

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任

——ドイツ給付障害法を素材にして——

長
坂
純

目次

- 一 問題の所在
- 二 契約法規範の変容と改正民法の規律構造
- 三 ドイツ給付障害法における議論状況
- 四 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任
- 五 結び

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任（長坂）

三（九八五）

一 問題の所在

周知のように、現代の社会生活においては、保険・金融サービス、医療サービス、教育サービス、情報サービスなど、多くの分野で多種多様なサービス取引が行われており、また、新種のサービスも次々と開発され、提供されている。そして、サービス取引の進展に伴って生じ得るトラブルに対処するために、法的にもサービスを規制対象とすることが増えている（割賦販売法、特定商取引に関する法律、商標法、不正競争防止法など）。

サービス取引の進展という事態は、有体的財貨の供給という「与える債務（給付）」から各種役務の提供という「なす債務（給付）」へと、債務態様の重要性が移ってきたことに対応するものに他ならない。つまり、契約法規範における「引渡債務」から「行為債務」への比重の拡大である^②。しかし、役務を伴う契約といっても、役務のみを目的とするものから、「物」の供給と混合する場合もみられ、また、不完全な役務の態様や顧客の救済方法も色々考えられる。

このように役務および役務提供契約の多様性からは、民法典の諸規定だけでは十分に対応しきれない問題も浮上する。民法典における契約法の諸規定は、専ら「物」給付を中心に構成されており、役務への法的対応は十分ではない。債権総則規定では、「債権の目的」（三九九条以下）につき、債務（給付）の概念分類には一切言及しておらず、主体としての役務提供者の視点や対象としての役務の視点から定められた規定もない。また、契約規定の中に役務提供型の典型契約として雇用・請負・委任・寄託をおいたが、これらは多様な役務の一部を抽象的概念でもって対象とするものであり、不完全な役務に対する提供者責任の一端を呈示するに留まっている。もちろん、役務提供契約においても

提供者の債務不履行責任や契約不適合責任を追及することは可能である。しかし、「物」給付とは異なり、役務提供にあつては、給付結果が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かがそもそも定まっていないうえに、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難である。また、導かれる効果についても、単に損害賠償や契約解除によつて不完全な役務からの救済を図るだけでは不十分である。今回（二〇一七年）の改正民法に導入された契約不適合責任（五六二条以下）の適用に関しても、それは物給付を伴う契約（物の製作・修繕、運送、寄託など）のみが対象となるのか、あるいは一定の結果の達成が約束された契約に限定適用されるのか、さらには、物給付を伴わない役務提供（純粹役務^②情報提供や医療・介護サービスなど）にも適用可能かなどが問題となろう。^③

学説においても、役務提供契約を検討すべき重要性が認識され、「物」の供給に関する契約類型と並立させた役務提供型契約類型の定立や欠陥・瑕疵のある役務の認定判断などに関しても議論されてきた。さらに、契約締結に際しての事業者の説明・表示義務の内容や約款規制、役務の安全性確保の具体的方策、継続的契約関係における中途解約権の保障や代金前払契約の規制など、実務上の対応を要する課題も指摘されている。しかし、未だ役務提供型の契約法は生成途上にあり、役務提供者責任の体系化もその緒に就いたばかりである。^④

以上の状況を踏まえ、本稿は、役務提供契約の目的である行為債務の不履行に基づく損害賠償の帰責構造を検討する。改正民法四一五条は、改正前民法四一五条の「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を損害賠償の一般的免責要件として位置づけたうえで、その判断基準を「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に求めることを明記する。ここで債務者が不履行責任を負う理由は、契約により約束した債務を履行しないという「契約の拘束力」（「契約は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」という原則（「*pacta sunt servanda*）」に求められ、行動の自由の保障を

基礎に据えた伝統的な過失責任の原則（過失責任主義）を根拠とするものではないと説明される。⁽⁵⁾

しかし、改正民法において、債務不履行による損害賠償請求権の成立要件はどのように理解されるのかは判然としない。周知のように、これまで損害賠償の成立要件は「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」という二元的構成に立脚して理解されてきたが、このような伝統的理解に関しては様々な修正が加えられてきた。⁽⁶⁾ 役務提供契約においては、専ら役務の提供（行為債務）のみを内容とする契約のほか、「物」の供給との関連性も踏まえた類型化がなされ、履行結果についてもそのような給付実態に即した分析が加えられている。そして、ここでは当事者の契約関係における行為態様、すなわち、履行過程における具体的な行為義務の違反が、債務不履行の判断基準とされる。

そこで、以下では、ドイツ法を素材にして検討する。後述するように、ドイツ民法典（以下では、BGBと称する）は、給付障害を債務関係から生じる「義務違反（Pflichtverletzung）」概念に包括し、契約義務の存立根拠規定を設け、積極的債権侵害論の展開過程で理論的深化が進められた契約義務論の成果が収斂された。また、「帰責事由（Vertretenssachen）」に関しては、その原則を過失責任主義に求め、過失責任原理の評価や債務（給付）類型に関連づけた議論が展開されている。したがって、日本法の問題を考えるうえでも、ドイツ法は格好の理論モデルを提供するであろう。⁽⁷⁾

二 契約法規範の変容と改正民法の規律構造

1 契約法規範の変容と役務提供契約

(1) 契約法規範の変容

周知のように、近代民法の基本原則である契約自由の原則（民法五二二条・五二三条二項）は、当事者の対等性・互換性を前提とするが、かなり早い段階から当事者間の経済的・社会的格差（特に情報力・交渉力格差）の問題性が露呈し、その修正が図られてきた（締約強制、方式規制、内容の適正化など）。しかし、他方で、近年の契約法の潮流として、契約自由の強調ないし合意重視の傾向についても指摘される^⑧。それは、一九九〇年代からの自己決定による契約自由の強調や契約利益を中心とする債権法の構築へ向けた動き、契約の尊重（保護）思想^⑨といった諸場面であらわれているという。このように、今日では、「契約自由の修正」と「契約自由の復権」が併行・拮抗しているという状況にある。

また、取引社会の進展に対応して契約形態が変容してきたことも、現代契約法の特徴である^⑩。契約当事者（主体）の具体的な属性（消費者・事業者・労働者など）への配慮、契約内容の定型化や取引方法の多様化による特別法の制定・改正の進展（割賦販売法・特定商取引法・金融商品販売法など）、取引関係の多角化（複数の契約関係の連鎖〔連続〕^⑪や循環構造など）のほか、契約目的物の多様化という特徴も顕著である。すなわち、契約目的物として、大量生産された代替性のある種類物が多くなるとともに、情報や無形サービスの重要性が増大し、役務提供契約および行為債務は現代契約法の特徴として浮上してきた問題である。

(2) 役務提供契約論の展開

役務提供契約および行為債務をめぐっては、これまで、一般契約法や契約類型の視点からその特徴と概念の意義が説かれ、また、役務の欠陥・瑕疵に対する役務提供者責任が論じられてきた¹²⁾。特に、役務提供契約および提供者責任を消費者被害の救済という側面から考察する傾向が顕著であった。

(a) 役務提供契約の性質決定 行為債務(なす債務)概念に関しては、フランス法上の結果債務・手段債務概念に対応させて論じる見解が有力であり、役務提供給付の特徴も浮き彫りにされ、とりわけ、役務の不可視性・無形性、品質の客観的評価の困難性、復元返還の困難性、貯蔵不可能性、人的依存性・信用供与的性格、役務態様の多様性などが指摘されてきた。そして、役務提供契約は、「物」の供給との関連を踏まえて類型化される(物供給と混合する場合、物に関わらない場合〔純粹役務〕)とともに、履行結果の態様(結果の達成が約束されている場合〔さらに有形的に具現化するものと無形のもの〕と約束されていない場合やこれらの混合型)に即した分析が加えられている。また、典型契約との対比から、役務提供自体を目的とするのか(雇用・委任)、一定の結果の達成が義務づけられるのか(請負)という「給付目的の差違」、あるいは役務(勞務)提供者の役務受領者からの独立性(請負・委任)、従属性(雇用)といった「当事者の関与」の度合に応じた差別化もみられる。しかし、実際には、当事者による結果達成の期待は契約により異なるであろうし、当事者間の独立性・従属性という点も段階的ないし類型的に種々考えられる¹³⁾。多様な役務提供給付を包括する視点や分類する枠組みは確立されてはいない。

以上の状況からは、典型契約制度の意義ないし契約類型の機能に関しても改めて検討してみる必要がある¹⁴⁾。最近では、フランス法における議論の紹介も盛んである。すなわち、契約の解釈から性質を決定し、具体的事案に適用可能

なカテゴリを確定するという作業の一環である「契約の法性決定」に関する議論の検討や、契約の一般理論と各種の典型契約の規律との間に特定の問題に関して共通の性質をもつ同系類の契約に妥当する理論（中間理論）に関する議論も紹介されている。¹⁶

