

無償契約における責任制限法理の検討

萩原基裕

I はじめに

一 問題の所在

民法、とりわけ債権法において近年目覚ましい理論的進展を見せている領域として契約責任論が挙げられている。そこでは、契約において債務者が負っている債務を履行しなかったことにより債権者に損害が生じた場合、債務者はどのような要件の下でどこまでの損害を賠償しなければならないのかが中心に論じられている⁽¹⁾。

契約責任論は今日なお発展し続けている学問領域であるといえるが、そこで前提とされている契約類型が有償契約であることは疑いない。しかし契約責任論が債権総論という範疇に属する議論であることから、その適用対象は有償契約に限定されず、同じく合意を基礎とするいわゆる無償契約にも適用可能であると理論的にはいえることとなる。

ここで無償契約という契約類型を有償契約と比した場合、その特徴のひとつとして債務者の責任が制限されているということが一般的に指摘されている⁽²⁾。このうち、債務者の責任が制限されているという特徴からは、契約責任論を無償契約に当てはめる際にも、有償契約の場合とは異なる扱いが必要となるのではないかという疑問も生ずる。たとえば、民法典に規定されている無償契約類型では、債務者は目的物の瑕疵について原則として責任を負わないとする規定（551条1項、590条2項、596条）や、債務者が用いるべき注意義務の基準を「自己の財産に対するのと同じの注意」とする規定（659条）がある⁽³⁾。

これらのことから、従来有償契約前提として考察されてきた契約責任論を、無償契約において当てはめる場合に、責任制限という特徴がどのように現れどのように作用するのかが問題となる。この検討を通じて無償契約における責任論の特徴が明らかにされることで、有償契約における契約責任論をいわば裏側から眺めることを可能にし、これをもって契約責任論の外貌をより鮮明にするための端緒とすることができよう⁽⁴⁾。

II 無償契約債務者のための責任制限の歴史的展開

一 ローマ契約法

ローマ契約法においては、契約当事者がいかなる基準で責任を負うべきかを、当事者が契約から利益を得るか否かに従って決定する原則である利益原理の存在が指摘されてい

る⁽⁵⁾。これによると、使用貸借、寄託、委任、そして贈与といった無償を本質とする契約では、債務者は契約から利益を得ない当事者として、相手方に損害が生じたとしても悪意や重大な過失がなければ責任を負わないとされていた⁽⁶⁾。

しかし委任に関しては、遅くともユリウス法期には利益原理の例外となり、無償で行為する受任者も悪意および通常の過失のために責任を負うに至ったとされる⁽⁷⁾。

二 後期ドイツ普通法

後期普通法時代における各立法例や法典草案では、その多くが利益原理を採用し、債務者が契約からその当事者が利益を得ているか否かによって、責任を負うべき基準を区別づけている⁽⁸⁾。また、目的物の瑕疵についても無償契約債務者は原則として責任を負わないが、担保責任負担の特約がある場合や、瑕疵を知りながら黙秘していた場合には責任を負うとされている。そして、委任契約では、後期普通法時代にあつては、受任者は委任者の利益のために行動することから高度の注意義務が要求されるべきという確たる理由をもって、それを責任の基準とされた⁽⁹⁾。

普通法学説の多くも、ローマ契約法に従った責任基準の決定原理を支持するが、いくつかの学説から利益原理を放棄するべきとの提言が見られることに注目できる。すなわち、債務者は一般に悪意（故意）あるいは通常の過失のために責任を負うべきであり、それ以外は例外とされるべきという⁽¹⁰⁾。

三 現行ドイツ民法典

BGB276 条は、債務者一般が責任を負う基準を故意・過失と定め、それまでの時代では支配的であった利益原理に従った責任基準の決定原則が放棄された。これはすでに第一委員会において表明された原則であり、それによれば債務者はおよそ故意および過失のために責任を負うべきであり、例外を定める場合には各則規定によるとされた⁽¹¹⁾。この考え方に従って、贈与や使用貸借、寄託といった無償契約類型を中心に、債務者の責任制限が適当とされる場合に各則的に責任制限が規定されることとなった。贈与および使用貸借においては、債務者が責任を負うための基準を故意または重大な過失がある場合に限定し、目的物の瑕疵に対する責任を原則として制限している⁽¹²⁾。無償寄託においては、受寄者が負うべき注意義務を、自己の物に対するのと同じの注意に制限している⁽¹³⁾。委任契約では、「委任者によって受任者に対して表明された信頼および受任者の側において受任者が他人の行為を実行することを引受けたという点が重要」とされ、受任者の注意義務や責任を制限することは規定されず、むしろ厳格な責任を要求されることとなった⁽¹⁴⁾。

