

## 契約損害賠償における予見性ルールについての課題(1)

難 波 讓 治

---

## I 序

- 1 はじめに
- 2 従来の私見の概要と本稿で扱う問題

## II 予見性ルールによる賠償制限の根拠

- 1 415条改正による契約責任根拠の転換の影響
- 2 契約効果としての損害賠償は「履行」か
- 3 債務者の過失を考慮すべきか
- 4 保護範囲か契約利益か
- 5 契約利益か多元的か
- 6 予見可能性か、危険の引受けか、契約の趣旨か

## III 予見性の意義

- 1 「予見可能性」と「予見すべき」
- 2 予見の当事者
- 3 予見の対象
- 4 予見の程度（以上・本号）

## IV 予見の時期

## V 予見性と他のルール

- 1 予見性と相当因果関係
- 2 予見性と通常損害

## VI 結 語

## I 序

### 1 はじめに

損害賠償範囲について、民法は416条を置いているが、その解釈について従来から多くの議論が存在した。学説上は平井宜雄博士による保護範囲説の提唱が大きなたピックであったが、判例上はそれほど影響があったとはいえない。

現在まで、「相当因果関係」がキーワードとして万能に近い働きを占めており、賠償範囲の確定基準として十分に機能しているとは言い難い状況である。今般の民法（債権法）改正に反対する意見においては、「相当因果関係」が機能しているという認識を持つ者が多いが、基準としては明確ではない。

改正の結果、416条（「民法」は略。以下同じ）は、「予見し予見することができた」が「予見すべき」と修正された。従って、「予見可能性ルール」ではなく、「予見義務ルール」とでも称すべきかもしれないが、本稿では改正前後を区別しない場合には「予見性ルール」としておく。この変更がなされたことによっても、従来の問題点の解決に至ったとは言い難い。しかし、法制審議会においては、多くの議論がなされ、損害賠償範囲論についての問題点が明らかになった。この時点で、なぜ改正案に対して反対が多かったのか、何が克服すべき対象であるかを振り返っておくべきであろう。また、保護範囲説（平井説）の提唱以来一時停滞していた学説上の研究も、改正の動きに呼応した成果が続々と現れた<sup>1)</sup>。本稿は、それらの研究を参考にしつつ、今後の解釈論あるいは今後予想される不法行為法改正に合わせた損害賠償範囲規定の改正のために問題点を整理しておこうとするものである。

そのなかでもとくに、予見性ルールの意義とその限界について検討する。法制審議会の審議過程を含め、従来の通説たる相当因果関係ルールが批判され、予見性ルールが前面に出てきたわけであるが、多くの賛同を得つつも、新しい立場もまた批判にさらされたのであり、それらの問題点を析出したいと考える。

## 2 従来の私見の概要<sup>2)</sup>と本稿で扱う問題

細かい点は後に触れるが、本稿の検討対象から要点のみについてこれまでの私見を示すと、次のようなものであった。

第1に、416条は、フランス民法1150条(2016年改正後の1231-3条)、ハドレー・ルール(イギリスのHadley v. Baxendale事件判決1854年)において示された予見可能性ルール)からの系譜を持つものであるが、立法時において、予見時期を契約時とする原案が修正されたことにより、予見可能性ルールに新たな原理が付け加えられた<sup>3)</sup>。当事者の意思に根拠を有する予見可能性ルールは契約時の予見によるものであり、したがって、当事者の意思だけで416条を説明できない。そこで、416条を契約の解釈によるとする見解(平井説など)を