(b) 役務提供者責任 役務提供者責任の性質・内容に関しても、その解明へ向けた一定の傾向を窺うことはできず、諸説が林立する。結果債務・手段債務類型からの分析や「物」給付と関連づけた不完全な役務の判断、消費者保護の見地から役務提供者の注意義務の水準を引き上げる考え方など、その解決方向性に関しては議論がある。しかし、上述の役務提供給付の諸特徴からは、その債務不履行や契約不適合の判断は容易ではない。裁判例においても、典型・非典型契約を含む多くの役務提供契約に関する事例が集積されてきているが、同種の事案において帰責根拠（被違反義務）の理解は一致せず、また、債務内容の特定や債務者のなした行為の事実認定と本旨不履行の評価に関する判断過程が明確でない場合も少なくない。

私見は、不完全履行論の成果から解決方向性を得られないかと考えている。不完全履行概念は、履行遅滞と履行不能という二つの態様には収まりきれないものを捉えるためのいわば補充的な態様として、不履行責任の拡張をもたらした。そして、次第に多種多様な役務提供契約が登場してきたことにより、行為債務の重要性が増すに至り、この種の債務にあつては「与える債務（引渡債務）」以上に不完全履行が重要な意味を有することが明らかにされた。

そして、不完全履行論は、契約上の債務・義務構造に関する理論的進化をもたらした点で評価できるであろう。債務・義務に立脚して債務不履行を捉える分析手法は、本旨不履行の判断基準を説明するうえで有用であり、また、役務提供契約では当事者の契約関係における行為態様（行為義務）が評価の対象とされることから、債務者の帰責性が

より鮮明になり得ると考える。⁽¹⁸⁾ この点で、これまでの積極的債権侵害論(契約義務論)の成果を導入したドイツ給付障害法は、格好の理論モデルを提供する。

2 改正民法の規律構造

(1) 役務提供契約と民法改正

今回の改正民法の立法過程および契約法の規律において、いくつかの留意点が認められる。民法(債権法)改正委員会の改正試案およびそれを踏まえた法制審においては、役務提供契約に関して検討された。⁽¹⁹⁾ そこでは、雇用・請負・委任・寄託を包括する上位カテゴリーとして「役務提供契約」を位置づけ、無名の役務提供契約についても適用される総則規定として、①役務提供者の義務、②具体的報酬請求権の発生に関する一般原則、③役務受領者の任意解除権とそれに伴う役務提供者の損害賠償請求権が予定された。しかし、中間試案の段階で総則規定をおくことが断念され、準委任の規定の改正に拠ることとしたが、要綱仮案の段階でそれも見送られた。⁽²⁰⁾

すなわち、法制審では、様々な役務提供を内容とする契約のうちで、委任に関する規定が妥当する類型もあれば、そうでない類型もあり、当事者間の信頼関係を前提にするというよりも、受任者の知識や技能といった専門性を重視して契約が締結されることも多く(たとえば、医療やコンサルティング)、準委任を類型化するにしても、その基準の合理性や明確性の点で疑問があるとされた。⁽²¹⁾ そして、結局、委任の規定が準用されない場合に適用される規律が不明確であり、他方で、適用される規律を具体的に定めることも困難であるとして、取り上げないこととなった。⁽²²⁾ なお、「継続的契約」に關しても、中間試案の段階では共通する規律が設けられていたが(期間の定めのある契約の終了、期間の定めのない契約の終了、解除の効力)、⁽²³⁾ 要綱仮案に至る過程で見送られた。⁽²⁴⁾

その後成立した改正民法においては、契約自由の原則が明文化され（五二一条・五二二条二項）、典型契約の諾成契約化が図られた（諾成的消費貸借〔五八七条の二〕、使用貸借〔五九三条〕、寄託〔六五七条〕）。また、売買の契約不適合責任（五六一条以下）の有償契約への準用（五五九条。請負の瑕疵担保責任規定の削除）や履行（または利益）割合に応じた報酬請求権規定の創設（六二四条の二〔雇用〕、六三四条〔請負〕、六四八条三項〔委任〕、六六五条〔六四八条の準用。寄託〕）など、役務提供契約に対応する規律も認められる。

(2) 契約責任法の構造

(a) 債務不履行責任 はじめに述べたように、改正民法は、債務不履行による損害賠償（四一五条）を「契約の拘束力」（パクタ原則）から導く。⁽²⁵⁾これは、近時の国際的な契約法の潮流（国際物品売買契約に関する国連条約〔CISG〕、ユニドロワ国際商事契約原則〔PICC〕、ヨーロッパ契約法原則〔PECL〕など）を背景とする理解であるとされ、伝統的な過失責任主義は放棄され、契約で引き受けた債務が履行されなければ賠償責任は免れず、それが契約の想定外のリスクが原因となって生じた場合には例外として免責が認められる。この立場では、契約当事者の合意に基づき債務者がいかなる内容の債務を引き受けたのかという契約の解釈が決め手となる。

周知のように、これまで債務不履行による損害賠償請求権の成立要件は、「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」の二元的構成に立脚して議論されてきた。しかし、改正民法四一五条において、「債務の不履行」の判断基準、「帰責事由」・「非帰責事由（免責事由）」の理解と「債務の不履行」との関係、不法行為規範との関係など、規律構造は判然としない。⁽²⁶⁾「契約の拘束力」に基づく考え方（約束〔合意〕した債務を履行しなかった）を重視すると、「債務の不履行」の判断のみで損害賠償を認めるか、あるいは契約内容の判断と帰責事由の有無の判断とが重複することになるが、こ

の点の理解も明らかではない。「行為債務」（特に手段債務〔例、医師の診療債務〕）については、債務者の具体的な行為に対する評価を要することから、従来からの過失判断との相違はないとみると、帰責事由概念をどのように理解すべきかという問題が残る。そうすると、「物」給付（財産権移転型・利用型契約）とは別に、役務提供契約に対応させた特別の責任法の構築を考えることになるのであろうか。

また、帰責根拠を「契約の拘束力」（債務者が債権者に対して契約により引き受けた債務の内容を実現しない）という事態に求める立場は、損害賠償請求権は本来の債権の効力として生じることになる。このような理解からは、損害賠償は責任法理というよりも本来の債務の履行を確保・実現させる制度（代償的給付ないし反対給付との調整）として捉えられ、不法行為規範との峻別をより鮮明にする方向へ向かうことも予想される。しかし、ここでも債務不履行による損害賠償はあくまで責任法理として理解することから出発しているとみれば、損害賠償責任を正当化すべく根拠が必要とはならないのであろうか。

履行・追完請求や代金減額請求、解除とは異なり、債務不履行による損害賠償は、本来の債務の実現（債務の履行を求めることができないことにより債権者が被った損害）のみならず、債務が実現されなかったことにより生じた損害（債務の不履行の結果債権者が被った損害）の賠償まで及び得るのであり、債務内容の実現の範囲を超えた損害賠償の帰責根拠を別に求める必要がある。そこで、これまで帰責事由としての「過失」を根拠としてきた。後述するように、BGBが過失責任主義を堅持する理由も、このような正当化根拠を必要とすることにあつた。

このように考えると、「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」による二元的要件構成は否定されるべきではない。⁽²⁸⁾ もつとも、学説上の最大の争点である「過失責任主義」か「契約の拘束力」かという損害賠償の帰責根拠に関しては、

四一五条の明文からは直接に判定することはできない。

(b) 契約不適合責任 改正民法は、長らく法的性質に関して争いのあった瑕疵担保責任について、債務不履行責任（不完全履行責任）として構成することを明確にした。「隠れた瑕疵」概念に代わる「契約不適合」概念の採用、追完請求権および代金減額請求権の創設、請負契約独自の担保責任規定の削除など、改正前民法の規律を大きく変えている。⁽²⁹⁾

「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しない」場合（五六二条一項）、売主の帰責事由を要することなく追完請求権（五六二条）・代金減額請求権（五六三条）が認められる。損害賠償請求権および契約解除権は、債務不履行の一般原則によるが（五六四条）、権利行使の期間制限に服することになる（五六六条）。物の種類・品質の不適合の場合に限定）。そして、売買の規定は、それ以外の有償契約に準用される（五五九条）。

目的物の契約不適合が役務（行為債務）の瑕疵に起因する場合（物の製作・修繕、運送、寄託など）は、目的物に関連づけた責任構成が可能である。しかし、物（財産権）の移転自体を目的とする売買とは異なり、仕事の完成という役務の提供を主たる目的とする請負では、その評価要素も多様であり、それが責任構造の理解にも関わってくる。⁽³⁰⁾ さらに、物に関わらない役務提供給付（純粹役務Ⅱ情報提供サービス、医療・介護サービス、教育サービスなど）の瑕疵が問題となる場合には、契約不適合責任の適用・準用は考えられないのであろうか。「物」給付とは異なり、役務提供給付にあつては、給付結果が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かが定まっていな場合も多く、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難であると一応いえる。しかし、そこでの責任内容としては、不完全な結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては役務提供者の変更請求

