の現在の状態、予定している治療法の概要と目的・方法、治療の危険・副作用の可能性、代替できる治療法の存否とそこから期待できる効果、放置した場合の転帰、治療期間など、これらの情報提供の範囲も原則として医療水準によって決定される²⁵²。また、説明義務は、診療に関して一般的に定立されることなく、個別的な各事案の状況とくに診療の必要と患者の性格・姿勢に依存し、処置の危険性や診療目的そのものと深くかかわっている。したがって、それは事案ごとに解決されるべき要請を含むものであり、その義務履行の適法性はこれらの諸事情を総合的に勘案し、適切かつ相当とされる説明義務の履践があったといえるか否か、というように優れて評価的な判断により決せられるという指摘がある²⁵³。こうした総合判断は、どのようになされるべきか、すなわち、医師が、患者に対して、具体的にいかなる範囲で説明すべきかという問題の具体的な判断基準として、合理的医師説（医師の間での一般的慣行を踏まえ、通常の医師が説明する情報を説明しているか否かを基準とする）、合理的患者説（当該患者のおかれた状況を前提として、合理的な患者であれば重要視する情報を説明したか否かを基準とする）、具体的患者説（合理的患者説をさらに進めて、当該患者が重要視する情報も説明したか否かを基準とする）、二重基準説・複合基準説（具体的患者説を前提として合理的医師説を重畳基準とする）などの諸説が見られる²⁵⁴が、学説上は、立証責任の負担²⁵⁵、患者の自己決定との相容可能性²⁵⁶などを理由に、「標準的な情報提供の水準がはっきりしないことも少なくないように思われる。合理的な患者にとり重要な情報は何かを理解

²⁵² 手嶋・前掲注（95）150頁。なお、医療水準上、治療方法として確立されていない場合の説明義務については、否定説と限定的肯定説がある。詳しくは、中村・前掲注（249）実務的課題72頁以下、新美育文「判批」リマックス26号（2003年）26頁以下参照。中村判事は、医療水準上、治療方法として確立されていなかったとしても、専門医により有効報告されつつある治療法が存在するとの知見が一般的に普及していれば、医師に対してその治療法について説明義務を課したとしても、それは、困難を強いるものでないと指摘している。同様に、植木教授も、「医療水準として未確立の療法であっても、医師の医療責任は格別（但しそれに向けた研修や研鑽は必要となる）、それに即した説明や転医措置が必要となる」と説示している（植木・前掲注（236）59頁）。その中で、寺沢教授らは、信頼考慮説を立て、患者の合理的期待を考慮して医療水準が決定されるべきであり、有効性と安全性とが是認されつつあることは専門医として知ることが義務づけられ、療法の決定の結果が患者に多大な影響を与える場合には、その療法の説明は不可欠であると主張している（寺沢知子「医療水準と『説明義務』」医事法年報13号（1998年）9頁以下）。但し、新美教授は、「医療水準としては未確立であっても、有効である可能性のある療法については説明を受けたいとの患者の期待は十分に理解できる。しかし、患者が希望する限り、そのような療法について説明をすべきであるとするのは、医師に不当な負担を強いる恐れがある。患者の自己決定権の尊重のためであるとしても、説明義務はあくまでも医師に課される義務であり、医師に対して不当に重い負担を強いるものであってはならない」という慎重論を示したうえで、担当医師が当該療法についてどのような評価を持っているのが重要な考慮要素であると主張している。すなわち、「消極的評価をしている者は、専門家として、…そのような正しいとはいえないと考えている情報を患者に伝えることは、医師として無責任ではなかろうか。患者に療法選択についての熟慮の機会を与えるという理由であったとしても、医師として責任の持たない情報を伝えることを義務付けるのは、医師に自己矛盾を強いることになり、適切ではあるまい。そのような情報を伝えることが逆に誠実に患者の診察にあたるべき臨床医としての注意義務に違反するともいえる」という指摘である（新美・前掲（252）「判批」29頁）。

²⁵³ 稲垣・前掲注（217）261頁。

²⁵⁴ 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」『民法の争点Ⅱ』（有斐閣1985年）230頁、同「判批」前掲注（222）10頁。

²⁵⁵ 新美・「判批」前掲注（222）11頁。

²⁵⁶ 手嶋・前掲注（95）150頁、中村・前掲注（249）「説明義務」72頁など参照。

するためには医師は患者と話し合う必要があり、これはインフォームド・コンセントの目指す実質であることに鑑みれば、合理的な患者であればどの程度の情報を求めるか、を基準としつつ、個別具体的な患者の事情を医師が知りまたは知りうる場合には、その事情に従って説明の範囲が決まる、いわゆる二重基準説が相当であるだろう²⁵⁷というのが、一般的になる。そして、これらの基準を参考しつつ、「医師らは、患者らに対して、種々の情報を説明する場合、基本的には素人である患者らの理解力、認識力、判断力、年齢などを考慮し、さらに、説明を受ける際の患者の精神状態（不安、混乱、神経過敏など）を踏まえたうえ、患者らの理解度をチェックしながら、図や写真を使用するなどわかりやすい説明に心を配る必要がある。また、説明が一方通行にならないよう配慮すべきである。…患者自身が説明を理解するに足る能力がない場合や患者に説明することによって患者に悪影響をもたらす可能性が高い場合には、代諾者として、患者の家族等の看護者に対してその説明をすれば足りる」²⁵⁸というように具体的に提案するものも見られる。このように、説明義務については、役務提供者側と役務受領者側との両方から出発して、役務提供者の特徴、役務受領者の特徴及び役務自体の特性に即して具体的、総合的判断基準を導くことは、他の役務提供契約の場合にも妥当であろう。

また、説明義務が免除される場合として、学説上は、患者がすでに治療の内容を知っている場合、救急の場合、強制的治療が認められる場合、患者が説明を受ける権利を放棄している場合、さらに真実を告げることが患者に対して重大な悪影響を与えるであろうことが確実と予想できる場合（治療上の特権）を挙げることが多い²⁵⁹。

さらに、顛末報告義務としての説明も問題となりうる。これらは、治療前の説明と承諾と異なり、自己決定権の問題には関わらないものである²⁶⁰。学説上はこうした説明義務を認めるかについて賛否両論の状態である²⁶¹。医師は診療の終了等に際し準委任事務の処理として、診療の結果、患者の現況などについて診療録に基づき説明する義務があると認めても、以下の諸点を補充しておく。まず、すでに述べたように、プロセスとしての役務提供において、役務提供自体あるいは提供された役務にトラブルが生じた際または生じるであろう場合には、役務受領者からの請求の有無を問わず、報告義務を負うべきという考え方は、医療契約の場合にも当てはまると考える。その他の役務提供と異なるのは、トラブル

²⁵⁷ 手嶋・前掲注（95）150頁。

²⁵⁸ 中村・前掲注（249）「説明義務」73頁以下。

²⁵⁹ 手嶋・前掲注（95）151頁。

²⁶⁰ なお、将来の生活、継続治療の選択から鑑みると、自己決定の要素も含まれることは否定できない。

²⁶¹ 手嶋豊「医療と説明義務」中田ほか・前掲注（17）188頁。具体的には、手嶋豊「医師の顛末報告義務に関する学説・裁判例の最近の動向」民事法情報85号（1993年）41頁参照。代表的なものとして、医師は顛末について説明・弁明する義務を負わせるべきであるとする見解（新堂幸司「診療義務の再検討——医者の弁明義務を手がかりとして」昭和50年度弁護士制度100年東京弁護士会秋期講習会講義録90頁以下（同『民事訴訟法学の展開』（有斐閣2000年）に収録）と、「こうした説明義務は、結局、診療債務の履行に付随する義務でしかない」とか、「過誤があると思われる場合に結果報告義務を認めることは過失の立証の問題の領域に入り込む、つまり、医師に過失がなかったことの証明を強いることになる」などの見解（金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」日本医事法学会編『医事法学叢書3 医事紛争・医療過誤』（日本評論社1986年）225頁、247頁）などの対立が見られる。

が生じた際の報告義務の具体的な範囲などが、前述した二重基準説に従って判断すべきであることにある。このような報告義務は、645条に定められる報告義務と異なって、役務受領者からの請求の有無に関係なしに負う。次に、医師が患者に対して、診療・治療を行う場合、通常は、その診療・治療の過程において診療・治療の経過や治療内容などの説明をしていることも多く、診療・治療によって良好な経過をたどったときには、診療・治療の終了時においてことさらにその顛末について報告すべきとして問題となることは余りない²⁶²という一般の事務処理と異ならない点を指摘した見解も見られる。最後に、治療中に過誤した医師が患者への報告義務については、認められた裁判例はあるが、これが一般化できるかどうかは検討の余地がある²⁶³。これらの諸点は、他の役務提供契約に対しても重要な示唆を得ることができる。つまり、役務提供契約の法的性質が決められたとしても、直ちに特定の契約類型に関する民法の定めに基づいて具体的な義務を導くのではなく、その具体的な事情に即して修正して適用すべきという考え方が可能である。

そのほか、守秘義務の違反に関する判断基準については、もっぱらこの領域をめぐって展開された文献が少ないので、その判断基準はまだ明らかにされていない状況にある²⁶⁴とはいえ、基本的には患者のプライバシー保護の要請によるものでありつつ、その漏洩する事項及び相手等については分かって考察すべきである²⁶⁵と考えられる。

前掲諸学説をまとめてみれば、医療水準論の優勢が明らかであり、診療義務のみならず、説明義務さえ重要な位置を占めている。また、診療義務の場合であれ、説明義務の場合であれ、相対的、規範的な要素を取り込んで、特に、役務提供者の特徴、提供の時期、役務受領者の特徴、医療役務自体の特徴などの個別的な判断要素と、社会全体の基準などの一般的な判断要素を組み合わせる具体的な役務、行為の適否を判断する方法は、この種の役務の瑕疵を判断する際の重要方法となる。

なお、前述した契約の法的性質決定と関連して、請負契約と解する余地もある特定の医療役務の瑕疵判断にも簡略に触れておく。請負説と解すれば、634条以下の瑕疵担保責任の適用もありうる。従って、提供された役務の瑕疵の判断は、結果の瑕疵による判断すべき、しかも、損害賠償責任につき役務提供者の過失を要せずに済むというようになる。しかし

²⁶² 中村・前掲注(249)「説明義務」96頁。

²⁶³ 手嶋・前掲注(95)152頁。

²⁶⁴ この点については、医師の守秘義務を保護義務として捉えるものが見られる(村山・前掲注(204)72頁)。守秘義務違反の民事責任については、「医療関係者が患者の情報を正当な理由なく患者以外の第三者に漏らした場合、刑事責任以外にも、損害賠償責任の根拠ともなる。医師・医療関係者の守秘義務は、公法上の義務であるばかりでなく、契約上の義務でもある。医療関係者が診療行為の過程で知り、または知ることが必要とされた情報は、診療契約上、正当理由なく患者以外の者に漏らさないことが当然に求められていると解され、これに反した場合は契約上の義務違反あるいはプライバシー侵害として責任を負わされる」という指摘がある(手嶋・前掲注(95)54頁)。医師の守秘義務についてその他の文献については、佐久間修「医療情報と医師の秘密保持義務」大野真義編『現代医療と医事法制』(世界思想社1995年)40頁以下、医師の守秘義務と犯罪通報義務、届出義務との関係については、同「医師の守秘義務と公益上の通報義務——最高裁平成十七年七月十九日決定をめぐって」ジュリスト1303号(2005年)64頁以下、増成直美『診療情報の法的保護の研究』(成文堂2004年)などにも参照。

²⁶⁵ 稲垣・前掲注(217)270頁。

ながら、諸学説を見わたると、医師・医療機関による役務の瑕疵の判断及びその法的効果を、請負瑕疵担保責任により取り扱う文献は、殆ど見当たらない。その状況から見ても、請負説についてはさらなる検討が必要となるのではないかと考える。

第五に、帰責事由・過失と本旨不履行との関係について。診療役務の場合に限って²⁶⁶、以下のような論説が見られる。この点について、中野教授による「手段債務としての診療債務の特質上、その履行不完全の事実は診療経過における医師側の注意義務違反の具体的事実を内含せざるを得ず、履行不完全につき負担する具体的証明責任が、実質上、一般の場合に帰責事由の証明責任の内容として取り扱われるべき事項をも大幅に背負い込む結果となり、その限りにおいては、不法行為構成によったときに医師側の過失の証明責任を患者側が負担するのと大差がない」²⁶⁷という有名な論説がある。この「不完全履行の事実」と「帰責事由」との一致性が、広範に認められてきた。例えば、「…債務不履行責任を根拠としても、『債務不履行事実』として、医師が『善良な管理者としての注意』を怠っていたことを立証しなければならず、…とくに断らない限り、『過失』概念と『債務不履行の事実』概念とを同義として用いる」と説く新美説である²⁶⁸。なお、前田達明教授は、「同一の行為義務が、各具体的事案によって、具体的にそれが説明され合意したか否かによって、契約内容たる行為義務であることもあり過失の前提たる行為義務であることもあるわけである。…債権者たる患者が、説明を受けて合意した医療行為を債務内容として、それについて主張立証責任を負うことになり、説明を受けず合意していない医療行為は過失の前提たる行為義務内容として医師側が主張立証責任を負うことになる」²⁶⁹というような過失と契約内容との区別論を主張している。そのほか、過失と債務不履行との関係に限らず、過失と因果関係とを論ずる文献も見られる²⁷⁰。

第六に、提供された役務に瑕疵があるとされる場合の法的効果について、学説は、不法行為責任か債務不履行責任か、損害賠償責任、その他の救済手段などの諸点に焦点を当てる。

²⁶⁶ 帰責事由・過失と本旨不履行との関係の一般については、本章第一節の部分参照。

²⁶⁷ 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」唄孝一=有泉亨編『損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社1974年）104頁。なお、診療債務の債務不履行の要件事実としての「帰責事由の不存在」あるいは「免責事由」の抗弁については、見解に大きく分かれている。その具体的な考察は、前田陽一「請求権競合と要件事実論——不法行為と債務不履行の要件事実を中心に」大塚直=後藤卷則=山野目章夫『要件事実論と民法学との対話』（商事法務2005年）411頁以下、加藤・前掲注（224）265頁以下など参照。前田陽一教授は、「診療債務の債務不履行の要件事実に関して、『帰責事由がないこと』・『不可抗力』・『予見可能性がないこと』などは、免責事由=抗弁とならないと解すべきである」と主張している。

²⁶⁸ 新美・前掲注（244）71頁。

²⁶⁹ 前田・前掲注（202）219頁。

²⁷⁰ 大村敦志「もうひとつの基本民法第19回・債権各論編①・過失——医療訴訟の動向から」法教289号（2004年）82頁以下においては、「過失=（結果とは独立した）行為義務違反との図式が生成しつつある」と指摘されると同時に、過失と因果関係との融合にも論じられている。すなわち、過失と因果関係の間には、「損害発生の回避可能性がない限り『過失』ありとはいえない一方で、回避可能性があれば『因果関係』があることになるという関係があるからである。すなわち、回避可能性の有無により、『過失』『因果関係』の存在は同時に決まるのである」という指摘である。そのほか、橋本英史「医療過誤訴訟における因果関係の問題」太田幸夫編『新・裁判実務大系1 医療過誤訴訟法』（青林書院2000年）185頁、248頁以下も、責任原因と因果関係の判断が、回避可能性の判断の共通性を通じて互いに牽連している点及び両者間の一体的な判断を指摘している。

まず、責任構成について、学説においては、不法行為責任か債務不履行責任かをめぐって論じられてきた²⁷¹が、今日ではほぼ定着する状況にある。すなわち、債務不履行構成と不法行為構成との実質的な差は、少なくとも現段階では近親者固有の慰謝料、消滅時効、遅延損害金請求の起算日などの点に限られており、両者に大差がなくなっているとみてよい²⁷²と思われる。その中に、特に帰責事由・過失の立証については、加藤一郎説と中野説などの論文を経て、手段債務においては、いかなる点において債務者に不履行があるのかを具体的に主張・立証しなければならず、医療機関が当該状況の下で何をなすべきであったのかを明らかにした上でその行為義務違反を問うことは、結局、不法行為における過失の主張・立証作業と大差がないという結論が一般的となる。そのために、学説は、こうした法的構成論にこだわらず、むしろ、医療役務のような特殊の専門的知識を必要とする事項の立証責任、あるいは医療現場という閉鎖的・密室的な領域、情報が偏在している領域での立証責任の分配のあり方一般について論ずることになる²⁷³。

ところで、このような相違を維持していくのかについては慎重な検討を要する²⁷⁴。この点について、請求権競合説や非競合説などに関する個別的な検討が必要となるが、以下のことは考えられうるであろう。すなわち、契約上の役務の瑕疵であれ、不法行為法上の過失であれ、いずれも負う義務が適切になされたかどうかにより判断され、その本質は同様である。このような実質同様な義務の違反により同一事故について、その選択された類型ごとにその法的効果にも相違となることは、ある意味で非常識であり、債務者（加害者）にとっても債権者（被害者）にとっても不公正であることは免れないであろう。その理由から、役務の瑕疵により生じた損害について、契約法規範と不法行為法規範の上で類似の効果を図ることは、今後の役務提供契約に関する研究方向の一つとなるべきと考えられる。

しかし、不法行為責任と債務不履行責任との構成の差がそれほど大きいではないことが明らかになることだけでは足りず、医師と患者の相互交渉過程を通じて具体化された個別的な注意義務や情報提供義務をはじめ、医師の債務内容と一層豊かな「診療契約論」にはなお開拓されるべきものがありそうである²⁷⁵という指摘もある。また、債務不履行構成の場合には、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任構成と比べて、より広範な法的効果の枠組みが可能である。具体的には、請負契約と性質決定された場合の瑕疵担

²⁷¹ 代表的な論説として、加藤一郎「医師の責任」『損害賠償責任の研究上』（有斐閣 1957 年）、唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉亨編『損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』（日本評論社 1974 年）1 頁以下、中野・前掲注（267）71 頁以下、西井・前掲注（201）153 頁以下、平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」『民法の争点Ⅱ』（有斐閣 1985 年）228 頁以下、河上・前掲注（95）352 頁以下、遠藤賢治「医療過誤訴訟の法的構成」『民事訴訟にみる手続保障』（成文堂 2004 年）49 頁以下、加藤・前掲注（224）265 頁以下、手嶋・前掲注（95）23 頁以下、139 頁など参照。なお、請求権の競合問題については、奥田昌道「請求権競合問題について——債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任との関係を中心に（講演）」『法学教室 159 号（1993 年）、前田・前掲注（267）398 頁以下など参照。

²⁷² 河上・前掲注（95）365 頁以下。

²⁷³ 河上・前掲注（95）364 頁。

²⁷⁴ 円谷・前掲注（70）23 頁。

²⁷⁵ 河上・前掲注（95）366 頁。

保責任の可能性、追完権・追完請求権の問題²⁷⁶、解除の条件及び解除の効果の展開、ないしは、損害賠償請求権にしても、拡大損害だけではなく医師・医療機関に提供された不完全な医療役務自体の瑕疵という損害及びその算定の問題、適切な役務の提供の遅延の問題及びその遅延損害賠償の可能性の問題などについては、不法行為責任構成より豊で、当事者両方の利益の調整にもより円滑になしうる²⁷⁷。

なお、提供された医療役務に瑕疵がある場合の法的構成については、「証明責任分配の問題に過度に関心が注がれる一方で、…証明責任分配以外の諸点での不法行為的把握と契約責任的把握との差異の研究が置き去りにされてきた」と指摘する文献も見られる²⁷⁸。

次に、法的効果としての損害賠償について。この点については、因果関係及び損害論をめぐって展開されている²⁷⁹。医療過誤訴訟における因果関係の認定については、医療役務に特有の事情により生じる困難性がよく指摘されている²⁸⁰。こうした困難性に対して、判例・学説を踏まえて、患者の死亡を対象とし、実体法と訴訟法との両面から因果関係と損害論とを具体的に論じるものが見られる²⁸¹。具体的には、①医療行為が原因であり、患者の死亡がその結果であること、患者が死亡しなければ、一定の時期（平均余命）まで生存可能であったことが認められる場合には、因果関係の存在が肯定される。この場合には、生存可能期間と年収から逸失利益を算出することができるし、慰謝料も当然のことながら認められる。②患者の生存可能期間を認定することが困難である場合でも、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことが証明されたときは、医療行為と結果との因果関係は肯定される。損害額は、生存可能期間が明らかでなくとも、治癒率・救命率などの一定の統計的確率²⁸²を総合して経

276 下森・前掲第三章注(59)「専門家(上)」40頁、同・前掲第三章注(59)「専門家(下)」39頁、同・前掲第三章注(59)「弁護士」170頁など参照。

277 医師と患者の関係については、信認関係か契約か及び、契約法・不法行為法と信認関係のそれぞれの限界について検討される文献がある(手嶋・前掲注(95)23頁以下)。そこによれば、「契約においては、当事者である医師と患者が、一定の合意に達したことを重視するが、契約は対等な立場にある当事者が納得しているからこそ権利義務関係が受け入れられるのであって、医師—患者間では、この契約の前提がそもそも存在しないか、かなりの程度欠落し、通常の契約とは極めて重大な差異がある。患者は治療を必要とする常態に置かれており、その治療に関する選択の機会是不平等にしか与えられておらず、患者には情報も圧倒的に不足している。」とされる。

278 山本隆司「医師責任の実体法的範疇に関する一提言」植木哲・丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社1992年)298頁。

279 太田幸夫編『新・裁判実務大系1医療過誤訴訟法』(青林書院2000年)180頁以下など参照。

280 近時の文献として、中村・前掲注(249)実務的課題253頁以下、加藤新太郎「医療過誤訴訟における因果関係」川井健・田尾桃二編『転換期の取引法:取引法判例10年の軌跡』(商事法務2004年)369頁以下、橋本・前掲注(270)182頁以下など参照。具体的には、医療行為の専門性・技術性、治療行為における裁量・継続性・反復性、患者の個別性、医学的解明の限界、因果関係それ自体の性質と追試実験の不可能性、証拠情報偏在性、事案に携わる法律実務家としての医学的知見・経験則の不足などの点が挙げられる。

281 加藤新太郎「医療過誤訴訟(2)」鎌田薫ほか『民事法Ⅲ債権各論』(日本評論社2005年)284頁以下。

282 なお、この確率については、「生存可能性は、通例、当該治療行為の有効性に関する医学的知見によって認定される。そして、治療行為の有効性に関する医学的知見は、豊富なデータによって検証されているものもあれば、ごく限られたデータによって裏付けられているに過ぎないものもある。前者の場合には、生存可能性が高度の蓋然性をもって認定できるであろうが、後者の場合には、当該医学的知見の信頼性が必ずしも十分ではなく、生存可能性の認定も不安定なものになろう」という疑問視も見られる(新美育文

験則に則った判断をし、民事訴訟法 248 条の適用により、逸失利益も認められる。③医療行為と結果との間の事実的因果関係の存在が証明されない場合であっても、患者側は、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があるときは、医師に対して不法行為責任を問うことができる。この場合には、算定されるべき損害としては、慰謝料に限られることになり、逸失利益は難しいであろう²⁸³。④医師が過失により医療水準にかなった医療を行わなかったが、患者がその時点における死亡との因果関係、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性のいずれも証明されなかった場合には、プロセス自体の損害を観念する期待権侵害論によれば、医師に対して、損害賠償責任を問うことができる。この場合には、慰謝料に限られることになる²⁸⁴。

医療過誤を、拡大損害に重点を置く不法行為構成ではなくて、債務不履行構成として捉えれば、前掲のような因果関係のみならず、債務不履行責任の損害賠償責任を定める民法 416 条のさらなる検討が必要となるであろう。この点については、役務提供契約の不履行責任の効果について、不履行形態に応じて、なす債務の「債務の本旨に不適合な履行」の場面では、不完全な結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては提供者の変更請求等が考えられ、結果の是正が不可能であれば、代金（報酬）減額請求、さらに契約目的が達成できない場合には契約解除・代金の返還、損害賠償請求、その他、代金支払拒絶や受領拒絶などが問題となる。これに対し、「不適合な履行に起因する侵害」の場面では、主に契約解除と損害賠償請求が問題となるという主張が見られる²⁸⁵。これと関連して、医療役務の瑕疵による生じた損害は、役務の対象に対する惹起した拡大損害にとどまらないことも留意する必要があると考えられる。

役務受領者側の事情が役務の瑕疵判断の際の考慮要素となると同様に、損害論においても、素因と損害との関係が問題となりうる²⁸⁶。それらの学説によれば、原則としては、患者側の素因を減額事由として考慮する割合的解決論の医療過誤訴訟への安易な導入は避けるべきである一方、医療が医師と患者との協同行為であることから患者側の努力の懈怠は相応

「判批」リマークス 24 号（2002 年）62 頁）。

²⁸³ この点については、最高裁は、「相当程度の生存可能性」自体が不法行為の被侵害法益とあることを認め、その効果として慰謝料請求権を認めた（本節判例 28）。しかし、慰謝料に限定するかどうかについては、加藤説と異なって、「相当程度の生存可能性」を保護法益とする本判決の構成は、その賠償を非財産的損害に限定する積極的論理を内在してははなく、むしろ生存の可能性に応じた損害賠償を考えるとすれば、その割合に応じた財産的損害、非財産的損害の賠償も考えられえらるだろうという見方がある（窪田充見「判批」ジュリスト 1202 号（2001 年）70 頁）。他方、生存可能性侵害に対して、その財産的損害の評価の困難性などから、「生存可能性侵害を理由に財産的損害ないし逸失利益またはそれに準する損害の賠償を肯定できるのは、極めて限られた場面になるといわざるを得ない」という見方もある（新美・前掲注（282）62 頁）。

²⁸⁴ 医療過誤の場合の延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失などに関する学説及び判例の流れについては、石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田・前掲注（279）288 頁以下なども参照。

²⁸⁵ 長坂・前掲第三章注（1）67 頁。なお、是正（追完）できるかどうかによって債務不履行の構造を見直す見解（追完可能性論）は、加藤・前掲注（43）108 頁以下にも詳しく検討されている。

²⁸⁶ 橋本佳幸「医療過誤訴訟における損害賠償額の調整」『京都大学法学創立百周年記念論文集（第三巻）』有斐閣 1999 年 217 頁以下、草野真人「異常体質と医療過誤」太田・前掲注（279）257 頁以下、鈴木經夫「医療過誤訴訟における過失相殺」太田・前掲注（279）308 頁以下など参照。

に考慮されるべきである²⁸⁷とされる。

提供された医療業務に瑕疵があるとされる場合の法的効果について、もっぱら医師の説明義務違反の法的効果に関する研究もなされている²⁸⁸。前述した一般論と同様に、医師の説明義務違反の法的効果についても損害賠償に焦点を当てることが明らかとなる。その中で、損害賠償が自己決定の機会喪失による慰謝料に限定される主張（限定説）と、右慰謝料に加えて悪しき手術結果に対する逸失利益の賠償が認められる場合もあり得るとの主張（非限定説）が対立している²⁸⁹。松井説は、患者の自己決定の機会を保障することのみならず、患者の意思に反した医療行為に伴う危険——引き受けていない危険——から患者の生命・身体を保護することも含まれるという医師の説明義務の目的を出発点として、不法行為構成であれ、債務不履行構成であれ、説明義務違反に基づく損害賠償の範囲は、患者の自己決定の機会喪失による慰謝料のみという限定的な理解ではなく、一般論としては悪しき手術結果による財産的・精神的損害も賠償の範囲に含まれ得るという非限定説を前提に、個々の事例ごとに賠償の範囲を検討すべきであると主張している。具体的には、「まず、自己決定の機会喪失による精神的損害については、常に賠償の範囲に含まれる。他方、悪しき手術結果による財産的・精神的損害については、賠償範囲画定に関する準則に基づいて個別に検討することになる。その際に重要になる要素は、もし十分な説明がなされていれば患者

287 草野・前掲注（286）286頁。なお、これらの結論を結び付けするための理由はそれぞれである。例えば、橋本説は、素因を、診療の対象たる素因（病的状態）と診療の対象でない素因（特異体質）と分けた上で、医師は、診療の対象たる素因については、素因自体の制御を目的とする行為義務を負い、診療対象でない素因については、素因競合による結果の回避を目的とする行為義務を負うものであるとされて、素因によって損害を割合的に減額すべきできないというのは原則とされる。それと同時に、危険減少力しか有しない医師は、行為義務規範が病的状態それ自体の制御を目的とするにも拘らず、危険減少力に応じた割合でのみ病的状態のリスクを引き取るという理由で、医師は危険減少力に応じた割合的責任を負うのも可能とされている（橋本・前掲注（286）217頁以下参照）。そのほかに、稲垣説は、素因を含む原因を究明すべき医師の診療上の義務が前提とされるため、相殺法理を医療過誤の場合に直ちに準用することのできないと認めながら、患者の素因が検索の限界を超えることがあったり、医学的に解明のできない生体反応への影響をあることなどを理由に、極限においては医師の過失の否定ないしその素因による減額操作の回避という幅のある解決の余地を残すとされる（稲垣・前掲注（217）314頁以下）。

288 松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」修道法学 22巻 1-2号（2000年）277頁以下参照。

289 松井・前掲注（288）277頁以下など参照。限定説によれば、実施された医療行為の成功・不成功にかかわらず、説明義務違反に基づく損害賠償はこの機会喪失に伴う慰謝料に限られ、逸失利益の賠償まで認められるのは、療法の選択もしくは医療行為の施行過程に過失があり、それによって財産的損害が生じた場合のみということになる。その反面、たとえ当該医療行為によって患者の病状が改善されたとしても、説明義務違反があった場合には慰謝料請求権が生じることになる。他方、非限定説によれば、説明義務の保護法益は単なる「選択の自由」ではなく、選択権の行使を通じての「患者の身体の完全性」であり、医療行為が失敗に終わった場合には、発生した財産上・非財産上のすべての損害を医師は賠償すべきであるとされる説（医師の説明義務違反と患者の同意との関連性が欠けている場合、すなわち医師が十分に説明したとしても患者が確実に同意したであろうことが医師によって証明された場合には、医師は自己決定の機会喪失に基づく精神的損害を賠償すれば足り、悪しき手術結果が発生したとしても逸失利益等の賠償義務を負わないとしている）と、自己決定権が行使できなかったこと自体および自己決定権の適切な行使がなされた場合の予測される結果と、自己決定権が行使されないことによって現実に生じた結果との差異をもって損害と解し、適切な説明がなされていたならば、患者は、当該医的侵襲に対する同意をせずに、他の治療方法を受けていたであろう（あるいは治療を受けることを断念したであろう）と認められる場合には、説明義務違反と損害との間の因果関係が肯定され、当該医的侵襲に伴う逸失利益の賠償も認められる説がある。

は当該医療行為を受けることを承諾していたか否かである。不法行為構成をとる場合には事実的因果関係の有無として、債務不履行構成をとる場合には『特別の事情』の有無として、この要素が検討される²⁹⁰と指摘している。一般論としては、非限定説の合理性が認められうる。それと同時に、本稿では、以下の点を補充しておく。すなわち、医師の説明義務自体が多様であり、その目的もそれぞれである（自己決定権に限られない）から、説明義務違反の損害賠償についてもこうした各々の説明義務類型に即して事案ごとに検討すべきであると考ええる。また、説明義務違反を債務不履行構成として捉えれば、その法的効果として、損害賠償に限定して論じるのは十分とはいえない。すなわち、説明義務の類型・事案ごとに、損害賠償のほか、強制履行、追完（不十分な説明を補完すること）、報酬減額、契約解除なども救済手段としてありうる。さらに、損害賠償に限定しても、説明義務違反による拡大損害のみならず、債務としての本来適切になされるべき説明が不完全になされた場合には、こうした不完全な説明自体にも、役務の瑕疵となり、こうした役務の瑕疵自体が損害の一つとなると考えられる。

