

## 不完全履行論の構造

——学説を中心として——

柿 本 啓

### 一 序 論

一 不完全履行 (Schlechtfertigung) の類型が、とくに認められるようになったのは、いうまでもなく第一に、立法の沿革に由来するものである。ローマ法においては、債務不履行にもとずく訴権は、債務の内容によって要求された一定の行為をしないことにもとずく損害を要求することを内容としたのであったから、履行遅滞が履行不能を理由とするものであった。したがって、積極的な履行行為による不完全給付からの損害は、不法行為の訴権、とくにアクイリア法訴権 (Actio legis Aquiliae) により救済を求めらるべきであるとされていた。そして、このことは、ドイツ法においても、普通法時代の判例により踏襲されたが、さらにドイツ民法典も、ローマ法の伝統にしたがった。す

なわち、ドイツ民法典は、債務不履行は、履行遅滞と履行不能の類型に限定し（独民法二七五条以下、二六八条以下）、この債務不履行によって債権者が損害をこうむったときは、債務者が損害賠償責任を負う。その責任内容は、履行遅滞における遅延賠償と履行不能における填補賠償が原則とされた。

ところで、ドイツ民法典が債務不履行を二つの類型に限定したことは、社会生活の実態に適合せず、そのため債務不履行の第三の類型として不完全履行の類型を解釈上承認する必要を生じた。この類型は、ドイツ民法施行後間もなく、シュタウプ (Staub) が積極的契約 (Positive Vertragsverletzung) として提唱したのであるが、それはただちに判例上確認され、また多くの学者の支持をえたのである。<sup>(2)</sup>

(1) Staub, Positive Vertragsverletzung und ihre Rechtsfolgen, 1902 U. 1904.

(2) しかし、原田慶吉教授は、この種の債務不履行の型態を認め、ローマ法源は少なくなく、なにゆえに、シュタウプによって提唱されるまで知られなかったのが不思議であると思われる。原田慶吉「ローマ法」(上巻)一六七頁。

二 ところで、不完全履行に関するわが国の学説は、岡松博士によってドイツ学説の詳細な分析や、問題の紹介、批判がなされ、その基本線は石坂博士によって確立された。<sup>(1)</sup>そして、今日履行遅滞、履行不能、不完全履行ないし積極的債権侵害 (Positive forderungsverletzung) は、わが国の債務不履行体系として支配的となつてゐるが、数多くの未解決の問題を含んでゐる。この体系は、独自の沿革を背景にした歴史的所産であることから、内部的、履行遅滞、履行不能、不完全履行の三者間の相互関係、とくに積極的債権侵害、不完全履行の不履行体系における位置づけを考えなければならぬ。また、外部的には積極的債権侵害、不完全履行の制度と瑕疵担保制度との体系的関連性を重視しなければならぬ。これは、債務不履行責任、契約責任が、たんに給付義務中心の構成のみでは、給付義務をめぐる種々の附随義務、注意義務について、実際の有用

不完全履行論の構造 (柿 本)

な制度とはなりえないからである。ところで、不完全履行に関するわが国の学説は、大別して二つの構成方法がもちいられている。第一は、今日大多数の学説の方法で、不完全履行に独自の効力を否定し、債務不履行の一類型としての特性に着眼するものである。<sup>(2)</sup>第二は、不完全履行を契約義務に還元して構成するものである。<sup>(3)</sup>そこで、両者の構成上における機能的関連に留意しつつ、学説を中心にして、不完全履行ないし積極的債権侵害の構造を考察してみたいと思う。

(1) 岡松参太郎「所謂積極的債権侵害ヲ論ス」法学新報一六卷二号 (明治三九年) 六二頁以下、石坂音四郎「日本民法」(第三編債権総論上) (大正一〇年)。

(2) 岡松参太郎「所謂積極的債権侵害ヲ論ス」法学新報一六卷二号 (明治三九年) 一九頁以下、石坂音四郎「日本民法」(第三編債権総論上) (大正一〇年) 六〇四頁、鳩山秀夫「増訂改版日本債権法 (総論)」(大正一〇年) 一六五頁以下、島弘道「民法釈義 (卷之三)」(大正一〇年) 四五九頁以下、三瀨信三「債権法提要 (総論)」(大正一四年) 一三四頁、永田菊四郎「新民法釈義 (第三卷上債権総論)」(昭和三六年) 九七頁以下、我妻栄「債権総論」(昭和三〇年) 八九頁以下、勝本正晃「不完全履行序論」(法学協会雑誌四七卷 (昭和四年) 八一三頁以下、他多数。