〔物〕取引の代物請求に相應) なども考えられ、契約不適合責任の効果とも親和的である。契約不適合責任を契機に、役務提供者責任の帰責構造が模索されるべきである。

三 ドイツ給付障害法における議論状況

1 役務提供型契約類型の変遷

ヨーロッパ法および国内法としてのドイツ法においても、役務提供給付 (Dienstleistung) 概念の理解は未だ一致しておらず、また、役務提供契約の規律構成に関しても議論があり、生成途上にある³¹⁾。

ローマ法では、適切な訴権を基礎づけるために契約類型への当てはめが行われたが、ここでは統一的な賃貸借契約 (locatio conductio [賃約]) が、役務提供の受け皿となっていた³²⁾。すなわち、賃貸人は、あるものを一定の代価と引換えに自由に処分させ、賃借人は、合意された利用または労務およびその成果を得ることができる (物・労務の利用、人・物の運送、目的物の加工・修繕など) とする契約であった。

このようなローマ法における多様な内容を有する賃貸借契約は、中世以降 (一六、一七世紀) 徐々に分化され、物賃貸借 (locatio conductio rei)、労務賃貸借 (locatio conductio operarum)、仕事賃貸借 (locatio conductio operis) に三分されていった。さらに、物賃貸借から後二者が区別され、各々雇用契約と請負契約として確立した。ドイツのパンデクテ法学は、このような雇用契約と請負契約の峻別を受け継ぎ、労務の完成が義務づけられている契約と、労務の完成へ向けた手段を講じることだけを義務づけられる契約に細分されていった³³⁾。

こうして、BGBは、以上の三分類の伝統を承継し、役務提供契約は、仕事（労務）の完成の有無に応じて雇用契約と請負契約のいずれかに分類されると解するのが一般的理解となつている。⁽³⁴⁾ 委任契約は、無償契約とされているために、⁽³⁵⁾ 役務提供契約の類型としての重要な意味を有しない。また、有償事務処理契約（BGB六七五条）は、事務処理を内容とする雇用契約または請負契約に委任のルールが補充適用されるにすぎず、独立した契約類型としては扱われない。⁽³⁶⁾ なお、高度な役務提供給付（医師・弁護士などのいわゆる高級労務）を目的とする契約は、雇用契約に分類される（「自由な雇用契約 [freier Dienstvertrag]」と称される）。⁽³⁷⁾

2 損害賠償請求権の成立要件

(1) 給付障害の統一的要件としての「義務違反」

BGBは、二〇〇二年より施行された債務法現代化法により、不能と遅滞に限定していたこれまでの規定を改正し、給付障害を包括する統一的な「義務違反」概念を採用した。そして、損害賠償請求権が成立するためには、「義務違反」につき「帰責事由」が存することを要件とする。⁽³⁸⁾ 不能・遅滞および保護義務（BGB二四一条二項）違反を根拠とする、給付に代わる損害賠償（BGB二八〇条一項・三項、同二八一条、同二八二条、同二八三条）、給付遅滞による損害賠償（BGB二八〇条二項、二八六条）、義務違反に基づく一般的な損害賠償（BGB二八〇条一項）について規定する。

BGBは、まず、債務者の行為が契約その他の債務関係の本旨に適合しないという事態を義務違反概念に即して判断する。給付障害の統一的概念として「義務違反」を定め（BGB二八〇条一項一文）、さらに、債務関係から生じる義務に関しては、給付に関連する義務（同二四一条一項）に限定されず、その他の義務（同条二項）および法律行為に類似した債務関係から生じる義務（とりわけ、契約締結上の過失に基づく義務（同三二一条二項・三項））を包含する。した

がって、義務違反については、どのような種類の義務が問題となるのかは重要なことではない。

義務構造に関する議論は、主に積極的債権侵害論の中で展開された。一方で、契約債務関係の構造分析に立脚して給付義務に対比させた付随義務・保護義務という形での整理がなされ³⁹⁾、また、債権者に実現されるべき利益状態との関係から当該義務の果たすべき役割が分析され⁴⁰⁾、諸義務の具体的内容や相互関係が明らかにされてきた。

概して、契約義務は、当該義務の指向する利益から、給付利益ないし給付結果（債権者が債務者の給付を通して獲得し得る利益）の保持へ向けられるもの（主たる給付義務、従たる給付義務、付随的義務）と完全性利益（生命・身体・健康等の人格的利益または所有権等の財産的利益、およびそれに準じた法律上保護に値する利益）の保持へ向けられるもの（保護義務）に分けて理解されてきた。「主たる給付義務 (Hauptleistungspflicht)」(例、売買目的物の所有権・占有の移転義務、代金支払義務) は、当事者の合意に基づく当該債務関係（契約関係）の類型を決するものであるものに対し、「従たる給付義務 (Nebenleistungspflicht)」(例、売買目的物の据付・組立て、用法説明など) は、「主たる給付義務」と併存して債務関係の内容を画する義務であるとされる。「従たる給付義務」と「付随的義務 (Nebenflichten)」(論者により異なるが、履行の準備、目的物の保管・用法説明を例示する見解もある) の区別基準については、前者では履行請求権（従たる給付結果）・訴求可能性が認められる点で区別するのがこれまでの一般的理解である⁴¹⁾。「付随的義務」は、その違反があっても給付結果が実現される場合もあり、それが給付結果の不完全（＝給付義務違反）と評価されてはじめて問題とされ、独自では帰責根拠とはならない点で給付義務と相違する。そして、これらとは構造上峻別させた形で「完全性利益保護義務 (Schutzpflicht)」を観念するのが一般的理解である。しかし、これらの義務は契約債務関係の中でどのように位置づけられるのか、特に保護義務を債務関係の中に取り込めるのか否かが問題とされた。これを否定するときには保護義務

務は不法行為規範へ放逐されることになるのか、また、肯定するときにはその法的論拠および債務関係の機能領域（契約規範）の限界づけが問題とされ、保護義務論が展開されてきた。⁴²

債務法現代化法（債務法改正）以後の学説も、問題となる給付実態を以上のような債務関係から生じる諸義務に対応させて理解する。すなわち、BGB二四一条一項を根拠とする（主・従の）給付義務と同条二項が意味する保護義務に峻別し、あるいは、⁴³「給付に関連する義務」と「給付に関連しない義務」に即して給付障害（義務違反）を類型化して、⁴⁴損害賠償や契約解除の法律効果についても区別して処理される。特に、保護義務に関しては、その根拠規定が設けられたが（BGB二四一条二項）、給付義務との判別および義務カテゴリーにおける位置づけにつき未だ共通の理解は得られていない。⁴⁵

以上の動向からは、「義務違反」として問題となる給付実態は、（主・従の）給付義務違反または保護義務違反としての認定判断にほぼ集約されるであろう。そして、役務提供契約においても上記のような契約義務の基本構造は妥当するのか、また、役務提供給付（行為債務）の不履行の判断に関して検討を要する。

(2) 「帰責事由」要件の理解

損害賠償請求権は、義務違反につき、さらに「帰責事由」がある場合に認められる（BGB二八〇条一項二文）。帰責事由は、過失責任主義を原則とし（同二七六条一項）⁴⁶、それは取引上必要とされる注意を欠くことをいう（同条二項）。今日、過失とは、取引に適った客観的な行為を基準にして判断されると解されている。⁴⁷

そこで、損害賠償請求権の成立につき、「帰責事由（過失）」を要件とした理由が問題となる。カナリス（Canaris）は、債務者が債務として負担した給付を實現しない、あるいは契約上の義務に違反した場合、それが債務

者にとって重大な負担となる場合があるからだと説明する。⁽⁴⁶⁾ すなわち、とりわけ一次的給付義務から二次的給付義務へ移行する場合には、⁽⁴⁹⁾ 不履行損害の賠償は一次的給付よりも重くなることもある。同じく、遅延損害の賠償や責任の厳格化、さらに保護義務違反による損害賠償も債務者に重大な負担となることがある。したがって、これらの法律効果も債務者の特別な有責性、つまり帰責事由(過失)に結びつけることが妥当であるとする。BGB二八〇条一項二文からは、債務者が義務違反につき帰責事由がないことを主張・立証しなければならぬと解されている。