- 
- 1) 民法改正論議を経たうえで、これまでの議論の到達点を示すのは、潮見佳男『新債権総論I』(2017年)425頁以下、森田修『『債権法改正』の文脈—新旧規定の架橋のために 第十講 損害賠償の範囲:『予見すべき損害』論の展開を中心に(その1)(その2)』法教450号70頁以下、451号100頁以下(2018年)である。また、なお、法制審議会における議論をまとめたものとして、森田・前掲論文のほか、拙稿「資料:債務不履行における損害賠償範囲規定の改正について」立教法務研究8号267頁以下(2015年)(拙稿「資料」として引用する)、米村滋人「改正法における賠償範囲基準規範の方向性」『債権法改正と民法学Ⅱ債権総論・契約(1)』(2018年)53頁以下などがある。さらに、近時の注目すべき論稿として、アメリカ法の詳細な検討を踏まえ、多くの示唆に富む論稿として、笠井修「損害賠償法における『予見可能性』の基礎付け」中央ロージャーナル9巻3号49頁(2012年)(同『契約責任の多元的制御』(2017年)所収。本書によって引用する)、フランス法の近時の有力説を踏まえ、415条と416条を、「履行モデル」という概念を正面に据えて論じる、白石友行『契約不履行法の理論』(2013年)(同「契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル」法学政治学論究70号299頁(2006年)をはじめとして多くの論稿があるが、本書によって加筆修正されているので、本書によって引用する)を挙げるができる。他に、イギリス法の最近の動向を紹介する論稿としては、幡新大実「Hadley v Baxendaleの起源とイギリスでの現代的展開」比較法研究74号307頁以下(2012年)、416条の具体的解釈を論ずる、住田英穂「民法416条の『予見主体』・『予見可能性の判断の基準時』」円谷峻先生古稀祝賀『民事責任の法理』(2015年)75頁以下なども現れている。なお、本稿では、近時の学説を中心に取上げたに過ぎないので、416条の沿革については、前田達明『口述債権総論(第3版)』(1993年)170頁以下、改正以前からの判例・学説の展開やそれらの詳細については、北川善太郎=潮見佳男「416条注釈」奥田昌道編『新版注釈民法10-II』(2011年)256頁以下、國井和郎「債務不履行における損害賠償の範囲」星野英一編集代表『民法講座4債権総論』(1985年)499頁以下などを参照されたい。

意思説と呼び、さまざまな根拠によって法が予見可能性という基準を定めたとみる説を政策説と呼んで、後者をとるべきとした。すなわち、本来の予見可能性ルールは契約時予見を前提とする契約当事者の意思を基礎とするものであるが、416条制定過程によって修正された予見可能性ルールはそれだけで尽きるものではなく、また予見時期を債務不履行時とみなければ債務者の契約違反を防止できないとした<sup>4)</sup>。

私見と同様の方向は、その後、純粋な契約利益説に対する修正説として有力な見解となったと思われ<sup>5)</sup>、中田教授が「契約締結時の合意によるリスク配分の尊重とその後の機会主義的行動の抑止ないし協力義務(信義則)との兼ね合い」と的確に表現された<sup>6)</sup>。

第2に、予見可能性ルールは当事者の意思によるルールであるが、保護範囲説は、そのルールこそが契約違反における損害賠償の決定規範となるのであり、相当因果関係などは不要とする。しかし、私見は、予見可能性ルールの重要性

2) 民法416条に関する筆者の研究の一部は既にかかなり以前に発表している(「フランス法における契約損害の予見可能性(1)(2完)」法学論叢124巻2号40頁以下、125巻3号80頁以下(1989, 1990年)(拙稿「フランス(1)(2)」として引用する)、「債務不履行における損害の確実性」國學院法学30巻4号(1993年)249頁以下(拙稿「確実性」として引用する)、「民法416条の立法趣旨」高島平蔵先生古稀『民法学の新たな展開(1993年)319頁以下(拙稿「立法趣旨」として引用する)、「民法416条の予見時期」ジュリスト増刊民法判例百選(第4版)20頁(1995年)～「同(8版)」(2018年)16頁など)(各版の内容は多少異なるが、最新版の8版を拙稿「百選」として引用する)が、ほぼ中断している(なお、関連する論稿として、拙稿「信頼利益と履行利益論の現況と課題」立教法学70号27頁以下(2006年)、同「損害の具体性と抽象性—損害の段階構造に関する覚書」立教法務研究1号105頁以下(2008年)(拙稿「損害の段階構造」として引用する)がある)。本稿もまたその一部に過ぎず不十分であるが、そのようなものとしても、改正を機に整理しておこうと考えたものである。