最後に、法的効果についてここであらためて強調するのは、役務の瑕疵について、債務不履行構成をとれば、損害賠償のみならず、より多様な法的効果が認められうることである²⁹¹。特に、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任制度に対し、履行請求権を第一次的保護手段とする日本民法を前提とすれば、役務の瑕疵に対する追完請求権の行使も認められるべきという点、とりわけ、債務者の帰責事由が不要という点が重要である。また、損害賠償の効果については、役務の瑕疵によって惹起した拡大損害にとどまらず、瑕疵のある役務自体の損害などもありうることも注意を払うべきである。

2. 役務提供契約的な視点からの諸裁判例に関する分析

以下では、前述した学説を踏まえて、役務提供契約的な視点から、医療役務の瑕疵にかかわる裁判実務の傾向を考察してみる。

まず、時期の流れに従って、裁判例の総体的な状況を簡略に考察してみよう。経時的に眺めると、3つの時期に分けて考察することができる²⁹²。医師・医療機関の注意義務の一般に

²⁹⁰ 同論文においては、債務不履行構成をとる場合には、「説明義務違反は債務不履行であり、これに基づく損害賠償の範囲は、416条によって画定されることになる。…右の規定を説明義務違反に当てはめると、十分な説明を受けられなかったために当該医療行為を受けるかどうかを自己決定する機会を喪失したことによる精神的損害は、通常損害と解されるため当然に賠償の範囲に含まれる。次に、もし十分な説明があれば当該医療行為の実施を承諾しなかったであろうにもかかわらず、十分な説明がなかったため当該医療行為の実施に承諾をし、その結果、当該医療行為が功を奏せず死亡や後遺症の残存など悪しき結果が発生した場合には、右事情は『特別の事情』と解される。そして、これによって生じた財産的・精神的損害は、当該事情から通常生ずる損害と解されるので、右特別の事情、すなわち [1] もし十分な説明があれば患者は当該医療行為の実施を承諾しなかったであろうこと、および [2] 手術を実施した場合にそれが不奏功に終わる現実的危険、の二点が債務者（医師）において予見可能であった場合に限り、賠償の範囲に含まれることとなる」と主張している。

²⁹¹ この点については、「これまでの議論は、なす債務の不完全履行の研究が未発達時代の産物であり、効果論として主として損害賠償請求を中心に考え、さらにそれらとの関係で不法行為責任的発想が強かった時代の産物といえよう」との見解がある（下森・前掲第三章注（59）「弁護士」174頁）。

²⁹² 山口齊昭「医療水準をめぐって」年報医事法学 16号（2001年）84頁、植木・前掲注（236）51頁、新美育文「インフォームド・コンセントに関する裁判例の変遷」年報医事法学 16号（2001年）97頁、石井ト

については、具体的には、第1期は、昭和50年代の前半までの時期であり、東大輸血事故判決（判例1）を中心に医師に高度な注意義務である「最善の注意義務」が設定され、少ない判例の中で患者の救済が大幅に進捗した時期といわれる。ちなみに昭和50年代に入るまでは第1審における患者側の勝訴率は50%を超えていた²⁹³。第2期は、昭和50年代後半から平成に入った頃の時期にあたり、一連の未熟児網膜症事件（判例9、11、12、13、15、17、18、20）をめぐって、「最善の注意義務」の見直しが行われ、医師にあまり過大な責任を課すことができないとの意識が働き、医師の注意義務が医学水準から医療水準へと転換した時期であり、一転して患者側の受難期を迎えることになって、この時期においては、昭和60年代には第1審の患者側の認容率が30%前後まで下落し、平成の初めには10%台まで落ち込んでいた²⁹⁴。第3期は、平成7、8年頃から現在までの時期であり、医療水準論及び注意義務の再編成時期に入る。この時期においては、未熟児網膜症訴訟に確立された「線引論」という絶対的な判断から、医療水準の相対化に進むこと（例えば、判例24²⁹⁵）が明らかになり、しかも、医師の注意義務だけではなく、医療水準論が医師から医療機関への転換も見られており²⁹⁶、また、医療水準を言及することなく、注意義務違反の有無自体を判断する判例が増えることも見られる²⁹⁷（判例29、30、33、35、37などでは、医療水準に依拠することなく、単に「医学上の知見」、あるいは単なる予見義務違反、回避義務違反の有無などの枠組みに基づき医師・医療機関の過失の有無を判断した）。この結果、今日では、医師や医療機関の注意義務は医療水準との関係において全般的に見直され、新たな視点に立って医療責任の全体像が提示されるべき段階に入るまでと言われる²⁹⁸。また、患者側の認容率も回復しており、患者側受難の時期を脱しつつある²⁹⁹。

説明義務についても、時期的に分けることができる³⁰⁰が、前述した医療過誤一般と同様にはっきりした特徴は呈していない。それにもかかわらず、近年、最高裁レベルの説明義務違反に関する事例が増えてきて（例えば、判例10、11、15、21、22、27、31、32、38などである）、そして、インフォームド・コンセント法理も生成しつつある³⁰¹。

第二に、債務不履行構成か不法行為構成か。この点については、判例全体の流れをみると、

ク「医療過誤判例における看護注意義務の変遷」年報医事法学16号（2001年）147頁以下など参照。

²⁹³ 植木・前掲注（236）52頁参照。

²⁹⁴ 植木・前掲注（236）52頁参照。

²⁹⁵ もっとも、医療水準の相対化については、判例17伊藤正己裁判官の補足意見にも見られる。

²⁹⁶ 植木・前掲注（236）52頁参照。

²⁹⁷ 飯塚和之「医療過誤——帰責事由」川井健・田尾桃二編『転換期の取引法——取引法判例10年の軌跡』（商事法務2004年）342頁以下。

²⁹⁸ 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田・前掲注（279）116頁においては、具体的妥当性を求めて医療水準の内容を細分化することは、「水準」であることを断念することであり、これは医療水準という概念が、従来の過失に分解し還元されてゆく過程のように思われると指摘している。

²⁹⁹ 植木・前掲注（236）52頁参照。

³⁰⁰ 新美・前掲注（292）97頁以下においては、黎明期（長崎地佐世保支判昭和5年5月28日司法研究18輯246頁）、形成期（下級審裁判例において説明義務に関する議論が展開された）、確立・展開期（判例10等）の分類が見られる。

³⁰¹ 飯塚・前掲注（297）355頁以下。

主に不法行為と捉えることから、債務不履行あるいは、債務不履行・不法行為を競合して捉えることが増えつつある。具体的には、不法行為に基づき判断したものとして、判例 1、2、3、5、7、8、9、17、19、27、34、39 などの 12 件がある。その中で、使用者責任や国家賠償責任などの事例が多い。次に、明らかに債務不履行構成をとったものは、判例 12、21、22、23、36 などの 5 件である。それと同時に、債務不履行構成と不法行為構成両方ともとったのは、判例 6、11、13、14、15、16、20、24、25、26、28、30、31、32、33、35、37、38、40 などの 19 件である。そのほか、判例 4、10、18、29 の 4 件のように、そのいずれかが明らかにされていない判例もある。

第三に、契約の法的性質について。前掲諸判例において明白に性質判断を下した判例は一件も存しないことからみれば、学説上の論争と対照的に、裁判実務においては契約の性質判断について積極的ではないことが明らかとなる。債務不履行構成をとった事案から見れば、契約の法的性質判断よりも、むしろ「診療契約」の名のまま、ひいてはこうした名さえ用いないまま、医療側の具体的な義務の存在及びその違反の有無をめぐって判断するのが一般的である。こうした状況は、以下の諸点に由来すると考えられる。まず、診療契約の法的性質及び民法条文の適用について当事者間において法的争いにならないことがある。次いで、裁判所は、特別の事情がない限り、診療契約を委任・準委任と推定されること。諸判例において、役務提供者である医師・医療機関が一定の結果の達成まで責任を負い、ないしはその結果の不完全につき瑕疵担保責任を負うとされる事案は、一件も見られない。従って、瑕疵判断の際に、裁判所は、仕事の結果の完全性より、その役務提供の過程における具体的な行為の完全性について重点を置き、つまり、請負説よりも、むしろ委任・準委任説をとったことが明らかとなる。なお、こうした判例の傾向から直ちにすべての診療契約を委任・準委任と解することができないことはいうまでもない。なぜならば、特定の場合には、役務提供者である医師・医療機関は、一定の仕事の完成義務を負い、ひいては結果の不完全に瑕疵担保責任まで負うこともありうる。

第四に、具体的な行為義務について。判例の大部分は、診療の各段階に見られる診療義務と、診療に伴う説明義務をめぐって展開されており、しかも、昭和末から平成に入ると、説明義務をめぐる判例が相対的に多くなることが明らかとなる（守秘義務については、最高裁のレベルまではまだ現れていない）。その中で、診療義務を義務の類型に従って分けると概ね以下のとおりである。具体的には、問診義務（判例 1、2、14）、消毒を完全にすべき注意義務（判例 2）、安易に狂犬病予防注射の施行・継続することを避けるべき注意義務（判例 3）、診療当時の医学的知識に基づき重大な障害の発生することのないよう万全の措置をすべき業務上の注意義務（判例 6）、危険の発生を未然に防止すべき注意義務（判例 13）、眼底検査を依頼する義務の有無（判例 18）、ち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務の有無（判例 20）、予防接種場合の予診義務（判例 19）、医療機関の医師などに医療知見を獲得させるべき義務（判例 23）、転医義務（判例 25、34、39）、副作用を有する薬剤が長期間投与された患者について発疹が認められた場合の検査・治療・転医などの配慮義務（判例 25）、

重篤な細菌感染症に至ることを予防すべき注意義務（判例 30）、添付文書などの当該医師の置かれた状態のもとで可能な限りの最新情報を収集する義務及び実質化された研鑽義務³⁰²（判例 33）、適切な措置をとるべき注意義務（判例 35）、適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務（判例 36）、観察義務・救急処置準備などの注意義務（判例 37）等の諸義務である。そのほか、このような具体的な行為義務ではなく、一般論的・抽象的な注意義務を言及した事案も少なくない。具体的には、判例 1（最善の注意義務）、12（医療水準を基準とする最善の注意義務）、17（不法行為法上の一般的注意義務）、判例 24（最善の義務）などが見られる。前述した判例における具体的な行為義務には、伝統的な過失判断基準となる、予見を前提とする結果回避義務レベルに位置づけるものがあり、それと同時に、債務不履行責任構成上の本旨不履行の前提となる債務内容レベルに位置づけるものもある。しかも、両者が明白に区別されていないものが多い（例えば、問診義務や、転医義務など）。また、諸判例においては、前掲諸義務の存在及びその義務違反の有無によって医療側の責任を判断した判例のほか、「義務」との名をつけずに、医療水準などに従ってその処置の適切さを判断してその過失・本旨不履行を判示した事案もある（例えば、判例 40）。したがって、具体的な義務違反の有無により役務の瑕疵の有無を判断する手法のほか、義務違反構成を介せず、一定の基準に照らして直ちに提供された役務の適切さ・瑕疵の有無を判断することもありうる。

他方、説明義務に関わる判例として、判例 10、11、15、21、22、31、32、38 などの 8 件が見られる。その中で、承諾を得るための説明が問題となるものとして、判例 31（当時医療水準として未確立であったとしても、患者の関心などに応じて医師の知る範囲での診療契約上の説明義務）、判例 38（最新の状態とこれらに基づく術式の選択理由を十分に説明してその術式を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務）がある。療養指導としての説明が問題となるものとして、判例 11（医療水準を前提とする説明指導義務、否定）、22（退院する際の適切な説明指導義務）がある。顛末報告義務としての説明が問題となるものとして、判例 15（眼底検査の依頼があった場合であっても、当時の医療水準に従ってその結果の告知説明義務の存在を否定した）、21（真実な診断結果の告知義務——結果として、当時医師間の一般的なやり方、患者への配慮及び患者の不協力などによりその義務違反による債務不履行を否定した）、32（患者家族への末期がんの告知義務）を挙げることができる。そのほか、明確な位置づけが困難であるものとして、判例 10（手術の内容及びその危険性のほかの事項の説明義務）がある。

また、説明義務に関わる諸判例において、明白に債務不履行構成をとった、または、説明義務を診療契約上の義務として取り扱ったのは、判例 15、21、22、31、32 である。そして、説明義務に関わる諸判例において、法的構成及びその効果から見れば、債務不履行で

³⁰² 手嶋豊「判批」民商法雑誌 129 巻 4=5 号（2004 年）262 頁。すなわち、文書の記載が相互に連続的ということを経験者が行間を読んで理解するためには、その記載事項の背景にある薬剤の副作用の発生のメカニズムという医学的事情を了解していることが必須であり、添付文書を字面どおりに理解するだけでは足りず、ここに医師の研鑽義務が実質化されているという見方である。

あれ、不法行為であれ、損害賠償責任に限り、両者間の相違は余り見られなかった³⁰³。

さらに、説明義務に関わる判例が比較的が多いことも目立つ。これは、役務の特性にも関係するであろう。特に、無形な役務にとって、説明は、役務受領者の役務内容に対する役務提供契約内容にかかわる意思形成機能を果たすこと、役務の具体的な内容は、その提供過程及び説明に基づき具体化されていくこと及び医師、弁護士による役務などのように説明自体が役務提供の一環となることから見れば、説明義務の問題が、役務の完全性の判断及び相応の法的効果を論じる際の重要な問題点となることが明らかとなる。

こうした診療義務、説明義務に関わる判例の全体状況から見れば、履行すべき義務が全く履行されていない場合もあるが、一応履行されたが適切・適時になされなかった場合もある。前者の場合には、いったんその義務の存在が認められれば、その不履行や役務の瑕疵を判断することが比較的になされやすい。他方、後者の場合には、適切さや適時さの判断に関わるので、それほど容易ではない。すなわち、後者が存在するゆえに、義務・債務内容の具体化作業は、役務の瑕疵の判断に有力な基準となるものの、具体化作業だけでは済まないものもあることが明らかとなる。

第五に、義務の存在及びその違反の有無の判断要素。諸判例において、概ね以下の諸点が見られる。

(1) 当事者間の特別な合意。医師・医療機関と患者との関係を、役務提供契約として捉える以上、有効な合意が役務の瑕疵判断の重要な要素となることはいうまでもない。「特別な合意をした主張立証がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく」(判例 20) といったように、特別な合意が存在する場合には、医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務を負うことも可能である。しかし、医師として、その術式などについては、必ず合意に従わなければならないわけではない。特に緊急状態の下には、

³⁰³ なお、判例 15 に指摘されたように、検査依頼があっても、検査結果に対する治療法が未だ医療水準として確立されていなかったという理由だけで、直ちにその検査結果の告知義務の存在を否定した理由は、債務不履行の構造から見れば、特に委任に関する報告義務の規定(645条)から見れば、なお検討の余地があるであろう。本件の場合には、不法行為構成によれば、失明という結果・損害に対して、その治療法が未だ未確立されていなかったことにより、その結果に対する回避義務違反はなかったとしてその過失を否定するのも可能であるが、他方、事務処理結果の報告義務違反自体が債務不履行になるので、医療役務の場合に、医師の裁量、患者の病気の治癒・今後の生活の配慮等により 645 条を修正的に適用しても、告知・説明しなくてもよい特別な事情がない限り、患者の依頼によりその検査を受けた以上、その検査結果を告知しないこと自体が、医療役務の不完全履行・瑕疵になるであり、こうした瑕疵に対する損害賠償などの法的効果を導けるであろう。したがって、失明という結果・損害に対してその過失を認めなくとも、提供された役務の不完全・瑕疵自体が、損害になるので、こうした損害に対して賠償責任を負う可能性は直ちに否定できないであろう。そうだとすると、結果・損害を出発点とする不法行為構成と、提供された役務自体の適切さに着目している債務不履行構成との間に、損が賠償責任構成の場合にも開きがあることが可能である。なお、浦川道太郎「判批」昭和 61 年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊 887 号 1987 年 6 月) 79 頁においても、「医療水準に達していない事柄を積極的に告知説明して患者に新規治療法を受けさせる義務はないといえようが、反対に、患者側の求めた情報を特に差し控える理由もないのに与えず、新規治療法を自らの判断で受ける機会を患者側から奪う権利もないといえるであろう。また、患者側が検査を求めた場合において、その結果を医師が告知説明しないときは、異常はないものと患者側誤導される危険性が一般的にあることも考慮すべきである」と指摘している。

合意と医師の裁量との関係が問題となる。この点は、諸判例の中でも現れる。例えば、判例5の一審判決は、「……連の処置は、緊急事態に対処する医師の措置として一応是認でき、医師は患者の生命安全の確保を第一義とするから、必ずしも術前の明示の医師に拘束されない」とされた。同様に、判例27においても、役務受領者の意思に反して輸血した場合としても、意思に反する輸血自体を役務の瑕疵として捉えることはしなかった。従って、医療役務の瑕疵判断については、当事者間の合意を尊重しつつ、一定の事情の下では、医師の業務性質、特にその裁量性も考慮されるべきと考える。また、合意の重要性を認めると同時に、情報格差が見られる場合の専門家による役務提供の場合には、物取引場合の合意との相違があることも留意すべきであろう。すなわち、医療役務の場合には、素人と専門家の関係——合理的かつ対等な契約主体ではないこと及びプロセスに応じて債務内容を確定することなどの専門家的役務の特徴を帯びており、この特別な合意と物の売買契約における特別な合意とを同一視することはできないから、患者への誘導の要素（インフォームド・コンセント法理に類似）を欠く特段の合意の有効性について、慎重に判断しなければならないであろう³⁰⁴。さらに、特別な合意について、医療役務提供においては、どのような受診経過のときに患者との特別な合意があると解されるかについても課題として残る。諸判例において、合意に基づき結論を出したものが少ないことも、こうした特別な合意の認定の困難さに由来すると考えられる。

(2) 医療役務の性質及び役務提供者の性質。判例1において、最善の注意義務を導いた際にこの要素が取り込まれた。具体的には、「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」が課されるという判断構造である。当該要素を重視して、当該判旨を引用した判例として、判例6、11、12、15、17、18、20、22、23、24などがある。そのほか、具体的な検討はなされなかったが、医師の性格に基づき特定の注意義務を導いた判例も見られる。例えば、判例2（診療に従事する医師としての当然の義務）、3（医師としての注意義務）、9（医師としての裁量の範囲）、27（人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことである）などがある。

また、医師による役務の一般的性質のほか、医療役務提供者の個別的な特徴が強調された判例も少なくない。例えば、後述するように、相対的医療水準論においては、医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性などの役務提供者側の性格が強調される。あるいは、判例32のように、医療水準として未確立されていなかったが当該「医師が知った場合」の術式については、事情によって説明義務を負うとされるものがある。

最後に、役務提供者の性質が強調されると同様に、役務自体の性質も瑕疵の判断に影響を及ぼす。例えば、判例1は、当該役務の提供が一刻を争うほど緊急の必要に迫られてはいなかったという要素が、提供された役務に瑕疵があるかどうかを決める重要な要素となる。類似的に、判例8は、集団接種の場合の時間的・経済的制約などの要素が考慮された。

³⁰⁴ 同様な見解は、稲垣喬「判批」リマークス8号（1994年）77頁参照。

(3) 役務受領者及び役務対象の性質。医療は、一定のマニュアルがあっても、あくまでも一定の対象に対して、その対象の体質、疾病の性質などに応じて具体的な医療役務を提供することであるので、提供された役務に瑕疵があるかどうかの判断は、その役務受領者及び役務対象の特質などに応じた適切な役務が提供されたかどうかの判断であると考えられる。例えば、問診義務を尽くしたかどうかの判断要素として、判例 8 においては、「医学的な専門知識を欠く一般人」に対する問診という役務受領者の性質が強調され、判例 22 においては、退院後の措置につき患者側が理解できるような指示説明義務が要求される³⁰⁵。

(4) 医学水準。医療水準論が確立された前に、臨床医学の実践であるかどうかを問わず、概括的に医学水準という概念を用いた判例も少なくなかった。例えば、判例 6 においては、「医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならない」かつ「本件診療時の医学の水準」においては「容易に想像することができる」とされる。同様に、判例 8 においては「…等の副反応が現在の医学水準からして予知することのできないものであったこと」とされる。判例 9 においても、医師のなされた役務が、「学術上の見解や臨床上の知見として一般に受容されていた…当時の医学水準に適合した」かどうかに基づき医師としての裁量の範囲を超えたかどうかを判断するとされた。しかし、臨床医学の実践における医療水準という概念が確立された以来、医学水準を用いた事案は見当たらないようになった。

(5) 医療水準。判例 11 によって確立された医療水準論は、医療役務の適切さの判断要素として相当の範囲内に適用される。具体的には、判例 11、12、13³⁰⁶、15、16、17³⁰⁷、18（医師自身の知識が、抽象的な知識しか有していない場合には医療水準に従う判断を左右するものとはいえないとされた）、20（特別の合意がない限り、医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務は負わないとされた）、22、23（相対的な医療水準論の確立といわれた判例、しかも、当該医療水準は、医師ではなく医療機関に要求される医療水準とされる）、24、26（本件では、医療水準が、過失・注意義務の判断基準のみならず、「なお生存していたこと」に関する蓋然性の判断の際にも役割を果たした）、27、28（本件は、「…医療行為が、過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合」という構造をもつ。従って、過失と医療水準にかなった医療行為でなかったこととは別のものとして取り扱われたように見える）、32（判旨においては医療水準概念が用いられなかったが、反対意見において医療水準の概念が用いられた）、36（医療水準は、過失・義務を認定する際に役割を果たすものではなく、因果関係か損害論を論じる際

³⁰⁵ 手嶋豊「判批」判時 1570 号（1996 年）196 頁、河野泰義「判批」平成 8 年度主要民事判例解説（判夕臨時増刊 945 号 1997 年）111 頁。

³⁰⁶ 本件は、医療水準概念を直接に用いたことはないが、昭和 50 年に発表された「未熟児網膜症の診断ならびに治療基準に関する研究報告」という「一般基準」に従って医師の処置の適当性及び転医義務の有無を判断したので、ひとまず医療水準論を捉えた判例として整理する。

³⁰⁷ なお、本件の伊藤正己裁判官の補足意見においては、研鑽義務・転医勧告義務の基準とする医療水準の相対化の試みが見られる。

に働くように見える)、39 (判旨においては医療水準概念が用いられなかったが、反対意見において見られる)、40 などの 18 件において、医療水準論が導入されている。

判例における医療水準論について、以下の諸点がみられる。まず、新規療法などに限らず、幅広い範囲で医療水準論が用いられたこと。「一般に、医療水準概念を用いた従来の最高裁判決の多くは、安全性・有効性が十分確認されていない治療方法や普及過程にある治療方法を実施すべきか否かが争われた事案であり、このような事案については、他の医療機関との比較や新規の治療方法の普及度などが義務の確定について重要な意義を有することになるといえる。他方、…、他の医療機関との比較や普及度を考慮する必要性の低い事例については、少なくとも従来のような形で医療水準概念を用いる必要性は確かに乏しいといえよう」³⁰⁸との主張もなされているが、裁判実務から見れば、必ずしも新しい治療法の場面に限定したわけではないことが明らかとなる。例えば、判例 16、22、24、40 である。しかも、そのみならず、裁判実務における医療水準論の適用の広汎性も明らかとなる。判例 26、36 のように、過失・注意義務の判断基準にとどまらず、因果関係・損害の判断にも、医療水準論を用いたことがある。また、医療水準論の相対化傾向とともに、医療水準概念不要論などの消極説³⁰⁹と異なって、裁判実務においては、医療水準論が、ある程度上の客観的な基準として、提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断する重要な座標・指標となっている。裁判実務から見れば、その意義は否定できないであろう。しかも、後述するように、医療慣行との関係においても、医療水準論が重要な役割を果たしている。そのために、医療水準論が、その不明確さ、伝統的な過失の判断・本旨不履行の判断との間の曖昧さなどの短所があるとしても、医的現場と法的現場との連結点としての医療水準論の意義を完全に否定することはできないであろう。さらに、医療水準論は、物取引の場合に関する 401 条における「中等の品質」または他の役務の場合によく見られる「平均的水準」などと異なって、臨床医学上の実践における医療水準は、こうした平均的なものを排除するものとして、意味深いであろう。なお、医療水準の重要性を認めつつ、医療水準をもって何でも解決できるまでとはいえないことも当然である。例えば、医療水準として未確立であった療法としても一定の条件の下でその説明義務が認められた (判例 31) ことがある。

(6) 当時の医家の常識、医師間に一般的に認められたもの。この要素は、判例 4 (原審の判断であるが、最高裁はこの判断を支持)、14 (「事故発生当時の臨床医の間で一般的に認められていた」³¹⁰)、21 (がん告知に関する当時医師間での一般的であったやり方) 等に

³⁰⁸ 高嵩英弘「判批」判評 540 号 (2004 年) 13 頁。類似な見解として、手嶋・前掲注 (302) 262 頁以下の「医療水準が新しい治療法に関連して論じられることが多いのに対して、本件はそのようなものとは若干異なるもののために使い分けられているとも解される」との見解及び、判例 24 における「当該措置は、何ら高度の知識や技術を要求するものではなく、その意味で、『臨床医学の実践における医療水準』の問題として先例の取り上げた事柄とは論点を異にする」というような可部恒雄裁判官の補足意見などがある。

³⁰⁹ 相対説によれば、医療水準概念と過失概念ないし債務不履行概念が実質的に一致しているので、医療供給者を説得するための修辭的な機能を果たしているに過ぎないとして、医療水準概念が不要となる (新美育文「判批」平成 7 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1091 号 1996 年 65 頁))。

³¹⁰ 直接に医療水準概念を用いなかったが医療水準論に基づき判断されたとの見方もある。詳しくは、野田寛「判批」民商法雑誌 93 巻 2 号 (1985 年) 106 頁以下参照。

において見られる。しかし、この要素における「一般的」、「常識的」などの判断は、前述した医学水準・医療水準に比べて曖昧であるのみならず、こうした一般的やり方などは、医療水準と医療慣行との関係を論じる際に見られたように、一般的であれ、必ずしも医療水準に合致するわけではないことから見ても、研鑽義務が課されうる専門家にとって、こうした一般的に認められたものにより、直ちにその責任を免れるのは疑問である。

(7) 医学的知見・知識。この要素が用いられた判例として、判例 18、29、30、33、35、37、38 などがある。医療水準論の相対化傾向に見られたことと同様に、こうした医学的知見・知識は、定型的な基準、すなわち当該役務を提供するために一般的に期待されている知識・能力を備えていることという一般的に要求される知見のほか、当該役務提供者・提供機関の個別的な知見も考量された事案が少なくない。例えば、判例 18 においては、原審は、具体的な事案において医師が当時の医療水準を超える知識を身につけていた場合には、当該医師の知識に基づく医療水準を基準にして過失の有無が検討されなければならないとされた。これに対し、最高裁は、注意義務の基準は一般的に医療水準であるとされつつ、本件の場合の医師の知見を考慮しても医師の検査依頼義務の存在を否定したが、医師の個別的知見が医療水準を超える場合に、当該個別知見に基づき役務の瑕疵を判断することを完全に否定することもしない。この点について、判例 31 はさらなる発展をしてきた。すなわち、「乳がんの手術にあたり事件当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について、同療法がある程度普及し、実践されており、また当該患者の乳がんが乳房温存療法の適応可能性のあること及び当該患者が乳房温存療法について強い関心を有することを医師が知っていたなどの事情の下においては、乳がんの専門医である医師には患者に同療法の適応可能性のあること及び同療法を実施している医療機関の名称や所在を自らの知る範囲で説明すべき診療契約上の義務がある」とされる。この点について、学説上においては「定型的な基準がある場合でも、契約で定められた内容や契約が締結された経緯などから、それと異なる基準が合意されたとみることができるときには、その基準によることになる」³¹¹というような考え方が見られるが、前掲 2 つの判例、特に判例 31 においては、診療契約上の説明義務として捉えつつ、合意されたとみることができかどうかについては特に注意を払わなかった。

(8) 能書の記載。能書の記載と医療役務の判断との関係が問題となる判例として、判例 14、24、33、37 などがある。判例 14 においては、能書に「慎重に投与すべき旨が記載されていたに過ぎないとしても」、本件薬物はショック症状を起しやすい薬剤であり、また過敏性試験は不確実なものであり、さらに医師による適切な問診が必要不可欠であるという本件事故当時の臨床医の間で一般的に認められていたことなどから、ショック症状発見の危険のある者に対しては本件注射を中止すべきとされる。したがって、能書の記載通り医薬品を使用したとしても、医師は免責されるわけではなく、医薬品の使用に際しては慎重

³¹¹ 山本・前掲第三章注 (18) 契約 713 頁。

な態度を要求し³¹²、能書の記載は、医療水準判断のための一資料に過ぎない³¹³とされる。判例 24 においては、「医師が医薬品を使用するに当たって右文章に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである」とした上で、「仮に当時の一般開業医がこれに記載された注意事項を守らず、…を常識とし、そのように実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行であるというにすぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものであるということとはできない」とされる。すなわち、能書における注意事項は、特別な合理的な理由がない限り、直ちに過失の判断前提となるのみならず、能書の記載は、医療慣行に比べて、過失・役務の瑕疵を判断する際の要素として優先的に適用される。判例 33 においては、医師は、「最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況の下で可能な限り最新情報を収集する義務がある」というように、能書に関する情報収集義務のみならず、能書の記載を字面どおりに理解するだけでは足りず、すなわち、その記載事項の背景にある薬剤の副作用の発生メカニズムという医学的な事情などについて、医師の研鑽義務が実質化される³¹⁴。従って、これらの判例によれば、専門家である医師としては、能書に関する収集義務、能書の解説する際の注意義務及び能書の注意事項を超える注意義務のレベルが要求される。判例 37 においては、能書の記載が、患者のアレルギー体質の申告及び医学的知見などと並びに、医師の注意義務の判断要素となる。このような判例状況をまとめてみると、能書と医療役務の瑕疵判断との関係については、医薬品の添付文書記載の注意を基準（判例 24）、または手懸り（判例 14、33、37）として、医師の過失を判断するというような 2 つの構造³¹⁵があることが明らかとなる。具体的にいえば、能書の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失・役務の瑕疵が推定されるべきであり、それと同時に、能書の記載はあくまでも役務の瑕疵判断の一つの要素に過ぎず、これに従えば直ちに役務の完全性を認めるわけでもない、他の要素とあわせて判断する必要がある。このような裁判実務の傾向が、他の役務提供契約の場合、特に物の提供と伴う役務提供に対しても、物の使用に関する注意事項が記載された場合に参考になりうる³¹⁶と考える³¹⁶。

(9) 医療慣行。一般的に、医療慣行とは、臨床医療の現場において平均的医師によって広く慣行的に行われている方法をいうものと解される³¹⁷。また、慣行は、ひとつの社会的

312 浦川道太郎「医薬品・注射・医師の注意義務」年報医事法学 16 号（2001 年）117 頁。

313 野田・前掲注（310）106 頁以下。

314 手嶋・前掲注（302）724 頁参照。

315 寺沢知子「判批」民商法雑誌 132 卷 3 号（2005 年）424 頁参照。

316 なお、能書について、医薬品の「用法、用量その他使用及び取り扱い上の必要な注意」等の記載すべきことが法定されており（薬事法 25 条）、かつ、医師のような専門家としての情報収集義務・研鑽義務も要求されうるという事情があることが、この点を他の役務提供契約への参考の際に留意する必要がある。