もつとも、「帰責事由」概念をめぐり、過失責任主義を維持することの当否に関しては議論がある。しかし、これに消極的な立場にあつても、過失責任主義を正面から否定する見解はみられない。本来的給付に代わる金銭給付の賠償が問題となる場合には帰責事由を不要とする見解⁽⁵⁰⁾も、完全性利益侵害(保護義務違反)の場面では過失責任を否定せず、また、国際的契約法のルールに依拠して過失責任主義の後退を主張する見解⁽⁵¹⁾にあつても、BGBにおいては、規定構造上、帰責事由(過失の有無)は免責要件とされるが故に、過失責任主義の意義が失われるというにすぎない(多分に技巧的ではある)。この点は、日本民法四一五条も同様の構成を採っているが、前述したように、「債務の不履行」と「非帰責事由(免責事由)」の関係については問題が残る。

また、結果債務と行為債務・保護義務という債務(給付)類型に立脚する立場から、義務違反と帰責事由(過失)が重複する場合のあることを主張する見解も有力である。ここでは、「行為に関連する(結果に関連しない)給付義務」と「給付に関連しない付随義務(保護義務[BGB二四一条二項])」については、義務違反と帰責事由(過失)の認定判断は重なり、特に、保護義務違反の場合には両要件の判断対象となる債務者の行為は一致すると解する点ではほぼ異論はない。これは、役務提供契約・行為債務の特質に関わる留意点であり、後に改めて検討する。

以上のいずれの見解にあっても、「帰責事由（過失）」要件を放棄し「義務違反」要件に一元化する主張はみられない。二元的構成を維持しつつ、一定の場面では帰責事由要件の機能が縮減されるとの見解が散見されるのみである。

3 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償の特徴

(1) 「義務違反」概念

上述したように、給付障害に対する損害賠償請求権が成立するためには、「義務違反」につき「帰責事由」が必要となる。両要件の意義および関係については、証明責任の分配をめぐる議論の中で明らかにされてきた。

原則として、債権者は、「義務違反」（BGB二八〇条一項一文）、損害の発生およびその因果関係について証明責任を負い、義務違反の証明により「帰責事由」（同項二文）は推定されるから、その不存在につき債務者が証明責任を負う（証明責任の転換）と解されている⁵²。また、損害発生の原因が債務者の保護範囲・危険領域から生じたことが明らかである場合には、証明責任の転換が認められないこともある⁵³。

証明責任は、義務の種類（給付義務、保護義務）、内容（結果に関連する義務、行為に関連する義務）、義務違反の態様（不給付、不完全給付、その他の給付障害）に応じて議論される。そして、「義務違反」とは、債務者の行為が債務関係が予定する義務（給付）プログラムから逸脱することを意味するが、学説は、それを①「結果に関連する給付義務（erfolgsbezogene Leistungspflichten）」と、②「行為に関連する給付義務（verhaltensbezogene [handlungsbezogene ; tätigkeitsbezogene] Leistungspflichten）」とに区別して捉えている⁵⁴。

①は、ある一定の結果の実現が義務づけられている場合であり、例えば、売買目的物の給付不能、遅滞、不完全給付が「義務違反」として判断され、債務者は、そこでの帰責事由の不存在を主張立証する。①は、主に引渡債務（与

える債務)を目的とする財産権移転型ないし財産権利用型契約が対象となるが、さらに、給付結果の実現が予定されている役務提供型契約(請負契約、旅行契約、運送契約、寄託契約、倉庫契約など)にも妥当する⁽⁵⁵⁾。例えば、請負人は仕事完成義務を負うから(BGB六三二条)、物および権利の瑕疵(同六三三条)から義務違反が判断され、また、建築契約における建築家(同六五〇P条)も、完成した建築物の瑕疵の証明が義務違反となる。同様に、運送契約における運送人の義務違反も、旅客・貨物の損傷の有無から判断される⁽⁵⁶⁾。これらは、いわゆる結果債務と解されてきた契約類型であり、給付行為とその行使による給付結果は区別して捉えられる。

これに対し、②は、契約締結時点では給付結果の実現を債務者に義務づけることはできず、実現へ向けた一定の行為のみが義務づけられている場合である。いわゆる手段債務として類別されてきた契約であり、雇用・労働契約、治療契約、弁護士契約などが対象とされる。ここでは、給付結果の実現に向けた行為をしない、あるいはそれに逸脱した行為が「義務違反」とされ、その認定判断は取引上必要とされる注意(BGB二七六条二項)を基準にすると解すると、後述するように、「義務違反」は「帰責事由」要件と一致することになる。

例えば、治療契約は、原則として医師に医学的治療を成功させる義務までは負わず、一定の行為を義務づけるにすぎない(「行為に関連する給付義務」から雇用契約に分類される⁽⁵⁷⁾)。そして、医師の義務違反(BGB二八〇条一項一文)は、治療効果の不達成ではなく、一般に認められる医療水準に基づいて判断されるが、それと帰責事由要件との区別は困難であるとされる⁽⁵⁹⁾。同じく、弁護士契約においても、依頼者が敗訴したことが弁護士の義務違反となるのではなく、助言等が専門家としての水準を満たしていたか否かが判断要素となる⁽⁶⁰⁾。

さらに、「行為に関連する(付随)義務」ないし「給付に関連しない義務」についても、上述の②(「行為に関連する

給付義務」の場合と同様に扱われるとする見解が有力である。⁶¹ すなわち、BGB二四一条二項に基づく保護義務・配慮義務 (Rücksichtnahmepflichten) の他、説明義務、助言義務、警告義務、監督義務などは、契約成立時には定まっておらず、履行過程において具体化される。そして、債権者は、債務者のこの種の客観的な義務違反を証明しなければならぬが、それは②の場合と同様に取引上必要とされる注意 (同二七六条二項) が基準となる。治療契約における医師の患者に対する説明義務・情報提供義務や弁護士・税理士などの依頼者に対する助言義務、銀行の顧客に対する説明・助言義務などが該当するであろうが、これらは契約義務構造の理解によつては (主・従の) 給付義務として構成される場合もあろう。なお、このように、BGB二八〇条一文の「義務違反」概念には給付義務の不履行とその他の行為義務違反が混在していることを問題視する見解が、既に債務法現代化法の立法過程において存していた。⁶²

(2) 「義務違反」と「帰責事由」の関係

前述したように、「帰責事由」要件 (BGB二八〇条二文) は、同二七六条一項が定める帰責構造、すなわち過失責任主義を原則とし、それは取引上必要とされる注意を欠くことをいう (同条二項)⁶³。そして、給付障害法において、不法行為法以上に客観的な注意義務基準が妥当するとされてきた。それは、債権者は債務者が契約に適った給付をすることを期待し、その客観的・規範的な給付に対する信頼が保障されるからである。⁶⁴ 不法行為法 (BGB八三条一項) では、侵害行為につき直接に故意・過失の有無が判断されるが、給付障害法 (同二八〇条) では、給付実態に対する「義務違反」としての認定判断を踏まえて、「帰責事由」の有無が (同二七六条を介在させて) 問われる。⁶⁵

そして、債務法現代化法の制定以降、債務 (給付) 類型に着目して、「義務違反」と「帰責事由 (過失)」要件の関係を論じる見解が有力である。まず、シュールツェ／エバース (Schulze / Ebers) は、「給付に関連する義務」と「給

付に関連しない付随義務」(BGB二四一条二項)に分け、両要件の関係を論じる。⁽⁶⁶⁾ すなわち、給付に関する義務の不履行が存する場合には、不履行に至った根拠(債務者の行為)を証明することを新債務法は予定していないから、不履行は義務違反として評価されるとともに、過失が推定される。例えば、医療契約における医師の責任は、ある一定の治療結果が義務づけられている限り、その不履行が客観的な義務違反を構成すると同時に過失(同二八〇条一項二文)も推定される。これに対し、付随義務(同二四一条二項)違反が問題となる場合には、患者側が医師の具体的な過誤を証明しなければならない。⁽⁶⁷⁾ シュールツェ／エバースは、給付義務(同二四一条一項)の不履行は、一般に「義務違反」を構成すると同時に「帰責事由(過失)」の存在も推定されるとして、医師の責任(行為債務)を例示して論じている。

ローレンツ(Lorenz)は、給付義務を「結果に関連する給付義務」と「結果に関連しない給付義務」に二分して論じる。⁽⁶⁸⁾ すなわち、「結果に関連する給付義務」においては、給付の不実現(不能、遅滞、不完全な給付)が義務違反(BGB二八〇条一項一文)であり、帰責事由(同項二文)は、義務違反に至った事情に関わり、前者は債権者が、後者については債務者が証明責任を負う。「結果に関連しない給付義務」は、債務者が行為のみ義務づけられる場合である。医師の責任に関しては、ある一定の治療結果が義務づけられている場合には、客観的義務違反は同時に医師の過失も推定され、そうでない場合には、患者は具体的な医師による治療の過誤を証明し、帰責事由(過失)の証明責任は医師に転換される。さらに、「給付に関連しない付随義務」(完全性利益保護義務)に関しては、義務違反と帰責事由の判断は重複し、債権者による注意義務違反の証明は同時に帰責事由の証明となる。