III 独仏法における無償契約債務者の責任制限

一 ドイツ法

(一) 贈与、使用貸借、無償寄託について

すでに見たように、BGB521条および599条、690条をめぐっては、これら規定が遅滞や不能以外の義務違反類型にも適用されるかにつき議論がみられる⁽¹⁵⁾。

適用否定説は、BGB立法者が不能および遅滞を責任制限規定の適用対象として想定していたこと、無償契約において示される債務者の好意や寛大さといった観点は、他人の法益保護のための義務の違反によって生ずる責任を制限する理由にはならないことなどを理由に、責任制限規定の射程を限定する⁽¹⁶⁾。

それに対して適用肯定説は、BGB521条など責任制限規定そのものに限定的解釈が必要となるような文言が用いられていないことや、立法当時想定されていた契約責任像と現在の契約責任像とが相違することを主な理由に、保護義務違反や不法行為責任が問題となる場合にも責任制限規定の適用があると⁽¹⁷⁾。しかし、責任制限の適用を拡大するためには、義務違反が給付目的物と「関連している」ことが必要とする。そして不法行為責任の制限についても、給付目的物と関連した保護義務と不法行為責任とが競合する限りで、同責任の制限を認めるべきとする見解が多い⁽¹⁸⁾。

(二) 委任について

BGB委任契約は無償を本質とされているが、規定上は受任者の義務や責任を制限していない。しかし学説の中には、委任者の危険を回避するために早急な行為が必要となる場合には、受任者にも同様の危険が生じるために責任制限の必要があり、BGB680条の類推適用が認められなければならないとするものや⁽¹⁹⁾、信託的性質のない無償行為では、無償契約債務者の責任制限規定を類推する必要があるとするものがみられる⁽²⁰⁾。

二 フランス法

(一) 貸借目的物の瑕疵から生ずる責任の制限 (C. C. 1891条、1898条)

C. C.では、使用貸借貸主・無利息消費貸借貸主は、貸借目的物の瑕疵から借主に損害が生じたとしても、瑕疵を知りながら告げなかったのではない限り、その責任を負わないとされている。この責任制限規定の射程につき、判例や学説では、借主の身体や財産に損害が生じる場合でも、不法行為責任を問題とすることなく、この責任制限規定の要件（瑕疵を知りながら告げなかったか否か）に応じて帰責が判断されるという点で一致している⁽²¹⁾。

(二) 無償寄託および無償委任における注意義務の軽減 (C. C. 1927 条、1992 条 2 項)

C. C. では、無償寄託については、受寄者は「その者に属する物の保管において払うのと同一の注意を払わなければならない」とする規定がある。一方で委任では、同契約が無償で締結される場合、受任者のフォート判断を有償の受任者の場合よりも「厳格でなく行う」と定められている。これら 2 つの責任制限規定について、その規定内容に差異はあるものの、学説や判例では一般に、無償受寄者・無償受任者の負う義務について、有償受寄者・受任者に対して要求しうるような程度の義務は要求しえないとされている⁽²²⁾。

IV 日本民法における無償契約債務者のための責任制限

一 立法者の意思

(一) 贈与

立法者は、日本における贈与では場合によっては売買などよりも「重い」こともあるため、贈与者の責任を諸外国のように一般に制限する規定は設けないとされた⁽²³⁾。しかし、贈与目的物に瑕疵がある場合、その責任は制限するとされるが、理由は単に贈与の性質によるとされるのみである。そして、贈与者が目的物に瑕疵があることを知りながら給付をし、相手方に損害が生じた場合には例外的に責任を負うべきであり、それはこの場合には「詐欺に類する」ものがあるからであるとされる。

また、目的物の瑕疵から拡大的・結果的に受贈者に損害が生じた場合でも、立法者は贈与者が瑕疵について「知りながら黙秘」していないかぎりには、瑕疵に基づいて生じた全損害が 551 条 1 項による免責の対象となると考えられていたようである⁽²⁴⁾。