317 西野・前掲注（298）114 頁。

な基準であるから、過失判断に当たり、慣行に従っていれば過失はないかどうか、慣行に違反していたから過失があるかどうかという二つの面から基準とすることが考えられている³¹⁸。これは、医療役務の場合も同様である³¹⁹。前掲諸判例から見れば、医療役務の瑕疵を判断する際に、業界の慣行について、否定的、消極的な考えが判例の主流であることが明らかとなる（判例 1、24、40）。判例 1 は、「注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定すべき事項であって、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌すべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定すべきいわれはない」とされる。判例 24 も、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」とされる。判例 40 も、こうした考えが継がれており、「当時の臨床医学において…のむしろ一般的であったことがうかがわれるとしても、直ちに、それが当時の医療水準にかなうものであったと判断することはできない」とされる。このような判例の流れに従って、医療慣行の問題は、医療水準・注意義務を考えるとときの参考となっても、医療訴訟での免責の反論としての意味を有していると限られないと考えないわけにはいかない³²⁰と指摘される。他方、これらの消極的な考えと対照的に、判例 4、14、21 においては、「当時の医家の常識、医師間に一般的に認められたもの」等が、役務の瑕疵を判断する際の重要な考量要素となった。しかし、これらのような慣行的な要素が導入された判例においても、慣行的な要素に従ったことから直ちに過失がないとされたことはなく、当該慣行の合理性、必要性を検討した上で結論を下したように見える。従って、医療慣行に従った医療行為を行ったというだけでは、医師は結果に対する責任を免れるものでないということは今日の判例・通説といってよいであろう³²¹。つまり、慣行が瑕疵判断の要素となりうるとしても、医療役務のように役務の提供が技術の進歩に緊密にかかわり、かつ技術水準がある程度測定できる場合には、慣行に従ったことから直ちに役務の瑕疵を否定することはできないと考えられる。同様な理由で、役務の瑕疵判断に関する「業界基準論」を導入する際に、「基準」とみされるものが、真の基準か業界の慣行にとどまるかを見極める必要があるのではないかと考える。

（10）治療を受ける目的。判例 4 においては、疾患の治療という目的より、美容的に治療することを第一の条件とすることが自明の理であり、治療前より醜い傷害を与えることは、医師としての任務に反するとされた。従って、契約全体の目的に反する場合には、疾

³¹⁸ 山田卓生「注意義務と慣行」判タ 441 号（1981 年）32 頁以下、同「医療水準と医療慣行」判タ 447 号（1981 年）41 頁以下参照。

³¹⁹ 平林勝政「プロフェッショナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」唄孝一=有泉亨編『損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』（日本評論社 1974 年）45 頁以下、山田・前掲注（318）39 頁以下、西野・前掲注（298）103 頁以下を参照。

³²⁰ 稲垣喬『医療訴訟入門』（有斐閣 2003 年）60 頁。

³²¹ 西野・前掲注（298）114～115 頁。

患の治癒自体が一応達成したことをもって、提供された役務に瑕疵があることを否定することができない。

(11) 役務受領者の協力。この点は、役務提供契約を検討する際によく論じられ、医療役務に関する前掲諸判例の中にも見られる。例えば、判例 21 においては、告知不能は患者側の原因（不協力）であり、患者側の協力の必要性が強調される。しかし、患者側の協力については、「患者の治療選択に関する自己決定権の拡大傾向により、今後医学的見地からは相当とはいえ選択が患者によりなされる可能性もあるが、その場合にも患者のこうした選択が十分な説明がなされた上でのものであるかを吟味する必要がある、そのうえでの選択と解されれば、判決の言うように患者の協力義務を問題とすることにもなつてこよう。しかし患者が治療へ協力するか否かは患者が真実を知っているかどうかという面が大きく影響すると思われ、病名告知の問題に関しても、こうした相互の関係を捨象して患者の協力義務のみが独立して強調されるとすれば適切でないもの」という見解もある³²²。同様な理由で、役務受領者側の協力要素を論ずる際に、協力可能性が考量されなければならないと考えられる。

(12) 期待。諸判例において、期待の要素が取り込まれるものとして、判例 12、20、23、27 などがある。その中で、判例 12、20 においては、医療水準として未確立した療法に対する期待は無理であるとしてその療法を実施しなかったことは役務の瑕疵ではないとされる。判例 23 においては、期待の相当性が、相対的な医療水準を認定する際の要素として働いた。これらと異なって、判例 27 における「期待」は、医療水準との関係ではなくて、直接に医師の説明義務に繋がっており、説明義務存在の判断要素となる（類似のものは判例 31）。このような「期待」は、特に監査役務の場合に現れたような「ギャップ」が存在する場合に、役務の瑕疵を判断する際にどのように取り込むべきかが重要な課題となる。

(13) 医師の裁量。役務の瑕疵判断の際に明白に医師の裁量性が考量された判例として、判例 9、21（原審判旨）、判例 32（一審判旨）、判例 33（一審、原審判旨）等がある。一般的に、医学水準・医療水準論が導入された場合には、裁量範囲の逸脱かどうかの判断は、そうした水準に照らしてなされる（例えば、判例 21）。したがって、医療水準が、診療に際して医師が療法の選択などに関し裁量を働かせる幅のある場（枠）となり、そこから診療がずれているかどうかの評価が導かれる³²³。判例 21 は、まさにこのようになされたと考えられる。しかし、医療水準に適合した療法が 2 つ以上存在する場合には、裁量の相当性の判断は、なお問題として存在する³²⁴。一般的には、裁量の相当かどうかは、医師により選択・実施された措置の具体的な状況への適合性ないし医学的適応性が肯定されるか否かにかかり、診療の合目的的判断や患者側の要望などの諸多の要素の総合的考慮としての価値判断に依存するものであり、ただ、このような判断は、ほぼ医療役務の瑕疵判断と同義となる

³²² 手嶋豊「判批」平成7年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1091号）62頁。

³²³ 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』（有斐閣2002年）27頁以下、稲垣・前掲注（320）60頁以下等参照。

³²⁴ 医療の裁量性と医療水準との関係及び裁量性に関する下級審の状況について、稲垣・前掲注（323）『医師』27頁以下参照。

ので、すでに述べた諸要素の総合考量も必要となる。

(14) 医師の説明が問題となる場合の判断要素。説明が問題となる場合に、一般に、前掲諸要素に従って評価されるが、ここでは、以下の二つの場面を補充しておく。まず、判例 31 における説明義務と医療水準との関係である。この判例においては、医療水準として未確立であった療法としても一定の条件の下でその説明義務が認められた。従って、医療水準を超えるものに関する説明義務が要求されることもありうる。次に、説明義務の具体的な判断基準である。すでに述べたように、学説上は、説明義務の判断基準について四つの見解が見られる。前掲諸判例を、こうした見解に当てはまろうと、判例 10 では合理的医師説が採用したと評価される³²⁵が、判例 27 では二重基準説あるいは複合基準説を採用したと評価される³²⁶。こうした基準は、具体的な患者を重要視するという点が特徴であり、そして、このような受領者・役務作用対象の性質などに応じて判断する手法は、他の役務提供契約の場合ないしは説明義務以外の義務も参考となりうる。

第六に、法的効果について。まず、前掲諸判例からみれば、提供された医療役務に瑕疵があるとされる場合の法的効果として、損害賠償に集中していることが明らかとなる。この点については、医療役務の瑕疵に対しても、債務不履行構成をとれば、損害賠償のみならず、より多様な法的効果がなりうる点を改めて強調しておく。

また、損害賠償の具体的な展開も、損害賠償の一般法理に従って扱われた。しかも、すべての判例が医療役務の瑕疵による結果的損害をめぐって展開された。学説上指摘されたように、提供された役務に瑕疵がある場合には、不完全履行の一般法理によれば、その損害として、瑕疵によって惹起した結果的損害だけではなく、不適切な役務自体にも、物取引の場合の物の瑕疵・欠陥と同様に、損害の一種となりうる。また、不完全な役務がなされたために、適切な役務の提供が遅延に陥るのも一般的であろう。従って、遅延損害を求める可能性もないわけではない。その理由から、提供された役務に瑕疵がある場合の損害賠償については、裁判実務に見られる瑕疵によって惹起した結果的損害に加えて、本来の給付の不完全自体の損害、本来の給付の遅延による損害も視野に入るべきと考えられる。

それと同時に、結果的損害を評価する際には、判例 27 における「意思を決定する人格権」、判例 34 における「相当程度の可能性」等の保護法益の拡大により、これらの法益の侵害による損害賠償の構成も注目に値するであろう。しかも、不法行為構成にとどまらず、判例 36 においては、相当程度の可能性の侵害による損害を賠償すべきという点を債務不履行の法的効果として捉えた。このように、意思を決定する人格権の侵害による損害の賠償とか、可能性の侵害による損害の賠償とかが、説明義務違反が問題となりやすい専門家による役務提供の場合、及び債務不履行と損害との相当因果関係が立証されがたい役務提供の場合の損害賠償責任構成にとって、一定の参考になると考えられる。

³²⁵ 新美・「判批」前掲注(222)10頁、中村・前掲注(249)「説明義務」72頁など参照。

³²⁶ 飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断——近時の最高裁・説明義務判断をめぐって——」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社2004年)272頁。

第六章 日本法における各種役務の展開 (3) ——小括

第一節 全体的な状況について

二章にわたって幾つかの役務を網羅した。以下では、こうした各種の役務提供契約について、総論レベルでその全体的状況をまとめてよう。

まず、結果的には、各種役務に関する学説及び裁判実務は、山本敬三説と一致している点が多いことが明らかとなる。すなわち、632条の法文から出発して、請負の特質を、労務そのものとは別に労務の結果を考え、それと金銭との交換を考えるという考え方にに基づき、物アナロジーとしての瑕疵担保責任は、かなり限定された領域内に適用されるという解釈は、今までの学説・判例と一致しているところが多いといえる。具体的には、請負を前提とする瑕疵担保責任は、主に建築請負契約の場合のみ適用されている。しかも、前掲裁判例の中で、労務としての仕事の完成義務は負っているが、その結果に対する瑕疵担保責任までは負わないという契約類型が相当数存在している。例えば、設計、興信所の調査、監査契約、書類作成を目的とする場合の弁護士の役務、警備請負などがその代表的な例である。これらの役務提供は、仕事の完成という角度から見れば、請負のように見えるし、論者によって、結果と報酬との交換と見ることも不可能とはいえないが、実際のところ、裁判実務上は、請負と解されても、瑕疵担保責任が適用されないのは一般的である。そのために、請負と解するにもかかわらず、瑕疵担保責任を負わない以上、少なくとも不完全履行の面に限り、これらの役務提供類型については、あえて請負と性質決定する実質的な意義は見当たらない。こうした役務提供類型は、裁判実務に従えば、むしろ結果の保証でもないし、手段債務のみを負うでもないし、請負と委任との間の中間的な態様ともいえるであろう。つまり、これらの役務については、約定された仕事が完成していない場合には、債務不履行の一般に服する。他方、仕事は一応完成されたが、完成された結果の瑕疵によりその瑕疵担保責任を負わせるものではなく、その役務提供過程に瑕疵があるかどうかによってその責任の有無が決められるという手法に服する。こうした裁判実務の傾向は、少なくともこれらを請負上の瑕疵担保責任から切離す点は、前掲山本説と一致しているといえる。

しかしながら、山本説との相違も見られる。例えば、情報システムの構築などについて、山本説は、むしろ請負から切り離れた役務型仕事を対象とする役務提供契約として捉えているが、裁判実務においては、情報システムの構築については、請負と解しながら、瑕疵担保責任が修正的に適用される。また、設計契約についても、山本説と違って、裁判実務上においては、単純に請負から切離すことではなくて、一括請負かどうかによって瑕疵担保責任の適用の有無が決められる。さらに、建築工事請負においても、その瑕疵を考える際には、主に完成された結果に重点が置かれているが、役務の要素も考量視野に入れているといえる。しかも、後述するように、請負と解されないとしても、結果という要素が、瑕疵(不完全)判断及びその法的効果に対してまったく影響を与えていないとはいえない。

第二節 瑕疵判断について

前掲全体的な状況を踏まえながら、以下では、各種役務の瑕疵判断に関する展開をまとめてみよう。

まず、裁判実務の全体から見れば、役務の瑕疵判断について、主に三つの類型が存在することが明らかとなる。

(1) 物アナロジーが適用される役務の瑕疵判断手法。労務の結果を重視して物アナロジーが適用される役務提供においては、完成された結果に瑕疵があるかどうかは基本的判断手法である。しかし、それとしても、結果の瑕疵から役務の瑕疵を推定するという瑕疵化体論ではなくて、役務自体が適切になされていた事実があっても、結果の瑕疵に対する責任を否定することはできない。結果の瑕疵に対する判断基準は、「目的物に瑕疵があること」であり、具体的には、契約の合意内容（主観的要素）及び、契約の内容ではなくとも同種の目的物本来備えるべき性質（客観的要素）がその判断基準となり、かつ、契約内容要素が他の要素より優先的に考量される（すなわち、完成した目的物に安全性について問題がなくても、約定に反する場合は目的物の瑕疵に当たるとされる）傾向も見られる。それと同時に、諸裁判例から見れば、瑕疵の判断について、完全に目的物の支障に限るわけではないことも明らかであり、特に、目標の達成可能性・仕事完成の困難度も瑕疵判断の要素となりうる。情報システム構築のような特殊の事案のように、完成された結果に不備があるから直ちに瑕疵を認めるわけではないものも存在して、目的物に支障があることを加えて、仕事完成後の対応も、瑕疵判断の要素に取り込まれる。さらに、建築工事請負契約のような役務提供においても、瑕疵の判断自体は主に結果に焦点を合わせると同時に、提供過程における役務自体がまったく無視されるわけではない。これらの役務提供における役務の位置づけについては、目的物の結果の支障のみならず、こうした支障の形成原因である役務の不完全まで認定され、あるいは役務の不完全性を、請負人の不可抗力の抗弁を否定するための原因として認定する裁判例も見られる。また、636条但書における注文者の指図または材料の性質に対する請負人の対応としての役務について、その適切さなどもよく問題となる。この点については、結果の瑕疵よりもっぱら役務自体の瑕疵といえるであろう。さらに、諸裁判例において「物の瑕疵」か「役務の瑕疵」かがはっきり区別されていない裁判例も存在している。

(2) 委任型役務提供の場合には、役務の提供によりもたらされた結果を基準とした判断ではないことが明らかである。しかも、大多数の裁判例においては、必ずしも644条の善管注意義務をめぐって議論が展開されるわけではなく、むしろ事案ごとに契約の個性・役務受領者の個性などに相応する具体的な義務を判断するという手法が用いられることが多い。具体的には、役務提供の過程における役務提供者の負うべき義務（役務内容）と実際に提

¹ なお、善管注意義務ではなくて一般論的・抽象的意義上の注意義務として現れた事案は少なくない。例えば、医療役務の場合の「最善の注意義務」などがその代表例である。

供された役務との間の対比という手法である。その中で、主たる給付義務、従たる給付義務、付随義務という図式はあまり見られないが、契約の解釈などにより役務提供者の義務を拡張する傾向が見られる。例えば、旅行契約における旅程管理配慮義務、説明義務、安全確保義務、介護役務における安全配慮義務、不安解消義務、説得義務、告知義務、危険回避義務、トイレの定時清掃義務など、興信所の調査における報告書提出義務、一定の情報提供義務、公認会計士の役務提供における意見表明義務、報告書提出義務、職業的専門家としての正当な注意を払うべき義務、本来なすべき手続をとる義務、弁護士役務の場合の調査義務、説明・報告・助言義務、控訴の機会を失わせないようにすべき義務、適切な措置をとる義務、期日出頭義務、依頼者の意向を確認する義務、誠実に事務処理義務、主張・立証義務、受取物などの引渡義務、契約終了後の義務、医療役務においては、診療の各段階をめぐる展開された診療義務（例えば、問診義務、予診義務、消毒を完全にすべき義務、危険の発生を未然に防止すべき注意義務、転医義務、最新情報の収集・研鑽義務、観察義務、適切な措置をとる義務など）、説明義務、などが見られる。但し、義務論的なものが余り見当たらない役務類型も存在している。例えば、教育役務においては、債務内容に対する判断は、義務論的なものではなく、より具体的な措置、具体的な指導方法のレベルで展開されている。義務論的考え方は、その義務違反の有無の判断については、その義務がなされていないとか十分になされていないとかなどの判断から、直ちに役務提供の瑕疵に当たるというように容易に判断されうるので、ある程度まで瑕疵の判断基準を提供しているように見えるが、善管注意義務、安全配慮義務、役務受領者の個性に対する適切な対応をとる義務、適切な措置をとる義務、誠実に事務処理義務などは、その義務違反自体の認定もかなり困難であることにも留意すべきであろう。要するに、上記の具体的な義務を通じて瑕疵を認定する手法は、なされるべき役務がなされないときは、本旨不履行を構成することに対して、なされた役務が不適切かどうかの判断について、その基準があいまいであるという点は役務提供一般と同様である。即ち、前述した提供すべき役務を義務と言い替えて、その義務違反の有無によりその瑕疵を認定することは、役務を義務に細分化して、判断しやすい部分と判断困難な部分と切り離し、判断しやすい部分を突破口として、その認定過程を比較的容易なものにするに過ぎないであろう。したがって、判断困難な部分については、契約内容の認定及びその義務違反の有無という認定手法としても、なお限界があるとも言わざるを得ないであろう。

(3) (1)・(2) の二つの類型と違って、結果上の不完全を瑕疵として解しながら、瑕疵担保責任上の瑕疵ではないとする判断手法も存在する。例外的な存在とはいえ、こうした完成された結果に着目して瑕疵の有無を判断しながら、瑕疵担保責任における瑕疵と同一ではない瑕疵とされた裁判例も存在する。例えば、介護役務における経営の永続性を図る義務として捉えられた裁判例においては、結果・目標に向けた努力義務がある以上、そういう目標の挫折自体が債務不履行の一つの評価事実として捉えられて、その上で、こうした挫折に対して損害賠償責任があるかどうかについては、過失の有無によって判断する

という手法をとった。同様に、興信所調査における裁判例 1 においても、報告が著しく不完全であると認定したと同時に、不完全な報告につき役務提供者に過失があるかどうか（しかも、過失なしの立証責任は役務提供者が負うとされる）によってその責任を判断している。そのほか、監査役務においては、特定の仕事完成義務を負っても、結果の不完全から直ちにその責任を負わせるのではなく、その役務提供過程において、役務提供者の注意義務違反の有無によりその責任の有無が判断される。直接に過失などの概念は用いられないが、注意義務違反＝過失として捉えれば、前掲のような判断と実質的に同様となるであろう。こうした判断手法が、帰責事由の立証責任の転換から見ればその実質的な意義があるとはいえ、こうした過失・帰責事由などを客観な義務違反として捉えると、過失の判断は客観な義務違反の有無の判断となり、こうした客観な義務違反の有無の判断は、前掲 (2) における具体的義務論に基づく判断手法と同様な問題に直面すると考えられる。そのため、この手法についても、一定の示唆を含むものの、その具体的な役割、その認定過程などは、なお検討を要するものと考えられる。

次に、瑕疵判断について学説上よく論じられているその他の手法についても、裁判実務に照らして検討を試みる。

(1) 手段債務と結果債務。手段債務か結果債務かについては、当該義務・内容の性質によって判断されるべきと考えられる。換言すれば、結果債務を本旨不履行の側面から捉えれば²、委任・準委任にあたる役務提供契約についても、手段債務だけではなく、一定の仕事の完成、ないしは結果の実現まで義務を負うとすることも可能である。例えば、弁護士による契約書類の作成などは、その類型に属する。実際に、委任契約としても、顛末報告義務のようにその完成・実現が要求されることも不可能とはいえないであろう。そのため、役務提供全体から見ても、手段債務・結果債務という視点は、契約全体の性質について判断すべきではなく、その具体的な義務自体に即して判断すべきであるという考え方も可能である。また、瑕疵担保責任の趣旨から出発すると、結果債務を、結果に実現を約したと解すべき場合であるとする定式を再修正する余地もある。具体的には、結果に瑕疵があったかどうかは、結果の実現だけではなく、実現された結果の質を含めて保証したかどうかによって判断すべきものとする。いかなる場合に結果債務と解し、いかなる場合に手段債務と解すべきかは、当該義務の種類及びその性質、当事者の意思、信義則により決められるべきである。

(2) 一部の学説において提言されている構造・プロセス・結果という三層構造論あるいはハード面とソフト面とを結合する判断構造は、裁判実務においても見られる。具体的には、旅行役務の場合における特定資格を持つ人員の具備、教育役務の場合の教師陣、施設など、介護役務における介護施設、特定資格を持つ人員の具備などのような構造的な要素が、役

² 手段債務と結果債務については、論者によると、例えば、吉田説と森田説のように、本旨不履行の面から捉えるか（吉田説）帰責事由の面から捉えるか（森田説）という違いが見られる。この点に関する具体的な論述は、吉田・前掲第五章注 (30) 48 頁以下、森田・前掲第三章注 (20)、淡路・前掲第五章注 (19) 116 頁以下参照。

務提供する際の適切さの重要な判断要素となる。しかも、施設の問題は、工作物責任に基づき取り扱う可能性も十分にある。例えば、介護役務の場合の転倒事故に関する裁判例はその例である。こうした判断手法も、前掲具体的義務論と同様に、判断容易な部分（基準で決められうるハード面）と判断困難な部分とを切り離して、ハード面を物に同視しまたは類似視し、判断容易な部分を突破口として展開する手法である。そして、こうした手法によっても、前掲具体的義務論と同様に、残された判断困難な部分に関する判断困難性はなお解消することができない。

(3) 売買契約の準用について。大部分の役務提供契約が有償契約であり、しかも、役務を「商品」として「売買」とすると見ることも不可能ではないので、役務の瑕疵判断について売買契約の準用とも可能であるといわれている。しかしながら、少なくとも前掲諸裁判例に限り、売買契約の規定を準用した事案がまったく見当たらない。したがって、裁判実務における役務の瑕疵判断に関する限り、売買契約的な捉え方は消極的に評価されなければならないであろう。そして、売買契約の有償役務提供契約への準用について、特に 561 条以下の担保責任に関する規定の準用については、学説³と同様に、裁判実務においても、消極的であるとはいえるであろう。本稿でも、こうした学説と裁判実務の傾向を踏まえて、瑕疵担保責任に関する規定を有償役務提供契約に準用する余地はないと考える。しかしながら、いかなる規定をいかなる程度に準用すべきかを決することは非常に困難であるとはいえ、559 条の規定がある以上、その他の規定については、なお準用する余地があると考えられる。具体的には、559 条後段の規定に定められる「有償契約の性質」を見極めたうえで、それぞれの規定と契約とについてその準用の有無と程度とを決すべきと考える。この点は、学説及び裁判実務のいずれも十分に展開されていないものである。

(4) 401 条 1 項の定めについて。学説上においては、当該条文の役務への準用もよく提言されている。しかし、裁判実務においては、請負契約における客観的基準、水準論などの類似なものは見られるが、中等の品質と定める 401 条 1 項の役務への準用は見当たらない。その原因は、何よりも役務にとって中等の品質は何であるかという問題にあるのではないかと考えられる。また、委任型の役務提供にとって、中等の品質と善管注意義務との関係も問題となりうる。役務類型によって、両者の実質的内容がほぼ重なり合い、融合することが多いともいわれる⁴。しかし、401 条 1 項における「中等の品質」は、何よりも同種の物が存在しそして比較できることが重要である。役務の類型によって、比較できる役務提供もある（たとえば、物型役務及び規格化・基準化を通じて物取引に接近する役務）が、より多くの役務は、役務対象・役務受領者の性格に応じて提供されるので、中等の品質に関する判断が容易になされえないであろう。そうだとすると、民法 401 条 1 項の条文を、条文どおりに物に限定して適用すべきであり、物型役務及び規格化・基準化を通じて物取引に

³ 柚木馨=高木多喜男編集『新版注釈民法（14）債権（5）贈与・売買・交換』〔柚木馨=高木多喜男〕（有斐閣 1993 年）187 頁。そこによれば、「担保責任に関する規定（中略）…雇用や寄託のような労務契約には準用の余地がないのみならず、特に請負契約については、634 条の特則が設けられている」とされる。

⁴ 笠井・前掲第三章注（3）77 頁以下。

接近する役務には当該条文の準用は可能であるものの、他の役務にとっては、むしろ行為義務の具体化に努めるべきであると考えられる。

最後に、裁判実務上現れてきた具体的な判断要素についても付言しておきたい。学説と裁判実務にしたがって、具体的行為義務論を前提とした場合の具体的な義務を導かせるための要素、あるいは瑕疵の存否を判断するための諸要素あるいは判断手法は、主に以下の諸点にあることが明らかである。

(1) 契約の性質決定。この点について、学説上は、ほぼすべての役務分野にわたって議論され、展開されてきた。さらに、山本説のように、役務提供全体を対象として検討するのも目立つ。これに対して、裁判実務上においても、建築請負、弁護士の業務など伝統的にその性質が明らかである類型のみならず、争いになりやすい警備請負、設計、旅行、監査などにおいて契約の性質決定にもある程度展開されている。しかしながら、より一般的なのは、契約の性質が問題となりがちな役務提供について、契約の具体的な類型の決定を避けながら、ないしは具体的な契約類型に属させながら、直ちに特定の契約類型に関する民法の定めによってその具体的な義務、法的効果などを導くことではなく、債務不履行一般の規定に服せしめるという手法である。広く捉えれば、こうした手法も、契約性質決定の一つの態様となりうるであろう。なぜならば、請負か委任かという定式的な争いを避けながら、契約の性質を無名契約として扱う手法も、それ自体が一つの性質決定であるともいえるからである。したがって、裁判実務上は、建築請負、弁護士業務などの特定の類型を除いて、特定の契約類型に関する規定から役務提供者の義務を導き、そしてその義務違反の有無により瑕疵の有無を判断する手法ではなくて、むしろ、債務不履行の一般レベルに基づき、当事者間の合意、債権法総則レベルの債務内容確定などの手法によりその義務の存否を決めると考えられる。一見すると、こうした裁判実務は、契約の具体的な類型決定についてまったくなされていないように見えるが、結果的に見れば、相当程度上においては、山本説のように、請負契約は、結果と金銭との交換として捉えられうる物中心型請負に純化され、役務中心型がそこから切離され、これらの契約はそれぞれの枠組みに入れるようになってきたことも明らかである。換言すれば、これらの役務中心型「仕事」を提供する契約が、無名契約として取り扱われるものであれ、委任契約として取り扱われるものであれ、請負から切離した点は、山本説と一致している。したがって、山本説の合理性は裁判実務から見ても評価できると考えられる。なお、契約の性質決定と法的効果との関係に関する裁判実務における傾向についての考察は、本章第三節で行う。

(2) 善管注意義務について。委任型役務については、善管注意義務違反の有無に基づき瑕疵の有無を判断する手法もありうる。最近では、善管注意義務の概念などについても、かなり詳細な検討がなされている⁵。裁判実務上においても、監査役務の場合における善良

⁵ 道垣内・前掲第五章注(128) 39頁以下において、『善良な管理者の注意』について、委任事務処理義務として受任者が負う行為義務の具体的な内容を確定するための基準となるものであるから、行為義務を切離された注意義務ではあり得ないと指摘した上で、受任者の負う義務としては、委任事務処理義務という行為義務の具体的な内容が記述されることになるのである」、及び『善管注意義務違反』というのは、厳密に

な管理者の注意または専門家の正当な注意、弁護士役務の場合における善管注意義務概念などがよく用いられた。しかし、用語法上から見れば、微妙な差が見られる。また、善管注意義務は抽象的な概念に過ぎず、こうした概念を用いた裁判例の殆どは、こうした抽象的な概念の指摘にとどまらず、さらに進んで、役務提供者がいかなる具体的な義務を負うかについて、より具体的な作業を行っている。この点について、「訴訟委任を受けた弁護士は、依頼者に対して、委任事務処理に関し善管注意義務を負うが、具体的にいかなる義務を負うかは、依頼者の意思及び属性並びに依頼者と弁護士との法律的素養の差異などを考慮して決すべきものと解される」（第五章第六節裁判例 30）という指摘が代表的である。従って、善良な管理者の注意または善管注意義務は、役務における瑕疵の判断基準としてよく挙げられるが、役務提供過程における具体的な行為義務を判断するための要素の一つに過ぎないことも否定はできないであろう。具体的には、善管注意義務に関する最近の指摘⁶と同様に見てもよいであろう。したがって、提供された役務に瑕疵があるかどうかを判断するためには、単なる善管注意義務という概念だけでは足りず、むしろ他の諸要素を組み合わせるその具体的な行為義務の違反の有無によって判断されるべきものといえる。

(3) 契約における明確な定めまたは当事者間の特別な合意。監査契約、弁護士契約、医療役務では、この点がよく見られる。そのほかに、募集過程、契約締結前の表示及びマニュアルなどが合意の視野に取り込まれ、かなり重視されている。具体的には、旅行契約、教育役務、介護役務などにおけるパンフレット・募集広告、介護役務におけるマニュアルなどである。特に、旅行契約の場合においては、パンフレットの解釈をめぐって、約款と同様な解釈方法が採られた裁判例も存在することが注目される。

(4) 役務の特性。役務提供者の特性、役務自体の特性、役務対象の特性、役務受領者の特性などが、義務認定及びその違反の有無を判断する際の重要な要素となる。①提供者の特性については、専門家という性格がよく見られる。この特性に関わり、当該役務に携わる専門家としての注意義務・水準などの概念がよく見られる。例えば、教育役務における専門的裁量、介護契約における専門的見地からの説得義務・専門的裁量、興信所調査役務における調査の専門性・プロ性に対する期待、監査役務における専門家の注意、弁護士の専門家性、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する医師としての注意、医療水準としての当該病院の位置などが役務提供者の特性に関わるものとして取り扱われる。したがって、専門家として、当該専門的・裁量的判断も許容・尊重されていると同時に、役務の遂行について、専門家の専門的・裁量的判断も許容・尊重されている。役務の瑕疵判断についても、こうした両面を考慮する必要がある。また、専門家責任については、専門家で

言えば、観念できないことになる。委任について言えば、これまで『善管注意義務違反』といわれてきたのは、『善良な管理者の注意』という基準によって具体的に定まった委任事務処理の内容に、受任者が違反している場合のことなのであり、そうであるならば、『委任事務処理義務違反』というのが正確であることになる」という指摘などが見られる。類似な見解は、潮見・前掲第三章注(19) 218頁以下にも参照。

