

論 説

無償契約債務者の責任法理 —民法典における責任制限法理の検討— (三)

萩原基裕

目 次

序 章 はじめに

第一章 ドイツ普通法時代にみる無償契約債務者の責任制限法理の歴史的展開

第二章 BGB 立法過程における無償契約債務者の責任制限規定の変遷
(以上、23巻2号)

第三章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理
(以上、24巻2号)

第四章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

II ポティエの見解

一 贈 与

二 使用貸借

三 寄 託

四 委 任

III 贈 与

IV 使用貸借

一 判 例

二 学 説

V 寄 託

一 判 例

二 学 説

VI 委 任

一 判 例

二 学 説

VII 小 括

一 責任制限の根拠について

二 担保責任の制限について

三 注意義務の軽減・フォート評価の緩和規定について

第五章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

II 小史概観

一 無償契約における担保責任の原則的制限について

二 消費貸借および使用貸借における担保責任の制限について

三 寄託および委任における注意義務の軽減について

四 贈与契約における担保責任の制限について

III 現行民法立法過程における議論

一 贈与契約における贈与者の担保責任の制限規定について

二 委任契約における受任者の注意義務について

三 無償寄託における受寄者の注意義務について

IV 現行民法における無償契約債務者の責任制限に関する議論について

一 贈与者が負う注意義務の基準について

二 贈与者の担保責任の制限規定について

三 他人物贈与の場合における贈与者の責任について

四 無償委任契約における委任者の責任・注意義務の軽減について

五 無償寄託における受寄者の注意義務の軽減（659条）について

（以上、本号）

V 裁判例の検討

VI 小 括

第六章 検 討

終 章 結 び に

第四章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、フランス民法典（以下 C.C.）における無償契約債務者の責任を制限する規定を扱う。C.C. は、使用貸借、消費貸借、寄託、そして委任について債務者の責任を制限する規定を設けているところ、その規定趣旨や制限の及ぶ射程などについて、判例・学説ではそれらはどのように把握され、いかなる理論構成に基づいて説明がなされているのかを整理検討したい。贈与に関しては、C.C. では相続分野において生前贈与に関する規定が置かれているが、学説では一般に契約 *contrat* の一種として承認されている。ただし、日独の民法典と異なって、贈与者の責任を制限する趣旨の規定を置いていないという特徴がある。しかし判例・学説では、贈与に関しても、たとえば目的物に瑕疵があるために受贈者に損害が生じた場合に贈与者が負う責任に関して、贈与者は悪意でなければ責任を負わないと説かれて¹⁾いる。また、C.C. では委任契約について有償の委任と無償の委任とを承認し、かつ受任者への帰責判断について、有償と無償とを考慮した規定（C.C.1992条）を置くという特徴もある。

本章では無償契約債務者の義務や責任の問題に関して、まずポティエの見解について概観した後（II）、順次、贈与（III）、使用貸借（IV）、寄託（V）、そして委任（VI）に関し、各契約類型において債務者の負う注意義務や責任の要件、範囲などの問題についてそれ以降の判例および学説における議論状

況を整理する。最後に小括を試みる (VII)。

II ポティエの見解

判例や学説における議論状況を整理検討する前に、フランス民法の解釈学において重要な存在であるポティエが、各無償契約における債務者の義務や責任についてどのように理解していたのかを概観する。²⁾

一 贈与

日独の民法典では、贈与は契約各則（債務法各則）に典型契約の一つとして規定され、無償性を考慮してその責任を制限する趣旨の規定が設けられている。一方 C.C. では、贈与は生存者間の贈与 *des donations entre vifs* として遺贈などとともに相続に関する規定群の一つとしてまとめられている。そしてそこには、贈与者の責任などを規律するような規定はないようである。³⁾

ポティエによれば、生前贈与の効果は①贈与者が目的物に対して持っていた所有権の喪失および②受贈者に対する所有権の移転であるという。⁴⁾しかし贈与において、贈与者はただ目的物があるがままに引渡すという意思を有しているにすぎないので、売買契約とは異なって担保責任を負わないという。

ポティエによれば、受贈者が贈与された物について追奪を受ける場合、この追奪を理由として贈与者に対して責任を問う方法は何も用意されていないという。⁵⁾しかしポティエは次のような疑問を示す。すなわち、少なくとも、真の所有者からは返還を受けることのない、契約費用や物に対して支出した費用による価値の上昇分のような諸費用を贈与者に返還するように要求することはできないのだろうか、と。「このような疑いを持つ理由は、贈与者は、軽率にも自分のものでないものを贈与することで、受贈者がその物を失う機会を与えてしまっていたということにある。したがってこれは、贈与者がその軽率さによって受贈者に与えてしまった損害であるということになる。それにもかかわらず、これは贈与者に担保責任を負わせるための十分な理由で

あるとは判断されなかった」という。ただ受贈者の利益のためになされる契約において、贈与者は受贈者に対して過失 culpa のためには責任を負う必要はなく、しかし唯一悪意 dol のためにのみ責任を負うのであるという。そしてもし贈与者が、受贈者に追奪のおそれがあることを知りながら、費用を支出させる目的で、悪意でこの贈与を行っていたようであれば、贈与者はこれにつき責任を負うことになるだろうという。

贈与では、贈与者の意思、つまり目的物をそのままの状態で与えるという意思があるために、他人の物と知りながら贈与を行ったのではない限り、贈与者は追奪によって受贈者に生じた損害などを賠償する責任はないという。⁶⁾

二 使用貸借

C.C.1891条では、使用貸借の貸主は、貸借物に瑕疵があることを知りながらこれを借主に告げなかった場合、借主に対して責任を負う旨を規定する。⁷⁾ここでは無償である物を他人に貸借する者の一定の責任（瑕疵担保責任）を制限する趣旨が表されている。

ポティエは、使用貸借に基づいて貸主に生ずる義務は三つであると説く。第一に貸借期間中に借主の目的物使用を妨害しないという義務、第二に借主が目的物に対して支出した費用の償還義務、そして第三に、目的物の瑕疵を知る場合にこれを借主に告知する義務であるという。⁸⁾

ここでポティエは、貸主の負うこうした義務について、責任との関連では次のように述べている。まず貸主の負う第一の義務である使用容認義務について、第三者の物を貸し与えてしまったがために借主が第三者に追奪を受け、使用が妨げられたという場面を想定する。⁹⁾ここでポティエは、目的物使用に対する障害がこのように第三者に由来する場合、使用貸借の貸主は、その原因について善意であるかぎり責任を負わないとする。¹⁰⁾

この理由について、ポティエは賃貸借と使用貸借との本性的相違から説明をする。すなわち、貸主が借主にある目的物を賃貸したとき、この目的物が

追奪されると貸主は責任を負うという。それは、「賃貸借契約は当事者間で利益を交換し合う契約である」からであり、「担保責任を生じさせるあらゆる契約の本質は受け取るものと与えるものとの公平さである。私は対価あるいはこれに相当するものを受取り、そして与える。このことをもって私が与えられることを保障するのである。契約の魂である平等さが要求するのである」とする¹¹⁾。つまり、契約から当事者が互いに利益を受けるような有償契約では、担保責任が本性的に課されるが、使用貸借のような無償契約ではそうでないというのである。ただし使用貸借における追奪の場合、貸主に悪意や重大なフォートがあれば借主の損害賠償請求などが認められるとする。その理由は、貸主が追奪の可能性を借主に伝えていれば、借主は追奪による損害を回避できたであろうからという¹²⁾。

三 寄託

寄託契約に関してC.C.では1927条に、受寄者は自己の財産を保管するのと同様の注意をもって、寄託物を保管する義務を負うとある。C.C.では寄託契約は原則が無償契約であり、報酬の合意がある場合には有償契約となる¹³⁾。そして有償寄託では、受寄者はより高度の注意をもって寄託物を保管すべきことが規定されている¹⁴⁾。

この規定に関して受寄者の用いるべき注意と責任との関係について、ポティエは以下のように述べる。まず、無償の受寄者が自己の財産と同様の注意をもって寄託物を保管すれば足りるとされていることについては、「共通の利益のために締結された他の契約では、当事者の一方が契約から利益を得るためには、目的物となっているものに対し善良なる家父長がそのことがらに対して用いることが常となっている通常の注意を用いることを要求する。他方で、寄託契約では受寄者は契約から何の利益も得ず、そして全く寄託者の利益のためにのみ締結された契約であるからには、寄託者は受寄者に対し、寄託物の保管のための忠実さとは別のことを要求する資格がないのである」

という。¹⁶⁾ 使用貸借と同様に、寄託契約が無償で締結されると受寄者は契約から利益を得ないことから、寄託者は受寄者に対して、履行に際して高度の注意を要求できないとされているのである。そして受寄者は、このような自己の財産に対するのと同一の注意さえ果たさない場合、すなわち悪意や重大なフォートがある場合に限って責任を負うとする。¹⁷⁾

四 委任

すでに述べたように、C.C. では委任契約についても、契約の有償無償を考慮しているという特徴がある。ただし、規定のうえでは他の無償契約規定とは異なるかたちとなっている。C.C.1992条は、1項において受任者は故意およびフォートのために責任を負うとし、2項において、無償委任においては、フォート判断を有償委任のそれと比べて緩やかに評価すると規定している。¹⁸⁾

しかしポティエは、委任に関する記述においてC.C.1992条2項という規定にはほとんど触れない。むしろ、委任契約はとりわけ債務者＝受任者に要求されうる義務という点で他の無償契約と異なっていることが強調される。ポティエは、「一方当事者の利益にのみ関連する契約においては、契約を実行する他方当事者の利益のために他方当事者に誠実さのみを要求するという原則は委任契約には適用されないという。そのため受任者は、あらゆる注意や委任事務の実行に必要なあらゆる能力を果たすことを要求される。結論として受任者は、委任事務の実行において委任者に生じさせた損害すべてについて、悪意のためのみならずあらゆる種類のフォートのためにも委任者に対して責任を負いうる」という。¹⁹⁾

では、この理由はどこに求められるのか。ポティエはそれを受任者の意思に求めている。「あることがらの管理のために委任を実行することを引受け、提供することを負担したあらゆる注意や能力を用いないとき、受任者はその義務に違反していることとなる。したがって、受任者はその結果として生じ

た損害賠償について責任を負う必要があるのである²⁰⁾。ただし、およそあらゆる委任契約において受任者は一般に最高度の義務や注意を求められるのではないという。すなわち、委任契約において具体的に受任者にどのような義務や注意が要求されるのかは、まさに個々の委任の目指すところによるとい²¹⁾う。そのため、委任の内容によっては軽微なフォートによる義務違反で帰責が生ずることもあれば、重大なフォートによる義務違反でもってはじめて帰責が生ずることもあるという。

「他人のために役務を提供する」という限りでは委任も寄託も同様である。また、C.C.において委任も寄託も有償の形態と無償の形態とが承認されている。しかし、このように無償の形態において債務者に要求されることが異なっている。この理由について、ポティエはそれぞれの契約の目的 objet が違うという点を挙げる²²⁾。ポティエによれば、「委任契約の目的は事務を管理すること、そして管理するにあたって注意や一定の技術 industrie を用いることである。一定のことがらを管理することを引受けた受任者は、その管理のために必要となる注意や技術を用いることを引受けたことで、そうすることができ、あるいはそうすると回答したものとみなされるのである」。[反対に寄託契約は、寄託物の保管のみを目的としているところ、その管理については通常は誠実であるというだけで足りるのであり、その管理を引受けた受寄者は、寄託物を保管するために誠実であること以外のことをも義務づけられているとはみなされないのである²³⁾]という。

委任契約では受任者は一定の事務を管理することを引受けているがために、引受けた個々の事務の内容や性質に応じて必要な注意や義務を果たすことを義務づけられることから、使用貸借や寄託とは債務者の負う義務や責任に対する配慮が異なっていると説明される。

Ⅲ 贈 与

贈与、使用貸借、無償寄託、そして無償委任の各債務者の義務や責任に関

して、ポティエの見解は以上のものであった。そこでは、契約が当事者の一方にのみ利益をもたらすことから、利益を受けない債務者の義務や責任に配慮が必要であるとする説明（使用貸借と寄託）と、当事者の意思（贈与と委任）に基づいて、義務や責任が判断されるとする説明がなされていた。それでは、ポティエ以降の判例や学説では無償契約債務者の責任構造はどのように理解されているのであろうか。まず贈与契約に関して見ていくこととする。

学説では、贈与は片務契約であり、書式が必要な厳格契約であるとされる²⁴⁾。贈与契約から生ずる効果として挙げられるのは、所有権の移転と担保責任の不存在である²⁵⁾。とくに、所有権の移転が生ずるという点で売買契約と一致するが、贈与契約では担保責任が原則として存在しないと説明されている。それでは、なぜ贈与契約において、受贈者が真の所有者から追奪を受け、あるいは目的物に瑕疵があったとしても原則として贈与者は責任を免れるのか、という理由についてはいささかヴァリエーションがあるようである。単に契約の無償性や贈与者の寛大さといった主観的意図にのみ言及するもの²⁶⁾、そこから一歩進んで、無償で給付するために贈与者には目的物をそのままの状態で与えるにすぎないから、万が一権利の不存在や物の瑕疵があっても責任を負わないという意図があり、また受贈者側でも目的物に内在する瑕疵というリスクを引受ける意思があるからとするもの²⁷⁾、そして、仮に受贈者が目的物を追奪されたとしても、「もうけ損ねる」にすぎず損害が生じないからであるとするものが見受けられる²⁸⁾。ただしこれらの説明は決して対立するものではなく、根源は贈与者が契約から対価を受けないという点に存在するものと思われる。

ただし例外として、贈与者が悪意である場合には別であるとする。すなわち、たとえば贈与の目的物が第三者に属していることを知りながら贈与をして、結局受贈者が追奪を受ける場合、贈与者は損害賠償責任を負うとする²⁹⁾。それでは、この場合の損害賠償責任の対象はどのような損害なのであろうか。たとえば目的物が追奪された場合、受贈者はその財産の持つ価値をそのまま

奪われてしまったことになり、また目的物の取得や保存、あるいは改良などに関して費用をかけてしまった場合など、さまざまな項目が考えられる。しかし、学説においてこの点に言及するものは少ないようである。わずかに、建物の維持改修費や契約費用が賠償の対象となり、さらに追奪の原因が贈与者自信の行為に由来する場合（たとえば受贈者への引渡し前に第三者に目的物を引渡ししてしまった場合など）には、追奪時点での贈与目的物の価値も損害賠償の対象となるといった記述が見受けられるにすぎない³⁰⁾。

他方で、贈与者が目的物の引渡しについて遅滞に陥り、あるいは不能に陥ってしまった場合にはどのような要件でどのような責任が生ずるのか。この問題に関して言及する学説は少ないが、引渡しの遅滞や不能に関しては、通常のフォートによる場合に責任がすでに生ずるとするものが見受けられる³¹⁾。他方で、こうした場合にも契約の無償性を考慮して責任が制限されてよいとする記述も見受けられる³²⁾。

IV 使用貸借

すでに見たように、C.C.1891条は、使用貸借の目的物に瑕疵がある場合、貸主は瑕疵を知りながら借主に告知しなかった場合に限って、瑕疵から生じた損害について責任を負うとされる。他の無償契約に関する責任制限規定と同様に、ここでもなぜ使用貸借において貸主が一定の責任を免れてよいのが問題となる。また、貸借目的物の瑕疵から借主に生じうる損害はさまざまなものが考えられるが、この規定の適用対象となる損害はなんであるのかといった点も問題となる³³⁾。

一 判例

(一) 制限の対象となる損害の性質について

C.C.1891条による責任の制限は、貸借目的物の瑕疵から生ずるどのような損害のための責任を制限することを目的とするのだろうか。「瑕疵から生ず

る損害」はいささか不明瞭でもあり、この条文の解釈、すなわち射程が問題となろう。たとえば、瑕疵のために貸借した機械が作動せず、借主が予定どおりに仕事を完了できなかったなど履行利益に対する損害や、あるいは目的物に瑕疵があったため、借主がその身体やその保有する財産に重大な損害を負うといった完全性利益に対する損害などが考えられよう。条文からは単に「瑕疵から生ずる損害」ということしか読み取ることができないが、瑕疵を理由として発生した損害のうちどのような損害が、C.C.1891条によって原則として免責の対象となり、例外的に帰責される対象となるのであろうか。これについて、まず判例を検討する。

①【破棄院第一民事部1960年10月26日判決³⁴⁾】

〔事案の概要〕

1954年12月24日、サン＝ジャンの民間教育委員会の代理人として活動しているXは、請負人として上映室におけるスピーカーの設置のために作業していた。舞台そでにあったはしごは、Xの顧客である団体Yが彼に使わせていたものであり、そしてXがその上に立っていたときに、はしごが崩れてしまった。骨折と脱臼というけがを負ったXは、損害賠償の支払いを求めてYを訴えた。控訴院は訴えを退け、以下のように述べた。すなわち、請負人が「受けた事故は、後者（上述の団体）の責任を、はしごの崩壊が…隠れた瑕疵に基づいているであろう場合においてのみ生ぜしめた」。X 上訴。

〔判 旨〕

請求棄却。「使用貸借契約は、貸主に対して、貸借目的物の損害を及ぼしうる瑕疵のための責任を、瑕疵を知りながらこれを借主に伝えていなかったという場合にのみ生じさせる。判決は、はしごがC.C.1891条という規定によって支配される使用貸借の名で請負人に引き渡されていたこと考慮して、…隠れた瑕疵という場合、貸主が瑕疵を発見し、それにも関わらずこれについて何もXに伝えていなかったということを証明するのは使用貸借の借

主である X に属するということを表している」。

②【破棄院刑事部2002年9月17日判決³⁵⁾】

〔事案の概要〕

事案の概要は明らかでないが、馬の使用貸借において、貸主 X が借主 Y に貸与した馬の気性が荒く、そのために Y が負傷したという事案のようである。この事案について、貸主である X に対して刑事事件が提起され、同刑事裁判において、刑事訴訟法470条に基づいて Y から X に対する損害賠償請求がなされた。なお、刑事訴訟について X は無罪となっている。

〔判 旨〕

破棄院刑事部は、目的物の瑕疵について使用貸借貸主が責任を負うべき場合を定めている C.C.1891条について以下のように述べ、Y による損害賠償請求を退けた控訴院の判断を批判する。すなわち、「『それを使用する者に損害を引起しうるような』とされている C.C.1891条の意味する貸借目的物の瑕疵は、借主に対して、当該貸借目的物に固有かつ内在の瑕疵について知りながら告げない貸主に責任を負わせている。乗馬中に転倒した者が、その馬に乗馬するために必要な適性を示していないという事情は、C.C.1891条の意味における瑕疵を特徴づけることができないであろう」。「他方で、他の『通常の』動物についての報告によって、貸借目的物である馬の瑕疵の存在が証明されたならば、そしてそのような瑕疵がないとして『専門家にとってわかるような』馬の瑕疵を知っていた貸主を咎めるにとどめていたという過誤があるならば、控訴院はその判決の法的基礎を失う」。「Y より貸借した馬に乗っていた X は、馬をギャロップさせたのち制御を失い、その後馬が突然停止したために柵方向へと投げ出されたこと、原告は、3か月以上の就労不能の原因となったけがを負ったことを理由に、X に対して提起された告訴において私人として、過失に基づく損害賠償を請求した。X は告訴において無罪となったため、軽罪裁判所は刑事訴訟法470条1項の適用について述べ、Y に

よる私人としての損害賠償請求を退けた」。「この点について判決を修正し、Xについて、C.C.1891条の適用のもと、自己による損害という結果のために責任ありとするため、控訴院は次のように述べる。すなわち、X自身も馬の転倒によって被害を受けていたこと、その馬は訓練が不十分で、怖がり、突然かつ予見不能な反応を起こしうることをXが知りながら、その瑕疵が隠れていたという理由でYに馬を貸借する際にこれを知らせなかった」。「動物の使用は被害を生じさせたということが認められるのであり、C.C.1382条および1385条の適用は認められない」。

以上二つの判決では、どちらも目的物の瑕疵のために、借主の身体という完全性利益に対して損害が発生した場面が問題となっている。判例では、このような損害が発生した場合でも、それが貸借目的物の瑕疵に由来することから、C.C.1891条のみが問題とされているようである。判例②では、貸借した馬の気性に問題があり、そのために乗馬中借主が身体にけがを負ったという事例であるが、貸主が瑕疵を知らずながら告げなかったことを理由に、債権者の被侵害利益について考慮することなくもっぱらC.C.1891条の問題とし、不法行為責任（C.C.1382条および1385条）³⁶⁾を退けている。判例では、このように債権者の被侵害利益について特に区別することなく、使用貸借契約が成立していたかどうか、そして1891条の要件が備わっているかどうかについて判断をし、それによって貸主に賠償義務があるかないかを判断している。

(二) 不法行為責任との関係について

不法行為責任とC.C.1891条による責任制限との関係については、①借主に対する不法行為責任と②第三者に対する不法行為責任とが問題となりうる。

1 借主に対する不法行為責任との関係について

③【破毀院予審部1941年4月1日判決³⁷⁾】

本判決は、借主 X が貸主 Y より使用貸借した建物の瑕疵のため、X の妻が損害を受けたとして X が Y に対して不法行為 (C.C.1386条) に基づいて損害を賠償した事件である。本件において、Y は建物に瑕疵があることを X に告知していたようであるが、どのような瑕疵についてどのような内容の告知があったのかは明らかでない。

〔判 旨〕

「上訴は、以下の点について判決を非難する。すなわち、モートルの事故の結果として X によって申し立てられた、彼の妻が被った損害の賠償請求を退けた点である。そして不動産所有者の責任は、使用貸借によって契約としての性質を有し、そして C.C.1891条の規定によって規律されるとし、そしてこのとき、当該条文は、不法行為領域に並ぶにすぎず、したがって、不動産所有者に帰されるところの責任の一般的規律を設定している1386条の規定の適用を排除することも妨げることもできないと述べる。しかし、使用貸借契約は、貸主に対して、貸借物の損害を生じさせる瑕疵の責任を、貸主がそれを知りながら借主に告げなかった場合にのみ生じさせる。C.C.1891条において述べられているこの規定は、1386条³⁸⁾において規定されている一般的な不法行為責任の範囲を限定する効果を有するのであり、不動産使用貸借に関しては、その責任について…契約責任としての性質を与えるという結果をもたらす。したがって、所有者である Y は X に対して、無償利用の目的物として合意した建物の瑕疵および事故の原因である瑕疵を明確に知らせており、加えて、1891条の規定のみを所有者に適用しているリオン控訴院は、適用された条文を正当に適用した」。以上のことから、Y について不法行為責任がそもそも問題とならず、C.C.1891条に従って瑕疵が X に伝えられている以上は、Y に責任はないとされた。