(二) 委任

無償の受任者も高度の注意義務を負うことに関して、立法者は、旧民法においては無償委任の場合に受任者の過失をより寛大に評価するという規定が置かれていたことに対し、現行民法では「煩わしい区別」であり、無償であるといえども一旦引受けた以上は忠実にその義務を処理しなければならないので、そのような区別は設けないとされる⁽²⁵⁾。

(三) 寄託

無償寄託における注意義務軽減について、立法者は、このとき寄託者は、受寄者が自己の財産に対して用いている平生の注意を知り、その注意を受寄者が果たすこと期待して契約をするため、高度の注意義務を課すことは当事者の意思に反するとされる⁽²⁶⁾。

二 現在の学説

(一) 贈与

現在の学説では、贈与者が債務不履行責任を負うべき基準も契約の無償性を理由に一般に責任を制限するべきであるとする見解がみられる⁽²⁷⁾。たとえば 659 条の定める軽減された注意義務の基準は無償契約債務者一般に適用されるべき注意義務の基準であるにとらえ、贈与者も「自己の財産に対するのと同じの注意」義務違反がない限りは債務不履行責任を負わないとする見解がみられる⁽²⁸⁾。また、BGB521 条などから示唆を得、債務不履行について贈与者に単なる過失があるだけでなく、重大な過失がない限りは責任が問題とならないとする見解もみられる⁽²⁹⁾。

551 条 1 項について、多数の学説は、551 条 1 項における瑕疵のための責任を 570 条による法定無過失責任たる担保責任と同質にとらえ、制限の要件やその射程についても 570 条の理解による⁽³⁰⁾。しかし、贈与契約が無償契約であるといった点を考慮して、551 条 1 項の責任を 570 条にいう担保責任とは異なる性質を有していると理解する説も有力である。551 条 1 項における責任は、贈与目的物の瑕疵から生ずる完全性利益侵害についての賠償責任を規定した者であるとする説や⁽³¹⁾、贈与目的物に瑕疵があるために生ずる価額減少分と瑕疵がなかった場合に目的物が有しているであろう価額との差額の賠償責任が問題となっているとする説⁽³²⁾、さらには 551 条 1 項における責任は、債務不履行責任（不完全履行責任）であるとする説などがある⁽³³⁾。

(二) 委任

学説では委任が無償である場合には受任者の注意義務や責任について配慮すべきとの見解が有力である。具体的にどのような制限を認めるべきかについては、当事者間における黙示の責任制限合意を推定する説や⁽³⁴⁾、緊急事務管理（698 条）と同様の状況にある委任契約では、同条の類推によって責任制限が認められるべきとする説⁽³⁵⁾、さらには無償委任では一般に受任者の注意義務が軽減されるとする説がみられる⁽³⁶⁾。

V 私見

日本では、独仏の民法典と比べて無償契約類型における責任制限規定の数が少ないが、現在の学説の中には諸外国法を参考として、契約の無償性を理由に無償契約債務者一般について注意義務やその責任が制限されてよいとするものも見られる。

この点、C.C.のように法典上の無償契約規定一般に債務者の注意義務・責任制限を置いている法典とは異なって、特定の無償契約類型について、それぞれの契約の特質に応じた

責任制限しか認めない日本民法においては、無償契約債務者一般の責任を制限するような法理は存在しないかのごとくである。

しかし、これはあくまで注意義務や責任要件レベルでの制限法理が存在しないことを意味するのであって、責任の効果、とりわけ損害賠償額という責任の量レベルでは、無償契約債務者の責任一般を制限する法理が考えられてよい。すなわち債務者は、対価を得ることなく給付をしなければならないとしても、契約を締結した以上はその内容に従い要求されるすべての義務を正しく果たす必要がある。そこで何らかの義務について不履行が生じた場合、415条などの要件に従って帰責が判断されるのであるが、その結果帰責が妥当となればそれに従って責任を負うべきである。ただしこのとき、契約の無償性を考慮して、損害賠償額の調整が図られてよい。無償契約の債務者には、対価を得ることなく給付のみを行うという点で主観的な好意、寛大さという要素が認められ、また無償契約の債権者は、対価を支払うことなく給付をただ受けるため、それによって有償契約と同等の給付利益を得られることを信頼・期待することが正当でない⁽³⁷⁾。そのために、これらの要素を考慮すると、無償契約の不履行によって生じた損害を債務者に帰責するに当たっては、418条による過失相殺法理のように損害賠償額が減額されてよいと考えられるのであり、またこれが無償契約における責任制限法理であると思われる⁽³⁸⁾。