3) 拙稿「立法趣旨」では、立法過程で、「初めより」という当初の文言が削除されたことから、既にハドレー・ルールだけではなく、他の原理を付加しなければ416条を説明できないと考えたものである。これに対して、平井宜雄『損害賠償法の理論』(1971年)154頁は、この立法過程をほぼ無視していた。今般の改正により、契約責任の根拠を契約の拘束力に求めるという法制審議会の議論からすると、416条の当初の立法過程の意義は弱くなったと思われる。

4) 拙稿「フランス(2)」105頁。

5) 内田貴『民法Ⅲ(第3版)』(2005年)162頁など。

を認めつつも、それだけでは損害賠償範囲決定の基準として不十分ではないかというものである<sup>7)</sup>。

第1の方向は、今般の立法過程において提案された中間試案に結実している。しかし、中間試案は批判を受け、改正に至らなかった。第2の視点も、416条1項の通常損害の意義をめぐって議論が噴出した<sup>8)</sup>。

そこで、第1点に関し、そもそも予見性による賠償制限の根拠はいかなるものかについて、現段階での議論を整理する。次いで、予見性をめぐる解釈問題がいかなる理論構成と関連するのかを、とりわけ予見時期をめぐる論争を中心にとりあげる。第2点に関しては、予見性ルールと相当因果関係、通常損害との関係について整理する。本稿は、それらの作業によって、どのような問題があり、いかなる対立点があるのかを明らかにして、将来への展望を持つという小稿である。

## II 予見性ルールによる賠償制限の根拠

### 1 415条改正による契約責任根拠の転換の影響

416条の解釈論，立法論は，415条の議論と密接な関連を有する。というよりも，それが416条解釈の前提をなしていると言ってよい。

6) 中田裕康「民法415条，416条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（1998年）48頁。このフレーズは，拙稿「百選」17頁，北川＝潮見・前掲注1）407頁など数多くの文献に取り上げられている。「機会主義的」という用語に対しては，経済学上の正確な概念ではないと批判された（山本顕治発言「シンポジウム契約責任の再構築」私法69号49頁（2007年）が，ここでは，契約締結時に想定していなかった事態が契約締結後に生じたときに，当事者に対して何に基づいてどのような行動規範を課すのか，といった意味である（潮見佳男発言・同50頁）。

7) 拙稿「確実性」249頁において，次のように述べていた。「従来，損害賠償の範囲については相当因果関係説が支配的地位を保ってきた。しかし，近時，賠償範囲の問題は，端的に416条の問題とすればよいという認識が一般的になっていると思われる。そうすると416条だけで妥当な賠償範囲の決定をなしうるかが問題である。この点，従来の相当因果関係説は，曖昧であるがゆえに様々な考慮を盛り込むことができたと思われる」。

8) 詳しくは後述する（V）が，審議会のほか，改正過程における第1次のパブリックコメントでもこのような意見が多数見られた。

従来の通説である相当因果関係説は、債務不履行責任の根拠を債務者の過失に求めたが、近時の債務不履行の要件論の議論においては、過失責任主義から契約の拘束力へと移る流れが存在した。それによれば、損害賠償も契約によるリスク分配の結果と見るのである。改正民法415条は、債務不履行による損害賠償の免責事由として、「ただし、その債務の不履行が、契約その他の当該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ができない事由によるものであるときはこの限りでない」と規定している。この条文自体からは多少明確でないものの、審議の過程からみて、契約の拘束力という思想は、「基本方針」<sup>9)</sup>以来受け継がれているものとみることができる<sup>10)</sup>。そして、416条自体の大きな改正はなされなかったものの、416条の審議を通じてこのような思想自体への明確な反対はなく、416条の改正原案がとん挫したのは別の理由によるのである（後述V参照）。そうだとすると、改正後は、416条においても、基本的にはこのような思想を前提としていることになる。