⁶ 山本・前掲第三章注(18) 契約 712頁以下においては、委任の本旨によって注意の程度を確定するとされる。

あるからといって、すべて専門家に任せるわけではなく、専門的素養に関係ない事項などのように自己判断の領域に属する場合には、専門家の責任が排除される可能性も高い（第五章第五節裁判例 4、同第六節裁判例 30）。この点は、債権者の権利・利益領域への介入を特徴とする役務⁷にとって、特に、自己判断の領域に属するものは通常介入しないとみることができれば、重要な意義を持つ。しかし、この点については、なお検討の余地がある。つまり、専門的素養の有無とは関係なく、役務受領者の自己判断の領域に属するものとしても、その行為の危険性が十分予想されうる場合には、役務提供者が役務受領者のため、何らかの行為・処置を取るべきではないか（例えば、アドバイスなど）と考えられる。なぜなら、専門家として、専門的領域の事柄はもちろん、専門家ではない点についても、当然のことながら一般的に善良な管理者の注意義務を負っているからである。そのため、専門的領域ではない場合にも、それから直ちにその義務を免れるのではなくて、委任の本旨、善良な管理者の注意、当該具体的な事務処理などに基づきその義務の存在などを検討する必要があるであろう。②役務自体の特性については、役務ごとにそれぞれではあるが、主なものとして、旅行役務における支配可能性と役務提供の進捗に伴う役務提供環境の変化、教育役務における教師側の教育的裁量、介護役務における高齢者の生活介護を中心とする役務、弁護士業務の特殊性・裁量性、医療役務の裁量性などが見られる。その中で、旅行契約のように役務提供の進捗に応じてその具体的な義務を確定するというプロセス的な視点が他のプロセス的な役務提供にも参考になるであろう。教育、弁護士業務、医療役務などについては、役務瑕疵を判断する際に、裁量範囲から逸脱かどうかの判断が重要となると考えられる。したがって、知的な役務提供の場合には、裁量的な要素の役割が強まるといえる。③役務受領者、役務対象の特性については、教育役務、介護役務（高齢者、意思・判断能力・身体能力の低下）、監査役務（有限会社、内部統制の不備、事業者）、弁護士役務の場合における役務提供者と役務受領者との法律的素養の差異、医療役務の場合の受領者の協力などの側面にこれらの特性が見られる。すなわち、役務受領者、役務対象の性格に応じて役務を提供すべきであるという点が、瑕疵判断の重要な要素となる。

（5）水準論。水準論は、学説においても裁判実務においても、よく見られる瑕疵の判断手法である。教育役務における教育水準、興信所の調査における対価及び専門性などによって決められる「通常期待された水準」、監査役務における監査基準、弁護士役務の場合の水準論及び医療役務の場合の医学水準・医療水準論は、その代表的な例である。但し、それぞれの「水準」概念の違いが明らかである。例えば、現段階における医療水準は、慣行を排除する相対的な水準として定着しているようだが、他の水準などは、医療水準論と異なっており、地域性、当該役務提供者の位置づけなどはあまり考慮されず、単に業界全体の水準などのような一般的、抽象的概念にとどまる。したがって、医療水準を除き、慣行などは、

⁷ 潮見・前掲第三章注（7）83頁以下参照。もっとも、潮見説によれば、役務給付を目的とする債務にあっては、それが特殊専門的知識・技術に裏付けられているかどうかを問わず、また、特定の外形的結果の招来を義務付けられているかどうかを問わず、自らの技能を提供して、債権者の権利・利益領域に介入していくという点に、給付内容面での特徴を見出すことができるとされている。

水準論に取り込まれる可能性が高いとも考えられうる。また、監査基準は、特定の範囲に属する法定基準とされている。教育水準は、同種の塾・学校などとの比較からその水準の高さが判断される。このように、それぞれ異なる意味をもつ「水準」概念があるゆえに、水準論の一般的適用の困難性は予想され得、及びその一般的適用可能性についてはなお検討の余地があると考えられる。

(6) 目的達成可能性。旅行契約における支配可能性・トラブル回避可能性、教育役務における目標達成可能性、興信所の調査における調査の限界と困難、監査役務における具体的な義務の行う可能性及びそのコスト、弁護士役務における具体的な行為のなされる可能性などがその代表的な例である。それと表裏一体をなすのは、役務受領者側にとって期待されうるかどうかの問題である。例えば、教育役務、介護役務、弁護士契約における期待・信頼、医師の場合の期待、一般的には、可能性が高い場合には、その目的達成不能により役務の不完全が推認される可能性が高い、一方、低い場合には、否定される可能性が高いともいえるであろう。しかし、この点については、過失判断としての回避可能性と同様に、その可能性の判断自体が新たな困難性をもたらす可能性もある。

(7) 代金の高さ。委任契約に関する通説によれば、代金の高さはもちろん、有償無償を問わず、善管注意義務の注意義務程度自体は変わらないとされる。しかし、裁判実務によれば、代金の高さが瑕疵判断とも関連している点は明らかである。例えば、教育役務においては、代金に応じる役務水準という図式がある程度見られる。興信所の調査においては高額な代金・専門性に相応する水準が決められる。それと同時に、興信所の調査の場合に、代金の低さが、義務軽減にはならないが、損害賠償額を決める際の考量要素となる。そうだとすると、通説を維持するとしても、一般的に、代金の低さが、必ず義務軽減とはならないが、通常より高い代金の場合には、その具体的な役務の質にも代金の高さに相応して高くなるべきことが一般的であるものと考えられる。

(8) トラブル発生後の対応。情報システム、旅行契約などがその代表的な類型である。すでに指摘されたように、情報システムの場合におけるトラブル発生後の対応が目的物の瑕疵判断に取り込まれることが、従来の瑕疵担保責任とはずいぶん違うように見える。また、すでに指摘したように、不履行障害に陥った場合の対応として、旅行契約等の役務におけるトラブル発生後の対応などに関する取扱方は、情報偏在の役務提供の場合における役務提供者のトラブルに関する説明・通知義務の有無についても参考になりうるであろう。

(9) 社会事情、法整備の状況の変化に伴って、特定役務に対する取扱方の変化も見られる。旅行役務、監査役務の場合はその代表的な例である。

(10) 慣行の位置づけについて。医療の場合には消極的であるが、他の場合には、余り明確に検討されていない。しかしながら、医療水準論により慣行の役割を制限する動きは、研鑽義務を課されうる役務提供にとって、重要な義務をもつことは言うまでもないであろう。

(11) なお、前掲諸要素は、それぞれ絡んでいることも明らかである。役務の瑕疵を判断

する際には、それらの要素を組み合わせて判断するのは通常である。しかも、当事者の特別な合意を除き、各要素の適用順位などは、明らかにならず、いずれも他の要素に優先的に適用されることはないことが明らかである。

第三節 法的効果について

全体的に、役務の瑕疵に対する法的効果に関する研究は、瑕疵の判断に関する研究より、量的にはかなり少ないと見られる。また、各論レベルにおいても、請負契約の場合を除き、法的効果については、余り論じられていないのが一般的である。さらに、裁判例の傾向からみると、効果論は損害賠償責任に焦点を合わせたものであることも明らかである。こうした一般的な状況を踏まえながら、以下では、法的効果の側面をまとめてみる。

まず、役務に瑕疵がある場合の責任構成について、瑕疵担保責任か債務不履行責任かという問題がよく出てくる。裁判実務及び学説によれば、以下のような傾向が見られる。

(1) 物アナロジーが適用される役務類型、具体的には、建築請負、印刷請負及びクリーニング請負などの場合には、634条以下の瑕疵担保責任の適用が一般的である。しかも、瑕疵担保責任構成がとられた裁判例においては、瑕疵修補に代わる損害賠償であれ、その他の損害賠償であれ、過失要件が不要である。また、損害賠償範囲の拡大現象も見られる。特に、瑕疵担保責任のみあるいは瑕疵担保責任と不法行為責任との競合によって慰謝料が認められた裁判例の数が増える傾向がある。しかし、こうした物アナロジーが適用された契約類型における瑕疵担保責任は、厳密に見れば、役務の瑕疵に対する責任でもなく結果の瑕疵に化体した役務の瑕疵に対する責任でもなく、むしろ役務の結果の瑕疵に対する責任であると考えられる。

(2) 請負契約の契約性質を認めながら、瑕疵担保責任の構成を採らない裁判例も存在する。情報システムの構築に関わる役務提供については、損害賠償責任の構成として、瑕疵担保責任構成をとる裁判例と債務不履行責任構成をとる裁判例が存在している。特に、情報システムの構築に関わる役務の提供に対しては、請負の契約性質を認めながら、完成した目的物に瑕疵があるかどうかを判断する際に瑕疵担保責任における瑕疵の判断基準を修正して適用するのみならず、法的効果についても、修補、代替措置などを法的効果のレベルで捉えるのではなく、瑕疵の判断に取り込まれる傾向及び、修補に代わる損害賠償とその他の損害賠償との定式をとることなく、債務不履行責任一般のルールに基づき損害賠償の項目を決める傾向が明らかである。この点から見ても、裁判実務においては、契約性質決定の重要性を認めながら、契約性質が決定されたことから直ちにその契約類型に関する規定をそのまま適用するわけではないことが明らかである。

(3) 設計、警備、興信所の調査、監査役務、弁護士の書類作成業務などのような一定の仕事の完成を負い、かつその仕事の結果も明らかに認識することができ、仕事の結果と報酬との交換とみることが可能である役務提供については、一見すると請負に当たり、学説上もその性質決定について争いが見られるが、裁判実務上においては、契約性質決定をせ

ず、あるいは請負を認定しても（例えば、警備請負に関する裁判例 43）、仕事の結果の瑕疵に着目する瑕疵担保責任ではなく、むしろ不完全履行の一般ルールによって責任を論じていることが明らかである。なお、設計については、設計と施工が一括請け負わせた限り、設計の結果である設計図ではなく、最後の目的物である建物に着目して瑕疵担保責任構成をとるのも一般的である。

(4) その他の役務提供については、役務の瑕疵に対して、学説と裁判実務とのいずれも、ほぼ債務不履行責任構成をとっていることが明らかである。

第二に、法的効果の構成上において、不法行為責任のみを問題とし、あるいは不法行為と債務不履行責任との競合がよく見られる。この点について、学説上は、医療役務の場合にはよく論じられてきたが、役務の瑕疵に対する責任全体を対象とする論述は余り見られない。他方、裁判実務上は、請負型役務か委任型役務かを問わず、不法行為責任構成をとった裁判例は、多数の役務提供契約類型に及んでいる。

不法行為責任構成をとった諸裁判例については、設計役務のような役務受領者との間に直接的な契約関係が存在しない場合、あるいは使用者責任により構成しやすい場合のように、不法行為責任構成を捉えられた裁判例がかなり存在する。しかし、そのみならず、より多くの裁判例においては、債務不履行責任または瑕疵担保責任と競合して不法行為責任構成がとられている。具体的には、以下ようになる。建築請負においては、慰謝料を認めるために、不法行為責任の構成をとった裁判例が存在する（なお、裁判例全体から見れば、慰謝料の賠償は、瑕疵担保責任か不法行為責任かを問わず、建物の欠陥による精神的な苦痛または財産的賠償では填補されえない損害に対して、慰謝料を認める傾向がある）。教育役務の場合においては、役務提供過程における法益侵害または事前の宣伝に対して不法行為責任構成をとった裁判例が存在する。介護役務においては、使用者責任、工作物責任などについて不法行為責任をとり、または役務瑕疵による人身損害に対する債務不履行責任と不法行為責任とを競合的に適用して不法行為責任を問う裁判例が存在する（なお、第五章第三節裁判例 10 においては、契約上の介護義務の違反によって債務不履行責任は認められたが、不法行為の成立については明白に排除された）。弁護士役務の場合においても、単なる不法行為責任のみで提訴した裁判例と、債務不履行と競合して提訴した裁判例が数多く見られる。取り上げられた諸役務類型において不法行為責任を採った裁判例として、もっとも数多く存在するのは医療役務の場合である。なお、こうした裁判例の状況に至る原因の一つとして、処分権主義との関係で、原告が何を根拠として請求したかにもあるとはいうまでもない。

こうした裁判実務の全体的状況から見れば、役務に瑕疵がある場合の法的効果について、不法行為責任構成をとる（あるいは債務不履行責任、瑕疵担保責任などと競合してとる）のは稀ではないことが明らかである。こうした裁判例を類型化すると、大体以下の幾つかの類型となるであろう。具体的には、①役務との繋がりはあるが、直接的な契約関係自体は存在しない当事者間の損害賠償を求める裁判例、②慰謝料、弁護士費用等を認めるため

に不法行為責任構成を採る裁判例、③契約関係は存在するが、契約内容・契約当事者自体は比較的明確でない裁判例（例えば、介護、医療役務と比べると、弁護士役務の場合には、契約当事者や契約内容が比較的明確であることにより、不法行為責任構成を採った裁判例もより少ないと思われる）、④契約締結段階の義務違反や契約終了後の義務違反に関わる裁判例、⑤役務受領者の人身・財産に対する直接侵害に関わる裁判例などと分けることができる。

前掲の裁判例の傾向を踏まえて、不法行為責任と債務不履行責任との関係で、以下の点についても留意する必要があると考えられる。例えば、慰謝料、弁護士費用については、債務不履行責任構成をとってもその賠償を認める裁判例が存在するために、必ずしも不法行為責任を認めるべき必要はないともいえる。しかも、役務の瑕疵による損害について、責任構成の違いによりその賠償範囲にも影響を及ぼすこと自体が再考の余地もあるであろう⁸。さらに、不法行為責任構成より、債務不履行構成の方がより広範な法的効果の枠組みを可能にするという指摘⁹も見られる。すなわち、債務不履行責任構成は、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任構成と比べて、より広範な法的効果の枠組みが可能であるという指摘である。例えば、請負契約と性質決定された場合の債務不履行責任・瑕疵担保責任の可能性、追完権・追完請求権の問題¹⁰、解除の条件及び解除の効果の展開、ないしは、損害賠償請求権についても、拡大損害だけではなく提供された瑕疵ある役務自体の損害及びその算定の問題（例えば、報酬減額などの方法で）及び、本来提供すべき時期に適切な役務が提供されなかったという遅延の問題及びその遅延損害賠償の可能性の問題などについては、債務不履行責任構成は、不法行為責任構成より多様な枠組みが可能であり、当事者両方の利益の調整にもより円滑になしうるのである。

第三に、契約性質決定と法的効果について。物中心型役務提供としての建築請負については、瑕疵担保責任で捉えるのが一般的である。委任中心型の役務提供については、結果的には、具体的な義務の存在及びその違反に関する判断は、委任か無名契約かなどにより一定の差が見られるものの、責任構成については、不完全履行の一般ルールに服すると見られる。そのほかに、中間的な役務態様も見られる。例えば、情報システムの構築については、請負を契約の性質として決定しながら、瑕疵担保責任をとった裁判例と瑕疵担保責任を採らずに不完全履行一般をとった裁判例とが存在している。従って、裁判実務においては、性質決定と法的効果との関連性が重要視されるものの、契約の性質決定のみが必ずしも特定の法的効果と直結するものではないことを示唆するものであろう。

第四に、帰責事由について。損害賠償責任にかかわる帰責事由について、学説上において

⁸ この点については、「同じ事実を原因する損害賠償について法律構成いかんによって、大きな相違があることは不合理であり、可能な限り平準化して取り扱うことが相当である」という指摘（増田聖子「日本における医療契約の現状と課題」年報医事法学 21号（2006）32頁以下参照）及び「少なくともその効果の上で統合する必要があるであろう」との提示がある（円谷・前掲第五章注（70）23頁以下参照）。

⁹ 下森・前掲第三章注（59）「専門家（上）」40頁、同・前掲第三章注（59）「専門家（下）」39頁、同・前掲第三章注（59）「弁護士」170頁など参照。

¹⁰ 下森・同前掲注（9）。

は激しく議論されている¹¹。裁判実務においてもかなり重視されているように見える。具体的には、諸裁判例に現れた帰責事由を三種類に分けることができる。まず、帰責事由が必要とされていない瑕疵担保責任である。この類型は、建築請負及びその他の請負の一部に存在する。次に、帰責事由と本旨不履行の事実とが関連する類型である。具体的には、委任型役務提供の大部分がその種類に属する。これらの事案においては、本旨不履行と帰責事由を評価する事実が交錯しているので、証明責任の分配が問題となりうる。この点について、以下のような問題が生じうるであろう。①役務の瑕疵が証明されれば、役務提供者にとって、不可抗力などの特定の免責事由を除き、少なくとも過失なしと主張して免責することは不可能である。②債務不履行の一般構造に関する通説によれば、不完全履行の事実は役務受領者が証明すべきであり、免責のためには、履行が不完全であることにつき過失がないことを役務提供者側が立証すべきものとされている。そうだとすると、履行の不完全と過失との評価事実が交錯している場合には、当事者のいずれがその立証責任を負うのが問題となりうるであろう。後者については、後述するように、学説・裁判実務によれば、場合により、役務受領者において結果（役務ではなく）の不完全を立証すれば足り、その履行過程である役務提供過程に過失がないことの立証責任を、役務提供者に負わせることも不可能ではないとされている。第三に、一定の仕事完成義務を負い、完成された目的物の瑕疵を本旨不履行の事実として捉えながら、別に帰責事由を必要とする裁判例も存在する。具体的には、情報システムの構築、監査契約、介護契約等の一部において見られる。これらの裁判例においては、役務提供過程における役務の瑕疵を過失の評価事実として捉え、かつ、債務不履行に関する通説によれば、役務提供者にとっては、損害賠償責任を免れるためには、その瑕疵=過失の不存在を立証しなければならないとされる。そうだとすると、前述したような両者間が交錯している類型より、役務受領者にとっては有利になるであろうし、証明責任の分配もより明確となるであろう。

第五に、損害賠償の範囲について。この点と関連して、瑕疵担保責任あるいは債務不履行

¹¹ 役務提供契約における帰責事由及びその証明については、潮見・前掲第五章注(36) 229頁以下、笠井・前掲第三章注(3) 62頁以下など参照。前者は、旅行契約に関する分析の部分を参照。ここでは、後者を簡略に指摘しておきたい。後者によれば、役務提供の一般論として、今日では、役務提供型契約では、その不履行の判断と帰責事由の評価とが融合・一元化することがしばしば指摘されるようになっている。すなわち、債務不履行における過失の概念は、当該状況における具体的な義務違反を意味するものとされており、このような評価を根拠付ける事実、不履行判断の中で評価されることになるのではないかということである。これらの考え方を前提として、役務提供型契約では履行不完全に過失が包摂され、その結果それが債権者によって証明されるべきことになるとしても、不可抗力は別に考え、それが免責事由として働き債務者の抗弁となる余地はあるのではないかと指摘されている。それに続いて、専門的サービス提供契約の場合には、履行不完全の判断と過失の判断と同一視し、具体的義務とその履行不完全についてそのすべてを依頼者側が主張立証ことにはなお疑問もあり、諸要素の証明責任を、専門的サービス提供の特質に即して分配する別の視点がさらに必要となる。具体的には、下森提案（抽象的な債務内容、損害の発生を依頼人側に主張立証させ、具体的な債務内容、その本旨不履行を専門家の抗弁にまわすという提案）と森島提案（情報格差に着目した政策的判断の可能性）を挙げられている。他方、福祉契約の場合においても、前掲融合論を採りつつ、福祉契約の理念を考慮し、アウトカムベースの評価要素（社会福祉目的の不実現）は、利用者の主張立証にゆだね、ストラクチャー、プロセスに関わる要素は評価障害事実として事業者の抗弁にまわすこともありえようと提言されている。

責任構成をとる場合には、弁護士費用、慰謝料等についてはよく問題となるが、裁判実務によれば、不法行為責任と債務不履行責任との競合論に基づき、問題はある程度解消されている。また、裁判実務においては、債務不履行責任として取り扱われたとしても、瑕疵によって惹起した人身損害、役務の瑕疵にもたらされた精神的苦痛、機会の喪失及び他の無形の損害、または財産的損害が賠償されてもなお填補されない損害に対する慰謝料賠償が認められつつある¹²。弁護士費用についても、裁判例においては、同様な傾向が見られる。さらに、役務自体の損害については、瑕疵担保責任をとる場合には、むしろ目的物の瑕疵による目的物自体の減額分の賠償などにより解決されるが、委任型役務提供においては、役務自体の瑕疵に対する賠償があまり重視されていないのも一般的である。この点については、代金減額などを認めるべきであろう。そのほか、委任型役務提供の場合に限り、不完全な役務の提供により、完全な役務の提供が遅滞に陥ることに対する遅延賠償も問題となりうるが、学説及び裁判実務両方ともこの点については十分に議論が展開されているとはいえない。そして、瑕疵のある役務を受領したこと自体の損害（例えば、瑕疵のある役務を受領することによって同時間に適切な役務を受領するチャンスの喪失、失われた時間など）にも、その賠償可能性もないわけではないであろう。つまり、提供された役務に瑕疵がある場合の損害賠償については、裁判例によく現れた瑕疵により惹起した結果的損害に加えて、本来の給付の不完全自体の損害、本来の給付の遅延による損害、瑕疵のある役務を受領したこと自体の損害等を考慮する必要があることを改めて指摘しておきたい。最後に、役務の瑕疵による損害賠償について、「基本的には、給付義務の不履行がある場合は、役務自体の不完全は通常損害であり、拡大損害についても、給付義務違反から通常生じる損害は通常損害（416条1項）として、さらに拡大損害は、契約時を原則的基準として予見可能性ある限り賠償される（416条2項）ものと考えられる。…保護義務違反は、これも415条の債務不履行と解すれば、416条が適用され、同様に処理されよう。なお、当事者の完全性利益の保護が契約目的とされる場合は、そこで生じた損害は給付義務違反による通常損害として解されるであろう」¹³という指摘は見られるが、裁判実務においては必ずしもこうした通常損害か特別損害かという法的定式に従うものではない点も明らかである。

第六に、瑕疵に対する追完について。殆どの裁判例においては、役務に瑕疵がある場合の法的効果として、もっぱら損害賠償が問題とされている。そうだとすると、役務の瑕疵に対して、債務不履行構成をとれば、損害賠償のみならず、より多様な法的効果が認められるという点を改めて強調したい。その中で、役務の瑕疵に対する追完の要件及びその具体的な追完方法などについて、学説・裁判例のいずれも、十分に検討されていないことが明

¹² 具体的には、建築請負、旅行役務及び弁護士役務の部分を参照。一部の学説においては、債務不履行責任に基づく慰謝料の賠償が、416条に定められる通常損害、特別損害の枠組み内に解決することが可能であると指摘される（長坂・前掲第三章注（1）68頁参照）。

¹³ 長坂・前掲第三章注（1）68頁注（62）参照。なお、判例・通説は予見可能性の基準時は、契約締結のときではなく、債務不履行の時とする（北川善太郎・前掲第五章注（48）510頁、我妻榮=有泉亨ほか『コンメンタール民法 総則・物権・債権（補訂版）』（日本評論社2006年）730頁）。その理由から、長坂説のこの点に関しては再考する余地があると考えられる。

らかである。

第七に、期間制限について。役務提供契約における瑕疵に対する責任に関する議論及び裁判実務の中で、請負上の瑕疵担保責任を除き、短期期間制限などについて、学説と裁判実務両方ともあまり展開されていないことが明らかである。

第七章 中国への示唆

すでに述べたように、役務提供契約について、特に提供された役務に瑕疵がある場合の責任について、中国民法においては今まで十分に検討されていない。そのために、これまで検討してきた日本民法における学説及び裁判実務の展開は、中国民法学にとって、問題提起の意義にとどまらず、類似な法的構造¹のもとで同様な問題を解決する際にも重要な参考になることは明らかである。そこで、以下では、日本民法における役務提供契約の展開に基づき、中国民法への具体的な示唆を提示したい。具体的には、役務提供契約の再類型化、提供された役務の瑕疵判断、及び提供された役務に瑕疵がある場合の法的効果をめぐってその具体的な検討を試みる。なお、以下の検討では日本民法にとって自明なこととされている点についても触れているが、これらも中国民法にとって重要な意義を持つ可能性があることをあらかじめ指摘しておきたい。

第一節 役務提供契約の再類型化について

契約性質決定は、厳格責任を原則とする中国契約法の下では、役務の瑕疵判断にとっても、その法的効果にとっても、重要な影響を及ぼすと思われる（第二章を参照）。具体的には、法的定めによれば、請負と性質決定するのであれ、無名契約と性質決定するのであれ、委任契約と解する場合を別として、厳格責任原則に服するのが原則である（契約法 107 条、124 条、262 条）。しかしながら、そうだとすると、学説との矛盾も生じられる。例えば、中国における代表的な論述を例にとると、医療役務については、無名契約と性質決定しながら、契約法総則の定めによることなく、過失責任を帰責原則とするのが一般的である²。これは、明らかに 124 条に反する解釈である。そのために、厳格責任を原則とする契約法総則は、もともと 124 条との定めとの間に問題が生じうると考えられる。この視点から見れば、中国契約法の下では、請負か委任か無名契約かという性質決定の重要性は、日本民法におけるよりもさらに重要となるかもしれない。なぜならば、委任かどうかは、損害賠償を求める際に、過失を要件とするかどうかの前提問題となっているからである。

しかしながら、現行契約法に定められる典型契約及び現実的に行われている役務提供のそれぞれの法的性格については、学説上十分に検討されていない状態にある。そのために、議論が進んでいる日本民法における判例・学説の展開が、中国民法における同様な問題に

¹ 委任と請負との関係は、フランス法、ドイツ法よりも、日本法に類似している点が明らかである。

² 例えば、柳・前掲第一章注（10）22 頁においては医療契約を無名契約と決定しながら、同書 138 頁以下では厳格責任ではなく、過失責任を前提として医療役務提供者の責任を論じている。裁判実務においては、役務提供にかかわる損害賠償責任について、委任に関する定めではなくて、直接に契約法 107 条を援用して、過失かどうかを言及しないまま判断を下した裁判例が存在している（例えば、「王林祥、陳衛東訴雄都旅行社旅游合同纠纷案」『中華人民共和国最高人民法院公報』2002 年第 3 期 92 頁以下（なお、本件は、当時は現行契約法がまだ制定されていなかったため、「契約法」ではなく、「民法通則」に基づき判断を下したものであるが、過失かどうかも言及しないままである）、「謝福星、頼美蘭訴太陽城游泳池有限公司服務合同纠纷案」『中華人民共和国最高人民法院公報』2003 年第 6 期 22 頁以下、「鄭雪峰、陳国青訴江蘇省人民医院医療服務合同纠纷案」『中華人民共和国最高人民法院公報』2004 年第 8 期 27 頁以下などを参照）。

ついて、参考となるであろう。そこで、日本民法における議論の発展を踏まえて、中国現行契約法に定められた典型契約及び現実的に行われている役務提供を、以下のように類型化することを提唱したい。

まず、現行契約法に定められた契約類型を、物取引と役務提供という取引態様に対応させて、財産の移転に関する契約と役務提供契約とに分けることができる。前者は、売買、電力・水・熱エネルギー、贈与契約、貸金契約、賃貸借契約、ファイナンス・リース契約、技術譲渡契約などを含む。他方、後者には、請負契約、建設工事契約、運送契約（旅客運送契約、物品運送契約、複合運送契約を含む）、技術開発契約、技術コンサルティング契約、技術サービス契約、寄託契約、倉庫保管契約、委任契約、取次契約、仲立契約などが含まれる。このような類型化の試みは、中国民法学界においてもすでに見られるところである³。

次に、役務提供契約についての再類型化。この点については、中国民法においてはそれほど重視されていない。こうした状況を克服し、役務提供契約の類型を解明するためには、日本民法の下でなされていた検討、特に山本説が重要な示唆を与えるものと考えられる。なぜならば、請負と委任に関する定義規定に明確に現れているように、中国契約法における役務提供契約に関する規定が、日本民法と類似の構造をもっているからである。具体的には、中国契約法 251 条によれば、「請負契約は、請負人が注文者の要求に従って仕事を完成し、仕事の成果を交付し、注文者が報酬を給付する契約である」とされている。したがって、本条の趣旨を、日本民法 632 条による請負の本質を仕事の結果と報酬との交換と解釈する山本説のように同様に解することが可能である。そうだとすると、山本説のように仕事の類型に応じて役務提供契約を再構成することもまた同様に可能であろう。つまり、請負を、仕事の完成及び結果と報酬との交換という点に着目して、物型仕事に限定して解釈することができる。こうした考え方に基づき、現行契約法の定めにも照らしつつ、契約法に定められた役務提供契約類型を再構成すれば、明らかに請負契約類型に入るものは、請負契約（契約法 251 条のとおり、加工、注文制作、修理、複製、測定試験、検閲）、建設工事契約（なお、工事監理契約については、契約法 276 条に従って除外される）及び運送契約のみであることが明らかである。しかも、契約法 287 条自体も、建設工事請負契約につき、「本章において定められないことには、請負契約に関する規定に適用する」と定められている。そのほかに、契約法に定めているように、取次契約については、委任契約の下位概念として位置づけられる（423 条）。仲立契約については、明確な定めはないが、取次契約と同様に、委任型契約と解される。さらに、寄託・倉庫保管契約は寄託型契約に属している。このように再整理すると、日本民法（及び商法）と同様な構造になるであろう。問題となるのは、技術開発契約、技術コンサルティング契約及び技術サービス契約である。技術コンサルティング契約については、「技術コンサルティング契約の受任者が、期限に従ってコンサルティング報告を提出しないまたは提出された報告が約定に適合しない場合に、報酬減額または報酬免除などの違約責任を負わなければならない」という定め（359 条 2

³ 例えば、王・前掲第一章注（4）495 頁以下による分類である。

項) から見れば、少なくとも結果である「報告」に着目している点が見えるので、一応請負型に含めることが可能であろう。技術サービス契約については、明らかに委任型契約に属しているが、技術サービスの不完全履行については、委任契約の場合の損害賠償責任と異なって、受任者の過失を要求する規定は見当たらない(362条2項によれば、違約責任を課すためには、約定にしたがって業務を完成しないという条件のみが要求される)。他方、技術開発契約については、一見すると、新たな物を製作する仕事のように見えるが、契約法の定めを見る限り、その具体的な性質は不明であるといわざるを得ない。そのために、技術開発契約については、基本的には請負型に入ると考えられるが、その具体的な事案に応じて、結果と報酬との交換と見るべきかどうかによってその具体的な性質を決めるべきであろう。

これらのほか、契約法に定められていない役務提供契約の諸事例についても、契約法124条との関係で、できるだけ契約法各論の規則を優先的に適用するためには、単に無名契約とするのではなく、その具体的な性質決定ないしもっとも類似する契約類型を決しなければならない。これらの契約については、前述した「結果と報酬との交換」という構図にしたがい、請負か委任かを判断すべきであると考えられる。

こうした類型化の試みについて、基本的には山本説の考え方に基づくものではあるが、両国の法制度、具体的なルールの違いから、山本説とのいくつかの相違も存在する。例えば、山本説によれば、情報関係の仕事は、役務型仕事として取り扱われているが、中国契約法によれば、検査、技術コンサルティング(一種の情報関係の仕事)などは、明らかに請負契約として取り扱われている。また、旅客運送についても、物ではなく人間自体に対する仕事ではあるが、一種の結果と報酬との交換とみることも不可能ではなく、中国契約法の下では、請負契約に含めても問題がないと思われる。これら以外の仕事については、ほぼ山本説のように考えても中国契約法のもとでも合理的であると考えられる。

なお、すでに述べたように、中国において講学上、請負と委任との区別として、「①請負は、請負人が自己の名義と費用をもって注文者の要求に従って一定の仕事を完成するものである。これに対して、委任は、受任者が、委任者の名義と費用をもって委任者の要求に従って仕事を完成するものである。②請負の報酬は、仕事の成果に対する対価であるので、一定の労務を提供したにもかかわらず、仕事の成果をもたらしていない場合には、報酬請求権が発生しない。」などの主張⁴がしばしば見られる。つまり、自己名義かどうかという区別が、両者を分別するための重要な要素となっている。しかし、現行契約法によれば、委任が、必ずしも「委任者の名義と費用をもって」という要件まで要求するわけではないことが明らかである。その理由は、以下のとおりである。一方、委任者の名義かどうかについては、402、403条における受任者が第三者と契約する際においてのみ定められている。他方、委任契約の冒頭定義規定としての396条によれば、「委任契約とは、委任者と受任者が約定し、受任者が委任者の事務を処理する契約をいう。」とされ、自己名義かどうかは問