2. 第三者に対する不法行為責任との関係について

④【破毀院第二民事部1976年7月1日判決³⁹⁾】

事案の概要は明らかではないが、あるコミュニオンが、学校の父兄会が主催する映画の野外上映会のために柱を無償で貸借したが、この柱の内部が腐敗していたために倒れ、第三者に損害を与えたという事案のようである。

〔判 旨〕

「市は貸借物を保管していたのであって、老朽化の状態および内部の腐敗状態を知ることができまた知らなければならなかった。したがって同市はその柱が引き起こした事故の損害という結果について責任を負うる」(40)。

判例③では、目的物の瑕疵により債権者である借主ではなく第三者(借主の妻)が損害を受けたという事案であるが、借主による貸主に対する不法行為責任の追及を、C.C.1891条を適用することで退けた。たとえ損害の発生が第三者にあるとしても、貸主—借主という使用貸借契約関係にある当事者間の訴訟では、もっぱら使用貸借契約に基づく権利義務関係が問題となるのであり、そのため不法行為責任は契約上の責任を規定するC.C.1891条によって排除されると構成していることとなる。他方で判例④では、事案の概要は明らかでないものの、使用貸借した目的物の瑕疵から第三者に損害が生じたという限りでは判例③と同一であるが、訴訟がその第三者から貸主に対して提起されたという事案のようである。この場合には、貸主のための責任制限を定めているC.C.1891条の適用はなく、不法行為責任の有無のみが問題とされているようである。

このように、不法行為責任に関しては借主に対する責任は使用貸借契約が認定される限りで1891条によって排除され、第三者に対してはもっぱら不法行為責任のみが問題となるとされている⁴¹⁾ようである。

二 学 説

学説においては、C.C.1891条のように貸主の責任を制限する根拠が、契約

の無償性や貸主の非利己的性質 *désintéressement* にあることや、1891条によって制限されまた帰責される損害賠償責任の性質が契約責任であるという指摘のほか、とくに議論は見られない。しかし、この契約責任という言葉が、「使用貸借に基づく責任」という意味であるのか、または「担保責任も一種の債務不履行責任である」という意味での契約責任であるのかは明らかでない。また、不法行為責任との関係については、第三者に対して使用貸借目的物の瑕疵から損害が生じた場合、貸主は第三者に対して不法行為責任(C.C.1382条および1384条⁴²⁾)を負うとされている⁴³⁾。

V 寄託

C.C.における寄託契約の規定は、1927条において受寄者に求められる注意の基準を定め、1928条において1927条の定める注意よりも高度の注意が要求される場面が列挙されるという点で特徴的である。すなわち、C.C.では原則形態を無償とする寄託契約において、無償受寄者に求められる注意義務を法定し、続いて契約が有償の場合、もっぱら受寄者にとってのみ利益になる場合、あるいは特別な合意があるなどの場合、より高度の注意を要求するという構造となっている⁴⁴⁾。

一 判例

無償寄託契約における受寄者の注意義務・責任に関して扱われた判例は多くはないが、以下の二つの判例が参考になる。

⑤【リヨン商事裁判所1920年8月13日判決⁴⁵⁾】

〔事案の概要〕

1919年8月末、原告であるXの妻は、Yの代表者に、染め直しのために彼女の400フランの価値があるコートを手渡した。Yは、すべてを一緒に染め直すために、夫人がコートの襟部分を送付するまでコートを保管するという

ことについて合意した。9月のはじめ、Yに対して指示が与えられた後で、X妻はそのコートが押し入れにおいて蔑にされていて、そこでコートが衣魚によって虫食いの状態となり、そして使用することができなくなったことを確認した。Xは、法に基づく利息および訴訟費用に加え、生じた損害のために計400フランの支払いを求め、Yを提訴した。Xは、C.C.1927条および1933条⁴⁶⁾の文言によれば、受寄者は寄託物の保管において彼自身の物の保管において用いるのと同じの注意を用いなければならない、受寄者の行為による毀損のために責任を負うと主張した。Xは、Yが彼に対して、寄託物である衣類の価値を支払わなければならないという。最後に補足的に、Xは、係争物であるコートの検査させるため、そして被った損害の総額を確定するために、鑑定を要求した。

[判 旨]

請求棄却。「実際、当事者らは、X妻がYに対して染め直させるためにコートを渡したことを認めているという点では一致している。その襟を欠いていたコートは、襟がYに送付されるまでの間、Yの下で寄託されたままでいなければならない、結局コートはYのもとでの寄託中に虫によって食われてしまった。C.C.1927条の文言によって、受寄者は、寄託物の保管において自らの物の保管において用いるのと同じの注意を用いなければならないということが正しいのであれば、受寄者は例外的かつ特別の注意に対して責任を負えない。C.C.1927条によって規定される無償寄託と1928条によって規定される有償寄託とが区別されることは明確である。有償の受寄者は、その責任について寄託に際して彼が受け取る報酬によって補正を受けるため、寄託物の安全のために必要なあらゆる方策を講ずる義務を負う。本件では寄託は全くの無償であって、全く寄託者の便宜のためにのみ受け入れられた。この寄託の期間が延長したのは、ただ、Xが必要な指示をYに与えることを怠り、そしてXの側にあるコートの一部（襟部分）を渡すことをXが怠ったということによる。いずれにせよ、Yに対してはいかなるフォートをも指摘され

ない。事実認定の結果、Yは同様に彼に預けられた目的物に生じた毀損の責任も負わされえない。したがって、C.C.1933条に従いYが現状において返還をしたことは正当である。これらの理由から、YはX妻のコートに生じた偶然的毀損について責任を負わされえない」。

⑥【破毀院第一民事部1954年12月22日判決⁴⁷⁾】

〔事案の概要〕

事案の概要は明らかではないが、概ね以下のとおりである。Xは、1940年4月22日、シャロン＝シュル＝マルニュの自動車工であるYにX夫の自動車を修理の目的で預けた。しかしその後、ドイツ軍の侵攻のため避難命令が出され、Yはやむなく、従業員とともに有償で寄託していた他の顧客の自動車数台とともに避難⁴⁸⁾した。その後Xは、自動車の返還を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕

請求棄却。「マルニュ県による1940年6月11日付の、シャロン＝シュル＝マルニュ市長に対して、来る6月14日にドイツ軍の侵攻の危機にある町全体の避難を行わせることを命ずる命令の実行に基づいて、Yはその工場を放棄しなければならなかったと確認した。判決が、Yは『その従業員といくつかの車とともに』その居住地を離れたという理由において示しているように、Xの車は無償寄託の対象となっていて、『自動車工に対して、有償寄託の対象となっている車の場合に問題となるのと同じの注意を要求することはできない』ことは明らかである」。

判例⑤・⑥は、いずれも無償寄託契約における返還義務違反（目的物の損傷と滅失）による受寄者の義務違反・責任の有無が問題となった事例である。一方は下級審判決であるものの、どちらの判決でも、無償寄託と有償寄託とにおいて受寄者に要求しうる義務の程度に差異があることを強調し、無償寄

託の受寄者に対しては有償寄託の受寄者に求めうるような注意は求められないとしている。そしてこれをもって、それぞれ目的物に損傷が生じたこと、滅失によって返還が不能となったことについて、無償受寄者に責任はないとされている。

二 学 説

学説ではまず、C.C.1927条によって要求される注意がどのように判断されるのかについて述べられている。そこでは、無償寄託の場合、注意の基準は各無償受寄者個人の備える注意によって具体的に in concreto 判断され、抽象的に in abstracto 判断されるのではないとされる⁴⁹⁾。すなわち、有償寄託の際には善良なる家父長という抽象的基準に従った注意義務が課されるのに対して、無償寄託では、それぞれの受寄者が自己の物に対して用いるのが常である注意というまさに各受寄者の個性に従った注意の基準によって注意義務の程度が定められるとする。そして学説では、このようにして判断される注意義務とフォートの評価とを結び付けている。フォートが（抽象的に）重大なものであったとしても、それが受寄者自身の物に対して用いる注意においては通常である場合は、注意義務の違反はないとされる。そして、このように有償寄託と無償寄託とで注意義務およびフォートの評価を異ならせる理由としては、契約の有償・無償という債務者の受ける利益の有無の差として説明⁵⁰⁾されている。

さらに、無償受寄者と有償受寄者との差異は、それぞれが負う債務の性質にも及んでいるとされる⁵¹⁾。すなわち、C.C.1137条によれば寄託契約での主たる債務である保管義務は手段債務であるところ、1927条によって修正を受ける。そのため、無償受寄者の負う手段債務も修正を受けることとなるが、このときに修正される手段債務は、一般に「軽減された」あるいは「軽い」手段債務 obligation de moyens allégée と呼ばれる。この手段債務は主に証明責任の配分に影響するとされるが、アヴァンツィーニによれば、このとき寄託

者と受寄者との関係が具体的にどのようなようになるかについては以下のとおりである。すなわち、「それでは無償受寄者は、寄託物の滅失あるいは毀損の責任をどのような方法で負うのだろうか。受寄者は、もしフォートが受寄者自身の事柄を管理していたとしてもなされたであろうものであれば、たとえ重大なものであってもそのフォートに対して責任を負わない。受寄者が寄託の履行に対して、彼自身に属する事柄において用いるような注意にも満たない注意を用いたという場合にのみ（もちろんその事柄次第であるという前提事項を伴うのではあるが）、フォートがあるものと考えられよう。判例を検討すると以下のことが明らかになる。すなわち受寄者は、彼自身の物に対する注意よりも高度な注意を寄託物に用いる必要はないということである。これは以前から原則を形成しており、そしてとくに、ツールーズ上訴院の判決に関係している。これはある者が友人のところにワインボトルを預けたが、その友人が窃盗の被害に遭い、そのワインボトルも盗まれてしまったという事例である。訴訟において裁判官は、無償受寄者はワインボトルに対して彼自身に属する物に対するのと同じの注意を用いており、そして受寄者が被害者となった窃盗は不可抗力、したがって無償受寄者のその責任を免除するところのものを表していると評価した」。

「寄託者の地位は幾分不利であり、寄託者は、『受寄者がその通常の行動をとらなかつたということを訴えにおいて証明し』なければならないだろう。『受寄者にとって非常に有利である』。同じく實際上、受寄者のフォートを証明することは、寄託者にとって極めて証明が困難であろう。したがって、選択において慎重であるべきなのは寄託者である。たとえば寄託物が損傷したという場合、実際に受寄者がほとんど注意を用いないような者であっても、そのような受寄者が責任を負わないということもありうるだろう。相手方選択について任意である寄託者が、『相手方を信用したことに不注意がある』場合、『受寄者の注意を埋め合わせるようなフォートを犯していることになる』。…『自己の事柄についてほとんど気を使わない友人に、あなた

が寄託を委ねたとしたら、あなたはその過失について嘆いてはならない』)。

ここでは、無償受寄者に対して寄託物を委ねたとき、受寄者の注意が不足していたことをもって物に損害が生じたとしても、それは寄託者自らが不注意な受寄者を選択したことに由来するために、寄託者は受寄者に対して責任を追及することができないという評価がされている。

VI 委 任

C.C.1992条2項は、無償委任契約における受任者のフォート判断に関する規定であるが、受任者が責任を負うための一般的基準を定める同条1項を受け、委任が無償である場合の特別な取り扱いについて規定する。寄託契約では、寄託が無償であるかあるいは有償（あるいはその他C.C.1928条の列挙する場合）であるかに応じて、受寄者が用いるべき注意義務の基準が「自己の物に対するのと同じの注意」であるか「それよりも厳格な（善良なる家父長の）注意」であるかに区別されていたが（1927条および1928条）、1992条2項では、委任が無償の場合には、有償委任の場合と比べて、受任者のフォートに関する判断をより厳格でなく行うという趣旨の規定が置かれている。以下では、この規定が問題となった判例および学説⁵²⁾を整理する。

一 判 例

⑦ 【破毀院民事部1909年2月3日判決⁵³⁾】

〔事案の概要〕

Xと久しく以前から友人関係にあったYが、Xのために3000フランの小切手を受け取り、それをXに引渡すという委任事務を引受けたが、Xへ小切手を渡す前に小切手について窃盗の被害にあってしまった。

〔判 旨〕

破毀院は、「…非難された判決は、以下のことに立脚していた。すなわち、Yは、久しく以前からXと友人関係にあったのであり、【全く無償の委任】

を実行した。Yによって用いられた注意は、「通常かつ十分であった」。そして、Yがこれと異なる注意を用いなければならないということは、当事者の意図においては存在せず、またXの予期するところのものでもなかった」として、無償受任者であるYの責任を否定した。

⑧【破毀院第一民事部1975年2月5日⁵⁴⁾】

〔事案の概要〕

Xの口座に8万フランを振り込む義務を負っていたYは、1966年9月30日、その金銭を訴外Aに貸借した。Aは、1967年2月15日に裁判上の整理宣告を受ける状態にあることは明白であった。Yは、Xから8万フランの支払いと委任の実行における過失ある行為に基づいて損害賠償を請求された。

〔判旨〕

破棄院は以下のように述べてYの責任を肯定している。「…控訴院は以下のように指摘している。『Xは、…Yが彼女に債務証書のコピーを渡したとき、単にその債務者の同一性を認めたにすぎないこと』、Yは、Aに対する『1966年9月30日の貸付の合意において最も根本的な軽率さがあったとの証明を受けたこと』、『実際トゥーロンに居住していたYは、…Aの不明瞭な事情に関して同市で広まり始めていた、彼女が1967年2月15日に裁判上の整理を宣告されるという噂を無視しえなかったこと、少なくとも1966年9月末には、Aが、催促されている借金に対応するための金銭を得るためにあらゆる手段を求めていたことが明らかであること』、『これらの諸事情のもと、…XがYに対して、その委任の無償性にも関わらず管理会計を求めることはもっともであること』である。したがって、控訴院は、無償受任者についても同様に、受任者の責任を生じさせるフォートおよびXの情報の欠如を特徴づけ」た。

⑨【破毀院第一民事部1980年1月4日⁵⁵⁾】

〔事案の概要〕

公証人書生である Y は、X をそそのかし、Y の友人である訴外 A に 1 万 5000 フランを年利 13% で貸付けさせた。これは 1971 年から返済可能とされたが、A は全くの支払い不能状態にあって、X は彼からいかなる支払いも受けることはできなかった。Y は、借主の支払い不能について確認することなく、顧客をそそのかせて貸付をさせたことによって過失ある軽率な行動をしたとして責任ありとされ、X に対して損害賠償として 1 万 5000 フランの支払いと、新民事訴訟法典 700 条に従って 3000 フランの支払いとを命じられた。

〔判 旨〕

Y は、控訴院が無償の受任者である Y に対して、C.C.1992 条 2 項の規定を無視して、相手方が被った損害のすべてを回復する責任があるとしたこと、そして他方では、控訴院が、X 自身にも彼女自身の軽率さによってその損害を発生させてしまったという原因があることを確認したのち、X に対してすべての損害の回復を認めていることによって矛盾していることを理由に上訴を申し立てたが、破毀院は上訴を退けている。すなわち、「…しかし、C.C.1992 条 2 項の文言によれば、フォートに関する責任は委任が無償である場合には、報酬が受け取られる場合よりも厳格でなく適用されることになるが、この規定はフォートの評価にのみ関連し、そして賠償の範囲には関係しない。控訴院は、この点について何ら非難されるようなことなしに次のように評価している。すなわち、Y はフォートを犯した」。

⑩【破毀院第一民事部 2000 年 6 月 14 日⁵⁶⁾】

〔事案の概要〕

X は、1986 年、BIAO 銀行のあっせんで県知事である Y に対し、有価証券の購入および売却取引のすべてを実行するということを認めつつ、証券ポートフォリオの無償管理を委任した。X は、1989 年にその証券価値の大きな下落を確認しており、Y に対して管理のフォートを非難し、その損害の回復のために訴訟を提起した。

〔判 旨〕

Xは、ヴェルサイユ控訴院1998年5月7日判決について、YがSICAVにのみ投資をしたことについてYが軽率な行為をしたかどうかを確認していないこと、この選択がその他の説明では会社の利益への配慮の欠如、したがって注意と忠実の欠如の証明をすることから、控訴院判決はC.C.1992条および⁵⁷⁾1134条について法的判断を誤っているとして上訴したが、破毀院は以下のように述べて上訴を退ける。すなわち、「しかし、…責任は、委任が無償である場合にはより厳格でなく適用されるとする控訴院の判決は全く正当である。そして、証券取引の経過に関するXの認識水準にのみ立脚することなく、受任者によって行われたほとんど適切でない選択は、その助言義務の違反を構成しない」。

以上四つの判例を取り上げた。このうち、判例⑦、⑧、そして⑩は無償受任者が責任を負うための基準について述べたものであり、残る⑨はC.C.1992条2項による責任制限の射程について述べている。判例⑦、⑩は、結果としては委任者側に損害が生じているものの、委任の無償性を考慮して、C.C.1992条2項の適用のうへ、受任者が用いた注意に問題はなかったことを判示している。この限りでは、C.C.1992条2項はフォート判断に関わる規定であるが、実際にはフォート判断の前提である契約上の義務についても、寄託の場合と同様に契約の有償と無償とによって差異を設けるべきという考えが基礎にあるようである。判例⑧では、無償受任者と雖も同事案のような事情の下では受任者は責任を免れえないとし、無償受任者が責任を負うためのフォートの特徴づけたものとして紹介されている。判例⑨では、無償受任者が責任を負うべき損害賠償の範囲について争いとなった事案であるが、破毀院は控訴院の判断を支持し、C.C.1992条2項の規定はフォートの評価にのみ関連し、損害賠償の範囲には関連しないということを明らかにしている。無償受任者は契約の無償性のためにそのフォート判断において有償受任者と比較して優遇

されるが、その場合でもフォートが認定されれば、有償受任者と変わらない責任＝損害賠償義務を負うべきとされていることに注目できる。

二 学 説

まず、C.C.1992条2項が無償の受任者についてフォートの評価を優遇している点について、多くの学説は、委任の無償性そのものに根拠を求めている⁵⁸⁾。とくにペテルやマロリーらは、委任が無償か有償かという点よりも、むしろ「委任が有償＝受任者は専門家として行動している」という点を重視し、委任が無償である場合には非専門家として受任者が行為していることに根拠を求めているようである⁵⁹⁾。また、諸学説は判例に従いC.C.1992条2項の適用もフォートの評価に限定され、損害賠償の範囲には関わらないとしている。なお、ペテルは、C.C.1992条2項がフォート評価にのみ関連することについて以下のように指摘する。⁶⁰⁾すなわち、「実際、C.C.1992条は裁判官に対して受任者の非利己性 *disintéressement* を理由に賠償を制限することを可能にするようでもあるが、これは民事責任の体系において相応しくない道徳的考慮を導入するものである。すなわち、賠償責任の制限を認めることは、民事責任の一般原則の名のもとで賠償が損害と釣り合ったものでなければならないのにも関わらず、それがフォートの重大さに比例していなければならないことを認めることになる」。「受任者は、裁判官がある損害がまさに受任者のフォートに基づくものであると決定するとき、それにより引き起こされた損害の全部を賠償しなければならないということがこの原則により一致している。そのような段階にあっては、委任が無償であったかそうでないかに従って区別を行うという理由は存在しないだろう。そのような区別付けは、より以前の段階において必要なものとなる。すなわち、受任者の行為の評価においてである。実際に、無償の受任者の行動の評価が、有償の受任者およびとりわけ専門家である受任者の行動の評価よりも厳格なものでないということは当然である」。

無償委任における受任者のフォートを寛大に評価せよとのC.C.の規範は、学説では有償受任者＝専門家、無償受任者＝非専門家という対比のもと、非専門家である無償受任者に対しては、専門家である有償受任者に対して期待・要求し得るほどの注意を要求できず、結果として両者の負う義務には基本的に差異があると考えられているようである。

Ⅶ 小 括

以上、C.C.における無償契約債務者の責任制限規定に関わる判例および学説の整理を試みた。C.C.では、使用貸借および消費貸借において貸主の担保責任の制限規定が置かれ(C.C.1891条および1898条)、寄託および委任において、それぞれ契約が有償の場合と無償の場合とで、債務者の負う注意義務やフォートの評価を区別づけることを規定する(C.C.1927・1928条、1992条2項)。このようにC.C.では、日本民法やBGBとは異なって、委任契約についても、委任が無償である場合には受任者のフォートの評価を緩和するというかたちでその責任に配慮しているという特徴がある。

一 責任制限の根拠について

以上のように、フランスでは贈与契約も含め、使用貸借、無償寄託、無償委任の各契約について、何らかのかたちで債務者の義務や責任に配慮をする規定を設けている。第一に、なぜこうした無償契約類型において、債務者の責任を制限する趣旨の規定などが存在するのかが問題となる。

この点について、まずポティエによれば、当事者の意思や契約から得られる利益の偏在が指摘される。たとえば贈与では、贈与者は目的物をそのままの状態で与えるために贈与者は追奪や瑕疵について責任を負わないという。また、使用貸借や寄託に関しては、債務者が契約から利益を得ないために担保責任を要求されず、また高度の注意義務を要求されることはないとする。前者と後二者とで説明の仕方に差異があるものの、これら説明は対立的なも

のではなく、むしろ相互連関的なもののように思われる。ポティエが述べるように、賃貸借と使用貸借の相違は債務者が（も）利益を得るかどうかであり、債務者も利益を得る賃貸借では、契約の本性として担保責任が要求される一方で、債務者が利益を得ない使用貸借ではそうではない。このことは贈与契約でも当然にいえることである。反対に、使用貸借の貸主は、契約から利益を得ないからこそ、目的物があるがままの状態でのみ貸し与えるという意図を有しているのであるといえよう。

一方で委任に関しては、ポティエはとりわけ寄託との相違を説明する。すなわち、寄託はただ目的物を誠実に保管するのみであるが、委任はそれぞれの委任で目的とされる事務の管理を実施することを内容とする。そのため、無償寄託の場合には受寄者は目的物の保管を自己の財産に対するのと同一の注意をもって果たせば足りるのに対して、無償委任では、委任＝事務の管理を引受けた以上はそれを果たすに足りる注意と義務とを果たす必要がある。そのために委任では、契約の有償無償に応じて寄託のように受任者が果たすべき義務にあらかじめ差異を設けていないとする。これは、委任という契約の特性、すなわち一定の事務の管理を引受けたという受任者の意思から、反対に責任を制限しないという帰結が導かれているのである。

責任制限の根拠に関しては、現在の学説でもとくに契約の無償性や債務者の寛大さ、そして利益の偏在に言及するものも見られる。また、債務者側の事情ではなく、債権者側の事情に言及するものも見受けられる。たとえば、贈与に関してグリマルディやマロリーは、受贈者側にも権利の不存在や物の瑕疵といったリスクの引受けという意思があるためにも担保責任が制限されるとし、テレラやジュバルトは、受贈者が追奪を受けたとしても、それは「もうけ損ねた」にすぎず損害を受けたとはいえないということを述べる。また、コルニユは無償で給付を行う使用貸借貸主は、借主に対していわば友人として行動しているのであって、この行為を責任の制限という措置でもって考慮することが公平であるとする。⁶¹⁾