従来、416条の解釈論として、平井説を中心とする保護範囲説、契約利益説が有力になりつつも、限界があったのは、415条の解釈論における過失論の壁を破れなかったことが大きいと思われる。改正法は、債務不履行責任の根拠を基本的には契約の拘束力に求めるのであるから、416条の解釈論において保護範囲説、契約利益説を基本とすることに障害はなくなったのである。416条の改正過程において、いったん「契約の趣旨」といった契約とのつながりを持った条文案が示されながら最終的には元に戻った（後述6参照）のだが、契約との関連を断ち切ろうということではなく、契約だけによるのではないという意見が強かったことによるのである<sup>11)</sup>。そうだとすると、今後は、保護範囲説、契約利益説と無関係な相当因果関係説は採れないことになろう。もっとも、従来の相当因果関係説には意味があったと思われるし、基本的には契約利益を保

9) 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Ⅱ』（2009年）247頁。

10) 渡辺達徳「債務不履行（特集債権法改正を論ずる 要綱仮案の決定を受けて）」法時86巻12号25頁（2014年）。

11) 内田委員は、「契約の趣旨」の文言がなくても、契約を基準とする思想が顧慮されるとする（法制審議会（民法債権関係）部会第90回会議議事録（PDF）62頁。以下では、会議における発言について「部会審議第〇回」としてPDF議事録によって引用する）。

護するのだとしても、さらに検討の余地がある（後述V参照）。

## 2 契約効果としての損害賠償は「履行」か

損害賠償を契約の拘束力によって基礎づけることを徹底し、責任を負うことまで約束した」ので責任を負うという立場を「契約効果構成」と呼ぶ見解がある<sup>12)</sup>。その見解によれば、契約の拘束力によって損害賠償を基礎づける立場を、「なすべきものを怠った者は、責任を課されても仕方がない」という「懈怠責任（違約帰責）構成」と「責任を負うことまで約束した」ので責任を負うという「契約効果構成」に分けられる。

そして、契約効果構成をとる山本説は、「損害賠償責任が契約の拘束力から基礎づけられると考える以上、その内容もまた契約の拘束力によって規定されると考えざるをえない」「『契約は守らなければならない』以上、債務者が所定の行為をしないときには、契約によって債権者に割り当てられた利益ないしは価値が債権者に認められなければならない。」とする<sup>13)</sup>。

その引き受けられたリスクがどこまで及ぶかについて見解が分かれるが、損害賠償債務を最も狭く見るものは、損害賠償義務まで契約そのものから発生するという考え方である。もし、損害賠償が「履行の等価物」であれば、それは理解できるものである。そして、その範囲でしか契約損害賠償の対象とならない、という考え方（フランスのレミイのような考え方<sup>14)</sup>）は、理論的には筋が通っていると思われる。そして、それを超える損害賠償は契約とは別の問題と考えるのである。

---

12) 山本敬三「債務不履行責任における帰責事由〔特集 民法（債権法）改正論議から民法を理解する〕」法セミ 679号 1頁以下（2011年）。

13) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ 1318号 93～94頁（2006年）。

14) フィリップ・レミイ・平野裕之訳「契約責任」, 誤った観念歴史」法論 74巻 2=3号 271頁以下（2001年）。平野旧説もこれに近い（平野裕之「契約責任の本質と限界」法律論叢 58巻 4=5号 5757頁以下（1986年）など参照）。小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318号 121頁注 21（2006年）も、レミイがフォート不要説を維持できる理由のひとつは、債務不履行による損害賠償（補償）の範囲を狭く限定するからだろうとする。なお、レミイ説は、白石・前掲注 1) 663頁などでも検討されており、我が国でも注目されている。