⁴ 謝・前掲第二章注(12)426頁以下、費・前掲第二章注(12)11頁以下参照。

題とされていない。したがって、委任を、委任者の名義をもって事務を処理するというように限定的に解釈することは、法の定めとのずれが存在し、再検討の余地を免れない。そこで、請負を「結果と報酬との交換」という仕事に限定して、その他の仕事については、請負から切り離してその他の役務提供契約に当てはめる際には、特に委任に当てはめる際には、自己名義かどうかという点は、こうした役務提供契約の再類型化にとって重要な意味を持たないと考えられる。

また、前述した再類型化と関連して、学説によって提言されている請負を中心として役務提供契約を再構成しようという動き⁵についても再検討の必要がある。すでに述べたように、中国契約法における役務提供契約については、少なくとも委任、請負と寄託との三種類に分けることができるであろう。その中で、瑕疵判断及びその法的効果について、請負と委任との間に大きな相違が存在するゆえに、請負という一本の柱のみで全体の役務提供契約を統合することは到底不可能であろう。しかも、請負契約類型を、結果と報酬との交換あるいは物アナロジーという考え方に基づいて限定的に捉えることが合理的である限り、こうした請負を中心とする再統合もいっそう不適切であろう。このような理由から、本稿では、基本的には、請負契約への一本化ではなくて、請負・委任・寄託という複数の柱に基づき役務提供契約を再類型化すべきであると考え⁶。

第二節 瑕疵判断について

瑕疵判断についても、日本において展開されてきた学説及び裁判実務から、中国民法における同様な問題に対しても意味深い示唆を得ることができる。具体的には、以下の諸点が重要である。

まず、瑕疵判断の三つの類型について。日本において提供された役務の瑕疵について展開

⁵ 王・前掲第一章注(4) 495頁参照。

⁶ ある契約類型を柱として役務提供契約を整合するという点自体は、契約の特種化・多様化が進化した今日では、市民生活に適用されるすべての規律を民法典または契約法に集めることはもはや不可能であるので、民本典または契約法には、「『原型』となる契約」——すなわち、立法や契約実務がそれを個別に適応させることによって多様な契約を生み出すことができるような基礎となる契約——を保持するという法典化の方向から見れば、その合理性も否定できない。しかしながら、現行中国契約法の既定から見れば、請負を基にして役務提供契約を整合することは不可能である。また、現代契約法においては、従来のような契約の種類、性質に応じた規律を樹枝状のように垂直的に定めるだけでなく、一定の観点（例えば、債務の内容や機能・性質）から共通の性質をもつ「同系類の契約」に横断的に適用される一般的な規律と重疊的に組み合わせることによって「各種契約の法」を再構成する方向も見られる。例えば、①財産の所有権移転を内容とする契約には、それが売買、請負、代物弁済、役務との交換のいずれであろうと、同一の法的効果を付与する（例えば、所有権の移転時期や追奪担保責任及び瑕疵担保責任など）、②物の返還を前提として占有を移転する契約には、それが寄託、委任、賃貸借、請負、さらに試売売買のいずれであろうと、同一の効果を付与する（とりわけ、危険負担がよく問題となる）、③役務の提供を内容とする契約には、請負、仲介、委任などのいずれの契約であっても、同一の制度を定める、というように、当該債務がいかなる典型契約に含まれるに関わらず、債務の性質と結びついた「特種理論」を抽出する、という benabent の再法典化提案である。こうした組み合わせによって、契約の性質決定によって異なる制度を適用することの不当を回避して、解決の調和を図りうること、典型契約の枠を超えて新たに形成される契約を受け入れることが可能な「開かれた」法典となること、契約をめぐる情勢の変化に左右されないことなどのメリットがあるという指摘である（北村一郎編『フランス民法典の200年』〔森田宏樹〕（有斐閣2006年）317頁以下参照）。

されてきた三つの類型、すなわち物アナロジーが適用できる役務の判断手法、委任型役務提供における判断手法及び両者間の中間的態様の役務に対する判断手法は、中国民法のもとでもそれぞれ当てはめると考える。具体的には、前掲の役務提供契約の類型化に照らして、以下ようになる。

まず、物アナロジーが適用される役務提供の場合に、提供された役務に瑕疵があるかどうかの判断は、原則として、契約法 262 条（請負人の責任）に従って、完成された結果に着目して判断すべきである。なぜならば、中国契約法 262 条の定めは、日本民法 634 条の定めとの間に相異⁷は見られるものの、過失が不要であること及び引き渡された仕事の結果的瑕疵に関する責任が問題となっていること自体は、同様な構造をもっているからである。こうした判断手法は、結果重視という点から見れば、役務の瑕疵より、むしろ物の瑕疵に着目しているというべきであろう。しかしながら、この種の役務提供においても、役務自体が何らの役割を果たさないというわけではない。日本民法での場合と同様に、役務自体の不完全は、不可抗力の抗弁を否定するための事情として考慮され、あるいは注文者の指図または材料の性質に対する請負人の対応としての役務などの場合においては、役務自体も重要な役割を果たすであろう。

次に、委任型役務については、結果の完全性ではなく、提供された役務自体の適合性が瑕疵判断の対象となる。その際、日本法において展開されている具体的義務論が中国法における同様な問題に対して重要な参考になるであろう。なお、契約法 406 条による受任者の損害賠償責任⁸を負うためには、過失が必要とされ、かつ、「過失により債務不履行」ではなく、「過失により委任者が損害を受けたとき」（無償委任の場合には重過失または故意）という用語が用いられている。そのために、406 条における過失と前掲瑕疵との関係については、過失の概念をどう捉えるかにより問題になりうる。この点については、本章第三節の部分で検討する。さらに、日本民法の下で解明されたように、役務提供の結果上の不完全を瑕疵と解しながら、瑕疵担保責任上の瑕疵ではないと判断される役務提供契約類型も存在している。契約法に定められる契約類型として、寄託・倉庫保管はその類型に入ることができるであろう。例えば、374 条、394 条によれば、寄託物・保管物の損傷・滅失自体を瑕疵として解しながら、こうした瑕疵から直ちに責任を認めるわけではなく、寄託・保管過程における保管行為が「善」であるかどうか⁹によって役務提供者の損害賠償責任の有無を決するという手法である。しかしながら、日本民法についてすでに述べたように、過失を具体的な義務違反として捉えれば、立証責任の転換から見ればその実質的な意義を有するが、

⁷ 例えば、相当な期間の定め、瑕疵の重要性及び修補費用の過大性、修補とともに損害賠償を請求することなどにつき、中国契約法は明確な定めを欠いている。そして、中国契約法に定められている「やり直し、報酬減額」などの定めは、日本民法において明言されていない。

⁸ 債権総則で損害賠償責任を定めている日本民法と異なって、中国契約法においては、総則における債務者一般につき定めているのみならず、委任契約に関する各論レベルの定めの中においても、受任者の損害賠償責任を特別に定めている。しかも、本条においては「責めに帰すべき事由」という表現ではなく、直接「過失」（過錯）という表現が用いられている。

⁹ 条文によれば、「保管不善」であり、通説によれば、「保管不善」は過失と解されている。

瑕疵判断の側面から見れば、こうした過失の有無と役務提供過程における瑕疵の有無は、その認定については実際のところ同様な構造をもっているともいえるので、過失の判断は、前掲の委任型役務の瑕疵判断と同様に、その判断困難性に直面していると考えられる。したがって、役務の瑕疵に関する判断手法は、この種の役務提供契約における過失の判断にも適用しうると考えられる。

次に、日本の諸学説及び判例実務に現れた判断手法からも、中国にとって意味深い示唆を得ることが可能である。以下では、前掲の瑕疵判断に関する一般的な傾向に基づき、この点を考察する。

(1) 契約の性質決定。契約の性質決定について、旅行契約の一部を除き、この点を直接に争った事案は余り見られていないが、結果的には、あるいは暗黙的には各種の役務提供型契約についてそれぞれ一定の契約性質が前提とされている。つまり、山本説に提示される類型化論と類似の結論を導いている。前述したように、こうした性質決定は、類似の構造をもつ中国契約法の下でも同様な意義をもっているといえよう¹⁰。つまり、結果と報酬との交換と見える役務提供契約にとって、役務の瑕疵よりも、むしろ役務の結果の瑕疵であるという点は中国契約法においても同様に解することができる。しかも、この種の役務提供契約にとって、役務提供者に損害賠償責任を負わせるためには、過失が必要とされていない。これらの契約は、役務提供契約というよりも、むしろ物取引に接近するともいえる。具体的には、前掲の請負型契約はこの類型に入ると考えられる。その他の役務提供契約については、提供された役務そのものの不完全を瑕疵とするものもあるし、役務の結果の不完全を瑕疵とし、役務の不完全を過失の評価事実として捉えるものもある。しかしながら、後の二つの類型においては、いずれも役務の適合性に対する評価が必要であり、かつ、過失の立証責任などは別として、少なくとも役務の適合性に対する判断基準は共通であろう。

また、契約法 124 条によれば、契約法各則またはその他の法律に明文の規定がない契約につき、無名契約として、契約法総則の規定が適用される¹¹。それと同時に、契約法総則は、違約責任について厳格責任を採用しており、通説によれば、違約責任は債務者の過失の有無に左右されないと解されている。そうであるとすれば、無名契約とされる場合には、原則として厳格責任が問われるはずである。しかしながら、もともと中国契約法が模範とした国際動産統一売買法 (CISG) における厳格責任は、物取引あるいは物アナロジーが適用されるものに限定されるものであり、すべての役務提供契約について一般的に厳格責任を認めることになると不都合がしばしば生じうるであろう。例えば、医療契約を無名契約と捉えれば、124 条及び 107 条に基づき、厳格責任が適用されるべきことになる。しかしな

¹⁰ 最近、中国裁判実務においても契約性質決定の重要性が強調される。例えば、「上海盤起貿易有限公司与盤起工業(大連)有限公司委托合同纠纷案」『中華人民共和國最高人民法院公報』2006年第4期30頁以下では、本件契約が「連携」か「委任」かという契約性質の争いについて判断を下され、本件の任意解除が認められた(契約法410条)。

¹¹ 契約法124条の解釈について、本稿の解釈と異なる解釈も存在する。例えば、黄・前掲第二章注(15)72頁以下においては、本稿のように総則と類似な契約類型に関する定めとを適用順番づけて解釈するのではなく、総則と類似な契約類型に関する定めとを並列的に同等な効力をつけている。

がら、医療契約についてこうした厳格責任を適用することは明らかに不適切に思われる。そのために、こうした不合理を解消するためには、実際に行われている様々な役務提供契約を、それぞれの典型契約またはその他の法律に定められる契約類型に包摂することが必要となる。こうした包摂の過程においては、日本民法の下ですでに解明され、または実際に裁判所により行われている類型化は重要な示唆を与えるものである。なお、後にみるように、典型契約への包摂ではなくても、過失の概念、厳格責任の概念及び107条以下の意義の再検討により、こうした問題を解消することも可能であろう。

なお、契約の性質決定についても、すでに日本民法について述べたように、その役割を過大視することも避けるべきであろう。この点も、中国契約法にとって重要な参考になる。なぜならば、中国民法学界において、これまで、具体的な役務（例えば旅行、医療）などについてその具体的な性質決定まで論じる文献はかなり見られる一方、性質決定がなされた後の具体的な展開は余り見られない。こうした研究状況の背後には、一旦性質決定が行われれば、その後の法的処理は自動的に行われるという考え方が潜んでいる可能性がある。しかし、旅行契約、医療契約等についてすでに学説及び裁判実務により明らかとされたように、契約性質決定が一旦なされたとしても、そこから直ちに当該契約類型に関する規定に依拠してその具体的な義務、法的効果が導かれるのではなく、契約の目的などに照らしてその具体的な検討をなす必要があり、この点も中国契約法の適用に際して参考となる。

(2) 手段債務論も、役務の瑕疵判断手法として、契約各論レベルの展開は十分になされているとはいえないものの、その議論において展開されている論理自体は、中国契約法を再構成しようとする場合の方法論の一つとなりうることは間違いない。中国契約法自体においては、制定法レベルにおいて手段債務・結果債務との捉え方はされていないが、少なくとも以下の点では中国契約法の将来的展開にも参考になるであろう。すなわち、手段債務・結果債務という視点は、当該契約全体について判断すべきではなく、問題になる義務・債務自体から判断すべきであり、いかなる場合に結果債務と解し、いかなる場合に手段債務と解すべきかは、契約に含まれる義務の性質、当事者の意思、信義則により決められるべきであるという点である。

(3) 日本の一部学説が提言している構造・プロセス・結果という三層構造論あるいはハード面とソフト面とを結合する判断構造は、中国契約法の下でも適用が可能である。特に、中国に行われている老人介護、教育役務、レジャー役務などのように、物の供与と役務の提供とを結合している役務を提供する場合、あるいは一定の施設・人員に基づき役務を提供する場合に、物、施設及び人員の不備も、役務全体の瑕疵として捉えうるという点は、中国で展開されている老人介護、教育役務、レジャー役務などの契約について重要な参考となるであろう¹²。なお、こうした手法は、もともと判断容易の部分（物的・構造的部分）を切り離して判断する手法であり、役務のプロセス的な部分の判断困難性はなお解消されて

¹² 例えば、前掲注(2)「謝福星案」においては、施設、人員の具備及び具体的な措置の適切さという三つの場面からプール側の安全保障義務違反の有無が検証され、提供された役務の瑕疵が認められた。

いないことも留意すべきであろう。したがって、構造自体は問題がないにもかかわらず、不完全な結果が生じた場合には、そもそもプロセスである役務自体に対する評価も免れない。

(4) 具体的義務論。この判断手法は、中国民法にとっても馴染みやすい論法¹³として重要な示唆を与えるものである。例えば、民法通則 106 条、111 条、契約法 107 条などの規定から見ても、契約に定められた義務が適切に履行されたかどうかは、違約責任の前提とされている。しかも、こうした契約上の義務の不履行・不完全履行は、契約債務に限り、日本民法上の本旨不履行と同様な意味をもっていることが明らかである。また、契約に明確に定められた義務は勿論、明確に定められていないものとしても、契約解釈などを通じて特定の義務を導くことも可能である。こうした具体的な義務を展開する過程において、日本民法の下で解明されている諸義務は、中国民法の下でも参考になるであろう。例えば、旅行役務の場合の安全確保義務、医療役務場合の転医義務、様々な役務提供契約に現れている説明義務・情報提供義務などが、その代表的な例であると考えられる。さらに、裁判実務において現れたように、提供された役務に瑕疵があるかどうかの判断は、特に委任型役務については、専らその具体的な行為義務をめぐって論じられることが明らかである。なされるべき役務を、具体的な義務に細分化して、その具体的な義務がなされたかどうか、あるいは適切になされたかどうかという判断を通じて、提供された役務において瑕疵があるかどうか自体も解明されるという手法は、中国契約法の下においても、主要な展開方向として用いられるべきであると考えられる。なお、前掲の三層構造論と同様に、具体的な義務論は、判断容易な部分と判断困難な部分と切り離して、判断容易な部分（特定の具体的な行為義務がなされていないこと）に着目して役務の瑕疵を判断する手法であるので、こうした手法によっても、判断困難な部分（特定の具体的な義務が適切になされたかどうか）がなお存在することは否定できない。

(5) 売買契約の準用について。日本民法 559 条と同様に、契約法 174 条は売買契約の他の有償契約への準用を定めている¹⁴。第二章で述べたように、契約法 153 条（品質に関する説明が品質要求となる）、158 条（期間制限）などは、役務提供契約の性質に照らして役務提供の場合にも重要な意義をもつ可能性がある。特に、物取引と異なって、かなりの役務は、物と異なって、その品質の判断が、役務提供者の事前的説明に頼るほかない以上、153 条が参照できるなら、役務提供契約にとって重要な意義をもつであろう。したがって、参照できるなら、事前の説明は、契約締結上の過失として捉えることも可能であり、事後の役務の品質判断のところに取り込むことも可能であるという日本法の下で展開された裁判実務と同様な結論を導くことができる。他方、158 条については、瑕疵担保責任の短期期間と同様な効果を果たす可能性を示すものとして、役務提供契約にとって重要な意義をもつ

¹³ 医療役務に関する論文においては、医療機関の給付義務と付随義務という義務論的な論述がよく見られる。例えば、韓・前掲第一章注(10) 95 頁以下。

¹⁴ なお、日本民法 559 条と異なって、中国契約法の中では「参照」という用語を用いられ、「その有償契約の性質がこれを許されないときは、この限りではない」という但書も存在しない。

こともすでに述べた。しかし、この点については、すべての役務を 2 年の短期期間に服すべきかどうかについてはなお疑問の余地がある¹⁵。

前掲のように、売買契約に関する規定が役務提供契約にとって重要な意義をもつことは明らかであるが、この点については、日本民法においても、学説及び裁判実務のいずれもこの点を十分に展開されていない。そのために、日本民法から得られる示唆も問題状況の提起に留まり、その具体的な内容などについては、将来に残される課題といえる。

さらに、日本の裁判実務で示される具体的な判断要素も、中国にとって大きな示唆を得ることができると考えられる。つまり、日本民法の下で明らかとされた、具体的な行為義務を導く諸要素、あるいは瑕疵の存否を判断するための諸要素若しくは判断手法は、中国契約法の下でも適用が可能である。具体的には、以下のとおりである。

(1) 契約性質決定。この点は、すでに述べたとおりである。

(2) 契約における明確な定めまたは当事者間の特別な合意。これが役務の瑕疵の判断にあたって重要なことは言うまでもないが、ここで強調したいのは、募集過程、契約締結前の表示及び役務遂行のマニュアルなどがかなり重視され、しかも、パンフレットは、約款と同様な解釈方法が採られる可能性もあることである。これらの点は、前掲の 153 条のような明確の定めも存在する中国契約法にとっては、同様に考えることができよう¹⁶。

(3) 役務の特性。役務提供者の特性、役務そのものの特性、役務対象の特性、役務受領者の特性などが、義務認定及びその違反の有無を判断する際に重要な意味をもつ。その中で、専門家による役務提供の場合の専門家の特性、役務ごと役務そのものの特性、役務受領者の特性としての老人ホーム場合の「老人」、監査役務場合の被監査会社の内部統制などをとくに挙げることができる。一言でいえば、役務提供者が、これらの特性に応じて役務を提供しなければならないことは、中国契約法の下でも同様である。

(4) 水準論。日本法と類似して、中国契約法 61 条、62 条においても同様な考え方が示されている。ただ、契約法の定めによれば、品質などにつき約定がなくまたは約定が不明確なときは、まず協議により補充し、補充協議が達成できないときは、契約の関係条項または取引慣行に従って確定するとされる。これでも約定が不明確な場合のみ、62 条 1 項が適用される。つまり、国家基準、業界基準、通常基準または契約目的に符合する特定の基準という順番で確定される。しかしながら、日本民法の下ですでに明らかとなったように、基準・水準というのは、一応の目安に過ぎない。この点については、中国契約法の中で余り重視されず、基準を絶対化する傾向が見られる。こうした絶対化傾向は、日本民法での医療水準論に見られている医療水準の相対化という傾向と対照的である。この点については、

¹⁵ 特に、158 条のような期間制限が存在していない建設工事契約にとって、売買契約の定めが参照できるなら、当該 2 年の期間制限を加える可能性もある。しかしながら、建築請負として 2 年との期間制限が適切かどうかは疑問である。

¹⁶ マニュアルが考量される事案はすでに見られる。例えば、「吳文景、張愷逸、吳彩娟訴廈門市康健旅行社有限公司、福建省永春牛姆林旅游發展服務有限公司人身損害賠償糾紛案」『中華人民共和國最高人民法院公報』2006 年第 6 期 28 頁における一審判決である。そこでは、旅行役務提供者側の内部のマニュアルを違反したことが義務違反の判断要素となる。

中国契約法においても再検討の必要があろう。

また、医療水準論において明らかとなったように、水準論は、医師・医療機関側からの慣行という抗弁を否定する際に重要な役割を果たすものである。慣行を遵守したことだけでは、適切に役務が提供されたとは限らない。特に、医療役務、弁護士役務などのように業務に対して研鑽義務が課せられる役務については、一層このような問題点が生じうるであろう。しかしながら、中国契約法の規定によれば、品質を確定する際に、取引慣行は、基準よりまず適用されるべきものと定められている。このように、基準と慣行との関係について、中国契約法の下では十分に留意されておらず、日本民法における水準論は示唆に富むものといえる。

さらに、国家基準、業界基準などについても、これを過度に重視すべきではないと考える。標準化法によれば、役務提供全体からみれば、標準規制がなされているのは僅かであり、基準化・規格化されていないまたは基準化できない役務提供契約が現実社会において大量に行われている。しかも、業界基準などが存する役務にとっても、判断しやすい部分のみ、例えば設備、人員などのハード面のみが標準化されている。判断しにくい部分については、標準化するにしても抽象的な「合理」、「適切」などの概念にとどまる¹⁷。そのために、基準に対する過度の重視は避けるべきであろう。

最後に、日本民法の下でも水準論自体が流動的な概念であり、中国契約法において参考とするについてもこうした流動性に留意すべきであると考えられる。特に、医療水準論を除き、弁護士、監査及び教育水準などは、まだ生成途中であり、中国契約法の下に据えるそれぞれの役務提供契約への具体的示唆はなお乏しいといえる。

(5) 代金の高さ。日本民法によれば、有償無償を問わず、委任契約における善管注意義務の注意義務程度自体は変わらないとされる。他方、中国契約法においては、受任者の損害賠償責任は、有償委任の場合には受任者に過失があるときとされ、無償委任の場合には受任者の故意または重過失のみに限るとされる（契約法 406 条）。ローマ法の伝統から見ればこうした定め合理性に対する疑問もないではないが、少なくとも中国契約法の下では日本民法より、代金の高さや役務の質と関連させやすい状況にあるといえる。日本民法の下でも特に教育役務、探偵役務などに関する日本における裁判実務において見られたように、通常より高い代金を支払った場合には、その具体的な役務の質も代金の高さに相応して高くなるべきものとされるが、この点は中国契約法の下でも同様に解することができる。他方において、代金の低さが必ず義務軽減・役務の質の低下と結びつくかどうかについては、事案ごとに決められるべきであると考えられる。なぜならば、無償であっても、役務の最低限の質を保たなければならないのは通常であるからである。しかも、契約法 406 条の趣旨からみても、あくまでも過失の程度に関する定め過ぎず、直接役務の質に関する定めでは

¹⁷ 例えば、前掲注 (16) における二審判決に援用された旅游区 (点) 質量等級の区分及び評定に関する基準である。本件からみても、人員、設備の具備などの要求については判断しやすいが、特定の緊急救助義務が適切になされたかどうかについては、基準があっても、抽象すぎである点が否定できない。

ないことも明らかである。

(6) トラブル発生後の対応。日本民法においては、トラブル発生後の対応が、情報システムの構築、旅行役務の瑕疵の判断要素として重要な役割を果たしている。情報システムの構築については、請負契約とみなすことができるかどうかとの考え方の違いにより、トラブル発生後の対応を瑕疵判断の過程に取り込むべきかどうかにも影響を与えるが、旅行契約のような流動的な、状況の進捗に応じて適切な役務を提供する役務提供契約類型については、役務提供過程でトラブルが発生した場合の対応も、瑕疵判断の中に取り込むべきであると考え¹⁸。特に、情報偏在の場合における役務提供者のトラブルに関する説明・通知義務及びトラブルに応じる適切な措置をとる義務は、役務受領者にとって重要な意義を持つであろう。そうだとすると、日本民法 645 条（受任者による報告義務）と類似の定めを有する中国契約法 401 条における受任者の報告義務¹⁹についても、再考の余地がある。つまり、役務受領者による「請求」・「要求」の有無を問わず、一定の場合には報告義務を負うべき場合があることをここでも改めて強調しておきたい。この点については、物取引の場合ではあるが、売買については、一定の範囲で、法文上にもすでに認められている。例えば、契約法 118 によれば、不可抗力による履行不能に限り、相手方に対する通知義務を定めている。売買契約の規定は他の有償契約、したがって有償役務契約にも準用が可能である。もっとも、トラブルの発生は不可抗力に限らず、その他の場合にも履行障害になり得るものであり、特に情報格差が存在する役務提供類型の場合には、これらの障害についても通知義務や、トラブル発生後の適切な措置をとる義務を課すべきであろう。

(7) 目標達成可能性。旅行契約につき、旅行主催者が役務の実際の提供者に対して有するコントロール能力などは、役務の目標達成可能性の一つとしてよく論じられている。しかしながら、中国契約法 121 条によれば、当事者の一方は、第三者の原因により違約したときといえども、相手方に対して違約責任を負担しなければならないとされる。したがって、日本でよく論じられている旅行提供機関による旅行役務の不完全については、中国契約法 121 条によれば、履行補助者・使用者であるかどうかを問わず、旅行主催者の責任は免れない。なぜならば、契約法が、債務不履行責任について、債務者の帰責事由を要件としない厳格責任主義を原則として採用する以上、履行補助者のみならず、第三者の行為を原因とする場合でも違約責任を負担することになるのは、論理的な帰結としては当然の規定であると思われる²⁰。これによれば、旅行者には手厚い保護が与えられることになる。しかしながら、こうした帰結は、委任型の役務提供契約との間に矛盾が生じうる。すでに述べたように、契約法 406 条においては、受任者の損害賠償責任は、厳格責任ではなく、過

¹⁸ 中国においても、こうした考え方が成り立ちうると考えられる。例えば、前掲注(16)裁判例は、旅行中発生したトラブルに対する措置の適切さも問われた。

¹⁹ 契約法 401 条「受任者は、委任者の要求に応じて委任事務の処理状況を報告しなければならない。委任契約が終了するときは、受任者は委任事務の結果を報告しなければならない」。

²⁰ 王利明『合同法研究(第二巻)』(中国人民大学出版社 2003 年) 442 頁以下、崔建遠主編『合同法(第三版)』(法律出版社 2003 年) 245 頁以下、韓・前掲第一章注(11) 698 頁以下など参照。

失責任とされる。したがって、厳格責任を前提とする第三者の原因に対する責任は、委任型役務提供契約の場合にも適用されるかどうかについては疑問の余地がある。他方、契約法 124 条によれば、契約法各論に定められていないことにつき、総則の規定を適用するとされるので、第三者の原因による違約について定めていない委任契約についても、契約法 121 条が優先的に適用されるべきともいえる。そうだとすると、厳格責任を前提としない委任契約の債務者に、厳格責任を前提とする責任を負わせることになるが、これは論理的に矛盾するものである。従って、このような矛盾を解消するためには、役務提供と物取引との違いに基づき、121 条を制限的に解釈して（例えば、物アナロジーが適用される物取引、一部の役務提供に限ること）、過失責任を前提とする役務提供類型においては、すべての第三者ではなくて、伝統的な履行補助者に限り、伝統的な履行補助者理論により解決することが可能な方法の一つといえる。この点は、中国契約法に関する解釈の中で見落としやすい点であり、日本法における展開は、中国契約法の下でこうした問題を提起することにつき重要な意義を持つ。なお、こうした解釈について、利益考量上合理的かどうかについては別途に考察する必要があると考えられる。そして、契約法 406 条を、契約法 121 条の特別法として解釈することによって前掲の矛盾を回避することも可能である。したがって、受任者の損害賠償責任の有無は、契約法 121 条の適用を排除して、第三者が介入したかどうかを問わず、受任者の過失の場合に限定して解釈することも可能である。そうするためには、前述した契約の性質決定がより重要となる。なぜならば、無名契約と性質決定すると、121 条の適用を避けることが困難にあるからである。

目標達成可能性については、第三者介在の問題のみならず、役務本来の限界と困難（例えば、医療、調査、弁護士業務、監査、教育）なども裁判実務においてよくみられる。これらの問題は、まだはっきりと解明された状態ではないが、少なくとも手段債務・結果債務を区別する際に指摘されている債務の「強度」に類似する点が明らかである。具体的には、目標の実現可能性が高い場合には、その目標が実現されないことにより役務の不完全・瑕疵が推認される可能性が高い、一方、低い場合には、否定される可能性が高いとは言えるであろう。この点は、中国契約法の下でも同様に解することができよう。しかも、実際に用いられた例²¹も見られる。

(8) 諸要素による総合判断。日本民法の下で見られたように、役務の瑕疵を判断するには前掲の諸要素を組み合わせる判断することが通常である。この点についても、中国契約法の下で同様に考えることができる。これは、学説上に提案されている総合評価説とも一致している。しかしながら、各々の要素の優先順位などについては、なお不明であり、将来の課題として残される。

²¹ 例えば、「方金凱訴同安医院医療損害賠償糾紛案」『中華人民共和國最高人民法院公報』2004 年第 2 期 36 頁以下においては、本件手術のリスク・必要性、完全治癒の可能性及び患者の同意などの諸要素の分析に基づき、病院側の損害賠償責任が否定された。目標の実現可能性が考量要素の一つとなることが明らかである。

第三節 法的効果について

提供された役務に瑕疵がある場合の法的効果についても、日本において展開されてきた学説及び裁判実務から、中国民法にとって大きな示唆を得ることができる。具体的には、以下の諸点をあげることができる。

(1) 瑕疵担保責任と債務不履行責任。日本では、役務に瑕疵がある場合の責任構成について、瑕疵担保責任か債務不履行責任かとの問題がよく現れている。両者を区別する実質的な意義は過失の要否、期間の制限などにある。具体的には、物アナロジーの適用の有無により、物アナロジーが適用される請負については、過失不要の瑕疵担保責任に服する。これに対し、委任型の役務提供については、過失責任を原則とする債務不履行責任構成が採られている。それらと同時に、裁判実務においては、瑕疵担保責任あるいは債務不履行責任のいずれも可能である中間的な態様も見られる。中国契約法の下でも同様な問題が存在している。具体的には、物アナロジーが適用される請負については、厳格責任をとるのが一般的であり、その他の役務提供契約は、原則として委任か寄託かを中心として展開されるべきであり、過失責任を原則とするのが一般的になるであろう（なお、現行契約法によれば、過失責任かどうかは、損害賠償責任の構成上のみ影響を与え、他の違約責任については及ぼさないと解される）。それと同時に、中国契約法は、違約責任一般については、厳格責任を原則としてとり、委任型・寄託型役務提供契約については、厳格責任の例外である過失責任をとる。こうした責任構造の相違の結果、役務提供契約の性質決定が日本民法におけるよりさらに重要となる。すなわち、一旦無名契約と解されると、総則レベルの厳格責任が適用されるべきものとされる可能性が生じる。しかし、相当数の役務提供契約にとっては、厳格責任をとることは明らかに不合理である。こうした不合理を解消するために、前述したように、厳格責任の再解釈、厳格責任の適用範囲の制限、過失概念の再検討なども考えられる。しかし、日本の裁判実務から得た知見によれば、他の方法もありうる。すなわち、一部の裁判例に見られるように、契約性質決定の重要性を認めながら、契約の性質決定が必ずしも特定の法的効果と直結することはないとする考え方がありうる。もっとも、契約の性質決定しながら、当該契約類型に関する法的効果は認められないということ、論理的にどのように説明することができるかについては問題が残されており、本稿では、こうした可能性を意識しつつ、その具体的な説明の仕方や具体的な適用要件などは、将来の課題としたい。

(2) 不法行為か債務不履行か。役務提供者の損害賠償責任につき、日本民法において、人身・財産に対する直接侵害、慰謝料・弁護士費用等の請求などに関わる事案においては、債務不履行責任または瑕疵担保責任と不法行為責任とを競合的に認めることが、裁判実務上よく見られる。他方、一部の学説として、不法行為責任と債務不履行責任との相違を原則的に認めて、両者間の競合を肯定しつつ、医療役務などにおける不法行為責任構成優位の考え方を反省し、債務不履行責任による救済が不法行為責任よりも多様であることも提