このように、無償契約債務者の責任制限という問題をいかに正当化するか、という論点に関しては、いささか多様な展開が見られる。しかしいずれにせよ、契約の無償性や利益の偏在が中核をなしていることは疑いない。

委任契約に関しては、ポティエは寄託との相違を重視して、無償受任者は契約内容に応じてそれぞれ相応の注意や義務を果たすことを義務づけられると述べていた。一方で現在では、C.C.1992条2項が1項とは異なって、他の無償契約規定との差異はあるものの無償性に着目した責任制限を定めていることから、無償受任者についても何らかの配慮がなされるべきとの理論展開が見て取れる。すなわち、無償受任者についてC.C.1992条2項のような規定が設けられているのは、そのような受任者が契約から利益を得ないからであるとされている。そして一步進んで、有償の受任者はいわば専門家として契約を締結したがためにそれに従って責任義務を負うが、無償の受任者は、いわば非専門家として契約を締結したので重い責任が適切でないといった根拠づけも見受けられる。

二 担保責任の制限について

C.C.1891条および1898条では、それぞれ使用貸借および無利息消費貸借において目的物に瑕疵があった場合でも、貸主が瑕疵を知りながら告げないという事実がなければそのことから生ずる責任を負わないとある。また、贈与に関しても明示規定はないものの、学説は一致して贈与者は担保責任を負わないとする。日本でも、贈与者や使用貸借貸主は、目的物の瑕疵について知りながら告げないという場合でなければ、担保責任を負わないとする規定がある。これについてはまず、そもそもフランス民法では担保責任という責任がどのようにとらえられているのか、責任体系上どのように位置づけられているのが問題となる。しかし、担保責任の性質については、担保責任制限に関わる規定をめぐる判例や学説からは必ずしも明らかでない。そこで、C.C.に規定される売買契約において売主の負う追奪担保責任および瑕疵担

保責任（それぞれ C.C.1626条以下、1641条以下）に関する議論をみることにする。⁶²⁾

まず、担保責任の法的性質に関して、フランス民法学説では売主の負う担保責任をその適用場面を目的物の特定不特定と結び付け、一応債務不履行責任とは別個の責任として構成する見解が多いとされる。すなわち、特定した目的物に瑕疵があったとしても、それは引渡債務の不履行にはならないという。一方で、種類物の引渡しが契約の内容である場合には、目的物に瑕疵があった場合、売主は債務不履行責任を負うこと⁶³⁾から、いわゆる特定物ドグマに基づく責任構成が主流であるとされる。

C.C.における売主担保責任において特徴的であるのは、売主が目的物に瑕疵があることについて悪意である場合には、売主の負う損害賠償責任の範囲が拡大することが条文上明記されていることである。⁶⁴⁾すなわち、目的物に瑕疵があることを知りながら譲渡した売主は、売買費用の償還のみならず、瑕疵によって生じたすべての損害を賠償する義務を負うこととなる。その根拠については、ポティエにまでさかのぼるようであり、同氏によれば、瑕疵について売主が悪意である場合、そのような態様は買主に対する詐欺 dol であり、この非難可能性の重大さが賠償責任拡大を根拠づけているとされる。⁶⁵⁾

翻って C.C.1891条が問題となった判例をみるに、種類物を目的とする使用貸借契約における目的物の瑕疵が問題となった判例は見当たらず、学説でもそのような区分に関して言及するものはないようである。判例では、目的物の瑕疵から債権者（借主）の完全性利益に損害が生じた場面や、不法行為責任との関連が問題とされている。このような場合、C.C.1891条に規定されるように、目的物の瑕疵が損害発生の原因となっている限りでは、もっぱら C.C.1891条の適用によって、貸主が瑕疵について悪意であったか否かを基準として帰責を判断しているといえる。目的物の瑕疵について悪意である場合には、その瑕疵から拡大的に完全性利益に対して損害が生じた場合にも、C.C.1891条という担保責任に関わる規定によって賠償を義務づけるという構

成は、悪意の売主に全損害の賠償を義務づけるという売主担保責任の構成に通ずるものがあると感じさせる。このような関連からは、C.C.では貸主の悪意という点に着目して、悪意でなければ目的物の瑕疵に由来する損害を賠償する責任をすべて免れるが、反対に悪意であれば、借主に対する詐欺的態様という重大な非難可能性のために、C.C.1891条によって全損害の賠償責任を負うという構成が採用されているとも推定できる⁶⁶⁾。

一方で完全性利益以外の損害、たとえば目的物が追奪されたために奪われることとなった財産的価値や、目的物に瑕疵があったために無駄になった各種費用という損害は、担保責任の制限との関係でどのように判断されるのか。この点についても言及する学説は少ないものの、ポティエらによれば契約費用や、目的不動産に支出した費用などについては原則として賠償請求が認められず、贈与者や貸主が目的物の瑕疵について悪意である場合には、賠償の対象となるとするようである。しかし、こうしたいわゆる信頼利益に属する損害ばかりでなく、追奪の原因について悪意であり、かつその原因が自らの行為に起因している贈与者は、追奪を受けた受贈者に対し、目的物の価値を賠償する義務を負うとするものもある⁶⁷⁾。

三 注意義務の軽減・フォート評価の緩和規定について

対して無償寄託および無償委任では、それぞれ有償形態の場合と比べて受寄者の注意義務を軽減し、受任者のフォート評価を緩和するという態様での責任制限規定が設けられている。ここにおいては、注意義務の軽減やフォート評価の緩和が、どれだけ責任の制限という意味を持つのかという疑問が生ずる。すなわち、いくら注意義務を軽減したところで、軽減された注意義務に違反することも「過失」であり、過失がある以上はその義務違反によって生じた損害を賠償する責めに任ぜられよう。また、フォートの評価を緩和するといっても、有償委任の場合には通常のフォートで責任を負い、無償委任の場合には重大なフォートでなければ責任を問えないというわけではな

く、ただ裁判官がその裁量によって有償委任ではフォートありとされる場合でも、無償委任ではフォートなしとされうるということがあるというにすぎない。

この点、フランスの判例を見てみると、一貫して「有償契約の債務者に対して求めうる義務を、無償契約の債務者に対しては求めえない」という点で一致している。すなわち、対価支払いを前提とする有償契約では、契約の履行に際して債務者がこれだけの義務を果たすということを債権者は期待し、また要求しうるが、無償契約では債務者に対して有償契約の債務者に対して期待し要求しうるほどの義務を要求できないということである。ここでは、単に注意義務を軽減し、あるいはフォートの評価を緩和するというよりも、債務者の負う義務の内容・程度が、契約が有償である場合と無償である場合とでそもそも異なっていると志向されているように考えられる⁶⁸⁾。このように、一定の作為義務、為す債務というように債務者の負う内容・性質を同じくする場合でも、有償契約・無償契約という枠組に従って債務者に対して要求しうる義務の内容に差異があるとする構成は、有償契約と無償契約における義務構造や責任構造の差異を考えるにあたって参考になると思われる。

さらに特徴的であるのは、ドイツ法における無償契約債務者の責任制限に関わる議論でみられたように、責任の効果としての損害賠償において、過失相殺（共働過失）による損害額調整を通じて無償契約債務者（あるいは契約外の無償行為者）の責任制限を志向することについて、フランス法では強く否定されているということである。すなわちフランスでは、判例⑧をはじめとし、またコルニュやペテルなども述べているように、使用貸借や無償委任といった無償契約類型では、その無償性＝債務者の好意、寛大さ、非利己性といった要素のために責任制限が認められているが、この制限はあくまで一定の義務の制限や、責任要件を限定することを意味するのであって、その義務違反の結果として無償契約債務者に課される責任の効果、すなわち損害賠償義務の内容や量を制限するものではないとされている。特に使用貸借契約に関してコルニュの指摘するように、瑕疵について悪意でありながら（＝損

害発生の可能性をしながら)相手方に給付を行うという点に、特別な非難可能性を見だし、そのためにこのような帰責事由があるために無償契約債務者が責任を負う場合には、むしろ厳格に責任が追及されるべきとされているものと思われる。このことは、使用貸借目的物の瑕疵から拡大的に損害が生じた場合についても、担保責任の制限規定である C.C.1891条によって免責・帰責が判断されるという構造理解にも親和的であると思われる。

第五章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、日本民法典において規定されている無償契約債務者の責任を制限する趣旨の規定について、従来の学説においてどのような解釈理論が展開されてきたのかを検討する。無償契約債務者のための責任制限規定として、民法においては贈与契約(551条1項)、無利息消費貸借契約(590条2項)および使用貸借契約(596条)につき債務者の「担保責任」を原則として免除するという規定がある。また、無償寄託契約については、有償寄託契約の場合と異なり受寄者は「自己の財産に対するのと同一の注意」を用いればよいとする規定が置かれている(659条)。一方で寄託と同様に有償類型と無償類型とを承認する委任契約においては、契約の有償無償に応じて受任者の義務を区別するような規定はない。(644条)。これらのうち、学説では特に担保責任の免除に関する551条1項の意義やその責任制限の対象となる責任の性質などについて議論がみられる。そして無償委任に関して、規定は設けられていないものの無償性という特徴を鑑みて659条の類推などによって受任者の注意義務を軽減しうるか否かについて議論がみられる。

一方でこれまで判例において無償契約債務者の不履行や義務違反に基づく責任が直接に論点とされたものはほとんど見当たらない。しかし、当事者間

に（無償）契約関係は認められないが、無償で一定の行為（子どもの預かりなど）を行った者が、その行為によって相手方に損害を与えてしまった場合、その者が無償の行為に基づいて生じさせた損害が不法行為法上どのように評価されるのかが問題となった判例は散見される。無償契約における責任制限法理という問題に直接結びつくものではないが、無償行為によって他者に損害を及ぼしてしまった場合、加害者の義務や責任について、無償性という要素がどのような影響を与えるのかという問題に着目する限りでは、本稿の問題意識にとっても有意義であると考えられるので、これら判例も取り上げることにしたい。

なお、無償契約債務者の責任を制限する規定は、旧民法にも存在していた。そこで本章では、まずは旧民法における無償契約債務者の責任制限規定とそれに関する当時の理解を簡単に紹介したうえで（Ⅱ）、起草当時の議論を立法資料に依りつつ整理検討する（Ⅲ）。そして、贈与や無償委任、無償寄託における債務者の責任制限に関する現在の議論を整理し（Ⅳ）、無償行為者の不法行為責任が問題とされた裁判例を検討したい（Ⅴ）。そして最後に、若干の検討を試みる（Ⅵ）。

Ⅱ 小史概観

旧民法において特徴的であるのは、まず旧民法財産編（以下財産編）において無償契約一般に関する債務者の責任制限がいわば総則的に規定され、旧民法財産取得編（以下取得編）において、個々の無償契約類型（消費貸借、使用貸借、寄託、委任、贈与）について責任制限規定が置かれていることである。こうした特徴は、現行民法には見られない。

一 無償契約における担保責任の原則的制限について

財産編396条1項には、「担保は有償の行為に付いては反対の要約なきときは当然存立し、無償の行為に付いてはこれを諾約したるに非ざれば存立せず」

と規定されていた。したがって旧民法では、無償契約債務者は一般に特約のない限り担保責任を負わないとされていたことになる。ここにいう「担保責任」とは、第三者による目的物の追奪の場合に生ずる損害に対する責任であるといわれている。そのため財産編396条は、目的物につき本来の権利者である第三者によって、債権者が目的物の利用などを奪われる場合生じた損害に対して債務者が追うべき責任であるところの追奪担保責任の不存在を定めたものであり、いわゆる瑕疵担保責任に関しては言及がないということになる。

それでは、なぜ有償契約と無償契約とで債務者の担保責任に差異が設けられたのか。有償契約であれ無償契約であれ、引渡したものが真正の権利者である第三者に追奪されれば、債権者に損害や不利益が同じように生ずるのではないか。ポアソナードは、この理由は簡単に説明できるものではないとしつつも次のように説明する。有償行為においては、譲渡人はもともと利益を求めるものであるが、無償行為において譲渡人はただ財産を失うのみである。そこで、譲渡しようとした権利を実際には有していないとしても、他の財産でもって給付することは穏当ではなく、これを当然とすれば他人に恩恵を与えようとして返って困窮する可能性があるからであるとされる³⁾。つまり、無償契約債務者は他者に無償で恩恵を施すものであり、そのような者に追奪担保責任を課そうとすれば、むしろ無償契約債務者に損害を及ぼすことになる。そのため旧民法においてはこのような差異が設けられたとされる。ここでは対価の不存在という意味での無償性が重視され、さらに譲渡する債務者が利益を求めている(利益を得ない)ということに言及があることに着目できる。

このように、無償契約債務者は追奪担保責任を原則として免れるものの、例外も規定されている。それは次の二つの場合であるとされる。すなわち①贈与者が悪意で受贈者に害を加えようとする意思をもって、贈与物が自己に属さないものであると知りながら贈与をする場合、そして②贈与の前後において、贈与者自らが他人へその目的物を譲渡することによって受贈者が追奪

を受けるような場合である。このような場合、合意がなくとも贈与者は担保責任を負うという⁴⁾。なおこの場合に贈与者に担保責任が生じるのは「公義条理」から当然のことであり、特約があっても排除できないとする。

ポアソナードによる説明では、無償契約債務者は利益を得ないことから、他の財産でもって給付を担保させてしまうと困窮等の問題が生ずるとの根拠づけがなされている。一方学説では、無償契約債務者が追奪担保責任を免れる理由については、無償行為の恩恵性が一般的に強調される⁵⁾。ここでは、対価の不存在というよりむしろ、好意から無償で給付を行う者に対して責任を追及すべきではないという道徳的評価が表されているようである。

二 消費貸借および使用貸借における担保責任の制限について

(一) 消費貸借

取得編181条および182条には、消費貸借貸主の責任が定められている。181条1項によれば、貸主に属さない物の貸借は「無効」であるが、消費貸借が利息付であり、かつ貸主が悪意の場合、担保の責任を負うとされている⁶⁾。この規定を反対解釈すれば無利息の貸主は担保責任を負わないことになる。ただし、ここでは契約の無効という場合が問題となっているのであり、その限りではいわゆる追奪担保責任や瑕疵担保責任とは異なる意味での担保責任が問題となっていることに留意する必要がある。また182条1項によれば、貸借目的物について、借主は知らないが貸主が知っている隠れた瑕疵があり、このために借主が損害を受けた場合、消費貸借が無利息であれば貸主は賠償責任を負わないが、ただし貸主に詐欺または加害の意思があった場合はこの限りではないとされている⁷⁾。ここでは、一般的な意味における担保責任が問題とされているようである。

まず、181条において無利息消費貸借の貸主が担保責任を負わない理由としては、やはり無償行為の恩恵性があげられている⁸⁾。182条では、隠れた瑕疵より生じた借主の損害について無利息の貸主は原則として損害賠償の責任

を負わず、例外として貸主に詐欺あるいは加害の意思があった場合には責任を負うとある。

まず、182条において制限される責任の性質は何か。これについて、ポアソナードは消費貸借の片務性に言及する。貸主が貸借した物に瑕疵があり、このために借主が損害を被る場合、瑕疵を知っていた貸主が損害賠償の責任を負うとするのは、消費貸借契約に基づいて担保責任や損害賠償義務が生じているためではなく、「故意もしくは過失によって不正に加えた損害」から責任が生じる。この場合、消費貸借は単にその機会となるにすぎないとい⁹⁾う。つまり、この損害賠償義務を消費貸借から生ずる契約上の義務であるとすれば、消費貸借の片務性を損なうことになってしまうことから、この義務は片務契約である消費貸借契約から生ずる義務ではありえず、契約を原因としない不正の損害を原因とする義務であるという。瑕疵について悪意である無利息消費貸借貸主が借主に対して負うこととなる損害賠償責任は、契約責任ではなく不法行為責任であるとされている。

消費貸借が有償の場合と無償の場合とで貸主の責任に差を設けた理由は、「担保の普通法」、すなわち一般原則を適用したものであるという。この場合においても、無利息の貸主に詐欺の意図や借主に対して害を及ぼす意思があった場合は例外であるとされる。無利息の貸主が瑕疵を知りながら相手を害しようとする意思を有し、または害を加える意思がなくとも貸主が瑕疵を知らないことをよいことに、瑕疵ある物を良品質のものに取り換えようとはしないとい¹⁰⁾う場合、損害賠償責任を負うとする。

学説も、182条において無利息の貸主が責任を原則として免れる理由として、一般原則の適用＝無償契約においてはその恩恵性から無償契約債務者の責任が免除されるという原則によるためであるとされている。¹¹⁾

(二) 使用貸借

取得編204条では、使用貸借契約において目的物の瑕疵のために借主が損

害を受けた場合、無利息消費貸借に関する182条1項の規定を準用するとある¹²⁾。旧民法における使用貸借は現行民法同様無償契約であるので（取得編195条）、もちろん財産編396条に定められている原則も適用されることになる。

204条につき、ポアソナードによれば、消費貸借におけるのと規定趣旨は同一であるという。また井上操博士によれば、204条により生じる義務も使用貸借という契約から生じる義務ではないとされ、もしそう解するのであれば、使用貸借はもはや双務契約となるであろうとされる¹³⁾。そして、使用貸借貸主が目的物の瑕疵により損害を受けた借主に対して例外的に責任を負う場合は、182条に掲げられる場合、すなわち貸主に詐欺、または借主に対して害を及ぼす意思があったということが必要となる。このとき、井上操博士によれば、瑕疵について知っている使用貸借貸主は、それを借主に告知しなければいか、あるいは瑕疵を修繕して引渡さなければならぬとされ、これを怠った貸主が損害を賠償すべきであるのは「法理上当然」であるとされる。しかし、貸主にこの義務が生じるのはあくまで瑕疵を知った場合であり、瑕疵を知らない場合はたとえ知らないことに過失があったとしても責任を負わせることはできず、それは使用貸借契約が無償契約であるがために、貸主に目的物を検査して引渡す義務が存在しないためであるとされる¹⁵⁾。つまり204条においては無償の貸主であるがために、瑕疵の不知につき過失がある場合でもなお担保責任の制限規定が適用されると考えられていたこととなる¹⁶⁾。

ここでも同様に、担保責任が問題とならない理由は契約の無償性＝対価の不存在といったものではなく、借主のみが義務を負い、貸主は一切義務を負わないという片務契約の理解に求められているようである。

三 寄託および委任における注意義務の軽減について

取得編210条および239条では、それぞれ寄託契約の受寄者と委任契約の受任者とがどのような注意義務を負うべきかについて規定されている。

(一) 寄託契約における受寄者の注意義務

寄託契約に関する210条1項では、受寄者は寄託物の保管に際して自己の財産に対するのと同様の注意を用いる義務を負うが、続く2項本文において、受寄者が自ら求めて寄託を受ける場合や、受寄者の利益を目的として寄託物の使用許可を得た場合には、より高度の義務である善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされている。¹⁷⁾

この規定の趣旨として、ポアソナードによれば、「受寄者は無償で利益を与えるものであるために、物の保管について過失もしくは懈怠という責があるとしても、その責任を算定する際にはこれを寛大に扱う必要がある」という¹⁸⁾。そしてこれはローマ法以来の原則でもあり、たとえ受寄者があまり注意を用いない者であったとしても、それは寄託者自身がその受寄者を選択した結果なのであり、自らに責任があるという。ここでは、無償で給付を行う受寄者側の事情と、受寄者が注意不足から寄託物に損害を与えたとしても、それはそのような注意の足りない受寄者を選択した寄託者の落ち度であるという寄託者側の事情とが責任制限の趣旨として挙げられている。²⁰⁾

学説では、使用貸借借主との対比で受寄者の責任が論じられている。すなわち、使用貸借借主は無償で物を使用するという利益を享受するため、善良なる管理者の注意をもって目的物を保管する義務を負うが、受寄者は利益を受けていないために、自己の財産を管理する場合と同様の注意のみを寄託物の管理に用いれば足りるとされる²¹⁾。また、ポアソナードと同様に、受寄者が不注意な者であってもそれはその者を選択した寄託者の責任であるとも述べられている²²⁾。さらに磯部四郎博士によれば、寄託契約が無償であるにもかかわらず自己の財産に加える注意よりも一層高度の注意を求めることは、受寄者が寄託を承諾し難くなり、かえって寄託者を害することになってしまうという不都合を指摘される²³⁾。

なお井上操博士は、寄託契約と委任契約とを比較して、特に債務者（受寄者・受任者）の負う義務につき以下のように述べる²⁴⁾。すなわち、委任契約に

において受任者はたとえ軽いものであっても過失がありさえすれば責任を負うのであって、無償委任の場合にはあくまで過失が寛大に評価されるにすぎない²⁵⁾。しかし、寄託契約では受寄者は軽い過失に対しては責任を負わず、自身の財産に対する注意と同一の注意を用いていればよいという違いがあるとされる。そして、なぜそのような差異が認められるのかについては、「元来寄託はただその物を監守し保存するにとどまるために受寄者は特段の注意を果たさずとも自己の財産に対して用いるのと同一の注意を果たすのみで容易にこの目的を達成できる。その上寄託者は受寄者が用いている注意を知ったうえでこれを信用して寄託するのである。対して委任の場合、受任者は、第三者と契約あるいは取引をし、委任者のために利益となる結果を実現することを期待される。そのため寄託のように静的な事務ではなく動的な事務を行うのであり、受任者が自己の事柄に対して用いるような注意を用いるのであれば、委任の目的に背くこととなり委任事務を成就することができないことは明らかである。これが寄託と無償委任とで債務者の責任に差異を設けた理由である」とされる²⁶⁾。

寄託契約における責任制限（要求される義務基準の軽減）の理由については、無償で給付を行う受寄者側の事情のみならず、寄託者側の事情や高度の注意義務を要求することが契約締結の妨げとなるという危惧も指摘されているなど、さまざまな観点から理由づけされていたようである。

(二) 委任契約における受任者の責任

取得編239条には、委任契約（旧民法では「代理契約」とされていた）における受任者の責任に関する規定が置かれている。同条によれば、受任者は委任事務を成就させることについて善良なる管理者の注意義務を負うが、次の四つの場合においては義務の違反に存する過失を比較的寛大に評価するとされている。その場合とは、それぞれ①受任者が無償で委任を行う場合、②受任者が自ら申し出て委任を行ったのではない場合、③委任者が受任者の未

熟練を知り、あるいはこれを知ることができたとき、④受任者が委任者に対して予想しない利益を得させたときとされている。このうち、「無償委任契約」の場合、「過失を比較的寛大に評価」するという限りではC.C.1992条2項の構成に近い。