近時、この履行の等価物説を強く主張する見解が現れている（白石説<sup>15)</sup>。この説は、損害賠償は、履行の等価物であるという、レミイ以来のフランス法においてきわめて有力な潮流を踏まえ、詳細な分析を基にしたものである。このような考え方によれば、「契約上の約束の内容が、損害賠償責任を基礎づけるという趣旨であるならば、それは、損害賠償の義務もまた契約自由から直接生じる義務となるということの意味する。…民法415条は、契約上の履行義務の単なる確認的な規定であって、任意規定でもないことになり、同条がなくても損害賠償義務の根拠づけには何ら支障が生じないものとなる…『損害賠償責任』という言葉の意味を含め、その法的性格が大きく書きかえられることになる<sup>16)</sup>という評価が妥当するが、まさにそのようにみるべきだというのが、この立場である。

しかし、同説が、契約によって保護される契約利益の損害賠償を履行の等価物ということには賛成できない。履行（例えば物の引渡）とそれによって債権者が得る利益は異なるのである。契約責任をきわめて狭く解したレミイ説ならば理解できるが、契約利益を広げつつ、履行と同視するということには疑問を感じざるを得ないのである。契約によって保護される利益は履行の等価物だけではなく、履行によってそこから派生する利益も、契約法として保護すべきなのではないか。そこで、フランスの一部の説及び白石説は、「等価物」の範囲を広げることによって解決しようとするのである。表現の問題かもしれないが、「等価物」は、たとえば物の引渡であればその物の価値自体といったきわめて狭い範囲に限られるものなのではないだろうか<sup>17)</sup>。

### 3 債務者の過失を考慮すべきか

損害賠償を、履行自体を超えるものであるが、なお契約によって保護されるものであるとみると、債務者の帰責事由が必要なのか。次のような見解がそれを肯定する。

第1に、損害賠償が、履行請求の範囲を超えることがあることから、過失を

---

15) 白石・前掲注1)の最大の主張である。

16) 笠井・前掲注1)87頁。



要求する説である<sup>18)</sup>。この見解は、ドイツ法において帰責事由が必要とされていることを示すという文脈においてであるが、帰責事由不要説を批判する。すなわち、契約により債務内容を実現する義務を負うが、その際には、帰責事由は問題にならない。しかし、損害賠償請求は、契約により負担している債務の内容の実現(履行請求)の範囲を超えることがあり、その場合には、債務者の帰責事由が必要になるという。そして、過失は、債務内容を実現(履行)するための注意(配慮)を怠ったことであり、約束した債務内容が実現されていることとは区別される。履行請求の範囲を超える場合は、約束から帰責することができず、別の帰責原理である過失が必要だといっているのである。ドイツでも債権法改正が行われ帰責事由不要説が唱えられながらも、帰責事由が維持されている<sup>19)</sup>ことを重視するのである。この見解は、履行自体とそれ以上の損害を区別する。この立場からすれば、当然に前記の履行の等価物説は否定することになる。契約の拘束力(のみ)により根拠づける説は、それらの履行自体の価値を超える部分も履行利益であり、それも契約自体の拘束力で根拠づけられるとみているが、それを否定するわけである。