ローレンツによる債務類型に関する分析視覚は、その後定着しつつあるといえる。リーム(Riehm)は、ローレン

ツと同様に、「結果に関連する給付義務」(例、売買目的物の引渡し)、「行為に関連する給付義務」(例、請負契約、医療契約、助言契約)、配慮義務(保護義務。BGB二四一条二項)に類別して論じる。⁶⁹⁾「結果に関連する給付義務」の場合は、契約により定まった債権者の給付期待の保護が求められるから、ここでは行為の評価は要求されない。これに対し、「行為に関連する給付義務」違反および配慮義務違反の場合には、債務者の責めのある行為は義務違反と帰責事由の両概念の中に取り込まれ、とりわけ、配慮義務違反については、義務違反と帰責事由(過失)判断のいずれの段階においても、同じ行為が評価の対象となり、不法行為規範にも類似することになるという。

同じく、ルーシエルデーアス(Looschelders)も、「結果に関連する給付義務」と「行為に関連する給付義務」に分けて、「義務違反」と「帰責事由(過失)」の関係を検討する。⁷⁰⁾「結果に関連する給付義務」が認められる場合には、義務違反と帰責事由(過失)が別個に判断されるが、「行為に関連する給付義務」の場合(例、労働契約、その他の役務提供契約(医師、弁護士等の契約))は債務者の行為自体が評価対象とされ、責任根拠としての行為義務違反の判断は、同時に帰責事由としての過失判断と重複する。そして、このような判断枠組みは、保護義務(BGB二四一条二項)違反の処理をする際の基礎にもなっているとされる。このように、契約義務を「結果に関連する義務」と「行為に関連する義務」に二分して捉える分析手法は、フランス法上の結果債務・手段債務概念の類別に一致するとい⁷¹⁾う。

以上の見解は、いずれも損害賠償責任の成立要件として、「義務違反」と「帰責事由(過失)」の二元的構成に立つたうえで、債務(給付)の類型に即して両者の関係を分析・検討している。まず、「給付に関連する義務(給付義務)」と「給付に関連しない義務(保護義務)」に分けられ(シユールツェ/エバース)、前者は、さらに「結果に関連する給付義務」(例、売買契約)と「行為に関連する(結果に関連しない)給付義務」(役務提供契約)に細分される(ローレンツ、

リーム、ルーシェルデアス)。しかし、給付義務違反の場合の要件構成に関しては争いがある。給付義務違反の場合には、一般に、義務違反の認定判断は帰責事由（過失）判断に重なる（推定される）と解する見解（シユールツェ／エバース、ローレンツ）がある一方で、「結果に関連する給付義務」においては、帰責事由（債務者の行為評価）を要しないとの見解（リーム）、また、反対に義務違反とは別に過失が判断されるべきであると解する見解（ルーシェルデアス）に分かれる。

これらに対し、「行為に関連する（結果に関連しない）給付義務」と「給付に関連しない付随義務（保護義務〔BGB二四一条二項〕）」については、義務違反と帰責事由（過失）の判断は重なり、特に、保護義務違反の場合には両要件の判断要素となる債務者の行為は一致すると解する点では、ほぼ異論はない⁷²。それは、役務提供契約においては給付結果の達成へ向けて債務者の行為が介在し、「義務違反」は債務者による義務（給付）プログラムから逸脱した行為として認定判断されること、また、「帰責事由（過失）」の判断に際しては債務者の具体的な行為（作為または不作為）が評価対象とされることによる。

四 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任

1 ドイツ法からの理論的示唆

ドイツ法の議論は、日本民法四一五条の規律構造を理解するうえでも参考となる。損害賠償請求権の成立要件を「債務の不履行」と「帰責事由」の二元的構成に立脚して捉える立場からは、まず、同条の「債務の本旨に従った履

行をしないとき」の判断基準が問題となる。四一五条一項は、不能以外の債務不履行を包括的に規定するが、損害賠償の根拠となる事実をどのように考えるかである。基本的には、契約当事者が負担する義務を出発点として、その義務違反を基準に判断されるべきであると考えたと、ドイツ法における「義務違反」要件をめぐる議論が参考となる。契約義務に立脚する分析手法は、当該契約関係の性質決定・特質を明らかにし、それを前提にした債務不履行の認定判断や責任内容を把握するための規範を設定するうえで有用である。

次に、「帰責事由」要件の判断要素である。伝統的には、これを過失責任主義に基づく概念とみる理解が定着し、行為義務違反として客観的に捉えられてきた。「債務の不履行」を契約義務に即して判断する立場からは、「義務違反」概念が債務不履行判断と帰責事由（過失）判断の二段階にわたり登場するとみることがもできる。行為債務（特に手段債務と称される債務内容が特定していない役務〔例、医師の診療債務〕）の不履行の場合は、債務の内容は過失の内容を構成する行為義務そのものであるとも目され、不履行判断と行為義務違反の判断を分断して捉えることができないと考えると、要件構成の見直しが必要となる。前述したように、ドイツ法では、「義務違反」と「帰責事由」要件が客観的過失概念を介入して捉えられている。そして、「義務違反」要件において判断される契約義務と「帰責事由」要件の要素となる債務者の（具体的な）行為との関係が問題とされ、債務（給付）の類別処理を志向する見解が有力であり、参考となる。

2 役務提供契約の義務構造

損害賠償請求権を契約義務に立脚して捉える立場からは、役務提供契約上の義務構造を明らかにする必要がある。しかし、前述したように、役務提供契約の特徴や性質に関して、共通の理解が得られてはいない。一般には、役務と

は、提供者により与えられた労務や便益をいい、役務提供契約とは、このような役務の提供が債務内容の全部または一部をなす契約と解されてきた。⁽⁷³⁾そして、それを「物」取引との関係から、「物の供給と役務提供が混合している場合」(物の製作・修繕、運送、寄託、教材付受講契約、宿泊サービス、有料老人ホームなど)と「物に関わらない役務提供」(純粹役務Ⅱ情報提供サービス、家庭教師サービス、結婚紹介、マッサージ・サービスなど)に類型化され、⁽⁷⁴⁾また、その履行結果の態様からは、「結果の達成が約束されている有形物に具現化するもの」(有体的成果型Ⅱ建物の建築、理容・美容サービスなど)、「一定の結果の達成が当事者間で約束されている無形のもの」(無体的成果の有形化型Ⅱ運送、他人の物の保管など)、「結果の達成が約束されていない無形のもの」(結果無体型Ⅱ医師・弁護士業務、スポーツ選手のプレーなど)やこれらの「混合型」(企画旅行サービスにおいて、目的地への移動は無体的成果の有形化型であるが、旅行計画の遂行やガイド等は結果無体型、といった整理も試みられてきた。⁽⁷⁵⁾

このような多様な役務提供契約について、前述した契約義務の基本構造からみると、いくつかの特徴が窺えるであろう。まず、役務提供が物の供給と混合する場合や一定の結果の達成が約束されている契約では、給付義務の認定が容易であり、また、物の瑕疵に関連付けた責任構成など、引渡債務(与える債務)に準じた処理が可能である。また、完全性利益の保護が給付に取り込まれ、保護義務が(主・従の)給付義務として認められる契約が、役務提供型においては顕著である。運送、寄託、警備契約の他、旅行・宿泊契約、学校教育・保育委託契約など、⁽⁷⁶⁾種々認められる。ここでは、契約の履行に際して完全性利益の侵害が予見し得るとすれば、債務不履行の判断は比較的容易であろう。問題は、物の供給にかかわらず、かつ給付結果が約束されていない契約(純粹役務Ⅱいわゆる手段債務(医師・弁護士などの役務))である。ここでは、行為債務が対象とされるから、「債務の不履行」と「帰責事由」の関係評価が問題

となる。前述したように、ドイツ法においては見解が分かれる。一方で、ここでは行為義務（給付義務）の違反は「帰責事由（過失）」の判断と重複するとの主張がある。しかし、他方で、保護義務違反の場面では、それは過失を構成する客観的注意義務として評価できるものの、給付義務は、結果に関連する概念にすぎず、過失を構成する行為の違法性を根拠づけるものではないとの主張が対立する。私見は、前者の主張を支持するが、この点は、「債務の不履行」と「帰責事由」の認定判断に関わる問題であり、また、役務提供契約上の義務（債務）の基本構造を説明する際の重要な留意点でもある。⁽⁷⁷⁾ もつとも、純粹役務のケースにおいても、役務の規格化・標準化が進められれば、上述の引渡債務に準じた処理も考えられるであろう（例えば、自動車教習所や資格試験対策の受講契約など）。