(3) 西村信雄「債権法総論」(昭和二七年)七六頁以下、松坂佐一「民法提要(債権総論)」(昭和三一年)七八頁以下、於保不二雄「債権総論」(法律学全集)(昭和三四年)一〇二頁以下、加藤一郎「民法教室(債権編)」(昭和三五年)二二二頁以下。

## 二 学説の紹介(一)

一 不完全履行を不履行型態の特性から構成する学説には、履行された給付の不完全さに着眼する立場と、積極的な債権侵害行為を一括して構成する立場<sup>(1)</sup>、および発生した損害の特殊性に重点をおく立場がある。

第一の履行された給付の不完全に着眼する立場は、今日の通説とされる。鳩山博士は、積極的債権侵害は不完全履行より範囲が広いとされるが、不作為義務違反、履行拒絶は問題より除外され、「債権ノ積極的侵害中最モ顯著ナル」不完全履行は給付のあったことと履行の不完全を客観的要件とされる。この履行の不完全は「給付の内容」と「給付の方法」に生じるもので、不完全の追完の可否に依じて履行遅滞、履行不能の規定を類推適用するという<sup>(2)</sup>。我妻教授は、履行の目的物に瑕疵のあること(十羽の鶏を給付したるに五羽に病氣あり、鉾山の調査を為したる報告書に誤謬

があり、ビールの継続的供給を為したるに品質粗悪なりし等)が普通であるが、履行の方法が不完全な場合もある(運送の方法が乱暴であり、返還の方法が札を失する等)とされる。また、履行の時期について、期限より早い履行(期限の利益の抛棄の問題となる)、数量の不足、債務の目的と全然別種の給付をしたとき(米を給付すべきに炭を給付したとき)にも不完全履行である。ただ、瑕疵担保との関係で不特定物債権にのみ不完全履行が考えられる<sup>(3)(4)</sup>。効果については、追完の可否に応じて履行遅滞、履行不能の規定を準用すべきであり、損害賠償については、給付の瑕疵自体の損害と他に拡大した損害の区別は程度の差にすぎないから、後者は一般にこれを特別事情による損害として相当因果関係の適用上注意すれば足りるとされる<sup>(5)</sup>。このように、給付の結果、態様を包括した履行の不完全さで、不完全履行の要件とする学説が支配的である<sup>(6)</sup>。

一方、勝本博士は、不完全履行における不完全性を履行の目的物、方法、場所、時期に拡張されている。すなわち、不完全履行の種類を中心として、(1)履行遅滞後になされた履行等の履行期に関するもの、(2)運送手段の不完全等の履行方法に関するもの、(3)履行目的物の量的、質的瑕疵に関する履行の目的に関するもの、(4)履行が量的、質的に不完

全のみならず、給付により積極的損害を与えたもので、履行として不完全性の最高のもとする加害的履行である。<sup>(7)</sup> 履行の目的に関するものについては、のちに量的不完全履行と質的不完全履行に分離され、一部履行を生ずべき不完全履行、不真正履行、加害的履行の三種類に整理されている。<sup>(8)</sup> この勝本博士の説の特色は、不完全履行を不履行より履行意思をもった一種の履行の法的効果として、不完全な点のみに追完履行または損害賠償を請求し、残りの部分は一部分の完全履行として有効となる。また債権者は不完全を主張する権利を失ない、債務者には不完全の主張を排斥する抵弁権が生ずる。

また、基本的には通説と同様に、いわゆる拡大された損害も第四一六条の相当因果関係論に解消するのであるが、ただ目的物に瑕疵なくして給付の不完全な履行方法についての不完全を入れない学説がある。<sup>(11)</sup>

これらの通説に対しては、不完全履行と履行遅滞、履行不能の相互関係が曖昧であると批判されている。たとえば、売主の荷造りが不完全のために絵が破れたときは、その絵が不代替給付ならば履行不能であるが、その原因は不完全履行である。また、そのために運搬者が途中で荷造りを仕直したために期日におくれたら債務者の履行遅滞であるが、