- 
- 17) フランスでも、パンナはそのような批判をしている (Andrea Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, 2007, n°37)。白石・前掲注1) 334頁は、「当事者が契約によって獲得しようとするものは、債務の対象それ自体に限られない…契約の履行は、契約を通じて実現しようとした目的にかなうものでなければならない」として、「このような側面を契約の履行から除外し、物理的な側面からのみ履行を捉えようとすることは許されない」という。前半引用部分に異論はないが、それは「契約利益」なのであって、「履行」ではないのではないか。白石・前掲注1) はフランスおよび日本の文献を網羅的に検討した800頁を超える大著であり、同書について今後本格的な検討がなされるべきであるが、現在のところ本文のように考えている。なお白石・前掲注1) に対する書評として、金丸義衡「民法学のあゆみ」法時86巻13号369頁(2014年)があり、どのように契約利益を確定するのかの基準が述べられていないと指摘している。
- 18) 田中教雄「債務不履行における過失責任の原則について」法政研究78巻1号153頁(2011年)。
- 19) ドイツ法で過失が維持されていることを肯定的に評価する、カール・リーゼンフーバー／渡辺達徳訳「債務不履行による損害賠償と過失原理」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』(2009年)241頁。なお、近時のドイツの諸説については、長坂純「ドイツ給付障害法における『義務違反』と『帰責事由』」前掲注1)『民事責任の法理』35頁以下、同「ドイツ給付障害法における損害賠償の帰責構造(1)~(3)」法律論叢90巻2=3号277頁以下、6号131頁以下、91巻1号225頁以下(2017, 2018年)参照。

第2に、予見時期を債務不履行時点とする点から過失を必要とする説である。すなわち、「債務不履行時点における債務者の予見可能性と結果回避義務」とが問題となるとし、したがって、損害賠償責任の帰責根拠は、契約締結時点における契約の拘束力というよりも、債務不履行時における債務者の主観的態様（予見可能性・結果回避可能性）が問題であるから、客観化された過失概念とパラレルな判断構造だということである<sup>20)</sup>。

この説は、債務不履行時まで予見時点を遅らせることから、帰責根拠自体が債務不履行時のいわゆる過失であるということである。しかし、それでは、契約との結びつきがまったく失われてしまうことになり、改正法の立場とは相いれないのではないか。

ただし、予見時期の問題は重要である。詳しくは後述するが、予見時期を債務不履行時とする説も、契約の拘束力のみを根拠とする立場が有力である。それに対して、予見時期を不履行時とするには、契約の拘束力だけでは根拠づけることはできないと考えるのが私見である。

第3に、故意の不履行の場合に予見性の制限を認めないというルールを設定した場合についての問題である。契約の拘束力説は、故意の契約不履行であっても、契約から発生する利益を保護するだけだから、賠償範囲は変わらないとみる。しかし、もし予見性による制限が契約利益の保護だけを根拠とするのではないとすれば、故意による場合について予見可能性の制限をはずすことも考えられる。逆に故意の場合に賠償範囲を広げるとすれば当然、契約の拘束力とは別の根拠が要求されることになる。例えば、フランス民法 1123 - 2 条（旧 1150 条）は、この立場である<sup>21)</sup>。

第4に、英米法研究からも、過失の意義が指摘されている。すなわち、厳格責任とされる英米契約法においても、サービス提供契約等において合理的な注意義務違反の有無が基準となっていることを指摘し、ただしそれは契約の解釈に内包されているという<sup>22)</sup>。

また、英米法の契約責任を厳格責任とする伝統的見解を検討した結果、実は

20) 石崎泰雄『新民法典成立への道』（2013年）121頁。

21) 拙稿「フランス(2)」95頁参照。

過失が機能しているという研究がある。この見解は、次のように論ずる。すなわち、過失を反倫理的側面の徴表として捉えるアメリカ契約法を参考に、「日本法においても、契約責任の追及が倫理的な非難可能性によって正当化されるべき場合があるのであれば、つまり反倫理性が帰責要素（帰責根拠）となるのであれば、その徴表としての過失を考慮し、無過失を免責事由の存在を評価するうえでの（重要な）一要素として位置付けるべきであろう」とする<sup>23)</sup>。

これらの見解からすれば、予見性ルールを持つからといって、過失の要素を全く考慮しなくてよいというわけではないことになる。もっとも、従来の通説とされた、債務不履行に過失を、損害賠償範囲に相当因果関係を位置づける枠組みとはまったく異なるのであるから、その方向を精緻に検討すべきであろう。