3 「債務の不履行」と「帰責事由」

(1) 「債務の不履行」

債務の履行過程においては、「主たる給付義務」を中核とするすべての義務が、給付結果ないし契約目的の達成へ向けて一体となって機能しているとみられる。前述したように、給付利益（給付結果）の保持へ向けられる義務としては、（主・従の）給付義務の他、付随的義務の存在が主張されるが、付随的義務は給付結果の侵害（給付義務違反）の評価の中に吸収され、独自では帰責根拠とはならないものと解される。そして、保護義務については、契約関係の規範的解釈により当事者意思が補充される結果、契約規範の適用に服すると解される。⁽⁷⁸⁾ そうすると、本旨不履行とは、給付義務違反ないし保護義務違反としての認定判断に集約されるであろう。⁽⁷⁹⁾

給付義務の不履行が存する場合は、①「給付義務の欠如（遅滞・不能）または債務の本旨に不適合な履行」（＝給付結果の不完全）と②「不完全な履行に起因する侵害」（＝完全性利益侵害）に分けられる。①は、例えば、建物建築工事

の瑕疵、自動車修理の不完全、旅行契約における路線の変更、興信所による誤った調査、教育サービスの瑕疵（大学受験予備校の実態が入学案内の表示や説明と相違する、英会話学校の不適切な指導など）等、役務提供給付自体が不完全な場合である。また、主たる給付義務が完全性利益の保護そのものである場合（例えば、寄託契約、警備契約、保育委託契約など）や、完全性利益の保護を抜きにしては契約上の義務の履行は考えられない場合（従たる給付義務Ⅱ例えば、運送契約、医療契約、学校教育契約など）である。ここでの不履行の帰責根拠は、いずれも給付義務違反に求められる。

②は、不完全な役務提供給付により、当事者の完全性利益の侵害（拡大損害）に至る場合である。例えば、建築建物の瑕疵により注文者の所有財産が損傷した、自動車の修理の不備に起因した事故、運送人による運送方法が適切でなかったために運送品が損傷した、従業員を採用するために依頼した信用調査に不備があったために依頼者が損害を被った、という場合である。これらの場合も、帰責根拠としては給付義務の不履行として判断し、そのうえで給付義務の不履行によって生じた損害をどの範囲で認めるべきかが問題になると考える。

次に、給付義務の不履行がない場合（保護義務違反）である。例えば、修理を依頼された自動車修理工場から盗まれたり、雑誌発送業務を請け負った者が預かった顧客情報を何者かにコピーされ悪用された、スポーツクラブの会員がクラブ内の貴重品ボックスに預けたキャッシュカードの盗取により損害を被った、という場合である。これらは、給付義務違反が存しない場面であると解すると、保護義務違反が問題となり、不法行為との境界を接する場面として捉えられる。

なお、説明・情報提供義務や指示・警告・助言義務などの付随義務の違反に関しても、それが給付結果の侵害を生じる場合には、上述の給付義務の不履行として判断されよう。また、付随義務違反により完全性利益の侵害に至れば、

保護義務違反として位置づけられるであろう。

(2) 「帰責事由」

二元的要件構成が妥当であると考えられる立場からは、「債務の不履行」と「帰責事由」は、いずれも当該契約により内容が決定されるとしても、区別して捉えられる。また、いわゆる手段債務（例、診療債務）の不完全履行や保護義務違反のみが問題となる場合は、両要件は区別できないと解するのが、わが国においても一般的な理解である。

そこで、給付義務違反ないし保護義務違反としての「債務の不履行」が判断される段階においては、これによる損害の賠償責任を債務者に帰せしめる要件である「帰責事由」（行為義務違反 \parallel 過失）は、原則として既に存在すると考える。学説には、帰責事由（過失）を「注意義務違反（Sorgfaltspflichtverletzung）」や「具体的行為義務（付随〔的注意〕義務）違反」として捉える見解がある⁸⁰。しかし、例えば、「自動車の修理に不備があった」、「運送を約束した品物を損傷させた」、「英会話学校が約束した内容の授業を行わなかった」という場合には、それぞれ「必要な検査をして引き渡す」、「適切な方法で運送する」、「適切な授業を実施する」といった行為義務が問題となり得るが、これらは給付結果の保護を目的とする「付随的義務」の内容を構成するものだとも解され、前述したように、それは給付義務違反の認定判断に際して問題となるにすぎない。また、ドイツ法においてみられるように、不法行為法では、侵害行為の結果に対する直接的な帰責根拠として注意義務違反は妥当するが、給付障害法においては「義務違反」の判断が先行することから、具体的な注意義務違反を介在させる意義が乏しいといえる。

そして、当事者が予見できないような事態に対してまで責任を問われることは引き受けていないと考えられることから、その場合は帰責事由はないとして賠償責任は否定される。すなわち、不履行の事態が認定判断される場合に、

さらに債務者の免責事由(非帰責事由)の存否が判断されることになる。基本的には、債務者の予見可能性・結果回避可能性がない不可抗力の他、債権者や第三者による行為などが考えられる。また、ドイツ法において指摘される医師の診療義務に関する医療水準や、弁護士・税理士などの専門家としての業務水準も、ここで考慮要素とされるであろう。なお、免責事由(帰責事由の不存在)の証明責任は債務者が負うことになる。

4 民法四一五条の構造

私見によると、四一五条一項本文の「債務の不履行」とは、給付義務違反ないし保護義務違反として判定される給付実態として把握される。そして、この段階で、賠償責任を債務者に帰せしめる要件である「帰責事由」の存在が推定される。さらに、このような不履行の判定に対し当事者が予見できないような事態が存在する場合には、債務者の免責事由が認定される。同条一項ただし書で「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することのできない事由」を規定することで、すべての債務不履行の態様に課される免責ルールを明確にしている。当事者の主観的意思のみならず、契約の性質、契約を締結した目的等、当該契約を取り巻く諸事情を考慮して定まる。

なお、以上のような帰責構造の理解は、「物」給付(引渡債務)の場合にも整合するであろう。

五 結び

本稿では、役務提供給付(行為債務)の不履行賠償の要件論について、これまでの債務不履行賠償論を踏まえ、近

時のドイツ民法（給付障害法）理論を参考に検討した。それによれば、債務不履行賠償の帰責要件は、契約義務構造の分析に立脚して構成されるべきであり、また、わが国において有力に主張されている過失責任主義に対する批判は、役務提供給付においては必ずしも当を得たものとはいえない。

本稿は、債務不履行賠償の検討の一端に留まるが、役務提供契約に関しては、さらに検討すべき課題は多い。役務提供給付の特徴を前提とする性質決定や類型化は、役務提供契約法の構築へ向けて重要な論点となる。また、役務提供者責任に関しても、損害賠償の他に、追完請求や契約解除などの諸効果を含めた体系的な検討を要するであろう。今後の理論的深化に期待したい。

(1) 「サービス」概念および「サービス取引」の意義・機能に関しては、村上恭一「サービス取引の概念枠組」流通研究八巻二号（二〇〇五）二三頁以下、小宮路雅博「サービスの諸特性とサービス取引の諸課題」経済研究（成城大学）一八七号（二〇一〇）一四九頁以下参照。

(2) 一般には、「なす債務」と「行為債務」は同義に解されるが、「なす債務」は、引渡債務を包含させて捉えられる場合があり、また、債務内容実現ための強制手段に関連した概念（執行法上の概念）とされる（拙著『契約責任の構造と射程——完全性利益侵害の帰責構造を中心に——』〔勁草書房、二〇一〇〕三八七—三八八頁参照）。そこで、本稿では、契約関係における当事者の行為態様（行為義務）の面を強調する意味からも、役務提供給付を「行為債務」と総称しておく。

(3) 拙著『契約法規範の変容と責任法理』（成文堂、二〇二二）三三二—三三三頁参照。

(4) 役務提供契約の特質と提供者責任に関する筆者なりの検討として、拙著・前掲注(2)三八四頁以下、拙稿「役務（サービス）の提供と非典型契約」椿Ⅱ伊藤編『非典型契約の総合的検討（別冊NBL一四二号）』（商事法務、二〇一三）三八頁以下、同「役務提供契約の特質と提供者責任の構造」明治大学社会科学研究所紀要五二巻二号（二〇一五）一頁以下。

さらに、近時の研究として、北居功「役務の顧客適合性―履行プロセスで確定される給付内容」法政論集二五四号（二〇一四）四五九頁以下、手島豊「役務提供契約」安永Ⅱ鎌田Ⅱ能見監『債権法改正と民法学Ⅲ契約（2）』（商事法務、二〇一八）二九九頁以下、都筑満雄「各種契約の一般理論と日仏の契約法改正―役務提供契約について―」道垣内Ⅱ片山他編『近江古稀・社会の発展と民法学「下巻」』（成文堂、二〇一九）四三二頁以下など参照。