これも原因は不完全な履行方法である。そこでこれらの不履行として発生する効果は、どの類型に属するのであるか。学説としては、完全履行請求権、損害賠償請求権、契約解除の根拠を、履行遅滞、履行不能とは別に求めるものと、履行遅滞、履行不能に属しない損害賠償のほかはすべて履行遅滞、履行不能に求めるものがある。そして、結果的には差はないとしても、不完全履行の位置如何という理論的問題としては重要であることが指摘されている。<sup>(12)</sup> この点から、不完全履行に関する不履行型態からの構成も、理論構成上で問題が整理されてきている。<sup>(13)</sup>

(1) この説は、シュタウプ (Stub, Die Positive Vertragsverletzungen, 1904) を忠実に踏襲したものである。なお、シュタウプ説については、北川善太郎「契約責任の研究」(昭和三八年)五二頁以下参照。

(2) 鳩山秀夫「前掲」一六五頁—一六九頁。

(3) 我妻栄「前掲」八九頁—九〇頁。

(4) なお、この場合に、瑕疵担保の規定によるとする判例があることに注意しなければならない。大判・昭和六・四・一一・新聞三二六五号九頁。

(5) 我妻栄「前掲」九二頁—九三頁。

(6) 吾妻光俊「債権法」(法律学講座)二八頁、永田菊四郎「前掲」九七頁—九八頁。

- (7) 勝本正晃「不完全履行序論」法学協会雑誌四七卷（昭和四年）八一三頁—八二一頁。
- (8) 勝本正晃「債権総論中(2)」(昭和十一年)四五五頁—四八九頁。
- (9) 勝本正晃「債権法概論（総論）」(昭和三十一年)三六六頁—三六九頁。
- (10) 勝本正晃「不完全履行序論」五〇六頁、五〇八頁—五二五頁、一三〇五頁以下、同「債権総論中(2)」四二六頁—四二七頁、四二八頁—四三一頁、同「債権法概論」三六五頁。
- (11) 末弘嚴太郎「債権総論」（新法學全集）(昭和十三年)六三頁—六四頁、吾妻光俊「債権法」（昭和二十九年）、山中康雄「債権総論」（昭和三〇年）一〇六頁。
- (12) 牛尾茂夫、椿寿夫、山下末人「全訂債権法概説」（昭和三十六年）八四頁、二七九頁—二八二頁。
- (13) 北川善太郎「前掲」三一〇頁。

二 不完全履行について、積極的な債権侵害行為を一括して構成する立場は、シュタウプの問題提起<sup>(1)</sup>を不作為債務違反の場合を除いてそのまま取り入れた見解である。近藤、柚木博士は、積極的債権侵害は、(1)不完全履行によるものとして、瑕疵ある履行行為が、この行為自体によって与えられたのではないところの特別の損害を惹起せしめた場合、(2)継続的供給義務において、その一回または数回の給付に

瑕疵があったために、債権者が残余義務に対する利益を失い、または残余の給付の受領を債権者に要求すべからざるにいたった場合、(3)永続的な協同、したがって相互の和合を必要とする契約関係において、一方が他方に対して不当の、特に侮辱的な言動を為すときは、契約上の債権の侵害となる。(4)債務者がその負担した債務を履行しない旨を表示して（給付の拒絶）、債権者に債務履行に対する危殆感を生ぜしめた場合である。<sup>(2)</sup>特に、積極的債権侵害は履行遅滞や履行不能のように消極的に債務を履行しない場合と異って、債務者による積極的な行為の結果であることに限定された点に注目される。<sup>(3)</sup>ただ、効果において、追完の可能、不能に依りて履行遅滞、履行不能に準じて損害賠償や契約解除を認められる。<sup>(4)</sup>

(1) シュタウプは、商法の註釈書において組合員による不正な貸借対照表の作成による不利な取引の例などをあげて法典の欠缺につき、有責行為に対して一般原則として損害賠償義務が課せられるとした（Staub, Komm. Zum HGB 7 Bd. II 1900）。そして、その後には個別的事例を整理したのが「積極的契約侵害論」である。その内容は、債務ないし契約義務の侵害であって、すべきでないことをするか給付をなしたか瑕疵のある場合である。なお、これらの学説史については、多くの紹介がある。岡松参太郎「積極的債権侵害ヲ論ス」法