(1) 契約責任論の概観については、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968）34頁以下を、潮見佳男『債務不履行・契約責任論史』水本浩＝平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社、1997）183頁以下、潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010）1頁以下、長坂純『契約責任の構造と射程』（勁草書房、2010）1頁、2-3頁、421頁以下など参照。

(2) たとえば来栖三郎『契約法の歴史と解釈（一）（二）』安達三季生ほか編『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』（信山社、2004）32頁以下、36頁。

(3) 我妻栄『債権各論 中巻二』（有斐閣、1962）714頁、中田裕康『債権総論 新版』（岩波書店、2011）34-35頁。

(4) なお、無償契約における契約責任論と責任制限との関係では、①贈与などにおいて制限される担保責任と売主の負う担保責任との関係、②無償委任と無償寄託において要求される注意義務の差異、③日独仏各国民法典における無償契約債務者の責任制限規定の差異などが問題となるだろう。

(5) ローマ契約法における利益原理に関しては、さしあたり石本雅男『無過失損害賠償責任原因論〔第一巻〕』（法律文化社、1983）339頁以下を参照。

(6) 使用貸借については Paul. D. 13, 6, 17, 3; Gai. D. 13, 6, 18, 3; Paul. D. 13, 6, 22、寄託については Gai. D. 44, 7, 1, 5; Inst. 3, 14, 3、委任については Ulp. D. 17, 1, 8, 10; Ulp. D. 50, 17, 23、贈与については Ulp. D. 13, 6, 5, 2; Mod. D. 21, 1, 62; Afr. D. 30, 1, 108, 12; Ulp. D. 39, 5, 18, 3 を参照。

(7) Hans - Joachim Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968, S. 21 f.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation*, 1992, at 426 など参照。なお、四宮和夫博士は、このような受任者の責任の厳格化について、何らかのかたちで報酬が認められる委任の場合に責任が拡大された可能性があり、あるいは受任者の義務が勤勉な事務処理にあることから責任が厳格化したと推測される。同「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人編『不当利得・事務管理の研究(2)』（有斐閣、1971）306-307頁。

(8) たとえばプロイセン一般ラント法、ヘッセン草案、バイエルン民法典草案、ザクセン民法典、そしてドレスデン草案に見い出される。ドレスデン草案 228 条および 229 条は次のように規定する。228 条：「債務関係にある者は、その債務関係が他方当事者の利益のみを目的としている場合、故意および

重大な過失のためにのみ責任を負う。通常人が用いるのが常である注意さえ用いない者は、重大な過失の責がある」。229条：「債務関係の本質および内容に従い、債務関係に自己の利益を有している者は、軽過失のためにもまた責任を負う。注意深い家父長が用いるのが常である注意を用いない者は、軽過失の責がある」。普通法学説については、*Christian Friedrich Mühlenbruch*, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Bd. 2, 3. Aufl., 1840; *Heinrich Dernburg*, *Pandekten*, Bd. 2, 5. Aufl., 1897; *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 9. Aufl., 1906 など参照。

(9) たとえば、ヘッセン草案第2編275条：「受任者は、委託された委任を、誠実さおよび代理人として義務づけられる善良な注意（142条1項）という基準に従って実行し、そして特定の授權（271条）のない場合、その行為をつねに委任者の利益に従って算定しなければならない」。2項：「この義務を怠る場合、受任者は、委任者に対してこのことから生ずる損害を賠償する責任を負う」。

(10) *Christoph Christian Dabelow*, *Handbuch des Pandekten-Rechts in kritischer Revision*, T.2, 1817, S.370 f.; *Georg Friedrich Puchta*, *Pandekten*, 12. Aufl., 1877, S. 406 ff.; *Carl Georg von Wächter*, *Pandekten*, Bd. 1, 1880, S. 449; *Windscheid / Kipp* (Fn. 8), S. 101 参照。

(11) *Horst Heinrich Jakobs / Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, 1978, S. 240; *Benno Mugdan*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse*, 1979, S. 15 参照。

(12) BGB521条および599条、523条、524条、600条。なお、第一草案では瑕疵のための贈与者の責任について、目的物の特定不特定が要件および効果を区別するうえで重要とされたが、第二草案では目的物が贈与者自身の財産から給付されるのか、あるいは契約後、目的物を第三者から取得した後に給付するのかが区別の基準として採用されている。*Horst Heinrich Jakobs / Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II*, 1980, S. 385 ff.; *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 11), S. 750 f 参照。