#### 4 保護範囲か契約利益か

「保護範囲説」（平井説）と「契約利益説」はほぼ同様のものとして扱われることが多い。すなわち、当該損害が契約によって設定された義務の射程内かどうかで判断するのが保護範囲説であり、当該損害が契約によって保護される利益がどうかで判断するのが契約利益説である。同じことを言っているようにも見えるが、とくに保護範囲説の内容を詳細にみていくと、ニュアンスの違いが見られる。

まず、保護範囲説は、契約利益の保護という主張にとどまらず、事実的因果関係、保護範囲、裁判官の裁量による金銭評価という体系も示すものであるから、保護範囲説の主張の一部が契約利益説と重なるものである。したがって、重なる部分のみ比較すべきである。

契約によって保護された利益が賠償の対象になるというのだから、契約利益説の主張は明確である。これに対して、保護範囲説（平井説）<sup>24)</sup>は、政策的価値判断であることを強調する。すなわち、「賠償範囲を制限する立法政策のも

---

22) 渡辺達徳「コモン・ロー上の契約責任における過失の機能に関する覚書」法学74巻6号277頁（2010年）。

23) 笠井修・前掲注1) 87頁。初出は、笠井「契約責任は嚴格責任か—アメリカ契約法に見る論争—(2)」中央ロー8巻1号45頁以下（2011年）。

とでは、事実的因果関係に立つ損害を限定するための技術概念が必要」であり、「416条は、賠償範囲を制限する政策的価値判断すなわち保護範囲確定の基準を与えるもの」という<sup>25)</sup>。しかし、契約によって義務が設定されるのなら、政策というのはわかりにくい。むしろ、契約だけでは賠償範囲が決まらず、他の原理を付加することにしたから政策というべきであろう<sup>26)</sup>。

また、保護範囲説が「政策」による意思決定を重視したため、相当因果関係説ともたいして違わない—レトリックの違いという批判がある<sup>27)</sup>。実は、保護範囲説が契約利益説と同じであれば相当因果関係説とは結論も異なることがありうるはずであった（特に、予見時時期が異なるのであるから）が、政策的価値判断を強調することによってそれが不明確になったのである。もっとも、近時の契約利益説が予見時期を遅らせていることについては後述する。

## 5 契約利益か多元的か

2で述べたように、契約責任の根拠が基本的に契約の拘束力であることを認めたとしても、予見性による制限がその現れにすぎないとみるべきかがさらに問題となる。

これは、予見性の意味をどのように捉えるかとも関連する。前述の「履行の等価物」説のようにみれば、まさにその現れにすぎないことになろう。しかし、

24) 笠井・前掲注1) 149頁注8の指摘するように、平井説（保護範囲説）は、グリーンの理論（Leon Green, *Rational of Proximate Cause*, 1927）を応用したものであって、ハドレー事件のルールとは多少異なるものである。もっとも、近時のイギリスの損害賠償法の体系書でも、類似の構成は見られる（Havey MacGregor, *The Law of Damages*, 19ed., 2014, pp.198-248は、損害の遠隔性（Remoteness of Damage）の項目において、因果関係（Casation）と保護範囲（Scope of Protection）に分け、後者の中で、ハドレー・ルールとその発展について論じている。なお、近時のハドレー・ルールの変容については、幡新・前掲注1）参照。

25) 平井・前掲注3) 159頁。

26) このような観点から、拙稿「フランス(2)」105頁では、意思説（契約利益説）に対比した意味での「政策説」を主張した。淡路剛久『債権総論』（2002年）180頁が、私見と同様に「合意説」と「政策的限定説」を対比をさせつつ、後者を支持している。

27) 半田吉信「保護範囲説には、解釈上どのような意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第2巻』（1991年）19頁。