示されている。こうした議論の展開は、中国契約法にとっても重要な参考となる。なお、不法行為責任と債務不履行責任との競合自体が大きなテーマであり、その詳細は他の論稿に委ねなければならないが、ここでは一応役務提供の場合に現れた問題に限定して、中国法への示唆を簡略に述べる。

請求権の競合について、中国契約法においては、契約法 122 条及び当該条文と関連する司法解釈 30 条によれば、損害を受けた一方が違約責任と不法行為責任とのいずれか一方を選択しなければならず、同時に二つの責任構成に基づき請求することは認められないとされる²²。しかしながら、こうした構造によれば、形式的には競合を認めるとしつつ、実質的には競合否定論となってしまうともいえる。なぜならば、損害を受けた一方当事者に与えられるのは、両者を競合して請求する権利ではなく、二者択一の選択権のみだからである。請求権競合論につき、一つの可能性としては非競合論もありうるとはいえ、実質的な競合否定論になると、役務提供契約にとって、慰謝料、瑕疵による役務自体の損害等の賠償についても影響を及ぼしうるであろう。少なくとも、提供された役務に瑕疵がある場合の責任として、日本民法におけるように、選択権のみではなくて、実質的な競合も認められるべきであろう。契約法 122 条の法文から見ても、このように解釈する可能性はまったくないわけではない。また、不法行為と債務不履行との関係と関連して、中国民法においては、人身損害等を伴う役務提供契約について、不法行為責任構成に偏りがちな傾向も見られる。例えば、医療過誤の場合には、殆どが不法行為として捉えられている²³。しかしながら、日本民法の下で明らかとなったように、医療役務²⁴をはじめ、契約的な構成に基づく場合は、不法行為的構成より様々な利点が存在することからすると、中国民法における同様な問題に対しても、そこから重要な示唆を得ることができるであろう。特に、この分野における契約法の「再発見」が必要と思われる。

(3) 厳格責任について。通説によれば、中国契約法においては、違約責任については、厳格責任を帰責原則として成り立っている²⁵。こうした厳格責任原則は、日本民法における

²² 通説にも支持される。崔建遠「民事責任三論」『吉林大学社会科学学報』1987年第4期2頁、王家福=梁慧星編・前掲第一章注(3)169頁、王小能「『中華人民共和國合同法』中的違約責任制度」河南省政法管理幹部学院学報1999年第3期10頁以下、王利明『違約責任論(修訂版)』(中国政法大学出版社2003年)329頁以下、謝・前掲第二章注(12)299頁、崔・前掲注(20)252頁、黄・前掲第二章注(15)665頁以下など参照。なお、反対説として、こうした選択は、両者択一の選択ではなくて、両者ともに基づき提訴することを選択することも排除されていないという主張も見られる(隋・前掲第二章注(13)439頁以下参照)。

²³ なお、この点は、民事訴訟証拠規則の定めにも関連するであろう。当該司法解釈によれば、医療行為により引き起こされた不法行為の訴訟は、医療機関が、医療行為と損害との間に因果関係が存在しないこと及び医療過錯が存在しないことを立証する責任を負うとされる。

²⁴ 医療過誤の場合における不法行為と契約との関係について、最近の文献として、「シンポジウム/医療契約を考える——医療事故をめぐる」年報医事法学21号(2006年)参照。

²⁵ 中国契約法の帰責原則及び立法過程については、梁慧星「從過錯責任到嚴格責任」梁慧星主編『民商法論叢』第8卷(法律出版社1997年)1頁以下、梁慧星「中国統一合同法的起草」梁慧星主編『民商法論叢』第9卷(法律出版社1998年)27頁以下、崔建遠「嚴格責任?過錯責任?」梁慧星主編『民商法論叢』第11卷(法律出版社1999年)190頁以下、楊立新「中国合同責任研究(上)(下)」河南省政法管理幹部学院学報2000年第1期22頁以下、同第2期16頁以下、同「論我国合同責任的歸責原則」河南公安高等專科學校学報2003年第2期5頁以下、王・前掲注(22)『違約責任論』48頁以下、韓・前掲第一章注(11)

伝統的な帰責事由論、すなわち、債務不履行における帰責事由とは債務者の故意・過失であり、過失とは一定の注意義務違反であるという定式とは完全に異なって、むしろ、森田教授などに指摘されている「債務不履行における帰責事由は、債務者が自ら約束したことを履行しなかったこと」、「債務不履行における『帰責事由』の判断は、契約上の債務の内容ないし射程についての解釈に帰着することになる」という理論的な定式²⁶と共通する構造をもっている。従って、過失の有無を問わず、約束された債務が履行されない場合には、不可抗力がない限り、常に債務不履行責任を負うという構造である。こうしたロジックを契約法全体について一貫すると、論理的には自己完結することも可能であると考えられる。しかし、中国契約法各論のレベルにおいては、相当数の契約類型においては、損害賠償責任につき過失責任によるとされて²⁷、そのため、当然のことながら、こうした総則と各論との間の関係を論理的にどのように解釈すればよいかという問題が生ずる。その手懸りの一つとしては、過失をどのように解釈するかが問題となりうる。しかしながら、過失とは何かという単純な問いに対して、中国契約法及びその学説上の展開は十分であるとはいえず、かえって厳格責任原則の下で、過失という問題があまり言及されない状態にあるといえる。そのために、日本民法における詳細な議論の展開は、この点を見落とした中国契約法にとって大きな示唆を与えるものといえる。すでに述べたように、日本民法の下で、過失を具体的な行為義務違反と解する学説も有力であり、役務提供契約に関して、裁判実務上もかなりの程度でこれに類似する。これらの学説に従って中国契約法各則で定められている過失責任を解釈すると、過失とは、契約上の具体的な義務を履行しないことまたは適切に履行しないこととなる。こうした解釈は、過失が、中国契約法 107 条に定められる内容と同一になるので、各論レベルの過失と総則レベルの厳格責任との不一致も解消することができる。しかも、こうした解釈は、406 条などの法文自体にも適合すると考えられる。なぜならば、406 条の文言は、「過失による債務不履行」による損害に対する損害賠償責任ではなくて、「過失による損害」に対する損害賠償責任であるので、過失を具体的な行為義務違反と捉えても、過失と本旨不履行との重複判断にはならないので、こうした解釈自体は、論理的には何らの矛盾も存していないであろう。それと同時に、過失を以上のように解釈すると、契約法全体の帰責原則については、厳格責任というよりも、過失に関する新たに解釈の下での過失責任原則と見ることも不可能ではない。そうすると、帰責原則に関する争いも、用語法上の論争に過ぎないと見る余地もあろう。なお、要件事実論のレベルからの立証責任問題や、406 条における「過失・重大なる過失・故意」という過失の序列が具体的な行

687 頁以下、李永軍『合同法（第二版）』（法律出版社 2005 年）649 頁以下など参照。

²⁶ 森田説については、森田・前掲第三章注（20）、森田宏樹ほか「鼎談 民法学の新潮流と民事実務第 12 回 瑕疵担保責任を語る」判タ 1212 号（2006 年）4 頁以下参照。

²⁷ 過失責任を採る契約類型を整理すると、贈与関係（189 条）、保管（寄託）関係（222 条における賃借人の賃借物の保管、265 条における請負人の材料と仕事成果の保管、374 条における寄託人の責任）、委任関係（406 条）、運送関係（303 条における旅客の手持荷物に対する運送人の責任）を挙げることができる。（崔建遠「海峡兩岸合同責任制度的比較研究——海峡兩岸合同法的比較研究之一」『清華大学学报（哲社版）』2000 年第 2 期 34 頁以下、楊立新・前掲注（25）「我国合同責任」8 頁以下参照。）

為義務論の下ではどのように解釈されるべきかなどの問題はなお残されている。

(4) 過失と本旨不履行(瑕疵)との関係。前掲のように過失を具体的な行為義務違反と解すれば、過失と本旨不履行との要件はすでに一致することについては、役務提供契約に関する論述の中でよく論じられており、裁判実務においても同様な考え方がとられているようにみえる。この点については、前掲の過失の解釈と同様に、中国契約法の下では余り検討されておらず、日本法の議論が中国法に対しても重要な示唆を与える。

(5) 損害賠償の範囲、種類。役務に瑕疵がある場合の責任として、損害賠償責任が重要な位置を据える。その中で、慰謝料、弁護士費用などが、債務不履行責任の下でも認められうるかどうかがよく問題となる。日本法の下では、不法行為責任と債務不履行責任との競合論に基づき、問題はある程度解消されており、また、債務不履行責任として取り扱われたとしても、裁判実務においては認められつつあり、一部の学説も支持している。しかしながら、中国民法においては、すでに述べたように、現行法及び通説によれば、日本法におけるような競合論ではなく、双方の請求権が発生することを認めつつ二者択一的な選択権しか与えない極めて制限的な競合論もしくは実質的な不競合論がとられており、損害賠償に関する効果の問題を競合論によって解消することはまったく不可能である。そのために、債務不履行責任構成の中で問題点の解決を図るほかはないといえる。これまでの通説・実務においては、債務不履行に基づく慰謝料請求を認めるべき学説²⁸が有力になりつつ、慰謝料を認める裁判例²⁹も増えているとはいえ、債務不履行に基づく慰謝料請求は不可能に近いといってもよい状態にあり³⁰、弁護士費用については、不法行為構成についても原則として認められない³¹。これに対し、日本における裁判実務においては、慎重ではあるが、人身損害に伴う場合のみならず、より広い範囲において債務不履行責任に基づき慰謝料、弁護士費用を認める可能性が存在している。この点は、中国契約法の下で新たな解釈理論にとって少なくとも比較法上の参考となる。しかも、中国契約法 113 条 1 項(損害賠償の範囲)においても、文言上、慰謝料、弁護士費用の賠償について何らかの制限が加えられているわけではなく、むしろ予見可能性原則とする制限賠償原則³²が定められているのであり、

²⁸ 程嘯「違約与非財産損害賠償」梁慧星主編『民商法論叢』第 25 卷(金橋文化出版有限責任公司 2002 年) 105 頁以下、劉璐「旅游合同糾紛的法律適用」『法律適用』208 号(2003 年) 31 頁以下、崔・前掲注(22) 260 頁以下、李・前掲注(25) 786 頁以下を参照。

²⁹ 例えば、「肖青等訴國營旭光彩印刷服務部丢失結婚活動膠卷賠償糾紛案」最高人民法院応用研究所編『人民法院案例選(民事卷上)』(人民法院出版社 1997 年) 621 頁以下、「馬立濤訴鞍山市鉄東区服務公司夢真美美容損害賠償糾紛案」同前掲『民事卷上』656 頁以下、スポーツ技能育成契約における慰謝料賠償が認められた事案(最高人民法院応用研究所編『人民法院案例選』29 号(時事出版社 2000 年) 64 頁以下)、「馮林等訴海峽旅行社及び北京招商國際旅游管理總公司旅游合同糾紛案」劉琨「旅行社未盡義務被判罰」『人民法院報』2001 年 9 月 9 日などが見られる。

³⁰ 王・前掲注(22)『違約責任論』562 頁以下。裁判実務においては、前掲注(2)「王林祥案」においては、違約責任に基づく慰謝料請求は法的根拠がないとして棄却され、前掲注(2)「鄭雪峰案」においては、原告側の慰謝料請求について、本件は違約責任訴訟であるという理由で、契約法 107 条、113 条 1 項に従って棄却された、等が見られる。

³¹ 現行法の下で弁護士費用が認められうるのは、債権者取消権の行使について支払った弁護士費用しかない(最高人民法院「關於適用合同法若干問題的解釋(一)」第 26 条)。

³² なお、王・前掲注(20) 612 頁以下は当該条文を、「完全賠償原則」を定める規定として主張している。

この条文を、慰謝料、弁護士費用の賠償を認める方向で解釈することも可能であると思われる。

さらに、学説においてはある程度指摘されているものの、裁判実務上では看過されやすい役務自体の損害という点については、中国契約法総則における 111 条においては代金・報酬の減額という救済措置が定められている。そのほか、本来の給付の遅延による損害なども、契約法 112 条、113 条の解釈に基づき、その賠償可能性も認める余地があろう³³。

(6) 損害賠償責任以外の救済手段。日本の場合は、殆どの裁判例は、提供された役務に瑕疵がある場合の法的効果として、損害賠償責任に集中している。これに対し、学説上は、役務の瑕疵に対して、債務不履行構成をとれば、損害賠償責任のみならず、より多様な法的効果が認められうるという説³⁴も見られる。他方、中国契約法 111 条によれば、物が役務かを問わず、質が問題となる場合には、修理、交換、やり直し、返品、代金または報酬の減額などの違約責任を請求することができるかとされているので、ある意味上は、日本における一部学説の主張と一致しているといえる。しかしながら、そこで問題となるのは、同条文に定められた「目的物の性質及び損害の大小に照らして」、「合理的に選択」という要件である。そのために、将来の課題としては、こうした救済方法の具体的な要件、相互関係及び適用順位などの解明が重要であることは言うまでもないであろう。

(7) 期間制限について。この点については、請負契約さえ、中国契約法の下ではまったく論じられていない。すでに述べたように、売買契約に関する 158 条の規定が、他の有償契約への準用にも認められるべきかどうかの解明が必要となるであろう。本稿では、ひとまず期間制限の必要性を認めながら、具体的な期間は、必ず 158 条の規定のように統一的に適用することより、提供された役務の性質に応じて柔軟的、合理的に確定するべきと考えられる。

³³ しかしながら、中国契約法特有の「競合論」が存在するゆえに、かえって認められにくい側面もある。例えば、「王保富訴三信律師所財産損害賠償糾紛案」『中華人民共和国最高人民法院公報』2005 年第 10 期においては、本件が不法行為訴訟であり、契約訴訟ではないという理由で、支払った着手金などの代金返還請求は認められなかった。

³⁴ 下森・前掲第三章注 (59)「弁護士」174 頁。

結語

前掲のように、本稿では、役務提供契約につき、七章にわたって、日本における裁判例の展開と学説の対応を総括し、そこで得られた成果を比較法の素材として取り上げ、中国における役務提供契約のあり方について、問題提起を行いつつ、提供された役務に瑕疵がある場合の責任に関する具体策を提示した。全体的には、日本民法における役務提供契約の展開は、中国民法に対して大きな示唆を与えることができると考えられる。それと同時に、日本民法からの示唆を踏まえて、中国民法の下でも役務提供契約に関する本格的な研究が始まることが期待される。しかしながら、役務提供契約における役務の瑕疵に対する責任については、なおいくつかの課題が残る。特に、役務の瑕疵判断につき、前掲諸判断手法によってもなお判断困難な部分をどのようにすれば解消できるか、活発に議論されている要件事実論が役務提供契約における役務の瑕疵に対する責任に関する研究に対してどのような影響を与えるか及び、役務の瑕疵判断に関わる諸要素の相互間の関係を解明すること、売買契約に関する規定の有償役務提供契約への準用問題、提供された役務に瑕疵があるとされる場合の損害賠償以外の法的効果の具体的な要件などの諸問題については、将来の課題としてなお研究する必要があると考えられる。最後に、本稿の検討から明らかとなった中国民法学の諸問題点、特に厳格責任と過失責任との関係、過失の概念、債務不履行責任と不法行為責任との関係などの諸問題について、本稿においても、役務の瑕疵に関する責任に限り、一定の成果を得られたとはいえ、これらの問題は、役務提供契約にとどまらず、中国契約法全般に関わるものとして、今後の重要な検討課題といえよう。

| No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
|-----|---------------------------------------|---------------------|--------------|-------------|---|
| 1 | 建物の瑕疵が認められた事例 | 神戸地判昭和63年5月30日 | 判時1297号109頁 | 建築請負 | 瑕疵の判断につき 役務の結果としての 目的物に瑕疵があるか否かのみに基づき判断される 裁判例 |
| 2 | 車庫の瑕疵が認められた事例 | 東京地判平成3年6月14日 | 判時1413号78頁 | 建築請負 | |
| 3 | 建物の瑕疵が認められた事例 | 札幌地裁小樽支判平成12年2月8日 | 判夕1089号180頁 | 建築請負 | |
| 4 | 防音工事の瑕疵が否定された事例 | 東京地判平成11年12月10日 | 判夕1079号301頁 | 建築請負 | |
| 5 | 輸送施設「ウォーターライド」の瑕疵が否定された事例 | 東京地判平成7年3月29日 | 判時1555号65頁 | 建築請負 | |
| 6 | 社会通念上最低限期待される性状を瑕疵の基準とする事例 | 福岡地判昭和61年7月16日 | 判夕637号155頁 | 建築請負 | |
| 7 | 便所を鬼門の方角に設置したことが瑕疵に当る事例 | 名古屋地判昭和54年6月22日 | 判夕397号102頁 | 建築請負 | |
| 8 | 通常の住宅用木造建築の工法を基準として瑕疵を認めた事例 | 札幌高判昭和51年8月23日 | 判夕349号232頁 | 建築請負 | |
| 9 | 建売建物の客観的価値が注文代金よりはるかに価値の劣る場合に瑕疵に当たる事例 | 東京高判昭和48年9月21日 | 判時724号35頁 | 建築請負 | |
| 10 | 建築基準法の最低基準に適合しないことが目的物の瑕疵とされた事例 | 東京地判昭和47年2月29日 | 判時676号44頁 | 建築請負 | |
| 11 | 左官請負工事人の瑕疵担保責任を認めた事例 | 大阪地判昭和44年9月24日 | 判時587号60頁 | 建築請負 | |
| 12 | 耐風性の欠いたことが仕事の目的物に瑕疵があるとされた事例 | 東京地判昭和44年3月8日 | 判時564号56頁 | 建築請負 | |
| 13 | 契約の内容と異なったための利用価値が減少した場合に瑕疵が認められた事例 | 東京高判昭和44年2月10日 | 判時555号50頁 | 建築請負 | |
| 14 | 約定に反する太さの鉄骨が使用された建築工事に瑕疵があるとされた事例 | 最判平成15年10月10日 | 判時1840号18頁 | 建築請負 | |
| 15 | 宅地造成工事請負契約に造成地に瑕疵があるとされた事例 | 東京地判平成6年9月8日 | 判時1540号54頁 | 建築請負 | 瑕疵の判断につき 役務の結果以外の要素が取り込まれる 裁判例 |
| 16 | ひび割れ、雨漏りなどが瑕疵にあたりとされた事例 | 東京地判平成4年12月21日 | 判時1485号41頁 | 建築請負 | |
| 17 | 水切り処理等の瑕疵があるとされた事例 | 東京地判平成3年12月25日 | 判時1434号90頁 | 建築請負 | |
| 18 | 污水管設備の工事瑕疵が認められた事例 | 京都地判平成4年12月4日 | 判時1476号142頁 | 建築請負 | |
| 19 | 研磨材設備の瑕疵が認められた事例 | 東京地判平成3年9月17日 | 判時1430号100頁 | 設備工事請負 | |
| 20 | 工事の瑕疵の存在に関する主張立証責任を判示した事例 | 東京地判平成2年2月9日 | 判時1365号71頁 | 建設・設備設置工事請負 | |
| 21 | 特別の防音設備のないことが瑕疵として認められなかった事例 | 東京地判昭和51年9月29日 | 判時829号27頁 | 建築請負 | |
| 22 | 瑕疵が許容差の範囲内であるとして瑕疵担保責任が否定された事例 | 名古屋高判昭和49年11月27日 | 判時774号80頁 | 建築請負 | |
| 23 | 製作納入されたシステムの重大な瑕疵が認められた事例 | 東京地判平成16年12月22日 | 判時1905号94頁 | システム構築請負 | 瑕疵の判断に関わる情報システム構築請負 |
| 24 | 納品されたソフトの瑕疵が否定された事例 | 東京地裁八王子支判平成15年11月5日 | 判例時報1857号73頁 | システム構築請負 | |
| 25 | プログラム製作に瑕疵があると認められた事例 | 東京地判平成14年4月22日 | 判夕1127号161頁 | システム構築請負 | |
| 26 | 作成されたプログラムに重大な瑕疵があったと認められた事例 | 東京地判平成5年1月28日 | 判時1473号80頁 | システム構築請負 | |
| 27 | 「バグ」がソフトの欠陥といえるための要件を判示した事例 | 東京地判平成9年2月18日 | 判夕964号172頁 | システム構築請負 | |
| 28 | ソフト製作者の債務不履行責任が認容された事例 | 広島地判平成11年10月27日 | 判時1699号101頁 | ソフト制作契約 | |

第四章第二節 瑕疵判断をめぐる裁判例

| | | | | | | | |
|-----|------------------------------------|--------------------------------------|---------------------|----------------------------------|---------|---|----|
| | 29 | 注文者の要望と瑕疵との関係を判示した事例 | 那覇地判平成12年5月10日 | 判タ1094号177頁 | ソフト開発請負 | | |
| | 30 | 提供された情報に瑕疵があるとはいえない事例 | 東京地判昭和63年6月29日 | 金判824号37頁 | 情報提供請負 | 瑕疵の判断に関わるその他の類型 | |
| | 31 | 印刷上の瑕疵が認められた事例 | 東京地判昭和51年5月17日 | 判時840号79頁下民集27巻5-8号305頁 | 印刷請負 | | |
| | 32 | 完成された銅像の瑕疵が否定された事例 | 福島地判昭和39年7月2日 | 下民集15巻7号1709頁 | 銅像製作請負 | | |
| | 33 | 店舗内装設計請負契約を履行したとされた事例 | 東京地判昭和62年5月18日 | 判時1272号107頁 | 内装設計請負 | | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | | 備考 |
| 第四章 | 1 | 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例 | 東京地判昭和30年10月28日 | 下民集6巻10号2275頁 | 建築請負 | 建築請負の場合においては、履行遅延の場合における債務不履行責任（例えば裁判例2、24）及び特定の場合の不法行為責任など少数の例外を除き、大体瑕疵担保責任をめぐって展開されている。 | |
| | 2 | 瑕疵修補請求及び損害賠償が認められた事例 | 東京地裁八王子支判昭和38年4月18日 | 判タ147号114頁 | 建築請負 | | |
| | 3 | 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例 | 東京地判昭和43年9月6日 | 判時557号246頁 | 建築請負 | | |
| | 4 | 瑕疵によって減額が認められた事例 | 同前第二節裁判例13 | | | | |
| | 5 | 衡平の見地から裁量して瑕疵による損害賠償範囲が決められた事例 | 同前第二節裁判例10 | | | | |
| | 6 | 瑕疵の修補に代わる損害賠償が認められた事例 | 同前第二節裁判例9 | | | | |
| | 7 | 修補費用は認められないが慰謝料は認められた事例 | 同前第二節裁判例8 | | | | |
| | 8 | 修補に代えて損害賠償及び拡大損害が認められた事例 | 札幌地裁小樽支判昭和52年3月23日 | 判時874号79頁 | 建築請負 | | |
| | 9 | 瑕疵修補に代わる損害賠償が認められた事例 | 東京高判昭和52年11月30日 | 判時879号83頁 | 塗装工事請負 | | |
| | 10 | 修補の請求をすることなく直ちに損害賠償を請求することもできるとされた事例 | 最判昭和52年2月28日 | 金商520号19頁 | 石垣工事請負 | | |
| | 11 | 修補を請求することなく損害賠償を請求することの可否に関する事例 | 最判昭和54年3月20日 | 判時927号184頁 | 建築請負 | | |
| | 12 | 瑕疵修補費用、精神的損害が認められた事例 | 名古屋高判昭和57年6月9日 | 判時1051号99頁 | 建築請負 | | |
| | 13 | 瑕疵修補費用、工事調査費用、慰謝料の請求が認められ | 山形地裁新庄支判昭和60年2月28日 | 判時1169号133頁 | 建築請負 | | |
| | 14 | 建替え費用は否定されたが、調査費用、慰謝料及び弁護士費用は認められた事例 | 同前第二節裁判例1 | | | | |
| | 15 | 修理管理費請求が棄却された事例 | 大阪高判平成元年12月20日 | 判例集未登載（原審判時1262号121頁） | 水道管工事請負 | | |
| | 16 | 報酬債権全額と修補に代わる損害賠償債権との同時履行の可否に関する判例 | 最判平成9年2月14日 | 民集51巻2号337頁判時1598号65頁判タ936号196頁 | 建築請負 | | |
| | 17 | 相殺後の報酬残債務につき履行遅滞を生じる時期について判断された判例 | 最判平成9年7月15日 | 民集51巻6号2581頁判時1616号65頁判タ952号188頁 | 建築請負 | | |
| | 18 | 損害賠償債権と代金債権との同時履行抗弁が信義則に反して許されない事例 | 福岡高判平成9年11月28日 | 判時1638号95頁 | 建築請負 | | |
| | 19 | 修補費用、慰謝料、弁護士費用の損害賠償が認められた事例 | 福岡高判平成11年10月28日 | 判タ1079号235頁 | 建築請負 | | |
| | 20 | 瑕疵修補に要する費用、慰謝料が認められた事例 | 同前第二節裁判例3 | | | | |
| 21 | 建替費用、代替建物の賃料、慰謝料、弁護士費用等の賠償が認められた事例 | 長崎地判平成12年12月22日 | 判タ1109号166頁 | 建築請負 | | | |
| 22 | 瑕疵修補に要する費用額、弁護士費用が認められた事例 | 京都地判平成13年10月30日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |

| | | | | | | | | |
|--------------------|----|-----------------------------------|------------------|----------------------|--------|--|---|----------|
| 第三節 法的効果をめぐる裁判例 | 23 | 修補に代わる損害賠償請求権の発生時期は引渡を受けた時とされた事例 | 名古屋高判平成13年11月27日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 24 | 瑕疵補修工事費用、遅延の違約金及び慰謝料が認められた事例 | 仙台高判平成13年11月28日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 25 | 再建築の費用、慰謝料、欠陥調査費が認められた事例 | 神戸地判平成13年11月30日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 26 | 補修費用、工事中の賃料の賠償が認められた事例 | 神戸地判平成14年1月24日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 27 | 未だ未発生した損害の賠償が認められた事例 | 札幌地判平成14年9月5日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 28 | 補修費用、瑕疵調査費用、弁護士費用、慰謝料の賠償が認められた事例 | 神戸地判平成14年11月29日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 29 | 補修費用、慰謝料、欠陥調査費用及び弁護士費用の賠償が認められた事例 | 神戸地判平成15年4月8日 | 判例集未登載 | 建築請負 | | | |
| | 30 | プログラムの重大な瑕疵につき、解除及び損害賠償責任が認められた事例 | 同前第二節裁判例26 | | | | 瑕疵担保責任(裁判例30、33)、債務不履行責任(裁判例31、32) | |
| | 31 | ソフトの製作につき債務不履行責任が認容された事例 | 同前第二節裁判例28 | | | | | |
| | 32 | システム開発請負人の損害賠償責任が認められた事例 | 同前第二節裁判例25 | | | | | |
| | 33 | システムの重大な瑕疵につき解除に伴う損害賠償が認められた事例 | 同前第二節裁判例23 | | | | | |
| | 34 | 設計請負において仕事の目的物の瑕疵が認められた事例 | 同前第二節裁判例10 | | | | 設計 | 設計に関わるもの |
| | 35 | 設計監理契約における境界の調査義務が認められた事例 | 東京地判昭和50年2月20日 | 判時794号89頁 | 設計監理 | | | |
| | 36 | 建築士に敷地調査義務を尽くさなかつた設計上の過失があるとされた事例 | 大阪地判昭和53年11月2日 | 判時934号81頁判夕387号86頁 | 設計監理 | | | |
| | 37 | 店舗内装設計請負契約に関わる事例 | 同前第二節裁判例33 | | | | | |
| | 38 | 設計上の過失に基づく不法行為責任が認められた事例 | 大阪高判平成元年2月17日 | 判時1323号68頁判夕705号185頁 | 設計 | | | |
| | 39 | 設備の瑕疵につき損害賠償責任が認められた事例 | 同前第二節裁判例19 | | | | | |
| | 40 | 構造について明らかな設計ミスが認められた事例 | 同前第二節裁判例17 | | | | | |
| | 41 | 設計及び工事監理の過失による不法行為責任が認められた事例 | 大阪地判平成10年7月29日 | 金判1052号40頁 | 設計監理 | | | |
| | 42 | 設計の瑕疵が認められた事例 | 同前本節裁判例28 | | | | | |
| | 43 | 盗難事故につき警備員の過失は認められた事例 | 高松地判昭和48年1月26日 | 判時706号54頁 | 警備請負 | | 法的性質は不明。警備上の瑕疵について、瑕疵担保責任ではなく、不完全履行・債務不履行責任の一般原則に委ねる傾向がある | |
| | 44 | 警備会社に債務不履行に基づく損害賠償責任が認められた事例 | 鹿児島地判昭和50年2月20日 | 判時793号92頁 | 警備請負 | | | |
| | 45 | 火災につき警備義務が尽くされているとされた事例 | 名古屋地判昭和50年4月22日 | 判時794号93頁判夕326号266頁 | 警備請負 | | | |
| | 46 | 盗難事故につき警備会社の注意義務を怠ったとされた事例 | 名古屋地判平成2年3月1日 | 判時1366号102頁 | 警備請負 | | | |
| | 47 | 警報機器の不作動につき警備保障契約上の義務不履行が否定された事例 | 東京地判平成7年11月27日 | 判夕918号160頁 | 警備請負 | | | |
| | 48 | 警備保障会社の債務不履行ないし不法行為が否定された事例 | 東京地判平成8年1月25日 | 判夕918号150頁 | 警備請負 | | | |
| | 49 | 警備請負契約の債務不履行が否定された事例 | 広島高判平成13年9月12日 | 判例集未登載 | 警備請負 | | | |
| | 50 | 印刷の瑕疵によって得べかりし利益の賠償が認められた事例 | 同前第二節裁判例31 | | | | その他の請負 | |
| | 51 | ジャケットの再生加工請負契約 | 東京簡判平成17年4月27日 | 判例集未登載 | 再生加工請負 | | | |

| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
|------------|-----|--|-------------------|------------------------|------|----|
| 第五章第一節旅行契約 | 1 | 踏切事故につき旅行主催者に対する損害賠償請求が棄却された事例 | 大阪地判昭和12年3月30日 | 法律新聞4135号5頁 | 旅行契約 | |
| | 2 | 日程の変更が債務不履行にあたり、慰謝料が認められた事例 | 東京高判昭和55年3月27日 | 判時962号115頁判夕415号117頁 | 旅行契約 | |
| | 3 | 海外でのバス事故につき国内旅行者の賠償責任が否定された事例 | 静岡地判昭和55年5月21日 | 判夕419号122頁 | 旅行契約 | |
| | 4 | パキスタンへの主催旅行事例 | 東京地判昭和63年12月27日 | 判時1341号37頁 | 旅行契約 | |
| | 5 | 台湾主催旅行事例 | 東京地判平成元年6月20日 | 判時1341号20頁判夕730号171頁 | 旅行契約 | |
| | 6 | 宿泊施設の変更を説明しなかったことにつき債務不履行が認められた事例 | 神戸地判平成5年1月22日 | 判時1473号125頁判夕839号236頁 | 旅行契約 | |
| | 7 | 航空関連ストに伴う事務処理などの適否が問題になる事例 | 東京高判平成5年3月30日 | 判夕863号216頁 | 旅行契約 | |
| | 8 | 撮影台からの転落事故につき旅行会社の債務不履行責任が否定された事例 | 大阪地判平成6年5月30日 | 判夕898号239頁 | 旅行契約 | |
| | 9 | 変更前の出発時刻で航空券の予約・発券がなされた事例 | 東京地判平成6年7月7日 | 判時1534号56頁 | 旅行契約 | |
| | 10 | 旅行内容の変更につき旅行者の債務不履行責任が否定された事例 | 東京地判平成7年10月27日 | 判夕915号148頁 | 旅行契約 | |
| | 11 | 新婚旅行につき精神的損害による慰謝料が認められた事例 | 東京地判平成9年4月8日 | 判夕967号173頁 | 旅行契約 | |
| | 12 | ワールドカップフランス大会チケット事件 | 京都地判平成11年6月10日 | 判時1703号154頁判夕1006号298頁 | 旅行契約 | |
| | 13 | ワールドカップフランス大会チケット事件 | 名古屋地判平成11年9月22日 | 判夕1079号240頁 | 旅行契約 | |
| | 14 | 主催旅行の範囲が問題となる事例 | 大阪高判平成13年2月7日 | 判夕1069号237頁 | 旅行契約 | |
| | 15 | 旅行者の説明義務違反により慰謝料の賠償が認められた事例 | 東京地判平成16年1月28日 | 判時1870号50頁 | 旅行契約 | |
| | 16 | 旅行者の安全配慮義務違反が否定された事例 | 大阪地判平成17年6月8日 | 判例集未登載 | 旅行契約 | |
| | 17 | 説明義務違反として旅行者の損害賠償責任が認められた事例 | 京都地判平成18年3月28日 | 判例集未登載 | 旅行契約 | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| 第五章第二節教育役務 | 1 | 青山学院大学院神学科学学生募集停止事件 | 東京高判昭和52年10月6日 | 判時870号35頁判夕352号163頁 | 教育役務 | |
| | 2 | 成績不良により原級留置を受けたことにつき教師らに責任がないとされた事例 | 札幌地判昭和56年11月16日 | 判時1049号110頁判夕470号179頁 | 教育役務 | |
| | 3 | 留学あっ旋業者と代表者の損害賠償責任が認められた事例 | 東京地判昭和57年3月30日 | 判夕475号83頁 | 教育役務 | |
| | 4 | 予備校入学際虚偽宣伝つき受講生の慰謝料請求が認められた事例 | 福井地判平成3年3月27日 | 判時1397号107頁 | 教育役務 | |
| | 5 | 予備校の教育につき債務不履行責任が認められた事例 | 大阪地判平成5年2月4日 | 判時1481号149頁 | 教育役務 | |
| | 6 | 犬の美容学校の指導等が債務の本旨に従うものとされた事特別推薦入学制度の打ち切りにつき高校経営側の責任が認められた事例 | 神戸地判平成5年3月29日 | 判時1498号106頁判夕841号173頁 | 教育役務 | |
| | 7 | 在学契約の債務不履行に基づく損害賠償請求が棄却された事例 | 京都地判平成5年5月31日 | 判夕822号154頁 | 教育役務 | |
| | 8 | 指導内容が契約と異なったとして授業料返還及び慰謝料が認められた事例 | 高知地判平成6年11月28日 | 判時1541号121頁 | 教育役務 | |
| | 9 | 指導内容が契約と異なったとして授業料返還及び慰謝料が認められた事例 | 静岡地裁富士支判平成8年6月11日 | 判時1597号108頁判夕929号221頁 | 教育役務 | |

| | | | | | | |
|------------------|-----|-------------------------------------|--------------------|-----------------------|----------|----|
| | 10 | 無資格講師による授業つき不法行為による損害賠償が認められた事例 | 秋田地判平成9年12月19日 | 判時1656号134頁 | 教育役務 | |
| | 11 | 説明義務違反、誠実訓練義務違反が認められた事例 | 大阪高判平成10年6月12日 | 判時1668号74頁判夕998号196頁 | 教育役務 | |
| | 12 | 音楽塾の損害賠償責任が認められた事例 | 神戸地判平成14年3月19日 | 判例集未搭載 | 教育役務 | |
| | 13 | 野球専門学校の債務不履行責任が認められた事例 | 大阪地判平成15年5月9日 | 判時1828号68頁判夕1139号134頁 | 教育役務 | |
| | 14 | 声優養成学校の入学契約上の債務不履行が認められた事例 | 東京地判平成15年11月5日 | 判時1847号34頁 | 教育役務 | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| 第五章第三節 介護サービス | 1 | 施設、サービス及び経営等の不十分により損害賠償が認められた事例 | 津地判平成7年6月15日 | 判時1561号95頁判夕884号193頁 | 老人ホーム | |
| | 2 | 介護中の転倒事故につきボランティアの債務不履行責任が否定された事例 | 東京地判平成10年7月28日 | 判時1665号84頁 | ボランティア介護 | |
| | 3 | 食事介助にあたり起きた死亡事故 | 横浜地裁川崎支判平成12年2月23日 | 賃金と社会保障1284号43頁 | 老人ホーム | |
| | 4 | 施設における転落事故死につき損害賠償が認められた事例 | 東京地判平成12年6月7日 | 賃金と社会保障1280号14頁 | 老人保健施設 | |
| | 5 | 被介護者の行方不明につき損害賠償が認められた事例 | 静岡地裁浜松支判平成13年9月25日 | 賃金と社会保障1351=52号112頁 | デイサービス | |
| | 6 | 転倒事故につき債務不履行及び民法717条の損害賠償責任が認められた事例 | 福島地裁白河支判平成15年6月3日 | 判時1838号116頁 | 老人保健施設 | |
| | 7 | 転倒事故につき債務不履行責任が認められた事例 | 福岡地判平成15年8月27日 | 判時1843号133頁 | 通所介護 | |
| | 8 | 誤嚥事件につき遺族らの損害賠償請求が棄却された事例 | | 判例集未掲載 | 老人ホーム | |
| | 9 | 誤嚥事件につき老人ホームの責任が認められた事例 | 名古屋地判平成16年7月30日 | 判例集未掲載 | 老人ホーム | |
| | 10 | 転倒事故につき職員の介護に過失があるとして損害賠償が認められた事例 | 横浜地判平成17年3月22日 | 判時1895号91頁 | デイサービス | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| 第五章第四節 興信所調査 | 1 | 興信所の誤った調査報告につき債務不完全履行責任が認められた事例 | 東京高判昭和48年9月18日 | 判時719号44頁 | 興信所調査 | |
| | 2 | 素行調査契約の債務不履行が認められた事例 | 名古屋地判平成7年1月30日 | 判時1534号85頁判夕884号186頁 | 興信所調査 | |
| | 3 | 素行調査契約上の債務不履行が肯定された事例 | 東京地判平成16年2月16日 | 判時1870号67頁 | 興信所調査 | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| 第五章第五節 監査会計 | 1 | 日本コッパース事件第一審 | 東京地判平成3年3月19日 | 判時1381号116頁判夕760号127頁 | 監査契約 | |
| | 2 | 日本コッパース事件控訴審 | 東京高判平成7年9月28日 | 判時1552号128頁判夕921号203頁 | 監査契約 | |
| | 3 | 公認会計士の監査契約上の債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判平成15年4月14日 | 判時1826号97頁 | 監査契約 | |
| | 4 | 消費税の取扱につき公認会計士に債務不履行はないとされた事例 | 東京地判平成15日5月21日 | 判夕1156号162頁 | 顧問契約 | |
| | No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| | 1 | 必要な弁護活動をしなかった国選弁護人に損害賠償義務を認めた事例 | 東京地判昭和38年11月28日 | 判時354号11頁判夕155号139頁 | 弁護士役務 | |
| | 2 | 債権取立の委任を受けた弁護士の債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判昭和40年4月17日 | 判夕178号150頁 | 弁護士役務 | |

| | | | | | |
|-----------------|----|--|-------------------|-----------------------|-------|
| 第五章第六節 弁護士職務 | 3 | 法律扶助を受けた弁護士の金員の引渡し義務があるとされた事例 | 東京高判昭和46年4月22日 | 判夕265号238頁 | 弁護士職務 |
| | 4 | 控訴期間の徒過につき慰謝料請求が認められた事例 | 東京地判昭和46年6月29日 | 判時645号89頁 | 弁護士職務 |
| | 5 | 債権の執行保全の委任を受けた弁護士の債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判昭和49年3月25日 | 判時753号36頁 | 弁護士職務 |
| | 6 | 善管注意義務、報告義務懈怠につき債務不履行上の慰謝料が認められた事例 | 東京地判昭和49年8月28日 | 判時760号76頁 | 弁護士職務 |
| | 7 | 控訴期間の徒過につき慰謝料請求が認められた事例 | 東京地判昭和49年12月19日 | 判時779号89頁 | 弁護士職務 |
| | 8 | 債権を時効消滅させた弁護士に債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判昭和52年9月28日 | 判時886号71頁 | 弁護士職務 |
| | 9 | 依頼者を敗訴させた弁護士に債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判昭和54年5月30日 | 判夕394号93頁 | 弁護士職務 |
| | 10 | 控訴を無断で取り下げたことと損害との因果関係が否定された事例 | 東京地判昭和54年11月13日 | 判時957号63頁判夕409号126頁 | 弁護士職務 |
| | 11 | 法律相談回答及び訴訟追行につき弁護士の責任が認められなかった事例 | 東京地判昭和57年5月10日 | 判時1064号69頁判夕485号128頁 | 弁護士職務 |
| | 12 | 弁護士の職務違反が認められなかった事例 | 高知地判昭和58年4月14日 | 判夕530号208頁 | 弁護士職務 |
| | 13 | 債権回収の一部不能につき弁護士の善管注意義務違反が否定された事例 | 大阪地判昭和58年9月26日 | 判時1138号106頁判夕533号185頁 | 弁護士職務 |
| | 14 | 控訴期間徒過につき弁護士の損害賠償責任が否定された事 | 横浜地判昭和60年1月23日 | 判夕552号187頁 | 弁護士職務 |
| | 15 | 委任契約は違法であるとして弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例 | 京都地判昭和60年2月28日 | 判時1166号127頁判夕554号270頁 | 弁護士職務 |
| | 16 | 立会人としての弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例 | 東京地判昭和60年9月25日 | 判夕599号43頁 | 弁護士職務 |
| | 17 | 遺言執行者としての弁護士の損害賠償責任が認められた事 | 東京地判昭和61年1月28日 | 判夕623号129頁 | 弁護士職務 |
| | 18 | 訴訟を受任した弁護士の弁護過誤の主張が排斥された事例 | 千葉地裁松戸支判平成2年8月23日 | 判夕784号231頁 | 弁護士職務 |
| | 19 | 弁護士の義務違反が否定された事例 | 福岡地判平成2年11月9日 | 判時1379号119頁判夕751号143頁 | 弁護士職務 |
| | 20 | 和解金を全額引き渡さなかったことにつき弁護過誤が否定された事例 | 東京地判平成2年12月20日 | 判夕758号209頁 | 弁護士職務 |
| | 21 | 債務整理を委任された弁護士の不法行為責任が認められた事例 | 東京地判平成4年1月31日 | 判時1435号75頁判夕781号272頁 | 弁護士職務 |
| | 22 | 弁護士の義務違反による慰謝料賠償が認められた事例 | 東京地判平成4年4月28日 | 判時1469号106頁判夕811号156頁 | 弁護士職務 |
| | 23 | 弁護士の債務不履行責任、不法行為責任が認められた事例 | 大阪地判平成5年9月27日 | 判時1484号判夕831号138頁 | 弁護士職務 |
| | 24 | 裁判上の和解を成立させた弁護士に債務不履行責任が否定された事例 | 東京地判平成6年8月25日 | 判夕894号216頁 | 弁護士職務 |
| | 25 | 手形金の回収を受任した弁護士の損害賠償責任が認められた事例 | 広島地判平成7年7月17日 | 判時1564号98頁判夕895号153頁 | 弁護士職務 |
| | 26 | 訴えの提起まで約1年11か月を要したことは注意義務違反であるが、損害賠償請求は否定された事例 | 東京地判平成7年8月25日 | 判夕911号125頁 | 弁護士職務 |
| | 27 | 弁護士の行為が委任契約上の債務不履行とされた事例 | 東京地判平成8年4月15日 | 判時1583号75頁 | 弁護士職務 |

| | | | | | |
|-----|---------------------------------------|------------------|---------------------------------|--------|----|
| 28 | 債務不履行に該当する可能性はあるが、財産損害との因果関係がないとされた事例 | 千葉地判平成8年6月17日 | 判時1620号111頁 | 弁護士職務 | |
| 29 | 上告理由書を期限内に提出しなかったことにつき義務違反があったとされた事例 | 千葉地判平成9年2月24日 | 判夕960号192頁 | 弁護士職務 | |
| 30 | 受けた金員を第三者に交付したことにつき債務不履行責任がないとされた事例 | 東京地判平成10年3月18日 | 判夕1013号170頁 | 弁護士職務 | |
| 31 | 原状回復義務の履行不能に伴う損害賠償義務があるとされた事例 | 東京地判平成10年3月18日 | 判夕1029号288頁 | 弁護士職務 | |
| 32 | 弁護士の職務懈怠行為があるとして損害賠償が認められた事例 | 大阪地判平成11年2月15日 | 判時1688号148頁 | 弁護士職務 | |
| 33 | 弁護士の債務不履行があったとして慰謝料賠償が認められた事例 | 福岡高判平成11年8月10日 | 判時1714号87頁 | 弁護士職務 | |
| 34 | 消滅時効完成により委任者に損害を被らせたとして損害賠償を命じられた事例 | 高松高判平成12年12月14日 | 判時1769号76頁 | 弁護士職務 | |
| 35 | 訴訟内容等について弁護士の方針決定が誤ったとはいえないとされた事例 | 東京地判平成12年12月26日 | 判夕1069号286頁 | 弁護士職務 | |
| 36 | 弁護士の助言義務違反があるとして損害賠償責任が認められた事例 | 大阪地判平成13年1月26日 | 判時1751号116頁 | 弁護士職務 | |
| 37 | 弁護士に慰謝料の賠償を命じた一審判決が取消しされた事 | 名古屋高判平成13年11月15日 | 判例集未登載 | 弁護士職務 | |
| 38 | 弁護士に対する損害賠償請求が棄却された事例 | 東京地判平成14年1月28日 | 判夕1107号233頁 | 弁護士職務 | |
| 39 | 弁護士に対する報酬の一部返還及び慰謝料請求が棄却された事例 | 岡山地判平成14年8月8日 | 判例集未登載 | 弁護士職務 | |
| 40 | 委任内容及び相当因果関係の有無が問題となった事例 | 東京地判平成15年12月1日 | 判夕1153号161頁 | 弁護士職務 | |
| 41 | 裁量の範囲内にあつたととして、委任契約の債務不履行責任が否定された事例 | 東京地判平成16年4月27日 | 判夕1187号241頁 | 弁護士職務 | |
| 42 | 債務整理を受任した弁護士の報告義務違反の債務不履行責任が認められた事例 | 東京地判平成16年7月9日 | 判時1878号103頁 | 弁護士職務 | |
| 43 | 時効消滅させたことにつき債務不履行の損害賠償責任が認められた事例 | 東京地判平成16年10月27日 | 判時1891号80頁 | 弁護士職務 | |
| 44 | 禁治産者の財産回収不能につき弁護士の義務違反は認められないとされた事例 | 東京高判平成17年1月27日 | 判時1909号47頁 | 弁護士職務 | |
| 45 | 弁護士の事務処理上の債務不履行が認められた事例 | 東京地判平成17年3月23日 | 判時1912号30頁 | 弁護士職務 | |
| No. | 裁判例 | 裁判所日付 | 掲載誌 | 類型 | 備考 |
| 1 | 問診の懈怠を認めた判例(東大輸血梅毒事件) | 最判昭和36年2月16日 | 民集15巻2号244頁判時251号7頁判夕115号76頁 | 医療サービス | |
| 2 | 消毒の不完全部分を確定しないで過失を認定しても違法とはいえないとされた判例 | 最判昭和39年7月28日 | 民集18巻6号1241頁判時380号26頁判夕165号78頁 | 医療サービス | |
| 3 | 狂犬病予防接種による後麻痺症の発生につき医師の過失が認められた判例 | 最判昭和39年11月24日 | 民集18巻9号1927頁判時397号34頁判夕170号127頁 | 医療サービス | |
| 4 | 顔面の血管腫の治療に当たりに醜状痕を生ぜしめたのは過失であるとされた事例 | 最判昭和43年6月18日 | 判時521号50頁 | 医療サービス | |
| 5 | 気管支形成手術における医師には過失があったとされた事 | 最判昭和43年7月16日 | 判時527号51頁 | 医療サービス | |

| | | | | | |
|----|-------------------------------------|---------------|----------------------------------|--------|--|
| 6 | 水虫の治療をした医師に過失があるとされた事例 | 最判昭和44年2月6日 | 民集23巻2号195頁判時547号38頁判夕233号73頁 | 医療サービス | |
| 7 | 施術と病変との因果関係を否定したのは経験則に反するとされた判例 | 最判昭和50年10月24日 | 民集29巻9号1417頁判時792号3頁判夕328号132頁 | 医療サービス | |
| 8 | インフルエンザ予防接種の実施と医師の問診に関する判例 | 最判昭和51年9月30日 | 民集30巻8号816頁判時827号14頁判夕340号100頁 | 医療サービス | |
| 9 | 未熟児網膜症事件（医師の過失が否定された） | 最判昭和54年11月13日 | 判時952号49頁判夕403号78頁 | 医療サービス | |
| 10 | 開頭手術を行う医師の説明義務及び説明範囲に関する事例 | 最判昭和56年6月19日 | 判時1011号54頁判夕447号78頁 | 医療サービス | |
| 11 | 未熟児網膜症事件（光凝固療法の説明・転医義務の否定） | 最判昭和57年3月30日 | 判時1039号66頁判夕468号76頁 | 医療サービス | |
| 12 | 未熟児網膜症事件（注意義務の違反がないとされた） | 最判昭和57年7月20日 | 判時1053号96頁判夕478号65頁 | 医療サービス | |
| 13 | 未熟児網膜症事件（担当医の過失が認められた判例） | 最判昭和60年3月26日 | 民集39巻2号124頁判時1178号73頁 | 医療サービス | |
| 14 | 適切な問診をしないことにつき医師に過失があるとされた | 最判昭和60年4月9日 | 金商729号39頁 | 医療サービス | |
| 15 | 未熟児網膜症事件（眼科医の検査結果告知義務が否定された事例） | 最判昭和61年5月30日 | 判時1196号107頁判夕748号40頁 | 医療サービス | |
| 16 | 新生児注射事故につき、医療水準に照らして医師の責任が否定された事例 | 最判昭和61年10月16日 | 判時1217号60頁判夕624号117頁 | 医療サービス | |
| 17 | 未熟児網膜症事件（医療水準になっていたとはいえないとされた事例） | 最判昭和63年1月19日 | 判時1265号75頁判夕661号141頁 | 医療サービス | |
| 18 | 未熟児網膜症事件（眼底検査を依頼する義務がないとされた事例） | 最判昭和63年3月31日 | 判時1296号46頁判夕686号144頁 | 医療サービス | |
| 19 | 痘そう予防接種事件（禁忌者の推定に関する判例） | 最判平成3年4月19日 | 民集45巻4号367頁判時1386号35頁判夕758号118頁 | 医療サービス | |
| 20 | 未熟児網膜症事件（医師の責任が否定された事例） | 最判平成4年6月8日 | 判時1450号70頁判夕812号177頁 | 医療サービス | |
| 21 | 医師の説明しなかったことにつき債務不履行が否定された判例 | 最判平成7年4月25日 | 民集49巻6号1499頁判時1530号53頁判夕877号171頁 | 医療サービス | |
| 22 | 医師の退院時における説明及び指導に過失が認められた事 | 最判平成7年5月30日 | 判時1553号78頁判夕897号64頁 | 医療サービス | |
| 23 | 姫路日赤未熟児網膜症事件 | 最判平成7年6月9日 | 民集49巻6号1499頁判時1537号3頁 | 医療サービス | |
| 24 | 能書と医師の過失との関係について判断した判例 | 最判平成8年1月23日 | 民集50巻1号1頁判時1571号57頁判夕914号106頁 | 医療サービス | |
| 25 | 多種薬剤長期投与の際の開業医の義務について判示した判例 | 最判平成9年2月25日 | 民集51巻2号502頁判時1598号70頁判夕935号182頁 | 医療サービス | |
| 26 | 死亡の時点の生存の高度蓋然性と因果関係について判示した判例 | 最判平成11年2月25日 | 民集53巻2号235頁判時1668号60頁判夕997号159頁 | 医療サービス | |
| 27 | 「エホバの証人」輸血拒否事件（医師の不法行為責任が認められた判例） | 最判平成12年2月29日 | 民集54巻2号582頁判時1710号97頁判夕1031号158頁 | 医療サービス | |
| 28 | 生存の相当程度の可能性の存在と不法行為責任との関係について判示した判例 | 最判平成12年9月22日 | 民集54巻7号2574頁判時1728号31頁判夕1044号75頁 | 医療サービス | |
| 29 | 敗血症の発症により死亡した事案につき医師の過失が認められた事例 | 最判平成13年2月16日 | 矢尾渉「最高裁判民事破棄判決などの実情」判時1786号30頁 | 医療サービス | |

| | | | | | |
|----|------------------------------------|---------------|-----------------------------------|--------|--|
| 30 | 細菌感染症に対する医師の予防措置をとる義務について判示した事例 | 最判平成13年6月8日 | 判時1765号44頁判夕1073号145頁 | 医療サービス | |
| 31 | 医療水準として未確立療法についての医師の説明義務に関する判例 | 最判平成13年11月27日 | 民集55巻6号1154頁判時1769号56頁判夕1079号198頁 | 医療サービス | |
| 32 | 末期癌の説明告知義務があるとされた事例 | 最判平成14年9月24日 | 判時1803号28頁判夕1106号87頁 | 医療サービス | |
| 33 | 精神科医の薬品の最新情報を収集する義務に関する事例 | 最判平成14年11月8日 | 判時1809号30頁判夕1111号135頁 | 医療サービス | |
| 34 | 開業医の転医義務があるとされた判例 | 最判平成15年11月11日 | 民集57巻10号1466頁判時1845号63頁判夕1140号86頁 | 医療サービス | |
| 35 | 食道癌の手術につき担当医の過失が認められた事例 | 最判平成15年11月14日 | 判時1847号30頁判夕1141号143頁 | 医療サービス | |
| 36 | 生存の相当程度の可能性と医師の債務不履行責任に関する判示した事例 | 最判平成16年1月15日 | 判時1853号85頁判夕1147号152頁 | 医療サービス | |
| 37 | アナフィラキシーショックによる死亡につき医師の過失があるとされた事例 | 最判平成16年9月7日 | 判時1880号64頁判夕1169号158頁 | 医療サービス | |
| 38 | 分娩方法に関する説明義務違反と機会の喪失に関する事例 | 最判平成17年9月8日 | 判時1912号16頁判夕1192号249頁 | 医療サービス | |
| 39 | 拘置所における脳梗塞の発症と転送義務及び因果関係について判示した事例 | 最判平成17年12月8日 | 判夕1202号249頁 | 医療サービス | |
| 40 | MRSA感染死亡事件 | 最判平成18年1月27日 | 判時1927号57頁判夕1205号146頁 | 医療サービス | |

参考文献

【図 書】

- 木間正道ほか『現代中国法入門（第3版）』（有斐閣 2005年）
季衛東『中国的裁判の構図』（有斐閣 2004年）
塚本宏明監修『中国契約法の実務』（中央経済社 2004年）
内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法（補訂版）』（商事法務 2004年）
日本弁護士連合会編『消費者法講義』（日本評論社 2004年）
後藤卷則『消費契約法の法理論』（弘文堂 2002年）
北川善太郎『民法講要Ⅳ債権各論（第3版）』（有斐閣 2003年）
北川善太郎『民法講要Ⅲ債権総論（第3版）』（有斐閣 2004年）
潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣 2000年版）
潮見佳男『契約各論Ⅰ：総論・財産権移転型契約・信用供与型契約』（有斐閣 2002年）
潮見佳男『債権総論Ⅰ債権関係・契約規範・履行障害（第2版）』（信山社 2003年）
潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得』（新世社 2005年）
潮見佳男『基本講義・債権各論Ⅱ不法行為法』（新世社 2005年）
山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣 2005年）
森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣 2002年）
平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂 1994年）
我妻栄『債権各論中巻二』（民法講義Ⅴ3）（岩波書店 1969年）
我妻栄『新訂債権総則（民法講義Ⅳ）』（岩波書店 1964年）
我妻栄ほか『コンメンタール民法 総則・物権・債権（補訂版）』（日本評論社 2006年）
鈴木祿弥『債権法講義（四訂版）』（創文社 2001年）
品川孝次『契約法下巻』（青林書院 1998年）
内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会 2003年）
幾代通編『注釈民法（16）』（有斐閣 1967年）
幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣 1989年）
柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（有斐閣 1993年）
三宅正男『契約法（各論）下巻』（青山書院 1988年）
内山尚三=山口康夫『民法総合判例研究・請負（新版）』（一粒社 1999年）
石田穰『現代法律学講座 13 民法Ⅴ（契約法）』（青林書院 1982年）
来栖三郎『契約法』（有斐閣 1974年）
平野裕之『契約法（第2版）』（信山社 1999年）
下森定『建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』（日本住宅センター 1984年）

下森定編『有料老人ホーム契約』(有斐閣 1995 年)
コンピュータ訴訟研究会『コンピュータ紛争事件のケース研究・争点の技術的な見方』
(尚文社 1999 年)
田山輝明『民法講義案Ⅴ契約法』(成文堂 1985 年)
花立文子『建築家の法的責任』(法律文化社 1998 年)
大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣 1997 年)
大村敦志『基本民法Ⅰ』(有斐閣 2001 年)
佐々木正人『旅行の法律学』(日本評論社 2000 年)
伊藤進編『契約法』(学陽書房 1984 年)
伊藤進『学校事故賠償責任法』(信山社 2000 年)
石田喜久夫『現代の契約法』(日本評論社 1982 年)
石田喜久夫『現代の契約法(増補版)』(成文堂 2001 年)
江頭憲治郎『商取引法(第4版)』(弘文堂 2005 年)
半田吉信『契約法講義』(信山社 2004 年)
河上正二『約款規制の法理』(有斐閣 1988 年)
中田裕康『継続的取引の研究』(有斐閣 2000 年)
中田裕康ほか『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ 1178 号(2005 年)
甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法Ⅱウエイン売買条約』(法律文化社 2003 年)
淡路剛久『法教 Library 債権総論』(有斐閣 2002 年)
上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』(日本評論社 2003 年)
長尾治助『債務不履行の帰責事由』(有斐閣 1975 年)
奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社 1992 年)
奥田昌道編『注釈民法(10)』(有斐閣 1987 年)
前田達明『口述債権総論(第3版)』(成文堂 1993 年)
前田達明ほか『医事法』(有斐閣 2000 年)
星野英一『民法概論Ⅲ(補訂版)』(良書普及会 1985 年)
星野英一『民法概論Ⅳ』(良書普及会 1976 年)
林良平ほか『債権総論』(青林書院 1996 年)
倉田卓次監修『要件事実の証明責任(債権総論)』(西神田編集室 1981 年)
中野貞一郎『過失の推定』(弘文堂 1978 年)
加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』(有斐閣 2005 年)
加藤雅信『新民法大系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣 2005 年)
稲本洋之助ほか『民法講義 5 契約』(有斐閣 1978 年)
円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得——判例による法形成——』(成文堂 2005 年)
丸山英気=前田敬子『検証有料老人ホーム』(有斐閣 1993 年)
日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』(法律文化社 2001 年)

- 筒井孝子『介護サービス論』(有斐閣 2001 年)
- 手嶋豊『医事法入門』(有斐閣 2005 年)
- 西山芳喜ほか『会計会社法』(中央経済社 1991 年)
- 山村忠平『会計監査人の社会的役割』(文真堂 1994 年)
- 弥永真生『企業会計と法』(新世社 1995 年)
- 龍田節『新版注釈会社法(6)』(有斐閣 1987 年)
- 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣 1959 年)
- 新堂幸司『民事訴訟法』(弘文堂 1990 年)
- 新堂幸司『民事訴訟法学の展開』(有斐閣 2000 年)
- 小島武司ほか編『法曹倫理』(有斐閣 2004 年)
- 樋口範雄『フィデューシャリー [信認] の時代』(有斐閣 1999 年)
- 加藤新太郎『弁護士役割論』(弘文堂 1992 年)
- 植木哲編『医療判例ガイド』(有斐閣 1996 年)
- 植木哲『医療の法律学』(有斐閣 2003 年)
- 西原道雄「医療と民法」大阪府医師会編『医療と法律』(法律文化社 1971 年)
- 野村好弘『医療事故の民事判例(増補改訂版)』(有斐閣 1979 年)
- 野田寛「医療事故と法」(新有堂 1982 年)
- 野田寛『医事法中巻(増補版)』(青林書院 1994 年)
- 加藤一郎『不法行為法の研究』(有斐閣 1961 年)
- 最高裁判所事務総局編『医療過誤関係民事訴訟事件執務資料』(法曹会 1989 年)
- 『医療過誤判例百選(第二版)』(別冊ジュリスト 140 号)(有斐閣 1996 年)
- 松倉豊治『医事紛争:医療側の問題』(永井書店 1976 年)
- 松倉豊治『医学と法律の間』判例タイムズ社 1977 年
- 稲垣喬『医療訴訟と医師の責任』(有斐閣 1981 年)
- 稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』(日本評論社 1985 年)
- 稲垣喬『医療訴訟理論の展開』(日本評論社 1992 年)
- 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣 2002 年)
- 稲垣喬『医療訴訟入門』(有斐閣 2003 年)
- 中村哲『医療訴訟の実務的課題——患者と医師のあるべき姿を求めて——』
(判夕社 2001 年) 93 頁
- 増成直美『診療情報の法的保護の研究』(成文堂 2004 年)
- 太田幸夫編『新・裁判実務大系 1 医療過誤訴訟法』(青林書院 2000 年)
- 北村一郎編『フランス民法典の 200 年』(有斐閣 2006 年)
- 王家福=謝懷栻ほか『合同法』(中国社会科学出版社 1986 年)
- 王家福=梁慧星編『中国民法学・民法債権』(陶希晋総主編)(法律出版社 1991 年)

梁慧星ほか『中国民法典草案建議稿』(法律出版社 2003 年)
謝懷栻ほか『合同法原理』(法律出版社 2000 年)
「法学研究」編輯部編著『新中国民法学研究綜述』(中国社会科学出版社 1990 年)
王利明『合同法研究(第一卷)』(中国人民大学出版社 2002 年)
王利明『合同法研究(第二卷)』(中国人民大学出版社 2003 年)
王利明『違約責任論(修訂版)』(中国政法大学出版社 2003 年)
王利明編『中国民法典草案建議稿及説明』(中国法制出版社 2004 年)
全国人大常委会法制工作委员会民法室『中華人民共和国合同法及其重要草稿介紹』
(王勝明ほか編著)(法律出版社 2000 年)
徐国棟主編『綠色民法典草案』(社会科学文献出版社 2004 年)
柳経緯ほか『医患關係法論』(中信出版社 2002 年)
易軍=宁紅麗『合同法分則制度研究』(人民法院出版社 2003 年)
韓世遠『合同法總論』(法律出版社 2004 年)
費安玲主編『委託、贈与、行紀、居間合同実務指南』(知識産権出版社 2002 年)
隋彭生「合同法要義」(中国政法大学出版社 2003 年)
黄建中『合同法總則 重点疑点難点問題判解研究』(人民法院出版社 2005 年)
高言=倪瑞蘭主編『消費者權益保護法理解適用与案例評析』(人民法院出版社 1996 年)
崔建遠主編『合同法(第三版)』(法律出版社 2003 年)
李永軍『合同法(第二版)』(法律出版社 2005 年)
最高人民法院応用研究所編『人民法院案例選(民事卷上)』(人民法院出版社 1997 年)
最高人民法院応用研究所編『人民法院案例選』29 号(時事出版社 2000 年)