学新報一六卷一四号、松坂佐一「積極的債権侵害の本質について」(債権者取消権の研究所収)二二七頁(昭和三七年)。北川善太郎「前掲」四二頁以下。

(2) 柚木馨「判例債権法総論(上)」(昭和三十一年)一三三頁、近藤英吉、柚木馨「註釈日本民法」(債権総則編上)(昭和三四年)一六七頁—一六九頁。

(3) 近藤英吉、柚木馨「前掲」一六七頁—一六八頁。

(4) 近藤英吉、柚木馨「前掲」一七〇頁、柚木馨「前掲」一三三頁。

三 不完全履行の構成を発生した損害の特殊性に重点をおく立場は、「拡大された損害」「特別の損害」を中心とする学説である。岡松博士は、不作為義務違反は不能を生じ、給付の拒絶は債権侵害の虞があるにすぎないから、いずれも除外され、不完全給付の場合が特別の不履行となるとされている<sup>①</sup>。そして、不完全給付について、給付不能、給付遅滞が問題となるときは、それぞれの規定で解決すべきこととなり、給付不能や給付遅滞によって解決できない損害を不完全履行の問題とするのである<sup>②</sup>。石坂博士は、不作為義務違反は遅滞を生じ、履行拒絶は債権侵害を生じないから除外され、継続的契約も瑕疵ある単一給付により契約目的を達しえない危険はあっても、直ちに債権侵害があるとはいえないとして不完全給付に限定されている<sup>③</sup>。これら

両説は、不完全給付を発生した損害から規定する方向にある点で給付の不完全に着眼する通説とはことなるものがある。また、石田博士は、不完全履行は完全なる履行をなす意思をもって履行したのであるが、その履行が債務の目的に反した場合であるとされ、履行遅滞、履行拒絶、履行不能は債務者がなすべき行為をなさない消極的状态であるに對し、不完全履行は積極的状态がある点で異なるとする。そして、種類債務の給付に数量の不足や品質の瑕疵がある場合と、腐敗した料理による客の病氣、劣等の品質を供給したために顧客の減少などの積極的債権侵害に區別して、前者は修補請求や完全給付請求が許され、追完の可否に応じて履行遅滞、履行不能の法理によって処理される。後者は、履行行為と損害の間に因果関係の存在が要求されるのである。このように、積極的債権侵害が損害の特殊性を考慮して不完全履行の内部で區別するものである<sup>④</sup>。

また、舟橋教授は債務不履行を、(1)全然給付行為をしない履行不能、履行遅滞の消極的型態と、(2)よけいな不完全給付型態に區別される<sup>⑤</sup>。この形式的な區別から、相当因果関係、解除、履行請求の問題を分析されるので、この區別に立つ限り不完全履行は履行不能、履行遅滞と明瞭に比較對照されることになる。また学説的に一致していない積極

的債権侵害と不完全履行との概念範囲についても、現実的履行請求権についてはとくに不完全履行の観念は不要であり、解除権も不完全履行という特別の解除原因を認めるべきでないことから、損害賠償請求のみが不完全履行に固有の問題となってくるから、固有の狭い意味では両者は一致するといいうるとされる<sup>(6)</sup>。この関係は損害賠償請求においても同様で、不完全履行による損害は、積極的によけいに不完全給付をしたことを出発点として相当因果関係の系列に入らないことになる<sup>(7)</sup>。また、履行請求、解除も、この積極的型態からは、不完全履行の効果としては否定され、その結果追完の可否に応じて履行遅滞、履行不能規定の準用ではなく適用であると強調されている<sup>(8)</sup>。

なお、川島教授は、不完全履行を不法行為法の契約責任化という歴史的過程の一還として理解され、伝統的な損害賠償のカテゴリーで蔽いきれない損害を賠償させるためにつくられたとされる。この立場からは、不完全履行は、履行不能、履行遅滞と同一平面にあるのではなく、さらに、不完全履行というカテゴリーの成立によって、既存のカテゴリーもその明確性を失うに至ったとまでいわれる。したがって、不完全履行という概念は債務不履行概念の拡大、発達および損害のカテゴリーの拡大、発展の一つの現象型