義務違反を帰責するための過失判断に際してこれを寛大に評価せよとする場面の一つに、なぜ無償委任が挙げられているだろうか。ポアソナードは、この点につきあまり言及していない。ポアソナードは、「受任者は無償で委任者に利益を与えるものといえども、委任事務に際しては善良なる管理者の注意義務を負」うが、それは受任者の負う義務・責任の内容が受寄者のそれと異なっているためであるとする。²⁸⁾「それというのも、寄託は受寄者に多少の管理のためにその責任を課すに過ぎず、そして寄託者は受寄者が寄託物に対して必要な注意を用いているかどうかを容易に知ることができる。そしてまた一層の注意を受寄者に期待することは問題がある。その一方で、委任に際して他人の事務の実行について、受任者に善良なる管理者の注意義務を課すことは一般原則（財産編334条）であり、委任においてこの原則を修正する必要はないからである」という。²⁹⁾そしてこの原則の例外とされる四つの場面については、受任者の過失が比較的寛大に評価されるべきとしているものの、叙述はこれにとどまっている。³⁰⁾

これについては、学説でも類似の説明がなされている。受任者は委任者にとって最も利益となるように委任事務を果たす必要があるために注意深くある必要がある。そのため、その注意は自己の事務に用いる注意に相当する標準的な注意であったとしても足りず、さらに一歩進めて善良なる管理者の注意義務を必要とし、これが一般原則であるとされている。また、無償委任の場合に受任者の過失が比較的寛大に評価されるべきとされている理由は次のように説明されている。すなわち、委任は報酬の有無にかかわらず、他人の事務を実行するという点で好意的労務であるが、報酬を受けない者は報酬を受ける者よりも好意が一層篤く、法律も両者を等しく扱うことはできないた

めとされている。このことから、旧民法における受任者の義務構造・帰責判断構造は次のように理解されていたようである。まず原則として、受任者は契約から対価を得ないとしても、契約の本質＝委任者の利益保護・委託された事務の管理を果たすに当たり、高度の注意義務をもって委任事務を実行しなければならない。しかし他方で、無償委任では債務者が対価を得ずに行動することに好意という要素が含まれていることから、万が一不（完全）履行という事態となったとしても、委任者側からその責任を厳格に追及すべきではないという感情的道徳的評価が、無償委任契約における寛大な過失評価という規定の根拠として考えられていたようである。この点、磯部博士は無償委任の場合には受任者に対して一方的に労務を要求しなければならないので、必ずしも受任者が十分ではない注意を用いたことを責めることは厳格に過ぎるからであるとされる³³⁾。

四 贈与契約における担保責任の制限について

取得編351条には、「贈与者は贈与物の妨碍および追奪を担保せず、ただし、贈与以降贈与者の行為より生じた妨碍および追奪についてはこの限りではない」と規定されている。

まず贈与者が妨碍（権利の瑕疵の一種）および追奪に関して担保の責任を負わないとされる理由としては、一般に①無償行為の恩恵性と、②受贈者が贈与物の妨碍または追奪に遭遇しても、このことで損害が生じたとはいえないと説明されている³⁴⁾。たとえば磯部博士によれば、贈与者が贈与物の妨碍および追奪を担保するとすれば、受贈者に対して妨害や追奪が発生するごとに賠償責任を負うことになり、これでは自己の負担において他人に恩恵を与えるという贈与は断たれてしまう。贈与は元来他人を救済するという意思から生ずるものであるので、贈与者に贈与物の妨碍および追奪を担保せよと要求する理由はないからであるとされる（①の理由）。そして売買や交換のごとく、相手方が代価を支払うような場合は妨碍や追奪により相手に損害が生じるの

で担保責任を課すのは当然であるが、贈与においてはそうではなく、受贈者は妨碍や追奪を受けても何ら損害を受けないので、追奪担保責任を課していないのであるとされる（②の理由³⁵⁾）。また、同条ただし書の場合のほか、贈与者が他人の物と知りながらあえてこれを贈与するような場合の責任について、井上操博士は次のように言う。このとき贈与者はこの様な場合に損害賠償責任を免れるものではないが、ここでは担保責任が生じるのではなく故意をもって他人に損害を加えた者はこれを賠償するという原則が適用されるにすぎないという³⁶⁾。ここでは、担保責任という責任の性質が、有償契約（とりわけ売買）にとって必須の対価という存在を前提とする責任であるということから、対価の存在しない贈与などでは必要がないという評価も見られる。

取得編351条について、182条のように目的物の瑕疵から相手方に損害が生じた場合の扱いについて特に規定は見受けられず、学説においても特に言及はみられない。同様の無償契約である贈与に関して182条（無利息消費貸借）や204条（使用貸借）の場合と異なる取り扱いがされるとは考えにくいので、贈与の場合においても、瑕疵のために受贈者に生じた損害に関しては、182条に従って考えるべきことになろうか。

Ⅲ 現行民法立法過程における議論

旧民法における無償契約債務者の責任制限に関わる規定に関しては、以上のように理解されていたことがわかる。基本的には無償契約一般につき、有償契約に比して債務者の責任や義務が制限されるべきとの評価づけが見受けられるものの、そこでは無償契約債務者の示す好意といった要素を基礎に、各無償契約の本質、さらには無償性というよりも片務性の重視などによって（契約）責任が当然に制限されるべきといった理由づけも見られるように、必ずしも有償・無償という対価の有無のみに着目した二項対立において、より無償契約債務者を保護すべきという価値判断があったわけではないことが窺える。また、規定の理解についてもフランス法學説に親和的な理論構成も

多く見られた。以下では、現行民法の立法過程において、無償契約の債務者が負う義務や責任に関して、どのような議論がなされていたのかを整理したい。

一 贈与契約における贈与者の担保責任の制限規定について

まず、贈与契約における贈与者の担保責任を原則免除する規定について見ていき³⁷⁾たい。民法草案550条（現行551条）の起草担当者である穂積陳重博士によれば、日本法における贈与者の責任制限規定に関し、諸外国の例のように贈与者の責任を一般に軽減すると規定はしないとされる。しかし担保責任に関しては「…ただ貰う場合においてはそれだけのものを貰うと思うべきことが当たり前」であるから、このような責任を制限するという。こうした規律方針の根拠については、諸外国のように贈与を軽く見ているからではなく、贈与の性質上当然であるとする。さらに、贈与が売買などといった有償契約よりも「重い」場合があるために一般に贈与者の責任を制限するといった規定を設けないとされている³⁸⁾。またこの理由から、諸外国法においては贈与者の責任を一般に故意や重大な過失がある場合に制限するという規定が見受けられるが、日本民法においてはそのような規定を設けないと明言されている。

議事においては、主として担保責任の射程に関して議論が集中していた様子が窺える。本稿の問題関心との関連では、いわゆる贈与目的物に瑕疵があり、その瑕疵のために受贈者の身体や健康などいわゆる完全性利益に対しても拡大的に損害が生じたような場合も議論の対象とされていることが興味深³⁹⁾い。議事に現れている完全性利益侵害の例としては、①錆びた鉄砲をもらった者が不注意で暴発させてしまい負傷した場合、②贈与した犬にかみつ়癖があり、受贈者にけがを負わせた場合、③伝染病に罹患した患者が着ていた着物を贈与したために、受贈者が伝染病に罹患した場合といった、まさに身体や健康といった債権者の利益に損害が生じた場合である⁴⁰⁾。これに関して、起草者（とくに梅博士）は、贈与者が善意である限り、551条1項の規定に

従い責任が制限されると述べている⁴¹⁾。また、権利の不存在の場合の例として、④贈与者が、実はすでに他人に贈与してしまった不動産や動産を知らぬ顔で与えるといい証書などを作った場合、⑤贈与者が不動産を与えるといい、受贈者がそれを受け取ったところ、実際には地上権が存在し、数十年後でなければ完全な利用ができない場合があげられている⁴²⁾。なおこの場合には、梅博士によれば、贈与者悪意のために責任が肯定されれば、実際の価格と同様の値段を支払わせてもよいと考えていると述べる。

現行551条1項による担保責任の制限に関して、民法起草者の説明をまとめると、①制限の根拠は贈与の性質によること、②贈与者が瑕疵等について善意である限り、拡大損害ないし完全性利益侵害のための損害も含め瑕疵に基づいて生じうる損害すべてが担保責任制限＝賠償責任制限の対象となること、③反対に贈与者が悪意であれば、ただし書により賠償責任が生じるが、とくに権利の不存在が問題となる場合、賠償範囲はその権利が完全であった場合の価格＝全価額の賠償となるというものであることが分かる⁴³⁾。

二 委任契約における受任者の注意義務について⁴⁴⁾

現行644条に相当する条文案である草案650条では、受任者は委任の本旨に従い「忠実に」その委任を実行する義務を負うとされている。この規定につき、起草担当者である富井政章博士は、報酬の有無は委任の要素ではないとしたうえで、「本条に規定する履行の義務は委任契約から直接に生ずる委任契約の本然の義務」とされる⁴⁵⁾。また、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、現行民法ではこのような区別は「煩わしい区別」であり、無償であるといえども、受任者であるからには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ている⁴⁶⁾。

草案中の「忠実に」という文言について、実際の裁判において無償受任者の義務違反や責任が問題となる場合、裁判官が旧民法のように委任が無償で

あるなどといった事情を考慮してよいか、あるいは「忠実に」という文言に従いそういった事情を考慮してはならないのかという重岡薫五郎委員から出された質問に対して、富井博士は以下のように回答する。すなわち「忠実に」という言葉は漠然としたものであり、裁判官の評価に委ねられる部分もある。しかし、報酬の有無などによって具体的な評価の差異はありうるが、表面的に報酬が有るからこうで無いからこうであるということは定められないとされる。⁴⁷⁾そして、他国の法律では委任以外でも自己の財産を管理するために用いる注意と同一の注意を用いればよいという規定があるが、そのような基準はここでは採用ないということが重要だとされる。⁴⁸⁾

なお、起草委員である梅博士によれば、受任者が事務処理に用いるべき注意義務は、644条においていかなる場合にも善良なる管理者の注意を負うべきことを規定したが、これは現行民法においては特別な例外を除いて債務者は債務の目的について善良なる管理者の注意を果たすことを原則とするからであるとされる。⁴⁹⁾

三 無償寄託における受寄者の注意義務について

富井博士は寄託契約全般に関わる説明の中で、草案では有償寄託も承認されるため、報酬の有無によって受寄者の用いるべき注意に軽重の差を設けることが至当であるとされる。⁵⁰⁾そして、現行民法659条に相当する草案666条で、無報酬で寄託を引受けた者は、受寄物の保管について自己の財産を管理するのと同一の注意を用いる責任を負うと規定する。ここでは、これまで贈与契約や無償委任契約において、当該契約が無償契約であるからといって債務者の義務や責任を直には制限せず、それどころか原則（善管注意義務）を忠実に維持しようとの一貫した方向性とは趣を異にしている。この転回にはどのような理由があるのであろうか。

寄託が無償で行われる場合、委任契約とは異なって、有償受寄者と対比して無償受寄者の負うべき義務を明確に区別（軽減）すべきとの価値判断につ

いて、富井博士は以下のように説明される。この条文案はまず、善良なる管理者の注意を用いた特定物引渡しまでの保管義務を定める条文案の例外であるとされる。民法では原則として、債務者であるからには一般に常に善良なる管理者の注意義務を用いるべきで、これにつき例外はない⁵¹⁾。しかし、寄託の場合においてはそれでは受寄者の責任が重すぎるることとなる。少なくとも寄託が無償である場合には報酬なしに他人の物を預かるということとなり、それだけ寄託者が受寄者を信頼していることと考えられる。そのため寄託者は、受寄者が平生では自分の財産を管理するためにどれだけの注意を用いているのかを知ったうえで寄託しているので、このときそれ以上の注意を受寄者に求めることは酷であり、かつ寄託者の望みをも超えるものとなるとされる⁵²⁾。したがって受寄者は、報酬のある場合には原則に従い善良なる管理者の注意義務を用いなければならないが、報酬のない場合にも善良なる管理者の注意を要求することは酷に過ぎ、かつ寄託者の意思を超えて受寄者を酷待することとなってしまふとする⁵³⁾。以上のような理由から、寄託契約では契約が有償の場合と無償の場合とで、受寄者が用いるべき注意に差異を設けたという。

なお、帝国議会における法典質疑問答では、無償受寄者の注意義務を軽減する規定につき質問が提起されている。それは、贈与の場合には原則を維持して善良なる管理者の注意義務が求められるのに対し、無償寄託の場合には自己の財産に対するのと同じの注意で足りるとしたのはなぜか、という質問である。これに対して仁井田益太郎博士は以下のように回答される。新（現行）民法においては契約の有償・無償によって、特定物引渡義務を負う債務者の注意義務に差異を設ける主義を採用しない。しかし無償寄託についてはこの主義からの例外をなしているが、贈与はそうではない。そこで同じ無償でありながら贈与と無償寄託とで差異を設ける理由は、寄託の性質によるものとされる。寄託者が寄託を行う場合、受寄者が自己の財産を管理するに当たり、どのような注意を用いているのかを理解したうえで、自己の物を寄託

してもよいと考えて寄託をする。そのため、寄託が無償で行われる場合には受寄者が自己の財産を管理するために用いている注意で満足しなければならないこととなるとされる。そうでない場合には、特約をもって受寄者の注意義務を定める必要があるといわれる。これが新（現行）民法において無償受寄者は自己の財産に対するのと同じの注意義務を果たすことで足りるとした理由であり、これは寄託が無償であるが故ではなく、受寄者に対し、寄託者の期待（＝受寄者が自身の財産を保管するにあたって用いるであろう注意を用いること）を超える注意を用いさせる必要がないためであるとされる。ここでは、「寄託者が無償で受寄者に物を寄託する際には、寄託者は受寄者が普段自己の財産についてどのような注意を用いているのかを理解した上で寄託を行う」ため、無償寄託の場合には善管注意義務という基準ではなく、受寄者が自己の財産に対して用いるような注意で足りるとされる。以上のように、富井博士の規定趣旨が貫徹されたことが分かる。

IV 現行民法における無償契約債務者の責任制限法理に関する議論について

現行民法は、独仏法や旧民法と比べ、契約の有償・無償に応じた義務構造や責任構造の差別化は控えめとなっている。この理由として、①無償契約といえども、義務履行を約束した債務者である以上は善良なる管理者の注意義務を負うべきこと、②贈与に関しては、売買などの有償契約よりも「重い」場合があることが挙げられていた。他方で贈与者などが目的物の瑕疵に対して負うべき責任や、無償受寄者が寄託物保管に用いるべき注意については、贈与契約の性質や、寄託者—受寄者間の注意義務軽減意思を理由に責任や義務を制限する規定を設けたことが明らかとなった。

このようにして規定されるに至った現行民法における無償契約債務者の責任を制限する規定、引いては無償契約債務者の責任制限という問題一般について、現在の学説においてはどのように理解され、またどのような議論が展開されているのであろうか。以下これについて整理検討する。なお、無償契

約における債務者の責任について問題となった裁判例は見当たらないようであるが、無償行為に基づいて相手方に損害が生じ、そのために主として不法行為責任が追及されたという事例はいくつか見受けられる。これらの事例では、無償行為者の契約責任ではなく不法行為責任が問題となっているが、行為者側に多少とも存する好意という要素や無償行為を法的評価の対象とするという点では示唆となると思われる。そのため、無償契約債務者の責任制限という問題を考えるに当たっては、このような無償行為者の不法行為責任について問題となった裁判例を整理検討することも有益と思われる。

一 贈与者が負う注意義務の基準について

551条1項により、贈与者は給付した目的物に権利の不存在や物の瑕疵があった場合でも、それに対して責任を負わず、ただし贈与者が瑕疵等を知りながらこれを受贈者に告げなかった場合には責任を負うこととされる。一方で、遅滞や不能といった目的物の瑕疵以外の不履行があった場合、贈与者に重大な過失などがなければ責任を負わせないというような諸外国のとの規定は、民法では採用しないと立法者は明確に述べていた。現に贈与契約の規定において、遅滞や不能など債務不履行責任一般について贈与者の責任を制限する趣旨の規定はない。

他方で現在の学説では、贈与契約において贈与者は目的物の瑕疵に対する責任についてはこれを免れるが、遅滞や不能といった債務不履行責任、目的物の引渡しに際して負う注意義務についてはその制限を受けない（400条や415条が適用される）という構成が均衡を失うように感じられてか、契約の無償性を理由に贈与者はその責任や注意義務一般について有償契約債務者と対比して制限を受けるべきことを志向する見解も見受けられる。たとえば551条1項が担保責任の制限を定めていることや、無償受寄者の注意義務を軽減している659条の趣旨から、贈与においても契約の無償性を理由として注意義務が一般に制限されるべきであり、場合によってはBGBと同様に贈

与者が責任を負うべき基準を一般の帰責事由（415条）に比較して制限してもよいとする見解もある。これをさらに進め、たとえば過失が問題となる場合には、単なる過失があるだけでは足りず、重大な過失があることを要求する⁵⁵⁾とする見解もある。

(一) 贈与者も自己の財産に対するのと同じの注意義務（659条）を負うとする見解

石田稷助教授は、贈与者の負う注意義務の内容につき、通説は善管注意義務を負うとするが、659条が無償受寄者の注意義務を自己の財産に対するのと同じの注意義務、すなわち具体的軽過失に軽減しているのであるから、この規定の趣旨は贈与者に対しても適用されるべきとされる⁵⁶⁾。

(二) 贈与者は故意または重大な過失がない限り責任を負わないとする見解

たとえば於保不二雄博士は、「無償で自己の財産を譲与する贈与者の責任が、同じく無償であつても他人の物を保管する無償受寄者の責任より重いということは、全く不可解である、というほかない」とされる⁵⁷⁾。そして贈与者の責任一般についてまで責任制限を規定することはしないという立法理由については、立法者によるその当時の責任に関する独特の見解であると評価される。そしてこれについて、注意義務について有償と無償とで区別を設けず、無償受寄者の注意義務制限についても無償性ではなく当事者の意思を推測したためとしながら、贈与については当事者の意思を推測して担保責任を免除しつつ善管注意義務を負わせているところに問題があると指摘される。そのことから、今日ではわが国でも諸外国の立法が斟酌されるべきであるとされる。

また、広中俊雄博士も於保博士の見解に賛同される。広中博士は、BGB521条やスイス債務法248条1項が贈与者に故意または重大な過失の責任を負わせるにとどまっていることは至当と評価される⁵⁸⁾。さらに、民法典が

寄託の場合について659条の規定を設けながら贈与の場合について特別の規定を設けなかったのは「手落ち」であったように思われると評される。そして、551条1項を類推適用することで贈与者は前掲立法例と同様に故意または重大な過失のためにのみ責任を負うべきと解すべきとされる。⁵⁹⁾そして、贈与者が善管注意義務を負うのはその旨の明示・黙示の特約があった場合に限られることになるとされる。

辻伸行教授は、贈与や使用貸借における履行遅滞・不能による給付利益侵害に対する贈与者・使用貸借貸主の責任について以下のように述べる。BGB521条やBGB599条のような規定を欠くわが民法では、贈与者なども400条に従って義務および責任を負うが、全くの好意から物を贈与する贈与者に売主と同程度の注意義務を負わせることや、填補賠償をさせることは問題がある。⁶⁰⁾したがって、明文の規定はないが少なくとも好意から物を贈与し、無償で貸し与える者については、BGB521条および599条と同様の責任制限を信義則上認めるべきとされる。⁶¹⁾

加藤雅信教授は、659条による善管注意義務の軽減を無償契約一般に適用されるべきものとされる。⁶²⁾この点で、659条による注意義務軽減を無償契約における一般法理としての責任制限と位置づけられていることとなり、特徴的である。そしてさらに、551条1項や596条が目的物の瑕疵や権利の不存在について悪意の場合にのみ責任を負わせていること、無償契約債務者の責任制限に関する外国法の規定（BGB521条など）を指摘され、無償契約において契約不履行が問題となる場合、債務者に故意および重大な過失がある場合にのみ責任が生ずるとされる。⁶³⁾

二 贈与者の担保責任の制限規定について

贈与者の担保責任の制限に関して学説を整理すると、現在の学説においては、起草者の見解（とくに551条1項による免責および帰責の範囲について）を踏襲するものはむしろ少数であるといえる。圧倒的多数の学説は、551条

1項による瑕疵のための責任を制限する規定を有償契約における売主担保責任の制限であると解し、制限の要件や範囲についてもとくに570条にいう瑕疵担保責任の性質に準じて理解する。一方で多数説とは異なって立法者意思を根拠とする学説や、そもそも551条1項を債務不履行責任(不完全履行責任)を制限する趣旨の規定として理解する説もある。以下、各学説を端的に整理する。⁶⁴⁾

(一) 担保責任制限説

現在の学説では、551条の定める責任をいわゆる「担保責任」と理解する見解が圧倒的多数を占める。しかし、それら見解においても、その内容を有償契約における売主の担保責任の性質に準じて理解するか否かといったいくつかの点について見解に相違が見られる。

1 信頼利益賠償制限説

我妻栄博士に代表される多くの見解は、551条の責任を有償契約における担保責任の性質、とくに570条にいう売主瑕疵担保責任の性質に準じて理解される。そのためこの見解においては、551条において制限される責任を法定無過失責任たる担保責任であるとし同条の適用場面を目的物が特定物である場合に限定し、制限(そして帰責)の対象となる損害をいわゆる信頼利益に対する損害であるとする。そして、551条1項ただし書によって損害賠償が問題となる場合であっても、この賠償の内容は贈与目的物が完全なものである場合に受贈者が得られたであろう利益の賠償に及ぶものではないとし、それが規定の趣旨に適するとされる。

このように、551条1項にいう担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任と平行に考えてその法的性質や損害賠償責任の範囲を考える見解が通説ではあるものの、その内容、とりわけ不特定物にも適用されるとするかどうか、そして具体的に贈与者が、何に対する責任を免れ、例外的に帰

責されるのかについて論者によって若干の際も見られる。

(1) 制限の根拠について

まず、551条1項によって担保責任が制限されている根拠を何に求めるかについて差異が見受けられる。一般に、贈与契約が無償であるためとして契約の無償性に求める点では共通しているようであるが、この「無償」という要素について、無償契約を締結した当事者の「意思」＝（担保）責任追及意思の不存在という側面を重視するか、あるいは「対価の不存在」＝有償契約における担保責任の機能である対価的均衡維持の必要がないことを重視するかという見解の相違が見られる。⁶⁶⁾

(i) 当事者の意思を根拠とする見解

我妻博士は、551条1項による担保責任の制限について、「特定のものを贈与する場合には、そのものの現状のままでは与える意思である—物質的な瑕疵（例えば与えた時計がこわれているとき）や権利の欠缺（例えば与えた不動産に地上権がついているとき）があつても、それを完全なものにして（修繕したり地上権を消滅させて）与えるというまでの意思がない—のを普通とする」からであるとされる。⁶⁷⁾