(5) 潮見佳男「債権法改正と債務不履行の『帰責事由』」法曹時報六八巻三号（二〇一六）五頁、八一―九頁、山本敬三「契約責任法の改正―民法改正法案の概要とその趣旨」同六八巻五号（二〇一六）四頁、一一頁。なお、中田裕康「損害賠償における『債務者の責めに帰することができない事由』」瀨川Ⅱ能見他編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、二〇一九）三六七頁以下参照。

(6) 拙著・前掲注(2)一三七頁以下参照。

(7) ドイツ給付障害法の規定構造および「義務違反」・「帰責事由」概念に関する議論の詳細は、拙著・前掲注(3)一〇六頁以下参照。本稿では、「行為債務」に関する議論を中心に分析・検討を加える。

(8) 中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究八号（二〇一〇）二頁以下（同『私法の現代化』（有斐閣、二〇二二）所収）、同『契約法「新版」』（有斐閣、二〇二二）五五頁以下参照。

(9) 改正民法における「契約の尊重 (favor contractus)」思想の意義・機能に関しては、拙著・前掲注(3)一頁以下参照。

(10) なお、河上正二「債権法講義「各論」4」法学セミナー七三―七八号（二〇一六）八六―八九頁も参照。

(11) 詳細については、拙著・前掲注(3)三三五頁以下参照。

(12) 前掲注(4)所掲の論考を参照。

(13) 北居教授は、履行プロセスでの役務の顧客適合性（役務内容が顧客の個別的な適性・要望に合わせて確定されること）を確保する契約交渉ルールの整備が急務であるとする（北居・前掲注〔4〕四七七―四七八頁）。

(14) 典型契約制度の意義・機能および混合・非典型の契約類型の本性に関しては、拙著・前掲注(3)三九頁以下参照。

(15) 山代忠邦「契約の性質決定と内容調整（一）（二）（三）（四）（五・完）―フランス法における典型契約とコースズの関係を

手がかりとして」法学論叢一七七卷三号四九頁以下、同五号四八頁以下、同一七八卷三号四八頁以下（いずれも二〇一五）、同四号五九頁以下、同一七九卷五号四三頁以下（いずれも二〇一六）、森田修『契約の法性決定』（商事法務、二〇二〇）など参照。

(16) 都筑・前掲注(4)四三一頁以下、森田宏樹「契約」北村編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六）三一七頁以下など参照。

(17) 拙著・前掲注(2)一四五―一四六頁、三五七頁以下参照。

(18) 拙著・前掲注(2)一三八頁以下、三一〇頁以下、同・前掲注(3)三一九頁以下参照。

(19) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V』（商事法務、二〇一〇）三頁以下、民法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民法研究会、二〇一一）六三三頁以下、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、二〇一一）四二〇頁以下参照。

(20) 商事法務『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（別冊NBL一四三号）（商事法務、二〇一三）一八一頁、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三）四九九頁。

(21) 法制審議会民法（債権関係）部会第八二回会議（平成二六年一月一四日）部会資料七三B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（9）」PDF版四一七頁。

(22) 法制審議会民法（債権関係）部会第九三回会議（平成二六年七月八日）部会資料八一―三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その3）補足説明」PDF版二二頁。なお、手島・前掲注(4)三〇一頁以下、吉永一行「役務提供型契約法改正の挫折―法制審議会民法（債権関係）部会の議論の分析」産大法学四八卷三・四号（二〇一五）一頁以下、長谷川貞之「委任における委任者の任意解除と『受任者の利益』―債権法改正過程から見えたもの―」本誌八五卷二号（二〇一九）七二頁以下参照。

(23) 商事法務・前掲注(20)『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』一三五頁以下、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三九二頁以下。

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任（長坂）

- (24) 法制審議会民法（債権関係）部会第八〇回会議（平成二五年一月一九日）部会資料七〇A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（5）」PDF版六七頁参照。
- (25) 民法四一五条の改正経緯および規律構造に関しては、拙著・前掲注(3)七九頁以下参照。
- (26) 拙著・前掲注(3)九五頁以下。
- (27) 中田裕康『債権総論第四版』（岩波書店、二〇二〇）一五六頁。
- (28) 私見の詳細は、拙著・前掲注(3)一六四頁以下参照。
- (29) これまでの瑕疵担保責任論の展開と契約不適合責任の帰責構造、今後の議論の展開可能性に関しては、拙著・前掲注(3)二五一頁以下参照。
- (30) 拙著・前掲注(3)二九六―二九九頁、三三二頁以下参照。
- (31) *Christiane Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), S. 205ff.
- 周知のように、役務提供契約をめぐる、ドイツ、フランスなど国内法における議論の他に、ヨーロッパの役務提供契約の統一化へ向けた動向（ヨーロッパサービス契約法原則〔PELSS〕、共通参照枠草案〔DCFR〕など）も顕著である（*Wendehorst*, a. a. O., S. 281ff. ; *Hannes Unberath*, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, S. 745ff. ; *Chris Jansen*, Principles of European Law on Service Contracts : Background, Genesis, and Drafting Method ; *Thomas Kadner Graziano*, Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference, in : Reinhard Zimmermann [Hrsg.], *Service Contracts*, 2010, pp. 43 et seq., S. 59ff. ; *Marco B. M. Loos*, Service Contracts, in : Arthur S. Hartkamp / Martijn W. Hesselink / Ewoud H. Hondius / Chantal Mak / C. Edgar du Perron [Hrsg.], *Towards a European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition 2011, pp. 757 et seq. 邦語文献として、北居・前掲注〔4〕四六六頁以下、マリー＝ローズ・マクガイアー〈訳 大中有信〉「ヨーロッパ契約法原則から共通参照枠へ」〔二・一・完〕―現行ヨーロッパ契約法の立案グループ

プとその基盤」民商法雑誌一四〇巻二号一頁以下、同三号四二頁以下〔いずれも二〇〇九〕、寺川永「役務提供契約の法理についての覚書」小野Ⅱ滝沢他編『松本還暦・民法法の現代的課題』〔商事法務、二〇一一〕八三四頁以下など参照。

(32) 北居・前掲注(4)四六二頁、Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 214ff.; Filippo Ranieri, Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Service Contracts, 2010, S. 2ff.

(33) Ranieri, a. a. O. (Fn. 32), S. 13ff.

(34) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 233ff.

(35) 一木孝之『委任契約の研究』(成文堂、二〇一一)七頁以下参照。

(36) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 235 - 237. なお、BGBは、他に役務提供型契約として、雇用に準ずる治療契約(BGB₁二〇a条以下)、請負に準ずる旅行契約(同六五a条以下)、仲介(同六五二条以下)、寄託(同六八八条以下)など規定する。

(37) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 246f.

(38) 給付障害法の規定構造について、Claus - Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329ff.; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1ff. 参考。

(39) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 7ff.; Joachim Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts Bd. 8, 1989, S. 6ff.; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, S. 148ff.; derselbe, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2000, S. 204f. 参考。

(40) Volker Emmerich, in: Athennaum - Zivilrecht Bd. I Grundlagen des Vertrags - und Schuldrechts, 1972, S. 304ff.; derselbe, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S. 37 - 40, 47f., 244 - 246, 248f.; MünchKomm - Emmerich, 4. Aufl. 2002, Rn. 52ff., 261ff. der Vorbem. zu § 275.; Esser - Eike Schmidt, Schuldrecht Bd. I Teilband 1, 8. Aufl. 1995, S. 105ff.; PalandtBGB - Helmut Heinrichs, 60. Aufl. 2001, Rn. 6f. zu vor § 241, Rn. 23ff. zu § 242. 参考。

- (41) *Larenz, a. a. O.* (Fn. 39), S. 11f.; *Eike Schmidt, a. a. O.* (Fn. 40), S. 105ff. など。
 - (42) 保護義務論の詳細は、拙著・前掲注(2)一九頁以下参照。
 - (43) *Hein Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012*, S. 203ff.; *StaudingersBGB - Dirk Olzen, 2015*, Rn. 144ff., 153ff. zu § 241.
 - (44) *Peter Gröschler, Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, 2006*, S. 113 - 118, 120f.
 - (45) *Olzen, a. a. O.* (Fn. 43), Rn. 157 - 162. zu § 241.; *Hans Christoph Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007*, S. 276ff.
- なお、最近、給付障害法における義務違反の帰責構造に関する総合的かつ壮大な研究成果が公にされた。ゼルツェア (*Selzer*) は、債務法現代化法の制定過程での義務違反概念めぐる議論、BGB一八〇条一項の構造と帰責原理、行為プログラム (同二四一条一項〔主・従の〕給付義務)・二項〔その他の行為義務 (weitere Verhaltenspflicht)〕から逸脱した行為 (＝義務違反) と有責性 (*Verschulden*) との関係などの諸論点の考察を踏まえ、義務の存在、義務違反、免責事由 (同二七六条一項) の不存在、損害の発生という構造を描出する (*Dirk Selzer, Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht, 2022*)。
- (46) 他方で、契約上の合意に基づく保証または調達リスクの引き受けという結果的には過失とは無関係な責任も併存して規定する。
 - (47) *Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003*, S. 440ff.; *MünchKomm - Stefan Grundmann, 6. Aufl. 2012*, Rn. 50ff. zu § 276.
 - (48) *Claus - Wilhelm Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 2002*, S. 664.
 - (49) 一次的給付義務の代わり (不履行に対する損害賠償義務) あるいはそれと併存するもの (遅滞による損害賠償義務) が二次的給付義務である (*Larenz, a. a. O.* [Fn. 39], S. 9.)。
 - (50) *Holger Sutschet, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006*, S. 23ff., 250ff., 283ff.
 - (51) *Wolfgang Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001*, S. 78ff.; *Winfried - Thomas Schneider, Abkehr vom Verschuldensprinzip*