態として、かつそのかぎりにおいて、不完全履行の存在を認めるべきであるとされる<sup>(9)</sup>。

- (1) 岡松参太郎「前掲」六二頁―六六頁、七六頁―八四頁。
- (2) 岡松参太郎「前掲」六六頁―七六頁。
- (3) 石坂音四郎「日本民法（第三編債権総論上）」（大正一〇年）五九〇頁―六〇一頁。
- (4) 石田文次郎「債権総論」（昭和二八年）一八四頁―一八九頁。
- (5) 舟橋淳一「不完全履行について」（末川還曆記念論集「民法の諸問題」）（昭和二八年）七二頁―七三頁。
- (6) 舟橋淳一「前掲」七四頁―七五頁。
- (7) 舟橋淳一「前掲」七八頁―七九頁。
- (8) 舟橋淳一「前掲」七〇頁―七一頁、八〇頁―八一頁。
- (9) 川島武宜「債権法総則講義第一」（昭和三一年）八七頁―八八頁、一一一頁―一二二頁、一二四頁―一二六頁。

### 三 学説の紹介(二)

一 不完全履行について、契約義務に還元して構成するわが国の学説は、戦後に展開されるにいたったものであるが、これは今世紀初頭からのドイツ学説史の方向と対応するものである<sup>(1)</sup>。ただ、このなかには給付義務以外の単一の附随義務違反とするものと、給付義務ならびに単一の附随

義務違反とするものがある。

(1) ドイツ学説史については、北川善太郎「前掲」六二頁以下参照。

二 西村博士は、不完全の説明において、「拡大せる損害」も特殊なものでなく、損害の賠償範囲に関する問題であるとされる点で、通説と同じである。<sup>(1)</sup>ただ、給付が質的に不完全な場合と、量的に不完全な場合とに区別する。そして、債務を債務の本旨に適合せる給付行為義務と債務の本旨に反する給付行為をなすべきでないとの消極的義務に區別し、不完全履行はこの消極的義務違反であり、それに伴う積極的義務違反はもっぱら履行遅滞、履行不能の問題として考察される。それで、追完または完全履行請求や解除は履行遅滞、履行不能の効果に解消される。<sup>(2)</sup>

また、松坂博士の説によると、債権関係から給付結果すなわち財貨の取得を目的とする給付義務の他に、債権関係の発展過程において相手方の物的精神的財貨に対する特別な干渉によって生じ得べき損害の防止を目的とする保護義務が発生するとする。そして、従来積極的債権侵害とされてきた場合は結局給付義務または保護義務違反に還元される。<sup>(3)</sup>たとえば、虫のくつたりリンゴの給付は完全なリンゴを追完しないかぎり給付利益の侵害、履行遅滞となり、他のリン

ゴに感染すれば保護義務違反となる。また、過失ある賃貸物の引渡により債権者の調度品を毀損した場合は、保護義務違反であり、賃貸物がこわれれば給付不能となる。<sup>(4)</sup>その結果、効果については、給付義務に関しての不完全履行は履行不能、履行遅滞で扱われ、契約の解除も一般の原則による。したがって、契約の解除は不完全履行そのものの効果でない。ただし、不完全履行にもとづく保護義務違反によって、当事者間の信頼関係が破壊され、信義則上もはや債権者に契約関係の維持を要求することが不当となった場合には、解除がみとめられるとする。<sup>(5)</sup>

(1) 西村信雄「債権法総論」(昭和二七年)七六頁。

(2) 西村信雄「前掲」七五頁および七七頁。なお、津曲蔵之丞「債権総論上」(現代法学全集)(昭和三四年)も、一般債務関係に積極的な誠実義務が伴い、不完全履行は、かかる義務違反として違法性を帯びるとされる。

(3) 西村博士の学説は、ドイツ学説の初期の構成によるものである。そのドイツ学説の初期のものは、レーマン(Lehmann, Die P.V.V. Acq. Bd. 96, Die Unterlassungspflicht im Bürg. R. 1906)によつて代表される。その要旨は、積極的債権侵害を一次的給付義務についての附随義務違反とするのである。

(4) ただし、すでに給付の実現前において履行が不能となら



ないように、また遅滞なく行われるように行為すべき準備義務または監督義務は、保護義務に含まない。松坂佐一「民法提要（債権総論）」（昭和三十一年）七八頁。

(5) 松坂佐一「前掲」七八頁。

(6) 松坂佐一「前掲」七九頁および八〇頁。なお、松坂博士の説はドイツのヘアホルツ (Herholz) とその基礎において同じである。ヘアホルツは、従来の学説が、積極的債権侵害の根拠を直接に契約から求めている点に不成功の原因があるとして、問題を債権関係から再構成しようとするものである。