川井健博士も、目的物の瑕疵や権利の不存在について贈与者が担保責任を負わない理由を、受贈者は無償で物を譲り受けたのであるからその物に瑕疵があったからといって贈与者の責任を追及できないとするのが通常の当事者の意思に合致するとされる。⁶⁸⁾

(ii) 対価の不存在のため、対価的均衡維持が不要であることを根拠とする見解

対して於保博士は、551条1項による担保責任の制限は、当事者意思の推定ではなく契約の無償性＝対価の不存在にその根拠があるとされる。⁶⁹⁾ 有償契約

にあっては対価との均衡のために対価相当の価値を供与するための担保責任が問題となるが、無償契約においては均衡をはかるべき対価がないか、あるとしても価額として評価しえないものであるために、特約のない限りは担保責任が問題となる余地はないとされる。⁷⁰⁾

吾妻光俊博士も、551条1項によって担保責任が制限される理由を、売買では目的物の引渡しと代金支払いとが対価関係に立つので当事者の衡平を期する必要があるが、贈与では贈与者が一方的に債務を負担するためにこの意味での衡平をはかる必要がないためとされる。⁷¹⁾

(2) 不特定物贈与の場合における551条1項適用の有無について

551条1項にいう担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任であるととらえた場合、551条1項による担保責任の免除が贈与の目的物が種類物である場合にも適用されるのか否かが問題となる。これについては見解が分かれているようである。

(i) 551条1項は特定物の瑕疵にのみ適用があるとする見解

特定物に対してのみ適用があるとする見解について、たとえば我妻博士は、不特定物や一定の金額を贈与の目的とする場合には、贈与者に完全なものを給付する義務があることはいうまでもないとされる。そして不特定物に瑕疵がある場合には贈与契約の本旨不履行であり、代物給付義務があるとされる。⁷²⁾

鈴木祿弥博士は、特定物の贈与者は原則として物の瑕疵または権利の不在に対して責任を負わないが、不特定物が目的である場合には、贈与者の意思が原則として完全な物を贈与する趣旨であったならば、完全な物の給付義務があるとされる。⁷³⁾

(ii) 551条1項は不特定物の瑕疵についても適用があるとする見解

一方、内田貴教授は不特定物を目的とする贈与の場合にも、551条1項の適用があるとする⁷⁴⁾。内田教授は、従来の通説は法的責任説の立場からこの規定の適用も特定物に限定されるとしているが、たとえば御中元のサラダオイルに瑕疵がある場合はどうか。贈与者は自らに帰責事由のないことを証明しない限り債務不履行責任を負うとすることは不当であるため、不特定物が目的である場合にも適用があると解すべきとされる。

(3) 551条1項の適用対象となる損害について

551条1項本文によって原則として免除され、ただし書において瑕疵を「知りながら告げない」という要件によって帰責される責任の内容についてはどうであろうか。551条1項の責任を570条の担保責任ととらえる見解にあっては、一般に、いわゆる法定無過失責任たる担保責任の内容としての信頼利益に対する損害の賠償責任であるということと一致している。すなわち、受贈者が目的物に瑕疵があったことで転売利益を逸失したというような履行利益に対する損害については、贈与者が瑕疵について悪意であっても担保責任制限説では賠償の対象とならないという点では一致している。しかし、特に物の瑕疵の場合について、この信頼利益賠償にいわゆる拡大損害や瑕疵結果損害といった、受贈者の身体やその他財産という完全性利益に対する損害の賠償をも含むか否かで意見が分かれている。

(i) 信頼利益に完全性利益を含める見解

この見解は、551条1項ただし書による損害賠償の内容に、目的物の瑕疵から拡大的に生じた損害も含めようとする⁷⁵⁾。

末川博博士は、551条1項による責任について、贈与者が悪意である場合には受贈者が保護されて瑕疵や欠缺がないものと信じたために被った損害の賠償を請求しうるが、完全なものを取得していれば享受していたであろう利

益の喪失には損害賠償は及ばないとされる。⁷⁶⁾この限りでは、いわゆる履行利益については贈与者悪意の場合にも賠償の対象とならないこととなる。しかし前者の損害について、末川博士は病気にかかっている馬をもらった者が、その馬を健康と信じて他の馬と一所にしたところ病気が感染したという例を挙げられる。⁷⁷⁾

鈴木恵准教授は、551条1項の立法過程とBGB524条の立法過程とを整理検討されたうえで、551条1項による贈与者の担保責任制限について、以下のように解釈される。まず、「自己の物」を贈与する場合は、贈与契約の無償性が直接に責任制限を正当化するとされる。⁷⁸⁾そしてそのような立場から免責内容を考えるに、贈与者は目的物の瑕疵そのものについては当然免責されるべきであり、それは対価がない以上、受贈者の瑕疵なき物に対する期待を保護する必要がないためとする。⁷⁹⁾一方で瑕疵惹起損害については、対価の不存在のみを理由としてその責任を排除することはできないとされる。また、自己の有しない物を贈与する場合についても、「自己の取得した特定物をそのまま譲渡する」という約束があるために、自己の物を贈与する場合と同様に考えてよいとされる。⁸⁰⁾ただし種類物を取得して贈与する場合は別であるとされ、この場合には551条1項の適用はないとされる。⁸¹⁾

なお、551条1項ただし書が適用される場合については、このとき551条1項本文によって無償性＝非対価性を理由として制限された責任がそのまま課されるのではないとされる。すなわち、「知りて告げないことは、無償性を覆すのではなく独自の責任根拠として把握されてもよいのではないだろうか」とされ、損害賠償の内容を売主担保責任と同一に考える必要は無いとされる。⁸²⁾そして責任の内容である損害賠償の範囲について、履行利益にまで及ぶかどうかは注意すべきとするにとどめられるが、信頼利益として瑕疵惹起損害の賠償を包含することは問題ないとされる。⁸³⁾

(ii) 完全性利益に対する損害は551条1項の適用対象でないとする見解

それに対して、拡大損害や瑕疵結果損害は551条1項の問題ではないとする見解もある。岡孝教授は、551条1項の立法過程における議論を概観したのち、物の瑕疵により生ずる損害の内容を区別する必要があるとされる⁸⁴⁾。そして、贈与物が故障していたために受贈者が予期せぬ修理費用を出さざるをえなくなったような場合は、贈与の無償性から、この損害に対する贈与者の責任を悪意の場合に限定することは合理性があると評価される⁸⁵⁾。それに対して、瑕疵から拡大損害が生ずる場合には不法行為責任による受贈者の救済が必要であり、贈与者が善意であっても有過失であれば責任を負うべきであるとされる⁸⁶⁾。

内田教授も、551条1項ただし書の責任は信頼利益の賠償に限定されるが、贈与者が意図的に毒入り饅頭を歳暮として送ったような場合（したがって目的物の瑕疵のために完全性利益が侵害される場合）には不法行為責任が成立し、担保責任（契約責任）が問題とされるべきではないとされる⁸⁷⁾。

2 信頼利益を超える損害賠償の制限をも規定するものとする見解

この見解は、551条1項で問題となる損害を、信頼利益を超える損害と解し、それらについて責任制限が及ばず、また悪意を要件にそれらに対する責任が帰責されると解する。

(1) 完全性利益賠償制限説

来栖三郎博士は、立法者の見解に基づき、551条を積極的債権侵害による損害について贈与者の責任を制限しているものと理解される⁸⁸⁾。来栖博士は551条の定める責任を担保責任であると解されるが、その内容を有償契約における担保責任の性質に準じて理解されてはいない。たとえば、立法者の意図を参考に、贈与契約において通常問題となるのは、積極的債権侵害による損害であり、このことは目的物が種類物の場合であっても変わらないとされ、

目的物が種類物であっても責任制限の適用を肯定される。⁸⁹⁾ さらに551条による責任制限について、目的物の瑕疵から損害が生じたことについて、贈与者に単なる過失がある場合にもその責任を制限してよいとされる。すなわち、来栖博士によれば、目的物の瑕疵から拡大的に損害が生じた場合、贈与者に悪意はなく過失があるにすぎないときには551条1項に従って損害賠償責任が制限されると評価されている。⁹⁰⁾

中井美雄教授も、来栖博士の見解に賛同して以下のように述べられる。⁹¹⁾ すなわち、贈与者が積極的債権侵害による責任について、551条に従って特定物と不特定物とを問わず責任を負うとする評価について、「今日における積極的債権侵害の場合を念頭に置かならば、この見解には意義がある」とされ、そして不特定物の瑕疵に対して551条1項の適用を認める点については、「瑕疵担保責任についてもそれが必ずしも特定物売買にだけ限定されるものではないという理論状況からすれば」妥当であるとされる。

(2) 目的物の瑕疵によって生ずる全損害賠償制限説

三宅正男博士は、基本的には来栖博士に賛同されるという。⁹²⁾ したがって贈与物の瑕疵から結果として受贈者の身体や財産に損害が生じた場合、贈与者が瑕疵を知らずながら告げないときには551条1項によって責任を負うべきとされる。しかし三宅博士は帰責される損害の範囲に関してはさらに進み、瑕疵の存在自体による損害、すなわち履行利益も同様に扱い、受贈者が瑕疵を知らないという限りで瑕疵によって生ずるすべての損害を551条1項の射程に収めてよいとされる。⁹³⁾ なお、種類物が目的である場合には、贈与者に代物給付義務が生ずるが、瑕疵の結果として積極的損害を生じさせた場合には、不完全履行自体に基づく責任として415条に基づく責任ではなく、551条1項ただし書による責任のみを適用すべきとされる。

(3) 416条適用説

石田助教授は、まず659条の注意義務軽減規定の趣旨は贈与にも押し及ぼされるべきであり、贈与者は自己の財産に対するのと同一の注意義務違反がある場合にのみ415条における債務不履行責任を負うとされる。⁹⁴⁾そして、担保責任を制限する趣旨の規定である551条1項も、債務不履行責任と同一の処理に服させることが望ましいとされ、551条1項による損害賠償の要件も、「知りながら告げない」ではなく故意あるいは具体的過失（自己の財産に対するのと同一の注意義務の違反）のある場合とされ、さらに損害賠償の範囲を416条によって決定されるものとされる。⁹⁵⁾このような見解によれば、贈与者の責任構造において、551条1項の責任と415条の債務不履行責任との差異はほとんどなくなるのであるが、石田助教授によれば以下の理由で区別が必要であるとされる。⁹⁶⁾たとえば受贈者が原始的瑕疵の存在を知りつつ贈与契約を締結する場合、受贈者を保護する必要はないので担保責任は生じないが、これに対して受贈者が瑕疵のないものとして贈与契約を結んだ場合で後発的瑕疵が発生したならば、受贈者がこれを知ったとしても保護の必要があり、贈与者に債務不履行責任が生ずるといふ差異が発生するからであるという。

なお、贈与の目的物が特定物か否かで551条1項の適用を区別するか否かについては、贈与目的物の瑕疵に基づく完全性利益侵害の場合をあげられ、この場合において特定物か否かで551条1項の適用を差別化することはバランスを失し許されないとされる。

3 差額賠償制限説

この見解は、551条による責任制限の対象となる損害は、瑕疵または欠缺のあるその物または権利の現実の価額と、その瑕疵または欠缺がなかったならばその物または権利が有していたであろう価額との差額をいい、そして551条1項は、瑕疵または欠缺がなければ受贈者が受けていたであろう利益について贈与者に原則として賠償責任がないことを指し、瑕疵または欠缺に

よって受贈者の権利を侵害した場合にまで制限が及ぶものではないとされる。

梅博士は、贈与物の瑕疵から受贈者の完全性利益に拡大的に損害が生じた場合でも、551条1項によってすべて処理されるとされていた。立法過程に見られる議論では、伝染病患者の着ていた着物を贈られた者が同じく伝染病に罹患した場合や、錆びた鉄砲の受贈者が暴発によって負傷した場合について551条1項の適用があるとされていた。この限りでは、先に見た来栖博士に代表される見解も同旨である。

権利の瑕疵が問題となる場合については以下のように指摘される。すなわち、純然たる理論からいえば、所有権を与えることや完全な機械を与えることを約束した場合、権利を実は有していなかったり、機械に瑕疵があれば不履行であるが、当事者の意思、すなわち贈与者の意思を考えると、完全な履行でなかった場合に金銭をもって賠償するというようなことは考えないであろうために、原則として担保責任は認められないという。ただしこの原則には一つの例外があるとされ、贈与者が贈与物の瑕疵または権利の欠缺を知りながらこれを受贈者に告げない場合には責任を負うとし、その理由として、「この場合、贈与者の行為は詐欺に類似する」⁹⁷⁾ためであるという。そしてこの場合、いやしくも贈与者が与えると約束しただけのものを必ず与えなければならぬのであって、与えられないということを知りながら人を欺いたというのは、その者の悪意または少なくとも重大な過失であるために、先の機械の例ならば、完全な機械の価額と瑕疵ある機械の価額の差額を賠償させることが551条1項ただし書規定の目的であるとされる。⁹⁸⁾

岡村玄治博士は、贈与者が贈与の目的である物または権利の瑕疵または不存について責任を負わないということは、瑕疵や不存という欠陥のために生じている実際の価額との差額の賠償や、瑕疵や不存がなければ受贈者が得られていたであろう利益に対する賠償がないことを意味するとされる。⁹⁹⁾そしてこの規定の根拠を贈与の非対価性に求められ、また目的物が特定物で

あろうとも不特定物であろうとも、いずれにしても贈与の目的であることは変わらないので、551条の適用も変わるところがないとされる。¹⁰⁰⁾

贈与者が瑕疵を知りながら黙秘していた場合には551条1項ただし書が適用されることとなるが、このとき贈与者の負う損害賠償責任の範囲は履行利益には及ばないとする立場を批判され、このときの賠償は履行利益にまで及ぶとされる。しかし、岡村博士はこの履行利益の具体例として、瑕疵のために減少した目的物の価額と瑕疵がなかったならば有していたであろう価額との差額を挙げられる。¹⁰¹⁾他方で、贈与者が注意を欠いたために毒の混入した飼料を受贈者に贈与したところ、受贈者の馬が斃死したという場合のように、拡大損害や瑕疵結果損害という受贈者の完全性利益に対して損害が生じた場合には別であるとされる。この場合、贈与者の過失によって受贈者の所有権が侵害されていることとなる。そのため、551条1項ではなく不法行為に基づいてその損害の賠償を問題とすべきであるとされる。¹⁰²⁾

潮見佳男教授は、権利の瑕疵または物の瑕疵を理由とする担保責任は、給付の有償性（等価交換）に関わる制度であるため、無償契約である贈与の場合にはこの責任が制限されているとされる。¹⁰³⁾そして潮見教授は、制限の適用を目的物が特定している場合に限定され、種類物が目的である場合は債務不履行の問題となるとされる。

また、551条1項ただし書による損害賠償については、信頼利益賠償と解すべきではなく、目的物に瑕疵があったために当該目的物の現有価値が低下した分に相当する額の賠償を認めるべきであろうとされる。¹⁰⁴⁾そして551条が贈与者の責任を軽減するために考慮する有償・無償という観点は、給付と反対給付との交換レベルでの問題であるために、贈与目的物の瑕疵の結果として受贈者の完全性利益に損害が生じた場合には、551条1項は関係ないとされる。この場合には、保護義務違反の有無、すなわち完全性利益の契約規範による保護の問題であるとされる。

(二) 担保責任以外の責任が問題となっているとする見解

以上のように、551条1項の責任の性質およびそこから生ずる責任の内容と効果(範囲)については、原則として570条の瑕疵担保責任とパラレルに理解する見解が多数である。ただし細目に関しては見解は多岐にわたるといってよい。他方で、551条1項の規定する責任をそもそもいわゆる担保責任ではない、とする見解もみられる。

1 債務不履行(不完全履行)責任制限説

山中康雄博士は551条1項について、贈与者はこの条文によって原始的履行不能や債務不履行のための責任を負わされないとされる¹⁰⁵⁾。次いで、このように原則的に制限される債務不履行責任につき、贈与者は、瑕疵や欠陥を知りながらこれを受贈者に告げないという場合にのみ責任が課されるとされる。そして一般的に債務不履行の責任そのものが、贈与者が瑕疵または欠陥を知りながら受贈者に告げないというように故意と重大な過失についてののみ責任を生ずることは明白であるとされ¹⁰⁶⁾、この限度で贈与契約にあっては不完全履行も有効な給付となるとされる¹⁰⁷⁾。

半田吉信教授も、551条1項の場面を不完全履行責任としての担保責任の場面であるととらえられている¹⁰⁸⁾。そして、贈与者の担保責任は有償契約における担保責任とは異なる責任要件に服すべきであるから、瑕疵惹起損害が発生した場合にも贈与者に故意または重大な過失がない限りは責任が生じないとされる。

加藤教授は、551条は債務不履行責任の制限を規定するものであるとされる¹⁰⁹⁾。加藤教授はまず、551条1項では「責任」を問題とし、2項のみが「担保の責任」を問題としていることに注意が必要であるとされる。すなわち、551条1項ただし書の内容は、瑕疵等を知りながら告げなかった場合に関するものであり、「贈与者に故意がある場合の規律」であり、「債務不履行責任が問題となるケースにほかならない」とされる¹¹⁰⁾。そのため、551条1項本文は、

債務不履行責任の不発生を規定し、ただし書で瑕疵または欠缺を知っているという「故意があるのにそれを告知しなければ、債務不履行責任を免れないこと」を規定していると考えることが自然であるとされる。そして、賠償の範囲は416条に従うとされる。結論として、551条1項は、贈与者の債務不履行責任について、「贈与者に故意がある場合に責任を限定し、過失の場合の免責を規定している」とされ、その理由を贈与契約の好意性に求められている¹¹¹⁾。

2 契約締結上の過失責任説

磯村哲博士は、551条1項にいう担保責任について、契約が無償であるために瑕疵のための責任が制限されているとされるが、この責任を「担保責任」ではなく、「信義則上の告知義務違反に基づく契約締結上の責任であり、したがって受贈者が瑕疵・欠缺なきものと信頼せることによって蒙った損害の賠償責任である」とされる¹¹²⁾。

西沢修博士も、贈与は無償契約であるために、「特定の」物または権利が贈与の目的である場合には瑕疵や欠缺について原則として贈与者は責任を負わないとされる¹¹³⁾。そして贈与者が瑕疵や欠缺を知っていながらこれを告げないという場合には損害賠償責任が生ずるが、これは担保責任ではなく、信義則上の告知義務違反に基づく契約締結上の責任であって、受贈者が瑕疵や欠缺のないものと信頼したことによって蒙った損害の賠償責任であるとされる¹¹⁴⁾。

3 不法行為責任説

この見解は、551条1項本文の理解について贈与契約の無償性のため、贈与者の担保責任が制限されているという点では上記の担保責任＝信頼利益制限説と一致するが、551条1項ただし書によって帰責される責任を担保責任ではなく不法行為責任であると理解する。

たとえば末弘巖太郎博士は、551条1項ただし書の責任が生ずる要件について、たとえ贈与者が重大な過失によって瑕疵を知らなかったとしても、悪意でない限りは責任がなく、損害賠償の範囲も受贈者が瑕疵または欠缺の不存在を信頼したために被った損害（消極的契約利益）に限定されるとする¹¹⁵⁾。しかしながら、551条1項ただし書による責任の性質は、受贈者が瑕疵や不存在を知っていれば受けなかったであろうかどうかに関わらず、贈与者がこれを告げないために受けてしまった損害の賠償を目的とするので、意思の自由に対する侵害に基づく不法行為上の賠償責任と解すべきだとされる¹¹⁶⁾。

宗宮信次博士は、贈与者が目的物の瑕疵や権利の不存在のために責任を負う場合は、その損害賠償の範囲は積極的損害にとどまり消極的損害に及ぶべきではないとされるが、悪意をもって瑕疵あるものを贈与して受贈者に損害を加えたような場合は、不法行為の規定によって損害賠償の責任を負うとされる¹¹⁷⁾。

三 他人物贈与の場合における贈与者の責任について

贈与契約の冒頭規定である549条では、その文言上、「自己の財産」の贈与が問題とされていることから、契約締結の時点では贈与者自身の所有とはなっていない目的物を契約の目的とすることができるがどうか問題となりそうではある。しかし少なくとも現在では、他人の所有する財産を贈与契約の目的物とすることは一般に有効であると考えられている¹¹⁸⁾。贈与契約の当事者が他人の財産を贈与の目的とした場合には、贈与契約も財産権の移転を内容とする契約である以上、贈与者は第三者から目的物の権利を取得してそれを受贈者に引渡すなど、贈与者に権利取得義務および受贈者への権利移転義務が生ずることとなる。そして、他人から目的物を結局取得できずに受贈者に財産権を引渡すことができなければ、贈与契約の債務不履行となり、責任が発生するといえる。しかしたとえば、贈与者が他人の財産であることを知らずに自己の財産であるとして贈与をし、結果として受贈者がその目的物を

第三者に追奪されてしまう場合はどうであろうか。¹¹⁹⁾このような場合、贈与者は権利取得および移転義務の不履行として415条に基づく責任を負うべきなのか、あるいはこの場合も権利の瑕疵の一場面として、551条1項による原則免責と悪意による黙秘（知りながら告げない）という要件の下での帰責となるのか。この点につき内田教授は、他人物の贈与が問題となる場合、贈与契約は有効であるが原則として贈与者は担保責任を負わないから権利取得義務を負わないとされる。¹²⁰⁾

一方で、まず他人の物を他人の物として贈与する場合と他人の物を（そうとは知らずに）自己の物として贈与する場合とを分けることが必要であると見る見解がある。

たとえば来栖博士は、他人の物をそれと知りつつ贈与の目的物とする場合には、贈与者に権利取得および譲与義務が生ずることは可能であるとされる。しかし、そうでない場合には551条1項の適用があってよいとされる。¹²¹⁾

三宅博士は、他人の所有する財産が贈与の目的となる場合には、贈与者に権利移転義務が生ずるとされる。¹²²⁾そして、贈与した目的物に他人の制限物権が付着している場合や贈与した目的物が実は第三者の所有物であった場合などを権利の瑕疵の場面とされ、このような場合には551条1項の適用があるとされる。ただし、贈与者が所有権に関して保証特約をすれば担保責任を負い、また種類物が目的である場合に他人の物を引渡してしまった場合には、代物給付義務があるとされる。また、贈与者が権利の瑕疵を知って受贈者に告げないという場合には、551条1項ただし書に従って善意の受贈者に対して損害賠償の責任を負うが、この責任は受贈者が自己の物となったと誤信して支出してしまった損害の賠償に限らず、追奪当時の価格の賠償を請求することもできるとされる。¹²³⁾

判例・学説では他人物の贈与契約は一般に有効であることを前提に、他人のものであるということが契約時に明確に意識されていたか、あるいは（少なくとも）贈与者が善意であったかによって、415条の問題とするか551条1