【論文】

中田裕康「現代における役務提供契約の特徴」(上)(中)(下)
NBL 578 号 21 頁、579 号 32 頁、581 号 36 頁(1995 年)
中田裕康「継続的役務提供契約の問題点」(上)(中)(下)
NBL 599 号 8 頁、601 号 30 頁、602 号 39 頁(1996 年)
中田裕康「民法 415 条・416 条」広中俊雄=星野英一編
『民法典の百年Ⅲ：個別の観察(2)債権編』(有斐閣 1998 年) 35 頁
河上正二「約款(附合契約)論——わが国の約款法学の展開」
星野英一編『民法講座 5・契約』(有斐閣 1985 年) 1 頁
河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」星野英一=森島昭夫編
『現代社会と民法学の動向(下)加藤一郎古稀記念』(有斐閣 1992 年) 275 頁
河上正二「ホーム契約と約款の諸問題」
下森定編『有料老人ホーム契約』(有斐閣 1995 年) 162 頁
河上正二「複合的給付・複合的契約及び多数当事者の契約関係」

- 法教 172 号 (1995 年) 50 頁
- 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵」(上)(下)
NBL 593 号 6 頁、595 号 16 頁 (1996 年)
- 河上正二「診療契約と医療事故」磯村保ほか『民法トライアル教室』
(有斐閣 1999 年) 352 頁
- 松本恒雄「サービス契約」『債権法改正の課題と方向』別冊 NBL No. 51 (1998 年) 202 頁
- 齋藤雅弘「消費者契約法の適用範囲」法セ 2000 年 9 月号 15 頁
- 長坂純「民法典に規定がない概念・制度⑩・役務提供契約」NBL 790 号 (2004 年) 105 頁
- 長坂純「役務提供者責任の基本構造」『法律論叢』
(明治大学法律研究所) 78 巻 1 号 (2005 年) 40 頁
- 笠井修「請負人の瑕疵担保責任規定の特則性について (1)」
成城法学 54 号 (1997 年) 15 頁
- 笠井修「福祉契約論の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」
森泉章編『著作権法と民法の現代的課題——
半田正夫先生古稀記念論集——』(法学書院 2003 年) 674 頁
- 笠井修「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」『筑波法政』35 号 (2003 年) 35 頁
- 笠井修「役務提供型契約における要件事実」
伊藤滋夫企画『要件事実の現在を考える』(商事法務 2006 年) 77 頁
- 小島彩「役務提供者の責任に関する一考察」『本郷法政紀要』12 号 (2003 年) 43 頁
- 浦川道太郎「比較法 (2) ——ドイツ」
『専門家の民事責任』別冊 NBL 28 号 (商事法務 1994 年) 37 頁
- 浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済——不完全なサービス提供と
役務提供者責任——」『岩波講座・現代の法 (13) 消費生活と法』
(岩波書店 1997 年) 220 頁
- 浦川道太郎「弁護士責任法理の現在——ドイツの判例を参考にして」
自由と正義 49 巻 4 号 (1998 年) 54 頁
- 浦川道太郎「医薬品・注射・医師の注意義務」年報医事法学 16 号 (2001 年) 117 頁
- 川端敏男「サービス契約の多様化と消費者保護」早稲田法学 74 巻第 3 号 (1999 年) 261 頁
- 山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」
『債権法改正の課題と方向』別冊 NBL No. 51 (1998 年) 14 頁
- 後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約——
フランス法における事務処理委託契約を参照して」
『民法学の軌跡と展望』(日本評論社 2002 年) 304 頁
- 長尾治助「サービス法と消費者問題」『製造物責任と消費者サービス取引法』
立命館大学人文科学研究所紀要 60 号 (1994 年) 105 頁
- 長尾治助「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任」

- 『星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣 1996 年）770 頁
- 下森定「日本法における『専門家の契約責任』」
川井健編『専門家の責任』（日本評論社 1993 年）32 頁
- 下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」（上）（下）
NBL 546 号 40 頁、547 号 39 頁（1994 年）
- 下森定「弁護士の専門家責任」加藤雅信ほか編『21 世紀の日韓民事法学——
高翔龍先生日韓法学交流記念』（信山社 2005 年）170 頁
- 沖野眞巳「契約類型としての『役務提供契約』概念（上）（下）」
NBL 583 号（1995 年）6 頁、585 号（1996 年）41 頁
- 黒田尚樹「請負担保責任における適用開始要件論再考——フランス七八年改正法における
完全完成担保責任を契機として」法学政治学論究 63 号（2004 年）93 頁
- 津曲藏之丞「請負人の担保責任（一）」曹時 4 卷 3 号 33 頁
- 山地修「請負人の瑕疵担保責任における『瑕疵』概念について」
判タ 1148 号（2004 年）4 頁
- 塩崎勤「建物の瑕疵の担保責任」塩崎勤=安藤一郎編『新・裁判実務大系 2 建築関係訴訟法』
（青林書院 1999 年）166 頁
- 植木哲「欠陥住宅問題の本質——請負人の瑕疵担保責任から債務不履行・不法行為責任へ」
千葉大学法学論集 19 卷 1 号（2004 年）31 頁
- 植木哲「医療水準（論）に関する一管見」判タ 1191 号（2005 年）51 頁
- 安藤一郎「建築設計監理契約の成否と法的性質」塩崎勤=安藤一郎編
『新・裁判実務大系 2 建築関係訴訟法』（青林書院 1999 年）12 頁
- 安藤一郎「建築設計監理契約の法的性質と建築家の責任」NBL 125 号（1976 年）24 頁
- 高橋弘「建築家（設計監理技師）の法的地位」法律時報 43 卷 12 号（1971 年）55 頁
- 高橋弘「『西ドイツ・パック旅行契約約款』の内容変遷比較表」
民商法雑誌 84 卷 6 号（1981 年）155 頁
- 高橋弘「旅行業約款——主催旅行契約を中心として」法律時報 54 卷 6 号（1982 年）28 頁
- 高橋弘「西ドイツ旅行契約法の内容（一）（二）」広島法学 5 卷 2 号（1981 年）35 頁、
同 6 卷 1 号（1982 年）1 頁
- 高橋弘「旅行の法律問題」竹内昭夫=龍田節『現代企業法講座第 4 卷・企業取引』
（東京大学出版会 1985 年）247 頁
- 高橋弘「EU と日本における主催旅行契約（募集型企画旅行契約）の近況」
広島法学 30 卷 1 号（2006 年）1 頁
- 日向野弘毅「建築家の民事責任——設計監理契約の法的性質を中心として」
判タ 748 号（1991 年）22 頁
- 大森文彦「建築設計契約・工事監理契約の法的性質」判タ 772 号（1992 年）35 頁
- 森島昭夫「建築家の専門家責任」専門家責任研究会編

- 『専門家の民事責任』(安田火災記念財団 1994 年) 87 頁
- 大村敦志「もうひとつの基本民法第 19 回・債権各論編①・過失——医療訴訟の動向から」
法教 289 号 (2004 年) 82 頁
- 大村敦志「もうひとつの基本民法第 25 回債権各論編⑦売買——瑕疵担保責任の位置づけ」
法教 295 号 (2005 年) 98 頁
- 大村敦志「もうひとつの基本民法第 27 回債権各論編⑨・サービス契約——
旅行契約を素材に」法教 297 号 (2005 年) 38 頁
- 島十四郎「旅行あつ旋契約(手配旅行)・主催旅行契約」遠藤浩ほか監修
『現代契約法大系第 7 巻サービス・労務提供契約』(有斐閣 1984 年) 93 頁
- 森嶋秀紀「主催旅行契約における旅行業者の債務と責任(1)(2)(3)
——ヨーロッパ諸国の法理等を参考に」法政論集 198 号 (2003 年) 91 頁
同 203 号 (2004 年) 240 頁、同 208 号 (2005 年) 257 頁
- 道端忠孝「旅行業法上の『利用』の法的考察——特に主催旅行との関連において——」
秋田法学 31 号 (1998 年) 23 頁
- 道端忠孝「企画旅行契約の法的性質について」秋田法学 44 号 (2005 年) 122 頁
- 杉江徹「主催旅行業者の責任について」成蹊法学 47 号 (1998 年) 184 頁
- 加藤雅信「結果債務・手段債務——債務性格論への純化を求めて——」
法教 274 号 (2003 年) 106 頁
- 加藤雅信「新民法大系Ⅲ債権総論 債務不履行の帰責事由」法教 281 号 (2004 年) 77 頁
- 山下友信「運送・旅行」加藤一郎=竹内昭夫編『消費者法講座 4
取引の公正Ⅱ・業種別にみた消費者保護Ⅰ』(日本評論社 1988 年) 211 頁
- 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」
『鈴木祿弥古稀・民法学の新展開』(有斐閣 1993 年) 109 頁
- 森田宏樹「『他人の行為による契約責任』の二元性——主催旅行契約における旅行業者の責
任を素材として——いわゆる履行補助者責任の再検討・その二」太田知行=中村哲
也編『民法法秩序の生成と展開』(広中俊雄先生古稀祝賀論集)(創文社 1996 年)
665 頁
- 横山美夏「説明義務と専門性」中田裕康ほか
『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ 1178 号 (2005 年) 18 頁
- 窪田充見「入学金・授業料返還特約における契約の性質決定と消費者契約法」
ジュリスト 1255 号 (2003 年) 98 頁
- 窪田充見「要件事実から考える安全配慮義務の法的性質」
大塚直ほか『要件事実論と民法学の対話』(商事法務 2005 年) 368 頁
- 吉田邦彦「債権の各種——『帰責事由』論の再検討」
星野英一編『民法講座別巻 2』(有斐閣 1990 年) 1 頁
- 並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行と不法行為構成」

- 根本久編『裁判実務大系 17 医療過誤訴訟法』(青林書院 1990 年) 10 頁
- 潮見佳男「債務不履行の構造と要件事実論」大塚直=後藤卷則=山野目章夫編著
『要件事実論と民法学との対話』(商事法務 2005 年) 247 頁
- 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」中田裕康ほか
『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ 1178 号 (2005 年) 16 頁
- 林良平「契約責任の構造」『谷口知平先生追悼論文集第 2 巻』(信山社 1993 年) 19 頁
- 前田達明「医療契約について」『京都大学法学創立百周年記念論文集第 3 巻』
(有斐閣 1999 年) 100 頁
- 賀集唱「要件事実の機能——要件事実論の一層の充実のための覚書」
司法研修所論集 1993-II 号 (90 号) 55 頁
- 山本豊「旅行契約——パック旅行の法律問題」法教 204 号 (1997 年) 83 頁
- 加藤永一「学校教育契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第 7 巻サービス・労務提供契約』
(有斐閣 1984 年) 259 頁
- 中野進「在学契約論からみた『入学』の意義」法律時報 59 巻 11 号 (1987 年) 71 頁
- 奥野久雄「学校教育契約」法律時報 59 巻 3 号 (1987 年) 37 頁
- 平野裕之「在学契約の成立、法的性質及び入学金をめぐる判例総合研究」
学納金返還請求訴訟を契機判決として」慶応法学第 1 号 (2004 年) 325 頁
- 平野裕之「教育サービスの債務不履行とその救済」慶応法学第 3 号 (2005 年) 149 頁
- 山口純夫「有料老人ホーム契約——その実態と問題点」判タ 633 号 (1987 年) 59 頁
- 水本浩「有料老人ホーム研究の意義と必要性」ジュリスト 949 号 (1990 年) 16 頁
- 丸山英気「有料老人ホーム契約の性格」ジュリスト 949 号 (1990 年) 19 頁
- 内田勝一「有料老人ホーム利用契約関係の特質と当事者の権利・義務」
ジュリスト 949 号 (1990 年) 25 頁
- 澤野順彦「利用の対価」ジュリスト 949 号 (1990 年) 30 頁
- 後藤清「有料老人ホームに関する若干の考察」民商法雑誌 104 巻 4 号 (1991 年) 1 頁
- 執行秀幸「有料老人ホーム契約の法的課題と展望」早稲田法学 69 巻 4 号 (1994 年)
- 濱田俊郎「有料老人ホームをめぐる法律問題」自由と正義 45 巻 10 号 (1994 年)
- 玉田弘毅「有料老人ホーム入居契約の法的性質と入居者の権利——特に介護付終身利用型
有料老人ホームを中心として——」清和法学研究第 6 巻第 1 号 (1999 年) 15 頁
- 田中幹夫「在宅ケアサービスをめぐる法的問題」自由と正義 45 巻 10 号 (1994 年) 44 頁
- 野村豊弘「ホーム契約における消費者保護」
下森定編『有料老人ホーム契約』(有斐閣 1995 年) 151 頁
- 佐藤義彦「高齢者住居と家族法——扶養義務・相続人の権利など」日本土地法学会編
『高齢者住居・登記制度・新地価税 (土地問題双書 29)』(有斐閣 1991 年) 42 頁
- 品田充儀「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸外大論叢 51 巻 2 号 (2000 年)
- 新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論集 15 巻 3 号 (2001 年)

- 小西知世「福祉契約の法的関係と医療契約」
『介護保険と福祉契約』(社会保障法第19号)(法律文化社2004年)103頁
- 芝田英昭「福祉サービスの公的責任」
『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』(法律文化社2001年)30頁
- 秋元美世「福祉契約の法的関係と公的責任——介護保険制度の問題を中心として——」
『介護保険と福祉契約』社会保障法第19号(法律文化社2004年)136頁
- 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号(2001年)18頁
- 瀧澤仁唱「介護サービスの基準と質」
『介護保険と福祉契約』社会保障法第19号(法律文化社2004年)51頁
- 平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」
『介護保険と福祉契約』社会保障法第19号(法律文化社2004年)124頁
- 山本直生「老人ホーム契約終了をめぐる法的諸問題——老人ホーム契約の終了原因について」大学院研究年報(中央大学)法学研究科篇33号(2004年)37頁
- 山本直生「老人ホーム契約終了後における事務処理の問題について」
大学院研究年報(中央大学)法学研究科篇34号(2005年)73頁
- 国民生活センター「介護事故例と補償の実態——その2・介護事故の補償例と裁判例」
賃金と社会保障1281号(2000年)50頁
- 烏野猛「高齢者施設における介護事故裁判からみた社会福祉の課題」
『21世紀における社会保障とその周辺領域』(法律文化社2003年)90頁
- 馬場純夫「慰謝料」塩崎勤=園部秀穂編『新・裁判実務大系交通損害訴訟法』
(青林書院2003年)288頁
- 北川善太郎「情報契約」NBL39号(1973年)20頁
- 北川善太郎「情報提供契約・(1)(2)」NBL43号32頁、45号17頁(1973年)
- 西山芳喜「会計監査人の責任」沢野直紀ほか編
『企業ビジネスと法的責任』(法律文化社1999年)86頁
- 根田正樹「監査情報と会計士の民事責任」日本法学59巻4号(1994年)148頁
- 根田正樹「公認会計士の責任」川井健=塩崎勤編
『専門家責任訴訟法』(新・裁判例実務大系8)(有斐閣2004年)99頁
- 石山卓磨「会計専門家の法的責任」判夕917号(1996年)145頁
- 安達巧「監査基準と公認会計士の責任」東北法学15号(1997年)90頁
- 松本祥尚「公認会計士の任務と責任」ジュリスト1235号(2002年)41頁
- 秋坂朝則「公認会計士の責任」民事法情報220号(2005年)74頁
- 大住達雄「会計監査人の職務と責任」旬刊商事法務523号(1970年)4頁
- 片木晴彦「紛飾決算と経営者・公認会計士の責任」旬刊商事法務1529号(1999年)5頁
- 龍田節「有限会社の任意監査人の責任」旬刊商事法務1249号(1991年)59頁
- 倉澤康一郎「監査人に対する社会的期待とその責任」監査役291号(1991年)10頁

- 道垣内弘人「民法☆かゆいところ第20回 善管注意義務をめぐって」
法教 305号(2006年) 39頁
- 能見善久「専門家の責任——その理論的枠組みの提案」
専門家責任研究会編『専門家の民事責任』(安田火災記念財団1994年) 9頁
- 能見善久「専門家の責任」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』
別冊NBL 28号(商事法務1994年) 6頁
- 小林秀之「弁護士の専門家責任」
専門家責任研究会編『専門家の民事責任』(安田火災記念財団1994年) 84頁
- 小林秀之「弁護士の専門家責任(その1)」NBL 541号(1994年) 35頁
- 中川高男「受任者の善管注意義務」
『契約法大系IV雇用・請負・委任』(有斐閣1963年) 267頁
- 加藤新太郎「弁護士の責任」加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座第3巻
製造物責任・専門家責任』(日本評論社1997年) 346頁
- 加藤新太郎「医療過誤訴訟における因果関係」川井健=田尾桃二編
『転換期の取引法:取引法判例10年の軌跡』(商事法務2004年) 369頁
- 加藤新太郎「弁護士の責任」川井健=塩崎勤『新・裁判実務大系専門家責任訴訟法』
(青林書院2004年) 57頁
- 加藤新太郎「医療過誤訴訟(1)」鎌田薫ほか『民事法Ⅲ——債権各論』
(日本評論社2005年) 268頁
- 加藤新太郎「医療過誤訴訟(2)」
鎌田薫ほか『民事法Ⅲ債権各論』(日本評論社2005年) 284頁
- 岡孝「弁護士の責任——序論的考察・請負契約法上の問題点について」
川井健編『専門家の責任』(日本評論社1993年) 208頁
- 寺尾美子「専門家の責任」
『「信託法と民法の交錯」報告書』財団法人トラスト1998年) 145頁
- 斉藤秀夫=桜田勝義「弁護士の職務執行に伴う私法上の責任——アメリカに
おける malpractice の法理」『民事訴訟の法理』(敬文堂1965年) 717頁
- 工藤佑巖「弁護士の責任に関する裁判例の分析」自由と正義 49巻4号(1998年) 26頁
- 工藤佑巖「『専門家の責任』と主要判例の分析」(上)法律時報 67巻(1995年) 2号 18頁
- 篠田昌志「弁護士委任契約の履行過程上の義務——弁護過誤及び弁護士報酬請求権
にかかわる裁判例を手がかりとして」青山法学論集 38巻3=4号(1997年) 223頁
- 手嶋豊「アメリカにおける弁護士の依頼人に対する民事責任の展開」
判夕 613号(1986年) 26頁
- 手嶋豊「医師の顛末報告義務に関する学説・裁判例の最近の動向」
民事法情報 85号(1993年) 41頁
- 手嶋豊「医師の責任」加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座第3巻

- 製造物責任・専門家責任』(日本評論社 1997 年) 317 頁
- 手嶋豊「医療と説明義務」中田裕康ほか
『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ 1178 号 (2005 年) 188 頁
- 円谷峻「日本における『専門家の不法行為責任』」
川井健編『専門家の責任』(日本評論社 1993 年) 51 頁
- 西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」
遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第 7 巻サービス・労務提供契約』
(有斐閣 1984 年) 158 頁
- 村山淳子「医療契約論——その実体的解明」
西南学院大学法学論集第 38 巻第 2 号 (2005 年) 63 頁
- 李聲杓「医療契約の法的性質と当事者に関する再検討」
早稲田大学大学院法研論集第 105 号 (2003 年) 202 頁
- 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌 52 巻 6 号 (1965 年) 796 頁
- 野田寛「最近の医療過誤訴訟の動向」ジュリスト 724 号 (1980 年) 17 頁
- 野田寛「未熟児網膜症訴訟の現状」ジュリスト 839 号 (1985 年) 87 頁
- 野田寛「医療契約」法律時報 59 巻 3 号 (1987 年) 33 頁
- 中村好一「診療録開示と診療契約」年報医事法学 14 号 (1999 年) 19 頁
- 樋口範雄「展開講座・医療と法を考える第 1 回『Why=なぜ』で始まる医事法入門」
法教 307 号 (2006 年) 203 頁
- 橋口賢一「診療契約の構造 (二・完) ——ドイツの義務を手がかりに——」
同志社法学 53 巻 2 号 (2001 年) 170 頁
- 稲田龍樹「医療水準と過失の判断」法学新報 96 巻 11=12 号 (1990 年) 335 頁
- 稲田龍樹「説明義務 (2)」
根本久編『医療過誤訴訟法 (裁判実務体系 17)』(青林書院 1990 年) 190 頁
- 滝井繁男「医療水準論に関する一考察——特に転医との関連において」
法律時報 56 巻 6 号 (1984 年) 83 頁
- 滝井繁男=藤井勲『『医療水準』の現状とその批判』判タ 629 号 (1987 年) 12 頁
- 松倉豊治「医療過誤問題の現状と今後」北陸医事法研究会誌 2 号 (1984 年) 7 頁
- 饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判タ 415 号 (1980 年) 54 頁
- 遠藤賢治「医療水準と過失」自由と正義 28 巻 10 号 (1977 年) 23 頁
- 遠藤賢治「医療過誤訴訟の法的構成」『民事訴訟にみる手続保障』(成文堂 2004 年) 49 頁
- 稲垣喬「未熟児網膜症判決の分析」判タ 544 号 (1985 年) 58 頁
- 河原格「医療水準と過失」損害保険研究 59 巻 3 号 (1998 年) 12 頁
- 中井美雄「医療訴訟における帰責判断をめぐる若干の問題」
『中川淳先生還暦祝賀論集・民事責任の現代的課題』(世界思想社 1989 年) 361 頁
- 新美育文「医師の過失——医療水準論を中心に——」

- 法律論叢（明治大学法律研究所）71巻（1999年）4=5号69頁
- 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」『民法の争点Ⅱ』（有斐閣1985年）230頁
- 新美育文「インフォームド・コンセントに関する裁判例の変遷」
年報医事法学16号（2001年）97頁
- 中村哲「医師の説明義務とその範囲」
太田幸夫編『新・裁判実務大系第1巻 医療過誤訴訟法』（青林書院2000年）70頁
- 寺沢知子「医療水準と『説明義務』」医事法年報13号（1998年）9頁
- 新堂幸司「診療義務の再検討——医者の方明義務を手がかりとして」
昭和50年度弁護士制度100年東京弁護士会秋期講習会講義録90頁
- 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」日本医事法学会編
『医事法学叢書3 医事紛争・医療過誤』（日本評論社1986年）225頁
- 佐久間修「医療情報と医師の秘密保持義務」
大野真義編『現代医療と医事法制』（世界思想社1995年）40頁
- 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」唄孝一=有泉亨編
『損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社1974年）104頁
- 前田陽一「請求権競合と要件事実論——不法行為と債務不履行の要件事実を中心に」
大塚直=後藤卷則=山野目章夫
『要件事実論と民法学との対話』（商事法務2005年）411頁
- 橋本英史「医療過誤訴訟における因果関係の問題」
太田幸夫編『新・裁判実務大系1 医療過誤訴訟法』（青林書院2000年）185頁
- 加藤一郎「医師の責任」『損害賠償責任の研究上』（有斐閣1957年）
- 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一=有泉亨編
『損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社1974年）1頁
- 平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」
『民法の争点Ⅱ』（有斐閣1985年）228頁
- 平林勝政「プロフェッショナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」唄孝一=有泉亨編
『損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』日本評論社1974年45頁
- 奥田昌道「請求権競合問題について——債務不履行責任（契約責任）と
不法行為責任との関係を中心に（講演）」法学教室159号（1993年）
- 山本隆司「医師責任の実体法的範疇に関する一提言」
植木哲=丸山英二編『医事法の現代的諸相』（信山社1992年）298頁
- 石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」
太田幸夫編『新・裁判実務大系1 医療過誤訴訟法』（青林書院2000年）288頁
- 橋本佳幸「医療過誤訴訟における損害賠償額の調整」
『京都大学法学創立百周年記念論文集（第三巻）』有斐閣1999年217頁
- 草野真人「異常体質と医療過誤」

- 太田幸夫編『新・裁判実務大系 1 医療過誤訴訟法』（青林書院 2000 年）257 頁
鈴木経夫「医療過誤訴訟における過失相殺」
太田幸夫編『新・裁判実務大系 1 医療過誤訴訟法』（青林書院 2000 年）308 頁
松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」
修道法学 22 卷 1=2 号（2000 年）277 頁
山口斉昭「医療水準をめぐって」年報医事法学 16 号（2001 年）84 頁
石井トク「医療過誤判例における看護注意義務の変遷」
年報医事法学 16 号（2001 年）147 頁
飯塚和之「医療過誤——帰責事由」川井健=田尾桃二編
『転換期の取引法——取引法判例 10 年の軌跡』（商事法務 2004 年）342 頁
飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断——近時の最高裁・説明義務判断をめぐって——」
湯沢雍彦=宇都木伸編『人の法と医の倫理』（信山社 2004 年）272 頁
西野喜一「医療水準と医療慣行」
太田幸夫編『新・裁判実務大系 1 医療過誤訴訟法』（青林書院 2000 年）116 頁
山田卓生「注意義務と慣行」判夕 441 号（1981 年）32 頁
山田卓生「医療水準と医療慣行」判夕 447 号（1981 年）41 頁
- 杜涛「从合同法徵求意見稿到合同法草案——《中華人民共和国合同法（草案）》介紹」
全国人大常委会法制工作委员会民法室『中華人民共和国合同法及其重要草稿介紹』
（王勝明ほか編著）（法律出版社 2000 年）
- 韓世遠「医療服務合同的不完全履行及其救済」『法学研究』2005 年第 6 期 89 頁
金福海=王林清「論消費者權益保護法規定的服務責任」
『煙台大学学报（哲学社会科学版）』第 13 卷第 4 期（2000 年）393 頁
金福海「論服務責任的性質和帰責原則」『法学論壇』2001 年第 5 期 43 頁
周道鸞「論司法解釈及其規範化」『中国法学』1994 年第 1 期 13 頁
魏振瀛「論債与責任的融合与分離——兼論民法典体系之革新」
『中国法学』1998 年第 1 期 3 頁
魏振瀛「論民法典中的民事責任体系——我国民法典應建立新的民事責任体系」
『中外法学』2001 年第 3 期 353 頁
崔建遠「民事責任三論」『吉林大学社会科学学报』1987 年第 4 期 2 頁
崔建遠「嚴格責任？過錯責任？」
梁慧星主編『民商法論叢』第 11 卷（法律出版社 1999 年）190 頁
崔建遠「海峽兩岸合同責任制度的比較研究——海峽兩岸合同法的比較研究之一」
『清華大学学报（哲社版）』2000 年第 2 期 34 頁
梁慧星「從過錯責任到嚴格責任」
梁慧星主編『民商法論叢』第 8 卷（法律出版社 1997 年）1 頁

梁慧星「中国統一合同法の起草」

梁慧星主編『民商法論叢』第9巻（法律出版社1998年）27頁

王小能「『中華人民共和國合同法』中の違約責任制度」

『河南省政法管理幹部学院学報』1999年第3期10頁

楊立新「中国合同責任研究（上）（下）」『河南省政法管理幹部学院学報』2000年第1期22頁、同第2期16頁

楊立新「論我国合同責任の歸責原則」『河南公安高等専科学校学報』2003年第2期5頁
程嘯「違約与非財産損害賠償」

梁慧星主編『民商法論叢』第25巻（金橋文化出版有限責任公司2002年）105頁

劉璐「旅游合同糾紛的法律適用」『法律適用』208号（2003年）31頁

【判例評釈】

芦野訓和「判批」リマークス29号（2004年）30頁

国井和郎「判批」判タ736号（1990年）45頁

石原全「判批」金判1083号（2000年）54頁

森田果「判批」ジュリスト1210号（2001年）208頁

高橋弘「判批」判時1364号217頁（判評383号55頁）

榊素廣「判批」ジュリスト1260号（2004年）242頁

野口恵三「判批」NBL215号（1980年）48頁

潮見佳男「学納金不返還条項の不当性——立命館大学学納金返還請求訴訟第1審判決（大阪地判平成15.12.1）を契機として」NBL797号（2004年）18頁

平野裕之「判批」『消費者法判例百選』（別冊ジュリスト135号）（有斐閣1995年）119頁

長坂純「判批」『消費者法判例百選』（別冊ジュリスト135号）（有斐閣1995年）120頁

小島優生「学生募集と入学契約上の債務不履行」『季刊教育法』144号（2005年）79頁

加藤博史「介護保険施設内事故と訴訟——福島地裁白河支部

判決（平15.6.3）を得ての雑感」賃金と社会保障1353号（2003年）53頁

菊池馨実「行方不明と骨折に関わる損害賠償請求」

賃金と社会保障1351=1352号（2003年）110頁

中井美雄「判批」判評182号（1974年）26頁

加美和照「判批」平成3年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊1002号（1992年）98頁

近藤光男「判批」判評395号（1992年）51頁

湯川益英「判批」判評542号（2004年）23頁

新美育文「判批」平成7年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1091号1996年）65頁

新美育文「判批」リマークス24号（2002年）62頁

新美育文「判批」リマークス26号（2003年）26頁

佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務——最高裁

平成十七年七月十九日決定をめぐって」ジュリスト 1303 号 (2005 年) 64 頁
窪田充見「判批」ジュリスト 1202 号 (2001 年) 70 頁
手嶋豊「判批」平成 7 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1091 号) 62 頁
手嶋豊「判批」判時 1570 号 (1996 年) 196 頁
手嶋豊「判批」民商法雑誌 129 巻 4=5 号 (2004 年) 262 頁
浦川道太郎「判批」昭和 61 年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊 887 号 (1987 年) 79 頁
稲垣喬「判批」リマークス 8 号 (1994 年) 77 頁
河野泰義「判批」平成 8 年度主要民事判例解説 (判夕臨時増刊 945 号 1997 年) 111 頁
高寫英弘「判批」判評 540 号 (2004 年) 13 頁
野田寛「判批」民商法雑誌 93 巻 2 号 (1985 年) 106 頁
寺沢知子「判批」民商法雑誌 132 巻 3 号 (2005 年) 424 頁

【その他】

TKC 法律情報データベース (LEX/DB インターネット)
日本旅行業協会の公式ホームページ (<http://www.jata-net.or.jp>)
河上正二ほか「鼎談・民法学の新潮流と民事実務第 6 回約款論を語る」
判夕 1189 号 (2005 年) 13 頁
磯村保ほか「鼎談・民法学の新潮流と民事実務第 9 回錯誤と法律行為論を語る」
判夕 1197 号 (2006 年) 5 頁
森田宏樹ほか「鼎談 民法学の新潮流と民事実務第 12 回瑕疵担保責任を語る」
判夕 1212 号 (2006 年) 4 頁
関川芳孝「瀧澤報告 (瀧澤仁唱「介護サービスの基準と質」) へのコメント」
『介護保険と福祉契約』社会保障法第 19 号 (法律文化社 2004 年) 66 頁
川井健ほか「座談会・『専門家責任』法理の課題」法律時報 67 巻 2 号 (1995 年)
最高裁判所医事関係訴訟委員会「医事関係訴訟委員会答申」判夕 1179 号 (2005 年) 4 頁
「専門家の民事責任シンポジウム」私法 57 号 (1995 年)
「シンポジウム/医療契約を考える——医療事故をめぐって」年報医事法学 21 号 (2006 年)
『中華人民共和国最高人民法院公報』
『人民法院報』
中国知網 (<http://www.cnki.net> 中国学術期刊電子雑誌社)