(Herholz, Das Schuldverhältnissals Konstante Rahmbeziehung. Acq. Bd. 130. 1929)

三 不完全履行について、給付義務ならびに単一の附随義務違反として構成する説は、前説に対立する。於保博士は、「不完全に履行がなされた」場合を、給付義務の不完全履行と給付義務に附随する注意義務の不完全履行に區別される。後者は、給付義務に附随する注意義務に反して、瑕疵ある目的物を給付したり、誤った履行方法により債権者に積極的な損害を生ぜしめること、このことが積極的債権侵害である。前者は、一部履行遅滞、一部不能と履行行為が不完全である場合を含むとされる。ただ、ここで注意しなければならぬのは、権利、物の瑕疵担保責任が近代法ではローマ法と異り、財産権を移転することが売主の給

付義務とされている（民法第五五五条）から、全部の履行行為がなされても、財産権を完全に移転しないときは、債務の本旨にしたがった履行とはならない。そこで、権利、物の瑕疵担保責任を不履行責任と構成しうることから、これらを不完全履行の一典型とされる点である<sup>1)</sup>。この二つに區別しての構成について、給付義務に附随する注意義務に違反して、瑕疵ある物を給付したり、履行方法を誤った結果生じた積極的債権侵害は、不完全履行の中心的課題であるが、積極的債権侵害を生ずる場合には、注意義務の不履行のみではなく、同時に給付義務の不履行をともなうことが多いから、それに限定することは適当でなく、「不完全履行の問題は、むしろ、債務不履行を履行遅滞と履行不能との二態様のみでは完全にとらえない欠陥、ならびに、それと関連してことに、売主の担保責任の制度の不完全さを補完する意味において重要な意義があるように思われる」とされる<sup>2)</sup>。効果の点については、通説と同様に、積極的債権侵害の外は、完全履行の可否に応じて履行遅滞、履行不能の法理で処理されているが、加藤教授は、契約における給付義務の不完全履行を、積極的債権侵害のみに限定するか、または、積極的債権侵害と履行遅滞もしくは履行不能と重疊する関係とを分離して、積極的債権侵害の効果

を損害賠償に限定し、他は遅滞または不能の効果に還元するか、あるいは不完全履行の態様に応じた効果を何とか統一的に理解しようとするかが問題であり、また、不完全履行の効果は各具体的場合に依りて個別的に決定するが、少なくとも完全履行請求権と契約解除権とを関連させて一応の独自の効果を考慮することを問題とされている。

加藤教授は、契約における給付義務を負う者は目的物の給付義務に附随して、その瑕疵によって積極的な損害を生じないように注意する義務を一般的に負うものとされる。

そして特定物の債務についても、他に損害が拡大した部分については、給付者の注意義務違反であるから一種の債務不履行とされる。効果については追完の可否に依りて、履行が可能なる場合には、履行遅滞に準じて、完全な履行の請求と、遅延賠償の請求ができることとされる。そして、不完全履行を量的な一部履行に以ている点があり、質的な一部履行といってもよいとされる。ただ、損害賠償の範囲については、相当因果関係の適用の問題とされるのは通説と同じである。

(1) 於保不二雄「債権総論」(法律学全集)(昭和三四年)一〇二頁—一〇四頁。

(2) 於保不二雄「前掲」一〇四頁註(三)。

(3) 於保不二雄「前掲」一〇五頁。

(4) その理由について、これを瑕疵担保の問題とすれば、特定物の給付者は無過失責任を負うことになるので、不特定物の給付者が債務不履行の一種である不完全履行によって過失責任を負うのよりも、重い責任を負わされることになり、問題であるとされる。加藤一郎「民法教室(債権編)」(昭和三五年)二二三頁、民法例題解説Ⅱ(債権)(昭和三四年)一五〇頁。

(5) 加藤一郎「民法教室(前掲)」二二九頁—三三一頁。

#### 四 学説に対する批判

一 これまで、不完全履行の構成についての学説を体系的に述べてきたのであるが、問題点を要約すると、第一に、不完全な給付自体によって生じている不完全履行と履行不能、履行遅滞との関係が問題となる。給付の不完全に着眼する通説は、追完の可否に依りて不完全履行を履行遅滞、履行不能の規定を準用ないし類推適用している。これに対し、発生した損害の特殊性に重点をおく学説や、給付義務以外の単一の附随義務違反として構成する学説は、適用そのものとしてしている。この対立が明確にみられるのは一部不履行にある給付の質的瑕疵をどのように取扱うかである。通説はこれを履行遅滞、履行不能とは何か異なっているも