項の問題とするのかを区別するようである。

四 無償委任契約における委任者の責任・注意義務の軽減について

条文からも明らかなように、現行民法における委任契約規定では、契約が有償であるか無償であるかに関わらず、受任者には常に善良なる管理者の注意義務を伴う委任事務の実行を義務づけられる。すなわち、委任契約では他の無償契約類型と異なり、契約が無償であるにもかかわらずその点に配慮して受任者の義務や責任を制限する趣旨の規定を置いていないこととなる。これについて学説では、古くは末弘博士は以下のようにいう。すなわち、委任においては有償と否とに関わらず善良なる管理者の注意が要求される。しかしこれは委任の特質に基づくのであって、契約の有償無償とは関係がない。無償であっても他人から事務の処理を委託された以上は善良な管理者の注意を果たす必要があるという。¹²⁴⁾

他方で、無償委任においては、有償委任との対比で多少とも受任者の義務や責任に配慮をするべきと説くものも少なくない。これらの見解を整理すると、① C.C.1992条2項などを参考に、無償委任の場合には有償委任の場合に比して受任者の過失の判断・損害賠償額などを緩和すべきとする見解、② 659条の準用・類推適用などを理由に注意義務一般が制限されてよいとする見解がみられる。なお、無償委任契約が締結される場合、当事者間に高度な注意義務は要求されないとする意思（黙示的特約）がありうることについては、共通しているようである。¹²⁵⁾

(一) 当事者間の黙示的な責任制限合意を認める説

我妻博士は、他の無償契約と比して無償委任の受任者が有償の場合と変わらない注意義務を負う理由を、委任における当事者間の信頼関係にあるとされる¹²⁶⁾。そして委任が「実際上有償を普通とするに至つた今日では、少くとも第644条の実際上の運用には考慮されるところがあつてもよいのではないか

と考える」とされ、無償受任者の過失を判断する際には、有償受任者の場合と比べて寛容にすべき旨を定めている C.C.1992条 2項を極めて注目すべき立法と評価される¹²⁷⁾。そして無償委任契約一般について、当事者双方に単に好意的な関係にとどめ、法律関係とする効果意思を伴わないとみるべき場合もあり、少なくとも受任者が自己の事務を処理するのと同程度の注意を負担する黙示的合意がある場合が多いのではないかとされる¹²⁸⁾。

広中博士も、無償委任の場合に善管注意義務が要求されることは無償寄託との質的差異のために是認されて然るべきとされる¹²⁹⁾。この質的差異とは、広中博士によれば、「委任の場合には受任者は直接委任者のために行動する義務を負うのに対し、寄託の場合には受寄者は物をただ自己の許に保管してやるにすぎない」という差異であるとされる。このため、注意義務軽減のための特約は許されるが、無償受任者は原則として善良なる管理者の注意義務を負うとされる。しかし、このことは責任の要件を一にするにすぎず、責任の量をも同じくするというのではないとされ、この点に有償委任と無償委任との差異があると指摘される。すなわち、「無報酬で事務処理を委託する委任者は受任者の過失（「善良ナル管理者ノ注意」を欠くこと）によって生ずべき損害の一部を負担する意思（損害賠償額減縮の意思）を有するものと解すべき」とされる¹³⁰⁾。

(二) 注意義務が制限されてよいとする見解

この見解では、①644条に基づいて、無償委任でも原則として善管注意義務を要求すべきであるが、場合によっては緊急事務管理に関する698条の類推がありうるとする説、②無償寄託における659条による注意義務の軽減を無償委任の場合に類推適用してもよい場面があるとする説、さらに③659条による注意義務の軽減は無償契約一般における原理であるとして、無償委任契約では644条の適用が排除されるとする見解がある。

1 698条類推適用説

四宮和夫博士は、委任が無償を原則とするにもかかわらず、659条に反して善管注意義務を要求したのは、ローマ法（ユ帝法）—ドイツ法の系譜であると説明される¹³¹⁾。そして、委任が無償性である場合にも善良なる管理者という高度の注意義務が求められた理由について、四宮博士は二つの学説を引用しつつ、説明される。すなわち、①ローマ法では委任は多くの関係に含まれ、それぞれによって利益状況を異にしたから、責任の基準についても単一でなかった。そのため受任者および第三者の利益のための委任や何らかの形で報酬を受けた *procuratio*（執事）と融合した委任などにおいては、軽過失の責任が認められた可能性があったこと¹³²⁾、②無償の受寄者は悪意の場合、重過失の場合、および自己の物よりも粗末に扱った場合にのみ責任を負う。一方で無償の受任者が抽象的軽過失の責任を負うのは、受寄者が積極的な勤勉な処理の義務を負わないのに対し、受任者は事物の性質上勤勉な処理を義務づけられることという理由から、受任者は高度の注意義務を要求されるのだという¹³³⁾。以上の理由に鑑みると、「644条の解釈としても一応規定の文言を尊重して無償の受任者に対しても善管注意義務を要求するほかない」とされながらも、委任者の危害を避けるために受任者が危険にさらされた場合でも善管注意義務を要求するのは酷であり、このような場合には緊急事務管理に関する698条を類推適用すべきとする¹³⁴⁾。

2 659条類推適用説

石田助教授は、644条の趣旨を次のように説明される¹³⁵⁾。644条は、医師や弁護士の事務処理のように、委任事務の内容によっては受任者の行為により委任者の身体や財産に大きな損害が生じる恐れがあることから、無償委任であっても高度の注意義務を要求しているものとされる。しかし、石田助教授によれば委任のすべての場合において委任者の生命等が侵害されるわけではなく、このような場合にまで無償の受任者に善管注意義務を要求することは

酷であり、659条の類推適用によってその注意義務が自己の財産に対するの
と同一の注意義務に軽減されると解すべきとされる。¹³⁶⁾

鈴木博士は、無償委任の場合にも善管注意義務が課せられると一般に理解
されているが、「契約上の無償義務者一般の注意義務が『自己ノ財産ニ於ケル
ト同一ノ』限度とされていることとは矛盾するため」、委任者と受任者と
の関係を「社会的接触において広く観察し、それでも受任者が委任の状態が
あることによって全く利益を受けていない場合のみは、受任者の地位は、実
際上、純粹の行為によって他人の事務を処理している事務管理者に近い、と
いえるから、この場合には、かれは『自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ』注意義務
を負うに過ぎない」と解すべきとされる。¹³⁷⁾

平野裕之教授は、まず551条や659条に定められている責任の制限を無償契
約の一般原理であると指摘される。¹³⁸⁾そして条文上高度の注意義務を要求され
ている委任契約は、「自己の事務を他人に代わりに行わせるという重大でかつ
信頼関係に支えられている」ために、例外的に注意義務が高められてもよ
いとされる。しかし、委任契約にも当然種類があるので、無償の場合にはそ
れなりに注意義務が軽減されてよいとされる。¹³⁹⁾

3 無償委任契約では原則として注意義務が軽減されるとする見解

加藤教授は、委任契約では有償無償を区別せず善管注意義務が問題となる
とされているが、無償委任については、「債務者の責任が故意の場合に限定
されない種類の事案であっても、具体的過失がなければ責任を負うことはな
い」とされる。¹⁴⁰⁾そして例として有償で子どもを預かる場合と無償で子どもを
預かる場合とでは異なる責任が問われるべきであるとされる。¹⁴¹⁾

五 無償寄託における受寄者の注意義務の軽減（659条）について

無償受寄者の注意義務の軽減に関しては、ドイツ法ではその軽減が保護義
務違反や不法行為責任が問題となる場合にも適用されるか否かという点で議

論がみられ、フランス法では有償寄託の受寄者と無償寄託の受寄者とで要求されうる義務に差異がありうるという点で議論がみられるものの、日本では¹⁴²⁾無償受寄者の注意義務制限を定める659条に関しては、その立法趣旨をめぐる若干の議論が見受けられるほか、その責任制限の範囲に関する議論はほとんど見当たらない。¹⁴³⁾その議論も、ドイツ法を示唆とした辻教授による考察がみられるにとどまる。

(一) 659条による注意義務軽減の根拠

まず、そもそもなぜ659条が644条とは異なって無償受寄者が寄託物の保管に際して果たすべき注意義務を「自己の財産に対するのと同じの注意」で足りるとしたのであろうか。

この点について、多くの学説では単に「無償性のため」とするのみでそれ以上の言及は見られないが、¹⁴⁴⁾①寄託契約における当事者意思の推定とする見解と、②契約の無償性＝債務者の好意という側面を重視する見解とがみられる。

1 当事者意思の推定とする見解

梅博士は、現行民法は原則として有償契約と無償契約とで債務者の責任に差異を設けないという原則を採用したが、659条はそれに対する例外であり、そこには特別な理由があるとされる。¹⁴⁵⁾すなわち、寄託者は受寄者が平時において注意深い者であるかどうかを知ったうえで自分の財産を寄託するため、受寄者が自己の財産に対するのと同じの注意を果たせば多くの場合において寄託者の意思に適ったものとなるとされる。¹⁴⁶⁾

岡松参太郎博士も、無報酬で寄託を引受ける受寄者に400条を適用することは責任が重きに失するとされ、特に寄託者は受寄者が自己の財産を管理するためにどれだけの注意を用いているのかを見たうえで寄託を行うことが多いと指摘される。そして自己の財産の保管のために用いている注意を超える注意を、このとき無償の受寄者に要求することは受寄者にとって酷であるの

みならず、寄託者の望みを超えるものでもあるとされる¹⁴⁷⁾。

来栖博士は、委任契約においては契約が有償の場合と無償の場合とで注意義務に差異を設けていないのに対して、寄託契約においてはそのような基準に従って注意義務に差異を設けている点について、その理由を明らかにはしえないとされながらも、以下のように推測される¹⁴⁸⁾。すなわち、委任の場合には委任者の義務は受任者の事務から切り離されて存在し、したがって受任者は自己の事務と無関係に委任者の事務処理を引受けているのに対し、無償寄託において受寄者は寄託物を自己の物とともに保管するために自己の物と切り離して考えることが適当でないからであろうか、とされる¹⁴⁹⁾。

2 無償性＝債務者の好意を659条の根拠とする見解

たとえば平野教授は、659条の趣旨について以下のように指摘される。「無償で、即ち、好意で他人の物を預かる場合、無償行為は道徳に片足を突っ込んだような関係であり、法的に強い拘束力を与えるのに適しない特殊性があるため、好意で預かった者の責任を軽減しようというものである¹⁵⁰⁾」。

加藤教授も、「好意で行った行為については責任を軽くしてよいが、利益を求めた行為に対しては一般の契約責任を課すことが適当だからである」とされ、有償寄託と無償寄託とで民法が受寄者に対して異なる程度の注意義務を要求している理由とされる¹⁵¹⁾。

(二) 659条による注意義務軽減の射程

辻教授は、無償受寄者の注意義務の軽減を規定するBGB690条が保護義務や不法行為責任にも及ぶかどうかについてのドイツ法における議論を参考とし、特にシュレヒトリームの見解を適切とされ以下のように述べられる¹⁵²⁾。すなわち、わが国の解釈論としても責任制限の適用範囲を限定すべきであり、寄託契約における寄託者の給付目的以外の完全性利益の保護は、給付義務の内容になることはないので保護義務あるいは不法行為責任に従って判断され

るべきである。しかし、実際に無償受寄者の責任を軽減する必要がある場合には、「不法行為上の注意義務の内容を具体的に判断する際に無償寄託の目的や受寄者の地位を考慮することによって、實際上受寄者の責任軽減をはかることができる」とされる¹⁵³⁾。

(未完)

第四章 注

- 1) これについては日本でも紹介されている。たとえば比較法学会編『贈与の研究』(有斐閣、1958) 141頁以下、160-162頁(鈴木ハツヨ執筆)、山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会、1987〔初出：1978〕) 526頁参照。
- 2) ポティエの見解に関しては、Pothier, *Traité du Prêt à usage, du Prêcaire, du Prêt de consommation, de l'Usure, du Promutuum et de l'Action conditio indebiti, des Contrats de Dépôt, de Mandat (et quasi-contrat Negotiorum gestorum)*, d'Assurance, de Prêt à la grosse aventure, de Jeu et de Nantissement, in *Œuvres*, par M. Bugnet, T.5, 1847 (以下、Pothier, *Traité du Prêt à usage* として引用) および Pothier, *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*, in *Œuvres*, par M. Bugnet, T.8, 1845 (以下、Pothier, *Traité des Successions* として引用) による。
- 3) C.C.における贈与は証書を要する要式契約とされているが(931条および932条)、要式性が遵守されるのは不動産贈与の場合であるとされている。山口・前掲注1) 527頁参照。また、契約の効力に関しては、934条に所有権は別段の引渡し tradition なしに受贈者に移転すること、943条に将来の財産を目的とする贈与が無効であることが規定されているにすぎない。
- 4) Pothier, *Traité des Successions*, p.305 n°132.
- 5) Pothier, *Traité des Successions*, p.305 n°133.
- 6) ポティエはローマ法源に依りつつ説明をする。ローマ法源では、契約から利益を得ない当事者の責任を軽くし、利益のみを得る当事者の責任を重くするという利益原理という考え方があり、この考え方は後期ドイツ普通法学説にも継受されていた。これについては、第一章—II(拙稿「無償契約債務者の責任法理(一)」大東法学23巻2号(2014) 113頁以下)を参照。
- 7) C.C.1891条：「貸借物が使用者に損害を生じさせることがあるような欠陥を有するときで、貸主がその欠陥を知り、かつ、それを借主に知らせなかった場合には、貸主は、責任を負う」。条文の邦訳に関しては、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典—物権・債権関係—』(法曹会、1982)に準ずる。
- 8) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, pp.31-34 n°76, 81, 84 s.
- 9) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.32 n°79.

- 10) ポティエは、貸主が倉庫を借主に貸し与えたところ、倉庫の真の所有者が倉庫内の借主の商品を撤去してしまったという事例を挙げる。このとき、倉庫が第三者のものであることについて貸主が善意であれば、借主による損害賠償は認められないとする。
- 11) Pothier, *Traité des Successions*, pp.32-33 n°79.
- 12) 貸主の第三の債務である瑕疵を知る場合に借主に告知する義務に関しては、貸主が瑕疵について善意である場合には、瑕疵について責任を負わないこととなるが、その理由については、第一の義務と同様とされている。
- 13) C.C.1927条：「受寄者は、受寄物の保管において、その者に属する物の保管において払うのと同じの注意を払わなければならない」。
- 14) C.C.における寄託契約は、原則として「本質的に無償の契約」であるとされる(C.C.1917条)。
- 15) C.C.1928条：「前条の規定は、〔以下の場合には、〕より厳格に適用されなければならない。1 受寄者が寄託を受領することを自ら申し出た場合、2 受寄者が寄託〔物〕の保管について報酬を約定した場合、3 もっぱら受寄者の利益のために寄託を行った場合、4 受寄者がすべての種類の過失について責任を負う旨を明示的に示した場合」。
- 16) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.132 n°26.
- 17) 善良なる家父長の注意を遵守しなかった場合には軽微なフォートがあるにとどまり、このフォートに対して無償受寄者は責任を負わないという。なお、ポティエは例として、次のような場面を挙げる。たとえば「受寄者に銀、ダイヤモンド、その他鍵つきの金庫で補完されるような性質の高価な物品が寄託された場合に、受寄者の家の玄関や待合室にこれらが置かれたままとなり、これらの物が往来するすべての人にさらされた状態になっていたとする。もしこれらの物が盗まれたならば、これは受寄者の重大なフォートによって引き起こされているので、受寄者はこれら物の紛失につき責任を負うであろう」。Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.131 n°23.
- 18) C.C.1992条1項：「受任者は、故意 dol についてのみではなく、その事務処理において犯す過失についても責任を負う」。2項：「ただし、過失に関する責任は、委任が無償である受任者に対しては、報酬を受け取る受任者に対してよりも厳格でなく適用される」。
- 19) なお、明示されていないが記述内容からは有償委任のみならず無償委任も含めての説明のようである。
- 20) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.188 n°46.
- 21) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.189 n°49.
- 22) Pothier, *Traité du Prêt à usage*, p.132 n°26.
- 23) ポティエは無償寄託契約において、受寄者には誠実 *fidélité* であることが要求されるとするが、これは自己の財産に対するのと同じの注意をもって、寄託物を保管することを指すとされている。
- 24) Aubry et Rau, *Droit civil*, 6^eéd, par Paul Esmein, T.10, 1954, p.409 ; Philippe Malaurie, *Les successions les liberalites*, 5^eéd., 2012, n°405.
- 25) Aubry et Rau, *Droit civil*, 6^eéd, par Paul Esmein, T.12, 1956, p.262 ; Francois Terre et Yves Lequette, *Droit civil*, *Les successions*, *Les liberalites*, 3^eéd., 1997, n°506 ; Christian Jubault, *Droit civil*, *les successions les liberalites*, 2005, n°808 ; Michel Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, 2008, n°315.21 ; Bernard Beignier, *Liberalites et successions*, 2012, n°135 ; Maraurie, *op. cit.*, n°405. なお、贈与契約における担保責任の制限に関する判例として、学説ではカーン控訴院1879年5月5日判決 (S.1880, 2, 68)、ディジョン控訴院1887年2月11日判決 (D.1888, 2, 42)、ナルボンス控訴院1898年11月24日判決 (DP. 1899, 2, 157) などが挙げられている。ただし、

責任制限の根拠や射程そのものが問題となった事例ではないようである。

- 26) Beignier, *op. cit.*, n°136
- 27) Aubry et Rau, *op. cit.*, p.264 note 4 ; Grimaldi, *op.cit.*, n°315.22 ; Maraurie, *op. cit.*, n°405.
- 28) Terre et Lequette, *op. cit.*, n°507 ; Jubalt, *op. cit.*, n°809.
- 29) Aubry et Rau, *op. cit.*, p.264 ; Terre et Lequette, *op. cit.*, n°506 ; Jubault, *op. cit.*, n°808 ; Maraurie, *op. cit.*, n°405.
- 30) Aubry et Rau, *op. cit.*, pp.265-266 s.
- 31) Aubry et Rau, *op. cit.*, p.263 (目的物が滅失した場合の損害賠償の範囲には填補賠償も含まれるとする。) ; Maraurie, *op. cit.*, n°405.
- 32) Grimaldi, *op. cit.*, n°315.22. ただし、具体的にどのような態様での制限を認めるべきなのかについては述べられていない。
- 33) なお、無利息消費貸借に関しても貸主の担保責任を制限する趣旨の規定が存在する(C.C.1898条)。しかしこの規定は1891条を準用するという形式をとっており、学説でもC.C.1898条が独立して問題とされることはないようであるため、本稿では1891条のみ扱うこととする。
- 34) Bull. civ. 1, n°463.
- 35) Bull. crim. criminal 2002 n°165. なお、本判決の評釈として François Chabas, *Droit & Patrimoine* 2003, 110がある。
- 36) この点について、瑕疵ある馬の貸借によって損害が生じたという場合、通常は不法行為責任が追及されることが多いとされる。V., D. IR. 2002, 3061. ただし本判決によって不法行為責任が退けられた理由については、C.C.1891条に基づく責任が認められる以上、不法行為責任について検討する必要がないとされたためであるのかは明らかでない。なお、C.C.1382条および1385条は以下のとおりである。C.C.1382条：「他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであっても、過失によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」。C.C.1385条：「動物の所有者又はそれを用いる者は、その使用中は、保管下の動物であれ、逸走した動物であれ、それが生じさせた損害について責任を負う」。
- 37) S. 1941, 112.
- 38) C.C.1386条：「建物の倒壊が営繕の欠如の結果として、又は建築の瑕疵によって生じたときは、その所有者は、それによって生じる損害について責任を負う」。
- 39) *Gaz. Pal.* 1976, 2, 238.
- 40) なお、J. -R. Mirbeau-Gauvin, *Rep. civ. Dalloz*, V° prêt, 1997, n°92 s 参照。
- 41) 借主に対する不法行為責任の追及を排除する判例として、そのほかたとえば *Cass. Req.* 20 mai 1930 = D. 1930, 378がある。
- 42) C.C.1384条 1項：「自己の行為によって生じさせる損害だけでなく、自己が責任を負うべき者の行為又は自己が保管する物から生じる損害についても、責任を負う」。2項：「ただし、いかなる名義であれ、火災が発生した不動産又は動産の全部又は一部を保有するものは、その火災がその者の過失又はその者が責任を負う者の過失に帰せられるべきことが証明される場合でなければ、それから生じる損害について、第三者に対して責任を負わない」。3項：「前項の規定は、所有者と賃借人との間の関係には適用されない。それは、引き続き民法典第1733条及び1734条によって規律される」。
- 43) 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.7, *Les contrats spéciaux*, 14^{ed}, 2001, n°917 ; P. -H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6^{ed}, Litec, 2008, n°360 ; F. Leclerc, *Droit des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2007, n°604 s ; D. Maniguy, *Contrats*

- spéciaux, 7^eéd, Dalloz, 2010, n°356 ; A. Bénabent, Dorit civil, Les contrats spéciaux, 9^eéd, Montchrestien, 2011, n°649 s ; P. Malaurie, L. Aynes et P. -Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 5^eéd, Defrénois, 2011, n°918. なおコルニュは、使用貸借における貸主の責任制限について、貸貸人との相違を指摘して以下のように述べる。すなわち、「この相違、すなわち貸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。使用貸借貸主の側では、悪意（これがある場合はもはや友人でない）は、使用貸借法の外側に使用貸借貸主が置かれるというように扱われる必要がある。一貫性という要素と賠償という原則は、使用貸借内部の均衡と有償契約と無償契約との間の調和を確立するという二重の効力を有する（1876条。あるいはより正確には使用貸主の側での非利己性）」。そして、この法理の淵源がローマ法にあるとも指摘する。「ローマを法源とするこの規範は、われわれの時代にまで、その唯一の効力を生き長らえさせている」。V. RTD. civ. 1981, 650, obs. G. Cornu.
- 44) なお、C.C.においては1137条において債務者の負う注意義務に関する原則規定が置かれている。C.C.1137条1項：「物の保存について注意する義務は、合意が当事者の一方のみの便益 *utilité* を目的とする場合であれ、共通の便益 *utilité commune* を目的とする場合であれ、保存の任にあたる者を善良な家父長としてすべての注意を払う〔義務〕に服せしめる」。2項：「この義務は、一定の契約に関しては、拡大され、又は縮小される。この点については、契約の効果は、それに関する章で説明される」。2項によれば、寄託契約に関する1927条および1928条、委任契約に関する1992条はこの原則を修正する規定であることになる。
- 45) D. 1921, 2, 76.
- 46) C.C.1933条：「受寄者は、受寄物が返還の時にある状態においてのみそれを返還する義務を負う。受寄者の行為によって生じたのではない毀損は、寄託者の負担とする」。
- 47) D. 1955, 252.
- 48) 判決文に詳細はないものの、不可抗力による返還義務の不能とされていることから、Xの自動車は戦火によって失われてしまったということのようである。
- 49) Sériaux, *op. cit.*, n°98 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n°891 ; Antonmattei, Raynard, *op. cit.*, n°523 ; Leclerc, *op. cit.*, n°1041 s ; Maniguy, *op. cit.*, n°402 ; Bénabent, *op. cit.*, n°1044 s ; Malaurie, Aynes et Gautier, *op. cit.*, n°880 s. なお、M. Boitard, Les contrats de services gratuits, Recueil Sirey, 1941, pp.240 s ; Noël Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, 1965, n°81 s ; R. Rodière et P. Delebecque, Rep. civ. Dalloz, V^e dépôt, 1994, n°112 s も参照。
- 50) I. Avanzini, Les obligations du dépositaire, Litec, 2006, n°71.
- 51) Avanzini, *op. cit.*, n°73 s.
- 52) C.C.における委任の場合、条文の文言としてはその目的は法律行為に限定されないようであるが、フランスでは学説によって委任の目的が法律行為に限定されたとされる。C.C.1984条1項：「委任又は委任状（の交付）は、ある者が他の者に、委任者のために、かつ、委任者の名においてなんらかのことがらを行う権限を付与する行為である」。
- 53) S. 1909, 1, 328 = D. 1911, 1, 413.
- 54) D. 1975, 410.
- 55) Bull. civ. 1, n°11 = D. 1980, IR, 232.
- 56) CCC. 2000, n°156, obs. L. Levebeur.
- 57) C.C.1134条1項：「適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代