(13) BGB690条参照。寄託契約に関しては、無償寄託の場合に受寄者の注意義務を軽減するか否かにつき、第一委員会では、他人の財産を預かる受寄者は委任者や使用貸借借主に近似するとして責任の制限は不要とされたが、第二委員会では、公正さ生活観念などを理由として必要とされた。*Mugdan*, a. a. O. (Fn. 11), S. 968 f.; *Horst Heinrich Jakobs / Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, 1983, S. 173 f 参照。

(14) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 11), S. 297。

(15) BGB523条や524条、600条は目的物に瑕疵がある場合に、贈与者および使用貸借貸主の責任を原則制限する趣旨の規定であるが、本報告では省略した。

(16) *Peter Schlechtriem*, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, 1972, S. 332 ff.; *Hans Stoll*, *JZ* 1985, 384 ff.; *Karl Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II / 1*, 13. Aufl., 1986, S. 201 ff など参照。なお、同じく適用否定説に立つ *Grundmann* は、無償契約債務者の責任を考慮するに当たっては、BGB254条を通じて賠償額の調整が図られるべきとしている。Vgl., *Stefan Grundmann*, *Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, *AcP* 198 (1998), S. 457 ff., 470 f.

(17) *Walter Gerhardt*, *Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo)*, *JuS* 1970, 597 ff.; *Dieter Medicus*, *Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen*, in: *FS Odersky*, 1996, S. 589 ff.; *Münchener Kommentar / Jens Koch*, *BGB*, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, §521 Rn. 4 ff など参照。なお、BGH もこの見解に与している。Vgl., *BGHZ* 93, 23 ff. = *NJW* 1985, 794 ff.

(18) BGB690条の射程をめぐっては、521条や599条に関する議論よりも説が細分化されている。すなわち、保護義務や不法行為責任に対して適用を否定するもの (*Larenz*, a. a. O. (Fn.16), S. 456.)、不法行為責任に対してのみ適用を認めるもの (*Slechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 16), S. 388 ff.)、適用を無条件に拡大するもの (*Nk-BGB / Thomas Klingelhöfer*, Bd. 2 / 1, 2. Aufl., 2012, §690 Rn. 1.)、そして適用を拡大するために条件を求めるものである (*Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 17), 600)。

(19) *Josef Esser*, *Schuldrecht*, 2. Aufl., 1960, S. 620 など。

(20) *Dieter Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., 2007, Rn. 368 f など。

(21) 判例については、*D.* 1941,112; *Bull. civ.* 1 1960, n° 463; *Bull. crim. criminal* 2002 n° 165 など参