のとの意識から準用とするのに対して、他の説はこれを同一に取扱うものである。このことは、質的に一部不能を履行不能概念に入れるかという問題に関連するものであるが、少数説は結局これを肯定しているのである。したがって、既成の履行不能、履行遅滞の概念には瑕疵給付を包含できるものとみななければならない。

第二の問題は、債務不履行の体系をどのようにするべきかである。通説を整理された於保博士は、一部履行遅滞、一部履行不能や履行の不完全を統一的に構成されているが、その反面において、一部遅滞を一部不能における履行不能、履行遅滞と不完全履行えの両面性、積極的債権侵害と履行不能、履行遅滞の重畳関係にみられるように、債務不履行体系を複雑にしている。そこで、むしろ不完全給付に要件、効果を一貫した体系地位を与える方が明瞭な構成と思われ<sup>(1)</sup>る。

つぎに、不完全履行の中心的課題である積極的債権侵害について、通説は不完全履行との相当因果関係であるとするのであるが、これに対し、填補賠償、遅延賠償とならぶ第三の損害の態様として不完全賠償というカテゴリーを立てる説もある<sup>(2)</sup>。また、この侵害の対象が、契約給付利益でないことから履行不能、履行遅滞と同様の因果関係論を適

用することに問題が出されるのは当然であり、やがては保護義務、注意義務違反として要件論で異なった位置が与えられる<sup>(3)</sup>。

(1) さらにこの方向は、不履行責任構成が提唱されている「瑕疵担保」を融合するに適合している。

(2) 川島武宣「前掲」一二八頁。なお、このカテゴリーにより、不履行責任を生じた損害の賠償責任であるという概念が成立し、既存の不能、遅滞のカテゴリーの対立も不明確になると主張される。しかし、不完全履行を履行不能、履行遅滞と次元を異にする説かれる場合に、不完全賠償からの投影が問題となるのではなからうか。

(3) このことについて、舟橋教授は、因果関連の起点の差とされる。舟橋淳一「不完全履行について」（末川記念論文集）七八頁。

二 不完全履行は、不特定物債務に限られるとするのが通説的見解であるが、<sup>(1)</sup>「拡大せる損害」は特定物債務でも考えられうるし、<sup>(2)</sup>さらに有責な後発的瑕疵については通説を前提としても不完全履行が論じられうる。瑕疵担保と不完全履行の適用範囲を特定物債務か不特定物債務かで分けるのは理論的に正確ではないと思われる<sup>(3)</sup>。ところで、特定物の瑕疵担保責任は、特定物の給付義務の形式的取扱いから、双務有償契約による等価値交換的給付義務との関連が

切り離されている。これに対し、権利の追奪担保責任は、制度上は沿革的理由から担保責任となっているが、理論上は履行責任と解されるようになっていく。そこで、瑕疵担保責任についても、沿革的拘束から解放されるならば、履行責任として再構成することも可能である。この意味において、不完全履行の構成上特定物か不特定物かの区別論も無用となる。<sup>(4)</sup>

(1) 石田文次郎「前掲」一八八頁、吾妻光俊「前掲」二八頁、我妻栄「前掲」九一頁、川島武宣「前掲」一二七頁。

(2) 加藤一郎「前掲」二二二頁。

(3) 北川善太郎「前掲」三一七頁。

(4) 於保不二雄「前掲」一〇四頁註(一)参照。

## 五 むすび

ここに、不完全履行についての学説を「不履行型態の特性」による構成と「契約義務」からの構成に整理したのであるが、その構成上における差は顕著に現われているが、各説の同質性もみなおすことができる。さらに、継続契約についてのシユタウプの問題提起は、継続契約解除の一般論に吸収される傾向があり、また履行拒絶も不完全履行からはずす方向もみられる。一方では、積極的債権侵害、不

完全履行と既存の履行不能、履行遅滞の相互関係に論議の焦点となってきた。このことは、わが国でも、不完全履行の体系化において、契約義務からの構成の必要性をあらためてこの点から検討されるべきである。