- わる」。2項:「合意は、それを行った者相互の同意又は法律が許す原因によってでなければ、撤回することができない」。3項:「合意は、誠実に履行しなければならない」。
- 58) P. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n°157 s; Sériaux, *op. cit.*, n°138; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n°567; Antonmattei, Raynard, *op. cit.*, n°484; Leclerc, *op. cit.*, n°918; Maniguy, *op. cit.*, n°572; Bénabent, *op. cit.*, n°973; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n°567. なお、Boitard, *op. cit.*, pp.240 s; Dejean, *op. cit.*, n°86 s; P. L. Tourneau, *Rep. civ. Dalloz*, V° mandat, 2000, n° 290 sも参照。
- 59) Pétel, *op. cit.*, n°159; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n°567.
- 60) Pétel, *op. cit.*, n°157.
- 61) 寄託でも、たとえばアヴァンツィーニは、無償受寄者が不注意により目的物を滅失や損傷させてしまっても、寄託者はそのような不注意なものに自らの財産を預けたことを責めるべきと述べる。
- 62) 担保責任といってもその内容や性質にはさまざまなものがありうる。ここでは、「目的物の瑕疵から生じた損害に対する責任」という意味で、便宜上担保責任とよぶこととする。なお、C.C.における売主担保責任に関しては、とくに瑕疵担保責任に関して扱うものとして、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、1963) 113頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、1963) 123頁以下、野沢正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009) 83頁以下を参照。
- 63) 北川・前掲注62) 123頁、野沢・前掲注62) 95頁。
- 64) 柚木・前掲注62) 115頁、北川・前掲注62) 124頁。追奪担保責任についてC.C.1635条:「売主は、他人の土地を悪意で売却した場合には、奢侈又は安楽のためのものであっても、取得者がその土地に対して行ったすべての支出を取得者に償還する義務を負う」。瑕疵担保責任について1645条:「売主は、物の瑕疵を知っていた場合には、売主が受領した代金の返還のほか、買主に対してすべての損害賠償の義務を負う」。とくにC.C.1645条による損害賠償の拡大につき、これによって目的物の瑕疵から生じた拡大損害をも把握するとする裁判例があるとされる(荻野素緒「売買契約の目的物の瑕疵に起因する拡大損害」松川正毅=金山直樹=横山美夏=森山浩江=香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』(法律文化社、2012) 222頁以下)。なお、債務法現代化以前のBGBでも売主が目的物の瑕疵について悪意で黙秘していた場合には、特別な法律効果を定める規定が置かれていた。旧BGB463条1文:「売買目的物が、売買の時点で保証された性質を欠いていた場合、買主は、解除あるいは代金減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求できる」。2文:「売主が瑕疵を悪意で黙秘していた場合も同様である」。
- 65) 野沢・前掲注62) 86頁。
- 66) なお、ここで扱ったものはあくまでフランス民法学説の一部分にすぎず、このように債務者の悪意を理由とした損害賠償の範囲拡大が一般法理として承認されているのか否かということまでは明らかでない。ただし、目的物の瑕疵から生ずる損害について、日本民法の立法者も、贈与者が瑕疵について善意であれば、拡大損害を含むすべての損害を免れると述べていたことにも注意が必要である(法典調査会『民法議事速記録9』(法務図書館、1981) 303-304頁参照)、また前掲注64)も参照。
- 67) さらに贈与に関して、遅滞や不能といった一般的な不履行の場合にも、何らかの責任制限が認められてよいとするものもある。
- 68) 判例⑤、⑥、⑩に顕著である。

第五章 注

- 1) 井上操『民法〔明治23年〕詳解 人権之部』（信山社、2002）367-368頁参照。
- 2) なお、磯部四郎博士（同『民法〔明治23年〕釈義 財産編第二部 人権及ヒ義務（上）』（信山社、2002）1704頁以下）は、財産編396条にいう担保を、「義務の履行につき生じることがある損害の予防である」と説明される。このことから、同規定のいう担保責任については、追奪担保責任に限らず広く目的物（義務の履行）の瑕疵より生じた損害を含むと解せようであるが、磯部博士もまた、担保については追奪担保責任を前提としておられたようである。また、財産編395条にも担保責任に関する総則的規定が設けられているが、同条も第三者による追奪に対する担保責任を規定している。
- 3) 星野英一編『民法理由書 第2巻 財産編人権編』（雄松堂、2001）208頁参照。さらに、このように有償契約と無償契約で債務者の責任に際して設けたのは、ローマ法以来各国法典に見られる規定であるからではなく、功究と深い討議を経たものであるとされる（同208頁）。また、ポアソナードは、受贈者が追奪により損害を被った場合（特に受贈者が贈与物を他人に売却しようとする場合）のために、贈与者に対する受贈者の損害賠償請求を認めるべきであるという見解もあるとするが、これに対しては第一に贈与に追奪担保義務があるとするのは諸外国の法律や従来の慣習に反すること、第二に贈与者が善意で贈与物の権利を自らにあるものと信じる場合、それを保護すべきであることを理由とし、追奪担保責任は認められないとされる（同209頁以下）。
- 4) 星野編・前掲注3）212頁以下。
- 5) 磯部四郎・前掲注2）1708頁以下、井上操・前掲注1）371頁以下、本野一郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨『日本民法〔明治23年〕義解 財産編 第四巻 人権及ヒ義務（下）』（信山社、1998）862頁以下、井上正一『民法〔明治23年〕正義 財産編第二部 卷之壹』（信山社、1996）590頁以下参照。
- 6) 181条1項：「貸主に属しない物の貸借は無効なり。ただし、その貸借が利息付でありかつ借主が善意である場合、貸主は借主に対して担保の責任を負う」。同条2項各号には、この場合でも例外的に消費貸借が有効である場合が規定されており、それによれば、借主が善意で貸借物を消費したとき（1号）、時効に基づいて真の所有者の返還請求権が排除されたとき（2号）、真の所有者が貸借を認めたとき（3号）とされる。
- 7) 182条1項：「貸借目的物に借主が知らず、貸主が知る隠れた瑕疵があり、借主がこれによって損害を受けたとしても、無利息の貸主は損害賠償責任を負わない。ただし、貸主に詐欺または加害の意思があった場合は別とする」。
- 8) 井上操博士は、無利息の貸主が悪意である場合には財産編396条に従い責任が生じるとされる。井上操『民法〔明治23年〕詳解 取得編之部 中巻』（信山社、2002）383頁。また、本野一郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨『日本民法〔明治23年〕義解 財産取得編（下）（自第百四條至二百六條）債権担保編（自第一條至第九條）』（信山社、1998）834頁も参照。岸本辰雄博士（同『民法〔明治23年〕正義 財産取得編 卷之貳』（信山社、1995）19頁）も同様に責任制限の理由について無利息消費貸借の恩恵性を挙げられる。一方、磯部博士（同『民法〔明治23年〕釈義 財産取得編（中）（第6章～第12章）』（信山社、1997）591頁）は、無利息の貸主は責任を負わないが、目的物に自己の権利がないことにつき善意か悪意かを問う必要はないとされる。その理由は、無償で貸与をなすほどの者が、物が自己の物でないことを知りながらあえてこれを貸与することは想像できないからであるという。
- 9) 星野英一編『民法理由書 第3巻 財産取得編』（雄松堂、2001）693頁以下。井上操博士（同・前掲注8）362頁以下）も同様に、消費貸借は、貸主に目的物の不良や有害性のため借主に及ぼした損害の賠償義務があることを指摘する。また、貸主は約束した期間内は返還を請求できない義務があるために双務契約であるとする意見に対し、

- 返還を請求できない義務については、一般の義務であって双務契約としての義務の一つではないとされ、損害賠償については貸借により生じる義務ではなく、不正の損害すなわち民事犯による結果にすぎないとされる。岸本博士（同・前掲注8）25頁、27頁）も同じく、消費貸借が片務契約であることから、この場合の損害賠償は不正の損害によるものであるとされる。本野ほか・前掲注8）840頁以下も参照。
- 10) 星野編・前掲注9）695頁以下。ただし、貸主が目的物に瑕疵があることを単に知っているにとどまるのであれば害意があるとはできず、それは貸主が瑕疵あることを知って詐欺によってこれを隠べいしたとしても、場合によっては損害が発生しないということを信頼していたことがあるかもしれないからであるとする。この点で、無利息消費貸借貸主がこの担保責任を負うための要件として、ポアソナードは貸主が単に瑕疵を認識していることにとどまらず、瑕疵によって借主に積極的に損害を与えようという意図、いわば害意を有しているということが必要であるとしていた点に特徴がある。
- 11) 井上操・前掲注8）389頁以下。
- 12) 204条2項：「貸借目的物の瑕疵のために借主が損害を受けた場合、182条1項の規定を準用する」。
- 13) 星野編・前掲注9）759頁以下。
- 14) 井上操・前掲注8）496-497頁以下。また本野ほか前掲注6）27頁も、204条の責任は不正の損害に関するものであることを指摘されている。
- 15) 井上操・前掲注8）502-503頁。このように責任制限規定を理解すると、瑕疵について知るべきであった（過失によって知らなかった）貸主であれば担保責任を負わないこととなるが、このとき過失に基づく不法行為責任は生じないのか、という点について疑問が生ずる。ただし、すでに見たように旧民法における無利息消費貸借・使用貸借契約で問題となる瑕疵のための責任は、契約責任ではなく不法行為責任であるとされていたために、むしろここでの責任制限規定は、契約の片務性のため契約責任は当然に問題とならないことが前提とされたうえで、そのときになお問題となる不法行為責任を制限するという意味を持っていると解されていたと推測される。
- 16) また、184条における無利息消費貸借の貸主についても同様と思われる。その他の文献では、このような無利息消費貸借・使用貸借貸主による瑕疵の過失不知について、この場合の貸主の責任に明確に言及するものは見られないが、磯部博士（同・前掲注5）597頁）は182条の注釈において、利息付消費貸借の貸主はその注意をもって知ることができる瑕疵については責任を負うとされる。そして岸本博士（同・前掲注8）27頁）も、182条について、利息付消費貸借の貸主は知りうべき瑕疵についても責任を負うとされる。このことからやはり無利息消費貸借・使用貸借の貸主には、（片務性ゆえに）瑕疵に関する検査義務等は存在せず、瑕疵の不知につき過失があったとしても貸主に責任は生じないという認識が一般的であったと考えられる
- 17) 210条1項：「受寄者は、寄託物の看守及び保存について、自己の財産に対するのと同様の注意を用いなければならない」。2項：「受寄者が自ら求めて寄託を受けた場合、または単に自己の利益を目的として寄託物を使用する許可を得て寄託を引受けた場合、受寄者は善良なる管理者の注意を用いなければならない。ただし、…」。
- 18) 星野編・前掲注9）774頁。取得編206条によれば、旧民法において寄託契約は本来的に無償契約である。井上操・前掲注8）515頁、岸本・前掲注8）135頁など参照。また、受寄者が報酬を受け取る場合には、その契約は寄託契約ではなく、労務または物の賃貸として分類されるといわれている。ただし、寄託者が後日少額の謝礼などを支払うという事実があったとしても、それが対価たりうるものでなければ、なお（本質的に無償の）寄託契約を認めることに問題はないともされる。磯部・前掲注8）687

頁など参照。

- 19) 星野編・前掲注9) 774-775頁。なお、受寄者が特に注意深いものである場合、その受寄者はいわばそのような高度の注意を普段から自己の財産に対して用いているのであり、そのような受寄者が寄託を引受ける場合にはその高度の注意義務が用いられる必要があるとする。星野編・前掲注9) 775頁。同旨として井上操・前掲注8) 543-544頁。井上操博士は、普段から善良なる管理者の注意を用いる受寄者の責任が厳格になることは、甚だ酷であるが210条の原則を適用する結果でありやむをえないという。井上操・前掲注8) 544頁。
- 20) このような理由づけは、現在のフランス法学説にも見られるところである。たとえば、I. Avanzini, *Les obligations du dépositaire*, Litec, 2006, n°73 s. なお、受寄者が例外的に善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされる場面が二つ挙げられている。それは、受寄者が自ら申し出て寄託を引受ける場合と、受寄者が自らの利益のために寄託物の使用許可を得た場合である。後者について、ポアソナードによれば、寄託が受寄者の利益のために行われることはまれであるため、法文に、受寄者が「寄託物を使用する」という場合が受寄者の利益のために行われる寄託であると特に規定したという。ただし、このときなぜ受寄者の注意義務が高度なものになるのかという理由は明らかにされていない。星野編・前掲注9) 776頁。この場合には、受寄者が寄託物を利用するという点でいわば対価を得ていると考え、単に一方的な役務提供ではないとするためであるのか、あるいは他人の物を利用するという点で、賃貸借や使用貸借の借主と同様に他人の財産に対する配慮義務が課されるためであるのかは明らかでない。磯部博士はこのとき受寄者は使用借主と同様の立場にあるために善良なる管理者の注意義務を負うとされる。磯部・前掲注8) 706頁。同旨として岸本・前掲注8) 150頁。ドイツ後期普通法時代における立法例等でも、無償契約である寄託契約において、例外的に受寄者に高度の義務や責任が要求される場合について、同種の規定を設ける例が見られた。また、C.C.でも受寄者の義務が加重される場面として、同種の規定が設けられている(C.C.1928条)。それぞれ第一章—Ⅲ(拙稿「無償契約債務者の責任法理(一)」大東法学23巻2号(2014)113頁以下)、第四章—V(本稿)参照。
- 21) 岸本・前掲注8) 138頁、磯部・前掲注8) 690頁、井上操・前掲注8) 516-518頁。
- 22) 岸本・前掲注8) 148-149頁、井上操・前掲注8) 544頁。
- 23) 磯部・前掲注8) 704-705頁。また、井上操博士も同旨であるが、さらに加えて、受寄者になお善良なる管理者の注意を求めることは「実に酷にして情義の許さざる所と云わざるべからず」という。井上操・前掲注8) 541頁。
- 24) 井上操・前掲注8) 521-522頁。
- 25) 旧民法委任契約では、フランス民法典(C.C.1992条2項)と同様に、無償委任の場合では有償委任の場合に比較して受任者の過失を寛大に評価すべきという規定が置かれている(取得編239条)。詳しくは後述。
- 26) 井上操・前掲注8) 713-714頁。寄託契約は消極的に相手の財産を保管することを目的とするが、委任契約は積極的に相手の利益を達成することを目的とするという点によって、責任制限規定の態様が相違する理由とされる。受任者が無償であっても高度の義務を要求されることに関するこのような理由づけは、ドイツ法やフランス法(とりわけポティエ)でも言及されていた。詳しくは第三章—V—(拙稿「無償契約債務者の責任法理(二)」大東法学24巻2号(2015)23頁以下)、第四章—Ⅱ—Ⅰ—Ⅳ(本稿)。
- 27) 239条1項:「代理人は委任事件を成就させるために、善良なる管理者の注意を用いなければならない」。2項:「ただし、次の各号に掲げる場合、代理人の過失は比較的寛

- 大にこれを査定する」。1号：「代理人が無償で代理をなすとき」。2号：「…」。上述のように、旧民法では委任契約を代理契約と呼称していたようである。取得編229条1項には、「代理は当事者の一方がその名をもってその利益のためにあることを行うことを他の一方に委任する契約なり」と規定されている。井上操・前掲注8) 619頁も参照。また、旧民法典における委任(代理)契約に関しては、一木孝之「委任の無償性—その史的系譜(三)」早稲田大学大学院法学研究論集91号(1999) 29頁以下、44頁も参照。
- 28) 星野編・前掲注9) 854頁。
 29) 星野編・前掲注9) 854-855頁。
 30) ただし、「報酬を受ける場合には無償の場合と比べて一層その注意を綿密にする必要がある」とは述べている。このことから、報酬を受ける場合には債務者はより一層の注意を用いるべきであり、報酬を受けない場合には相対的にそれ程高度の注意を用いる必要は無いと考えられていたということであろうか。ポアソナードが指摘する注意義務に関する一般原則である財産編334条は、債務者は引渡しまで善良なる管理者の注意義務をもって目的物を保管する義務を負うこと、無償譲渡の場合には自己の財産に対して用いる注意を果せば足りること、そして自己の財産に対して用いる注意で足りる場合については、特に規定を必要とすると定める。
- 31) 岸本・前掲注8) 246頁、磯部・前掲注8) 787頁、井上操・前掲注8) 712-713頁。
 32) 岸本・前掲注8) 247頁。ただしこれをもって、委任者は善良なる管理者の注意義務から免れるということでは決してなく、単に比較的寛大にその注意義務違反が認定されるにすぎないとされる。井上操・前掲注8) 716頁。なお、井上操博士は、無償委任の場合に過失が寛大に評価される理由について、「全く無償で委任が承諾される場合には、その委任は交誼に基づいていることが明らかであり、受任者に多少の過失があったとしてもそれを嚴重に責に帰すことは交誼を破り人情の許さないところであるというべき」とされる。井上操・前掲注8) 716-717頁。
- 33) 磯部・前掲注8) 788-789頁。
 34) 井上正一【民法〔明治23年〕正義 財産取得編 卷之參】(信山社、1995) 205-206頁、磯部四郎【民法〔明治23年〕釈義 財産取得編(下)(相続法之部)】(信山社、1997) 208-210頁、井上操【民法〔明治23年〕詳解 取得編之部 下巻】(信山社、2002) 306-307頁参照。
- 35) 磯部・前掲注34) 208-210頁。また、井上正一博士によれば、取得編351条において贈与者の担保責任が制限される理由は財産編396条において無償契約債務者が一般に追奪担保責任を免れるのと同じ理由によるとされる。井上正一・前掲注34) 205頁。同旨として井上操・前掲注34) 316頁。ことに贈与における追奪担保責任の制限に関する②の理由である、受贈者が目的物を追奪されたとしても、損害を受けることはいないために担保が必要ないという理由は、フランス贈与法における追奪担保責任の制限根拠としても挙げられることがあった。第四章—Ⅲ(本稿)参照。
- 36) 井上操・前掲注34) 320頁。
 37) 法典調査会編【民法議事速記録9】(法務図書館、1981) 297頁以下、梅謙次郎【民法要義 卷之三 債権編(復刻版)】(有斐閣、1987) 466-468頁。さらに、551条の立法過程を整理する先行研究として、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。
 38) 法典調査会・前掲注37) 298頁。穂積博士は、贈与は「親切、友誼、その他の情愛から生ずるものであり、または社会上の義務、公の義務、徳義上、交際の義務からも

贈与を行う場合がある。または他人に恩があってそれに報いるために贈与を行う」こともある。「…対価があれば保護を厚くし、そうでない場合には保護が薄いというような主義は採用しない。ある場合では贈与であっても売買などより重い場合もあり得るとわれわれは考える。それゆえ、例えば贈与者の責任について、贈与者に重大な過失がなければ責任を負わないという規定や、…贈与者というものは元来自ら出捐をなすために贈与者の責任を軽減するという趣旨の規定が諸外国に見受けられるが、そうした主義をわれわれは採用しない」と述べる。

- 39) これに関する議論に先立ち、土方寧委員から「100円のを贈与するといつて、それが50円の価値しかなかった場合、責任はどうなるのか」という趣旨の質問が提起されている。穂積博士はこれに対し、「100円に見えるものを貰ったが実は50円であったということでは問題とならない。ただし、(贈与者が) 100円の価値のものを贈与するといつてそのような価値のないものであることを知っているならば、50円だけ贈与するということになるが、このとき取引の性質や明示または黙示の意思表示で100円の価値のあるものの贈与となっている場合には、瑕疵であつて直ちに責任が生ずる」とされる。ここでは、いわゆる性質保証など契約に現われる個別事情から、特定の価値や性質を有する物の贈与も觀念でき、目的物が保障された価値や性質を有していなければ、担保責任が生ずるといふ考え方が示されている。法典調査会・前掲注37) 299-300頁。
- 40) なお、民法551条に関する起草過程の議論については、鈴木恵・前掲注37) 247頁以下の整理検討も参照。
- 41) 法典調査会・前掲注37) 303-304頁。これについて、梅博士は以下のように述べる。すなわち、「…相手方に損害を加えようという意思をもってなすのであれば明文がなければ損害賠償責任が生ずる。しかし【権利又ハ物ノ瑕疵ニ付キ其實ニ任セス】とあるならばそのような場合でも責任がないという解釈が初ずるものと思われる。あるいは文言からはその方が当然であろう。とくにそのような場合ではなく、善意であつた場合…この場合もやはり不正の損害であるといふことで責任が生ずるといふ解釈がどうしてできようか。そのような解釈は無理な解釈と考えられる。…われわれの考えでは瑕疵を知りながら告げない場合に責任が生じなければ問題があるが、自分も知らずに贈与したものについて責任があるということになったならば大変なことであると考えられる。…すなわち損害を生じさせることを知つて贈与したならば、そのような場合には贈与者に責任を負わせてよいと考える。目的物から他人に損害が生じた場合は勿論、そのほかの場合でもただし書によつて損害賠償責任を負わせてよい」といふ。また、伝染病のために死亡した者が着ていた着物を、善意の者が他人に贈与したという場合、受贈者が伝染病に罹つて死亡したならば、贈与者がその責任を負うといふことは大変に困るといふ。
- 42) 法典調査会・前掲注37) 304頁。自分が一度他人に譲渡した不動産を、証書などを作つてまた他人に贈与する場合、受贈者は直接損害を被つていなくとも完全な所有権と同じような額を払わせてもよいとする。
- 43) 無利息消費貸借および使用貸借における担保責任制限規定(現行民法590条2項、596条)に関しても、もちろん立法資料において議論の対象となっている。しかしその内容を見るに、責任制限の根拠や制限の範囲、射程などといった本稿の問題関心にとつて直接関わらないものが多い。そのためここでは省略する。なお、議論の詳細については、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) 250頁以下、263頁以下、284-285頁、282-283頁をそれぞれ参照されたい。消費貸借貸主の担保責任に関する立法者の意思を検討するものとして、下森定「瑕疵担保責任に関する一つの覚書—いわゆる「特定物ド