- 照。学説については、A. Sériaux, *Contrats civils*, 1^{re} éd, P.U.F., 2001, n° 79; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Cours de droit civil*, T. VII, *Les contrats spéciaux*, 14^e éd, 2001, n° 917 など参照。なお、Cornu は、「この相違、すなわち賃貸借と使用貸借との間に流れる唯一の相違は、使用貸借貸主のために、その責任の制限によって表現されることが公平である。使用貸借貸主はいわば友人として奉仕し、借主をその善意でもって助けるからである」とする。V. RTD. civ. 1981, 650, obs. G. Cornu.
- (22) 寄託について、D. 1921, 2, 76; D. 1955, 252; Sériaux, *op. cit.*, n° 98; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 891 など、委任について、Bull. civ. 1 1980, n° 11; D. 1980, IR, 232; CCC. 2000, n° 156, obs. L. Levebeur; P. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 157 s; Sériaux, *op. cit.*, n° 138; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 567 など参照。なお、C.C.1992 条 2 項に関しては、判例および学説において、この規定はフォート判断にのみ関わるのであり、フォートの結果生ずる損害賠償責任を制限するような機能は認められないとされている。Bull. civ. 1 1980, n° 11; D. 1980, IR, 232; Pétel, *op. cit.*, n° 157 参照。
- (23) 法典調査会編『民法議事速記録 9』（法務図書館、1981）298 頁以下。
- (24) 現行民法起草過程における 551 条 1 項をめぐる議論については、鈴木恵「贈与契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古希記念論文集刊行委員会編『現代契約法の展開』（経済法令研究会、2000）247 頁以下、来栖三郎「日本の贈与法」安達三季生ほか編『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』（信山社、2004）111 頁以下も参照。
- (25) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会、1984）603-604 頁。受任者の義務や責任が裁判上問題となる場合も、委任の無償性をするべきではないのかという委員の質問に対しては、立法者は実際問題として裁判官が委任の無償性を考慮して判決を下すことは許されるが、法律上あらかじめ、契約が有償であるか無償であるかを区別し要求される注意義務を区別しないことが重要と述べる。法典調査部・前掲 603-604 頁。
- (26) 法典調査部・前掲注(25)760-761 頁。
- (27) もちろん、特別な規定がない以上は原則に従って、贈与者も 400 条の善良なる管理者の注意義務を負い、415 条の基準に従って責任問おうとする見解が多数である。たとえば来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）236 頁、乾昭三編代『債権各論』（青林書院、1994）71 頁（中井美雄執筆）など
- (28) 石田穰『民法 V 契約法』（青林書院、1982）109 頁。なお、石田穰『損害賠償法の再構成』（東京大学出版、1977）125 頁以下参照。
- (29) 於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962）84 頁、広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」同『契約法の理論と解釈』（創文社、1992）286-287 頁（初出：幾代通＝鈴木祿弥＝広中俊雄『民法の基礎知識(1)』（有斐閣、1964）127-128 頁）、辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責任を中心として—」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設 25 周年記念論文集』（第一法規出版、1992）186-187 頁。なお、加藤雅信教授は、贈与者の注意義務と帰責の基準について、659 条の注意義務を基準として故意または重大な過失のために責任を負うべきとされる。加藤雅信『契約法』（有斐閣、2007）25-26 頁、177-180 頁。
- (30) 我妻栄『債権各論 中巻一』（岩波書店、1957）232 頁。また、同様の見解に立つものとして、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1919）314-320 頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』（岩波書店、1924）263-265 頁、末川博『債権各論第一部』（岩波書店、1939）18-19 頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論（第 3 版）』（東京大学出版会、2011〔初出 1997〕）168 頁など。
- (31) 来栖・前掲注(27) 235-241 頁、乾編代・前掲注(27)74 頁（中井美雄執筆）、三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院、1983）33 頁など。
- (32) 岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）179-184 頁、180-181 頁、潮見佳男『契約各論 I』（信山社、2002）52-53 頁など。
- (33) 山中康雄『契約総論』（弘文堂、1949）256 頁、加藤・前掲注(29)177-178 頁など。
- (34) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962）659-660 頁、広中・前掲注(29)129 頁など。644 条の注意基準を維持すべきとする見解も多い。たとえば、岡松参太郎『民法理由債権編』（有斐閣書房、1897）275-276 頁、吾孫子勝『委任契約論』（巖松堂書店、1917）33-35 頁、末弘巖太郎「無償契約雑考」同『民法雑記帳』（日本評論社、1935）157 頁、末川博『債権各論第二部』（岩波書店、1967）311-312 頁、山中・前掲注(33)258 頁。

(35) 四宮・前掲注(7)306頁。

(36) 石田・前掲注(28)347頁。同旨として稲本洋之助ほか『民法講義 5 契約』(有斐閣、1978) 266-267頁(能見善久執筆)、鈴木祿弥『債権法講義 四訂版』(創文社、2001〔初出1980〕) 668頁、平野裕之『契約法(第3版)』(信山社、2008〔初出1996〕) 8頁注6および10頁、612頁など。

(37) もちろん、無償契約債務者に常に好意や寛大さが契約の動機として存在するというわけではないだろうし、無償契約といえども有償契約の場合と同等(あるいはそれ以上の)給付結果の実現が約束される場合もあろう。ただ一般的に無償契約では、債務者の好意・給付結果に対する債権者の期待保護の不当性が当てはまるとはいえまいか。

(38) ドイツでは、無償契約における責任制限法理としての損害賠償額調整を主張する主な見解として、*Grundmann, a. a. O.* (Fn. 17), S. 470 f.がある(BGB254条によるとする)。また石本・前掲注(5)351頁、広中・前掲注(29) 129-130頁。石本博士は、無償契約債務者一般につき責任の量について差を設けることも、公平の実現を目指す法の要求であるとされる。広中教授は、特に無償受任者の責任について、有償受任者と無償受任者は、責任を負うための要件を一にするが、このことは責任の量についてはそうではないとされる。