- ?, 2007, S. 161ff., 289ff., 479f.
- (52) なお、被用者の労働関係上の義務違反に対する損害賠償については、使用者が証明責任を負う（BGB六一九a条）。また、治療契約（Behandlungsvertrag）については、一定の治療および説明の瑕疵に関する証明につき、治療者（医師）の責任を推定する規定がおかれている（同六三〇b条）。
- (53) *ErmanBGBI - Daniel Ulber*, 16. Aufl. 2020, Rn. 66 - 68. zu § 280.
- (54) *Ulber*, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 76 - 79. zu § 280. ; *Jürgen Kohler*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen - die beweisrechtlichen Konsequenzen den neuen § 280 Abs. 1 BGB, ZfP 2005, S. 30 - 38, 45f. ; *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsreform 2002 : Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1890. ; *StaudingersBGB - Roland Schwarze*, 2019, Rn. D10, D21. zu § 280. ; *Dieter Medicus / Stephan Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, S. 134f. ; *GrünebergBGB - Christian Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, Rn. 35 - 37. zu § 280.
- (55) *Grüneberg*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 35. zu § 280.
- (56) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F55, F64f., F75. zu § 280.
- (57) *Christian Katzenmeier*, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung - Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, S. 1066f. ; *Andreas Spickhoff*, Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, S. 2532f. ; *Gerald Spindler / Oliver Rieckers*, Die Auswirkungen der Schuld - und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, Jus 2004, S. 273. なお、Reiner Schulze / Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, Jus 2004, S. 269f. 参照。
- 治療契約に関しては、BGB六三〇a条と六三〇b条に規定される。医学的治療に関する治療者（医師）と患者との間の契約を雇用契約の特別類型として位置づけ（同六三〇b条参照）、治療者の情報提供・説明義務、診療記録、治療過程の証明責任などに関して定めている。
- (58) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F56ff. zu § 280. ; *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 57), S. 2535 - 2537. ; *derselbe*, Die Entwicklung des Arztrechts 2004 / 2005, NJW 2005, S. 1698f.

- (65) *Spindler / Rieckers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 274f.
- (66) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F71. zu § 280.
- (67) *Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 1890.; *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. D10, D21, F38f, F42. zu § 280.; *Medicus / Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 135.; *Grüneberg*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 37. zu § 280.; *Volker Emmerich*, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Aufl. 2005, S. 316f.; *MünchKomm - Wolfgang Ernst*, 9. Aufl. 2022, Rn. 154. zu § 280. なお、売買目的物の瑕疵結果損害の場合、帰責根拠として行為義務違反を問題とする見解がある (*Kohler*, a. a. O. [Fn. 54], S. 34 - 38.)。
- (68) *Claus - Wilhelm Canaris*, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, S. 523.; *Hans Stoll*, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, S. 593. など。拙著・前掲注(2)一一八頁以下、同・前掲注(3)一一〇頁以下参照。
- (69) *Claus - Wilhelm Canaris*, *Die Neuregelung des Leistungsstörungen - und des Kaufrechts*, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002 : Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, S. 29f. 参照。なお、拙著・前掲注(3)一二九頁以下参照。
- (70) *Martin Josef Schermaier*, vor § 276. *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit*, in: Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch - kritischer Kommentar zum BGB Bd. II*, 2007, S. 1039f. また、過失は、具体的な行為者の個々の能力ではなく、当該取引領域における標準的な構成員の能力から客観的に判断されるが、手工業者にあつては標準的な能力を定めることは困難であり、主観的非難可能性から判断される (*Dirk Looschelders*, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 19. Aufl. 2021, S. 192 - 194.)。
- (71) *Medicus / Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 147. (BÜB八一三条は「同一七十三条のよひに「回す道 (Umweg)」を必要とせざるべし」と); *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 57), S.2535.; *Sebastian Henke*, *Die Obligation im deutschen und französischen Leistungsstörungsrecht*, 2022, S. 124ff.
- (72) *Schulze / Ebers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 269f.
- (73) *Spindler / Rieckers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 273 - 275. 参照。

- (68) *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in : Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 37 - 40.
- (69) *Thomas Riehm*, Pflichtverletzung und Vertretennüssen - Zur Dogmatik der § 280ff. BGB -, in : Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007, S. 1088 - 1092, 1094 - 1096, 1103.
- (70) *Dirk Looschelders*, Der Bezugspunkt der Vertretennüssen bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, in : Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007, S. 738 - 742.; *derselbe*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, S. 194. 同頁の見解によつて *Ilaria Sy*, Pflichtverletzung und Vertretennüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, 2010, S. 17 - 20, 26 - 29.
- (71) *Looschelders*, a. a. O. (Fn. 70), Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 194. 同頁の見解によつて *Ernst*, a. a. O. (Fn. 61), Rn. 148. zu § 280.
- (72) 同頁の見解によつて *Ulber*, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 78. zu § 280.; *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. D10, D21. zu § 280.; *Canaris*, a. a. O. (Fn. 62), S. 512.; *Horst Ehmann / Holger Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 69ff., 87f.; *Christian Ziegmeier*, Die neuen „Spielregeln“ des § 280 I 2 BGB, Jus 2007, S. 703.; *NomosKomm - Barbara Dauner - Lieb*, BGB Schuldrecht Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Rn. 38. zu § 280. 453。
- (73) 中田裕康「現代における役務提供契約の特徴(中)」NBL五七九号(一九九五)三四頁(同『継続的取引の研究』〔有斐閣、二〇〇〇〕所収)、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済―不完全なサービス提供と役務提供者責任―」鎌田 Ⅱ 来生他編『岩波講座 現代法13』(岩波書店、一九九七)二二〇頁など参照。
- (74) 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)」NBL五九三号(一九九六)八一―一二頁。
- (75) 浦川・前掲注(73)二二二頁、長尾治助「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任―消費者契約を中心として―」中川他編『星野古稀・日本民法学の形成と課題下』(有斐閣、一九九六)七七二―七七四頁。
- (76) 雇用契約の安全配慮義務に関しても議論されてきたが、これは債権者(使用者Ⅱ他人の労務を受領する者)が債務者の生

命・身体の安全を配慮すべき義務である点で、その性質・構造を異にする（高橋眞『安全配慮義務の研究』（成文堂、一九九二）一四二頁以下）。

(77) なお、給付義務と履行過程における債務者の給付行為の位置づけに関しては議論がある（拙著・前掲注〔2〕二九二頁以下参照）。

(78) 契約債務関係の構造把握に関しては、拙著・前掲注〔2〕二九二頁以下、同・前掲注〔3〕一八〇頁以下、拙稿「契約上の義務概念の拡張と債務関係構造——ドイツ民法理論を素材にして——」（『伊藤傘寿・現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七）二九頁以下参照）。

(79) 詳細は、拙著・前掲注〔2〕三二〇頁以下、四〇四頁以下参照。

(80) ドイツでは、過失の構成要件であるBGB二七六条二項の「注意 (Sorgfalt)」に関して、外的注意 (Äußere Sorgfalt) と内的注意 (Innere Sorgfalt) に分けて検討される場合がある。前者は、目的に適った行為、規範により命じられた行為か否かといった判断であり、過失概念に関わる。後者は、個々人による注意の評価であり、ある状況下において認識されるべきであるとか、当該状況下では結果を予見できたといった判断に関わり、有責性要素とされる (Erwin Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 [2002], S. 903f.; derselbe, Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, S. 589, 591. など)。しかし、このような理解に対しては批判もあり、共通的理解には至っていない (Spickhoff, a. a. O. [Fn. 57], S. 2535f.)。

また、わが国においても、過失は債務者の具体的行為義務（付随〔的注意〕義務）違反として捉える傾向もみられた（北川善太郎「債務不履行における有責性」法学論叢一一八巻四・五・六号〔一九八六〕一一一—一一三頁、前田達明『口述債権総論第三版』（成文堂、一九九二）一三六—一三七頁など）。