- グマ」と民法起草者の見解— 森泉章編代『続現代民法学の基本問題』(第一法規、1993) 195頁、206頁以下参照。
- 44) 法典調査会における委任契約に関する議論については、一木・前掲注27) 44頁以下、同「委任の無償性—その史的系譜(四・完)」早稲田大学法学研究論集92号(1999) 31頁以下、33-35頁参照。
- 45) 法制調査部・前掲注39) 602-603頁。
- 46) 法制調査部・前掲注39) 603-604頁。
- 47) 法制調査部・前掲注39) 604-605頁。
- 48) 法制調査部・前掲注39) 605頁。なお、民法修正案理由書では以下のような解説が加えられている。すなわち、受任者が委任を受諾した以上は忠実にその義務を履行すべきことが契約の本旨であり、報酬がないといった理由で本然の義務履行に軽重を設けることは不当であるという。広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、1987) 619頁。
- 49) 梅・前掲注37) 720頁。
- 50) 法制調査部・前掲注39) 720頁。なお、旧民法では契約の有償無償に応じて債務者が果たすべき注意を区別していた(財産編334条。前掲注30)参照)。
- 51) 特定物引渡しまでの保存に善良なる管理者の注意を要求する400条の立法理由でも、起草担当者の穂積博士により同趣旨の説明がなされている(法典調査会編『民法議事速記録7』(法務図書館、1980) 66-67頁)。いわく、いやしくも人に対して一定の債務を負うということであれば、およそ善良なる管理者の注意が要求されるべきという。ただし、相手の利益のためにのみ保存をする場合にもこの注意を要求することは少し酷であるかもしれず、このような場合に注意の程度を裏から見て責任の程度を減ずる場合には、各場面ごとに規定するという。
- 52) 法制調査部・前掲注39) 760頁。
- 53) 法制調査部・前掲注39) 761頁。その後の議事では、無償性を寄託の要素としてはどうかという問題や、用語法が問題にされており、受寄者の責任制限に関わってくるような議論は展開されていない。
- 54) 梅謙次郎ほか『法典質疑問答 第三編 民法債権 全』(信山社、1994) 246-248頁。また、民法修正案理由書でも同旨の説明が加えられている。広中編・前掲注48) 629-630頁。
- 55) もちろん、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、不履行に際しては415条に従って帰責が判断される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。
- 56) 石田稔『民法V 契約法』(青林書院、1982) 109頁。なお、石田稔「損害賠償法の再構成」(東京大学出版、1977) 125頁以下では、400条と659条との立法趣旨を整理され、立法者は400条が適用される贈与者などに対して659条の類推適用を排除することを意図していたかは明確でなく、そのため贈与者や無利息消費貸借貸主、使用貸借貸主に對しても659条が類推適用されてよいとする。
- 57) 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。なお於保博士は、この評価が許されるならば、故意および重大な過失のために贈与者が責任を負うということの根拠を551条1項ただし書の類推適用に求めることもできないではないとされる。
- 58) 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)。

- 59) 広中・前掲注58) 287頁。
- 60) 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頁。
- 61) 辻・前掲注60) 187頁。
- 62) 加藤雅信『契約法』（有斐閣、2007）25頁。
- 63) 加藤・前掲注62) 26頁、177-180頁。さらに、事案の特性から無償契約の債務者が輕過失のために責任を負うべきとされる場合でも、その過失は具体的過失を基準として評価されるべきとされる。
- 64) なお、消費貸借（590条2項）や使用貸借（596条）も同様に貸主の担保責任を制限する趣旨の規定となっているが、ほとんどの学説では無償性を理由として担保責任が免除されているとするほか、目立った議論は見られない。そのため本章では、贈与契約における法理が無利息消費貸借や使用貸借についても当てはまると考えられるため、贈与契約を中心に扱うこととする。
- 65) 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、末弘徹太郎『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。ただし、すべての見解が551条1項の規定する責任を有償契約における担保責任の性質に準じて評価しているわけではないようである。たとえば、北川教善太郎博士や星野英一博士らは、570条にいう瑕疵担保責任を債務不履行責任と評価される代表的論者であるが、551条については、担保責任の性質に関する言及はなされず、単に570条にいう担保責任が制限されているとするとどめておられる。星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（合本新訂版、良書普及会、1986）105-106頁、北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第3版〕』（有斐閣、2003〔初出1993〕）38-39頁参照。
- 66) なお、これら二つの点の双方をともに責任制限の理由として挙げられる見解もある。たとえば中川善之助編『債権各論』（青林書院、1957）81頁、篠塚昭次＝前田達明編『講義 債権各論』（青林書院新社、1981）83頁（三田地宣子執筆）、柳澤秀吉＝堀田泰司編『債権法各論』（嵯峨野書院、1998）57頁（宮本健蔵執筆）、奥田昌道＝池田真朗編『法学講義民法5 契約』（悠々社、2008）122頁（良永和陸執筆）。なお、岡本詔治教授は551条1項などによる無償契約債務者の担保責任の制限について、「このような免責は当事者の通常の意味にそうものと考えられたからであるが、いうまでもなく、その行為の無償性（好意給付性）が前提とされている」としながらも、そもそも有償契約における担保責任は、一方の給付に欠陥がある場合、「その給付の均衡をはかるために認められる法的保護」であるから、無償給付の場合には特約のない限り担保責任が課せられることはないとされる。同「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社、1990）50頁。森泉章『契約法各論』（日本評論社、1996）16-17頁もこれと同旨。
- 67) 我妻・前掲注65) 232頁。同旨として鳩山・前掲注65) 263頁、乾編代・前掲注55) 72頁（中井美雄執筆）、田山輝明『契約法』（成文堂、2006）130頁。
- 68) 川井健『民法概論4 債権各論〔補訂版〕』（有斐閣、2010〔初出2006〕）117頁。
- 69) 於保・前掲注57) 85-86頁。
- 70) 於保・前掲注57) 86頁。
- 71) 吾妻光俊『新版債権法』（弘文堂、1964）156頁。高島平蔵博士も、「受贈者が対価的

- 給付なしに利益をうけることとのバランスを考慮すると、法規制としては、このような責任を免除してよい」と評価される。高島平蔵『債権各論』(成文堂、1988) 100頁。
- 72) 我妻・前掲注65) 232頁。鳩山・前掲注65) 264頁、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』(有斐閣、1994) 36頁も同旨。
- 73) 鈴木祿弥『債権法講義 四訂版』(創文社、2001〔初出1980〕) 333-334頁。瑕疵なき物を給付するという意思の存在を必要とする点では、不特定物が目的である場合にも、そのような意思がなければ担保責任を原則として免れるとされるようである。
- 74) 内田・前掲注65) 168頁。
- 75) ただし、免責・帰責ともに完全性利益侵害に対する損害に対する551条1項の適用可能性につき、免責・帰責ともにこれを認めるのか、どちらか一方についてのみ認めるのか明らかでない見解もある。
- 76) 末川・前掲注65) 19頁。同旨として、松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎『帝国民法〔明治29年〕正解 第六巻 債権〔復刻版〕』(信山社、1997) 934-935頁。
- 77) 同旨として大谷美隆『債権各論講義』(明治堂書店、1924) 46頁注2。大谷博士は、家屋が破損していることを知りながら贈与したために、受贈者がそれを知らずにその家に住み地震のために損害を受けた場合を例として挙げられる。
- 78) 鈴木恵・前掲注37) 256-257頁。
- 79) 鈴木恵・前掲注37) 257頁。
- 80) 鈴木恵・前掲注37) 258頁。
- 81) BGB523条やBGB524条の規定に沿って解釈される。これら規定については、第三章一IV参照。ただし、鈴木恵准教授は、履行請求権や代物請求権をこのときに無条件に認めるかについては無償性に鑑みて一考の余地があるとされる(なおBGBでは、他人の財産から取得して行く種類物贈与の場合、代物給付義務を原則的な法律効果として規定する)。
- 82) 鈴木恵・前掲注37) 259頁。
- 83) 鈴木恵・前掲注37) 259-260頁。ただし、鈴木准教授は「信賴利益としての瑕疵惹起損害」についてどのような場面を想定されているのを明らかにされていない。
- 84) 岡孝『無償契約の特殊性』法学セミナー408号(1988) 86頁。
- 85) 岡・前掲注84) 86-87頁。
- 86) 岡・前掲注84) 87頁。
- 87) 内田・前掲注65) 168頁。
- 88) 来栖・前掲注55) 235-241頁。なお、来栖博士は贈与者の担保責任の制限の根拠を当事者の意思に求められる。来栖・前掲注55) 237頁。また、民法起草者は担保責任についてあいまいな理解をしており、現行551条の議論をみるにその所論は注意義務について有償と無償とを区別しないという原則に矛盾するように感ぜられるとする。そして積極的債権侵害、進んで信賴利益も、両者の区別困難性からいづれも贈与者の担保責任の範囲外の問題であるとする方が有償無償を区別しないという原則に適うのではないだろうかとされる。来栖・前掲注37) 111頁。
- 89) 来栖博士は、疑問がないではない、とされながらも不特定物贈与の場合においては中等の品質の物を給付する義務があることを確認されている(同・前掲注55) 236-237頁)。そうであるとすれば、不特定物の瑕疵(=中等の品質でない物の給付)によって受贈者の完全性利益に対して損害が生ずる場合、代物給付義務(履行請求権)に関しては一般原則によるが、完全性利益侵害による損害賠償に関しては、551条1項によると一応は評価されていると理解できよう。
- 90) ただし来栖博士は、目的物に権利の瑕疵がある場合の損害賠償責任については言及されていないので、この場合の責任がどの範囲にまで及ぶのか、信賴利益にとどまるの

かあるいは価格賠償や履行利益なども含むと理解されているのかどうかは不明である。さらにこの場合、目的物の瑕疵から損害が生じたことについて贈与者に過失があるという点で、415条の規定する債務不履行責任（引いては709条による不法行為責任）との競合が問題となると思われるが、これについてはどのように扱われるのか、目的物の瑕疵から生じた損害が問題となる限り、551条1項が特別規定として優先適用されるのかどうかは明らかにされていない。

- 91) 乾編代・前掲注55) 74頁（中井美雄執筆）。
- 92) 三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院、1983）33頁。
- 93) この場合の贈与者の責任は、瑕疵について悪意である売主の責任と同様であるとされる。三宅・前掲注92) 364頁も参照。すなわち、瑕疵について詐欺的悪意のある売主の責任は、信頼利益、履行利益、そして完全性利益すべてを含むとされる。ただし、売主の責任に關していえば、詐欺的悪意のある売主の責任を三宅博士のように一種の特別責任ととらえるべきか、あるいは詐欺的悪意を415条にいう帰責事由ととらえ、415条・416条に従った債務不履行責任による賠償範囲画定の問題ととらえるべきかという問題はあろう。
- 94) 石田・前掲注56) 109-110頁。
- 95) 石田・前掲注56) 113頁。
- 96) 石田・前掲注56) 114頁。また、担保責任と債務不履行責任について、石田助教授は、「起草者も担保責任と債務不履行責任を比較したうえで担保責任を軽減したのかどうかは明確でない」とされる。しかし現行民法の立法資料を見る限り、両者の性質などの厳格な比較検討を踏まえているかは定かではないものの、少なくとも立法者は債務不履行責任を制限せず、担保責任を制限するという点では区別が明確に意識されていたといえる。
- 97) 梅・前掲注37) 466-467頁も参照。
- 98) 梅謙次郎『民法〔明治29年〕債権 第二章 契約（第一節～第三節）』（信山社、1996）25-26頁、28頁参照。
- 99) 岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）179-184頁、とくに180-181頁。
- 100) 岡村・前掲（99）182頁。不特定物の瑕疵または権利の贈与者に売主と同様の責任を負わせることは権衡を失して不公平であるとされる。
- 101) 岡村・前掲注99) 183-184頁。
- 102) 岡村・前掲注99) 181頁。なお、拡大損害や瑕疵結果損害による完全性利益侵害の問題を不法行為法規範の問題とする見解として、岡村博士のほか、辻・前掲注60) 183-185頁、平野裕之『契約法（第3版）』（信山社、2008〔初出1996〕）255頁がある。辻教授は、目的物の瑕疵に基づく拡大損害による完全性利益侵害の場合と目的物自体の瑕疵に由来しない積極的債権侵害による完全性利益侵害の場合とのどちらについても不法行為法規範による解決が妥当であり、551条1項の責任制限は及ばないとされる。ただし、551条1項によって制限される責任の具体的内容についてまでは言及していない。
- 103) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2002）52頁。
- 104) 潮見・前掲注103) 53頁。
- 105) 山中康雄『契約総論』（弘文堂、1949）256頁。山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」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）70頁以下も参照。
- 106) 山中・前掲注105) 256-257頁。
- 107) 山中・前掲注105) 257頁。山中博士は551条1項の理解について BGB521条、523条、そして524条を示唆とすべきだとされる。

- 108) 半田吉信『契約法講義〔第2版〕』（信山社、2005〔初出2004〕）180頁。半田教授は551条1項による担保責任の制限の根拠を、当事者の通常の意味に一致するためとされる。なお、三和一博＝平井一雄編『債権各論要説』（青林書院、1991）61頁（半田吉信執筆）も参照。
- 109) 加藤・前掲注62）177-178頁。
- 110) 加藤・前掲注62）177頁。加藤教授は、551条にいう責任を担保責任ととらえない理由として、教授の瑕疵担保論では、570条の損害賠償は対価的代金減額であるところ、贈与の場合は対価が存在しないため、代金減額の余地がないので、551条1項は贈与者の債務不履行責任ととらえるべきだという（同178-179頁）。
- 111) 加藤・前掲注62）178頁。なお、同様に551条1項ただし書の責任を債務不履行責任であるとする見解として、横田秀雄『債権各論〔第13版〕』（清水書店、1921〔初出1912年〕）239頁。
- 112) 磯村哲『売買・贈与』法学セミナー17号（1957）16頁。磯村博士は、ドイツにおけるラーレンツの見解を引用される。
- 113) 末川博編代『民事法学辞典下巻』（有斐閣、1960）1214-1215頁（西沢修執筆）。
- 114) 末川編代・前掲注113）1215頁（西沢修執筆）。
- 115) 末弘・前掲注59）318-319頁。
- 116) 末弘・前掲注59）320頁。
- 117) 宗宮信次『債権各論』（有斐閣、1952）112頁。
- 118) 判例ではたとえば最判昭和44年1月31日判時552号50頁以下参照。
- 119) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）債権（5）』（有斐閣、1993）54-55頁（柚木馨・松川正毅執筆）も参照。岡村博士は権利の欠缺は客観的事実であり当事者の善意悪意によってその有無を決するべきではないので、自己の物として贈与した目的物が実は第三者の所有物であった場合には、権利そのものは存在するので権利の欠缺ではなく、法律行為の要素に錯誤ありとして契約が無効になるにすぎないとする。岡村・前掲注99）180頁。
- 120) 内田・前掲注65）168頁。560条の適用はないとされる。ただし、権利を取得した場合には受贈者への引渡義務があるとされる。
- 121) 来栖・前掲注55）238-239頁。
- 122) 三宅・前掲注92）34頁。
- 123) 三宅・前掲注92）34-35頁。ただし三宅博士は、これらの損害は択一的にのみ請求可能であるとされる。
- 124) 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。
- 125) もちろん、644条の規定に忠実に有償無償に関係なく他人から事務の処理を委託された以上は善良なる管理者の注意義務を尽くす必要があるという見解が多数である。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、末川博『債権各論第二部』（岩波書店、1967）311-312頁、山中・前掲注105）258頁。山中博士は、「無償委任と有償寄託」とでは、他人の事務を処理する権利という性格が強く報酬の有無が異なるのみで規範原理を異にしないが、無償寄託については、「無償で他人に物を保管させる権利」という性格が強いために、（無償委任と異なって）659条が存在するとされる。野沢正充『契約法』（日本評論社、2009）229頁、潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ〔第2版〕』（新世社、2010〔初出2005〕）245-246頁も参照。
- 126) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962）659-660頁。
- 127) 我妻・前掲注126）660頁。同旨として明石三郎『委任と報酬』契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ 雇用・請負・委任』（有斐閣、1963）259-260頁、中川高男『受

- 任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ 雇用・請負・委任』（有斐閣、1963）278頁、松坂佐一『民法提要 債権各論（第四版）』（有斐閣、1981〔初出1956〕）194頁。
- 128) 我妻・前掲注126) 672頁。
- 129) 広中・前掲注58) 129頁。ドイツ民法起草者の言葉を援用される。
- 130) 広中・前掲注58) 129-130頁。広中博士も我妻博士と同様にC.C.1992条2項に留意すべきとされる。同・前掲注52) 契約法の理論130-131頁。なお、広中・前掲注72) 279-280頁も参照。ただし、フランス判例法・学説におけるC.C.1992条2項の理解では、この規定による責任制限はあくまで有償委任の受任者に期待しうる義務を無償委任の受任者には期待できない場合があるということとどまり、有償委任の不履行と無償委任の不履行とで、損害賠償の内容にも差を設けるべきことはないというものであった。これについては第四章—Ⅵ（本稿）参照。
- 131) 四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人『不当利得・事務管理の研究（2）』（有斐閣、1971）306頁。
- 132) 四宮・前掲注131) 306-307頁。Alan Watson, Contract of Mandate in Roman Law, 1961を引用される。四宮博士は、この理由がユ帝法期に受任者に軽過失責任を認める最大の要因であったのではなからうかと推測される。
- 133) 四宮・前掲注131) 307頁。Johann Christian Hasse, Die Culpa des römischen Rechts, 1838を引用される。
- 134) 四宮・前掲注131) 307頁、308頁注10。四宮博士は、698条類推適用の根拠としてドイツ法における解釈（Josef Esser, Schuldrecht, Bd.2, 3.Aufl., 1969を引用）を指摘される。ドイツ委任法における受任者の義務に関しては、第三章—Ⅴ（拙稿・前掲注26）参照。
- 135) 石田・前掲注56) 347頁。
- 136) 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）、半田・前掲注108) 444頁、岡本・前掲注66) 49頁。なお、岡本教授は法律行為や人の生命に関わる無償委任であれば善管注意義務を要求されるが、単なる事実行為・好意給付であるならば注意義務それ自体が軽減されてよいとされる。
- 137) 鈴木禄弥・前掲注73) 668頁。なお鈴木博士は、自己の財産に対するのと同一の注意は無償義務者一般の注意であり、さらに委任契約から全く利益を受けない受任者を、事務管理者と同様の利益状況にあることをも理由とされる。
- 138) 平野・前掲注102) 8頁注6および10頁。さらにこのことから、贈与契約においても贈与者の注意義務は善良なる管理者の注意義務でなく自己の財産に対するのと同一の注意義務で足りるとされる。同旨として近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法（第3版）』（成文堂、2006〔初出1998〕）261-262頁。
- 139) 平野・前掲注102) 612頁。なお平野教授は、無償委任であるからといって直ちに善管注意義務を免れるというのは正しくない（たとえば、医師によるボランティアでの治療行為など）が、善良なる管理者の注意義務を原則として要求することも適当でないとされる。また、委任の種類によっては黙示による注意義務の軽減に関する合意がなされていると認定することも考えられるとする。同旨として奥田＝池田編・前掲注66) 280頁（橋本恭宏執筆）。
- 140) 加藤・前掲注62) 26-27頁。
- 141) 加藤・前掲注62) 27頁、421頁。加藤教授は、C.C.1992条2項を参考とすべきと指摘される。
- 142) これについては、第三章—Ⅴ—Ⅱ（拙稿・前掲注26）および第四章—Ⅲ（本稿）参照。

- 143) 659条などに規定される自己の財産に対するのと同一の注意に關して、歴史的比較法的検討を加えるものとして、西村重雄「自己固有の注意」論の系譜—民法六五九条等のローマ法的沿革— 西村重雄=児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』(九州大学出版会、2000) 527頁以下を参照。
- 144) たとえば我妻・前掲注126) 714頁。
- 145) 梅・前掲注37) 768頁。起草過程の議論に關しては本章Ⅲ—3も参照されたい。
- 146) 梅・前掲注37) 768-769頁。同じく起草委員であり、現行659条の起草担当者であった富井博士も同旨である。法制調査部・前掲注39) 760-761頁参照。
- 147) 岡松・前掲注125) 次312- 次313頁。
- 148) 来栖・前掲注55) 591-592頁。
- 149) 来栖・前掲注55) 592頁。
- 150) 平野・前掲注102) 658頁。平野教授は、別の観点からみれば、責任を容易に認めないことにより安心して市民間で好意的な寄託という人情のお互いさまの行為を促進し、社会的連帯を高めようという思想の現れといいうるとされる。
- 151) 加藤・前掲注62) 444-445頁。なお、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16) 債権(7)』(有斐閣、1989) 328頁(明石三郎執筆)も参照。
- 152) 辻・前掲注60) 185-186頁。ドイツ法に關して、無償受寄者の注意義務軽減を定めるBGB690条についてのシュレヒトリームの見解については、第三章—V—二—(二)—2(拙稿・前掲注26)を参照。
- 153) 辻・前掲注54) 186頁。辻教授によれば、寄託物の損傷、滅失、喪失自体についての損害賠償責任が問題となる場合には、契約責任と不法行為責任とが競合しうるとし、不法行為責任に対して659条による責任制限が及ぶことはいうまでもないとされる(同・前掲注60) 186頁および188頁注(43)参照)。辻教授と同旨として平野・前掲(102) 658頁注3)。辻教授は完全性利益が給付義務の対象となっている場合とそうでない場合とを区別され、後者についてはもっぱら不法行為責任(あるいは保護義務)によって解決が図られ、前者については、給付義務違反に基づく債務不履行責任と完全性利益侵害に基づく不法行為責任とが競合してどちらについても659条の適用があるとされる。しかし、講学上完全性利益が問題となっていると判断しえたとしても、教授の認めるように寄託契約ではまさに同利益の保護が給付義務の内容となっているのであって、このような場合に完全性利益の侵害という点を強調することで、不法行為責任(あるいはその競合)を問題にする必要があるのかという疑念がないではない。