「予見性」による制限であって、しかも、予見時期を契約時ではなく債務不履行時とみるならば、契約自体から導くことはできないのではないかとも思われる（この点の反対説についてはⅣで後述する）。そこで、416条は、契約利益の保護にとどまるものではなく、債権者は不履行時以降も損害回避措置をとることができること、故意の不履行の場合に債務者を不当に利することなどの根拠も合わせて416条の根拠になるのではないかと考え、416条をハドレー・ルールと同視するものを意思説と呼び、修正したルールを含むものとして「政策説」を主張したのが私見である<sup>28)</sup>。416条自体が、契約時予見ルールを基礎としつつも、それに加えて契約時以後の損害についても賠償するというルールを含むものと位置付けることができ、それは契約時予見ルールとは別のルールであると考えられる。そして、416条が、予見時期を契約時と遅らせたことがこの解釈を可能にするのみなのである。

さらに、最近、アメリカ法の研究を基礎とした研究においても、予見時期にかかわらず、予見可能性の根拠を複数挙げる見解が現れた<sup>29)</sup>。すなわち、予見可能性ルールを当事者の意思や契約の趣旨のみから導くのではなく、他律的な要素である、倫理的評価、経済的評価なども取り込んで評価すべきものというものである。

もっとも、契約自体だけではないとしても、どのような他律的根拠によるのかというと、いまだ明確とは言い難い。また、これまで、予見時期の問題が根拠と結びついて論じられることが多かったので、その点は後にも取り上げるが、予見時期にかかわらずさらに検討することが必要である。

## 6 予見可能性か、危険の引受けか、契約の趣旨か

条文の文言は、「予見可能性」から「予見すべき」と変わったのであり、「契約の趣旨」説は、法制審議会において、立法論としてその過程で示されたもの

28) 拙稿「フランス(2)」105頁。私見について、潮見・前掲注1) 461頁は、契約締結時による両当事者のリスク配分を決定的にみる点の合理性を問う見解として萌芽的なものと評している。

29) 笠井・前掲注1) 143～147頁。

にすぎない。しかし、「予見性」の意義を考えるには、その内容を参照することが重要であるし、解釈論として、「予見性」を「契約の趣旨」と読み込むことも不可能とはいえないだろう。

まず、審議会の議論において、単なる予見ではなくて、契約当事者がそこまで契約の責任として了解したことが必要であるとの能見委員の発言<sup>30)</sup>は、「予見可能性」概念を用いつつ、その意味を、危険の引受けとみるべきであるとしたものである。さらにそうであれば、「予見可能性」というよりは「契約の趣旨」というべきである、という意見が、山本幹事、潮見幹事によって主張され(部会審議第38回)、「中間試案たたき台」の段階で、通常損害に加えて、「その他、当該不履行の時に、債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」という条文案が提示されていた。その後、中間試案を経て、潮見幹事の「契約の趣旨」だけでよいという意見もあり、有力であったが、最終的には、「契約の趣旨」文言は削除された<sup>31)</sup>。この理由は、「契約の趣旨」というと、契約時の判断のみと捉える意見があって合意が得られないからというものである<sup>32)</sup>。

「契約の趣旨」説からは、審議会以前から「予見可能性」という文言が批判されていた。「契約によって保護された債権者の利益」を確認して、「契約の意味と目的に従った責任づけ」を図る際に考慮すべきファクターをすべて契約当事者の認識の平面へと還元して「予見可能性」概念に基礎づけられた賠償範囲確定ルールに還元できるか疑問というのである<sup>33)</sup>。すなわち、「予見可能性」では契約との関係が切り離されてしまうという危惧である。他方、「契約の趣旨」によって賠償範囲を決定することに対しては、「契約の趣旨」が明確でな

30) 部会審議第38回(PDF版議事録8頁)。拙稿「資料」290頁参照。リスクの引受けが基本であるという趣旨は、山本幹事、鹿野幹事からも発言している(拙稿「資料」285～286頁)。

31) 「契約の趣旨」をめぐる改正過程の経緯については、森田・前掲注1)法教451号102頁以下が詳細に分析している。

32) 「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その1)補充説明」部会資料79-3・PDF12頁。拙稿「資料」328頁。

33) 潮見佳男『債権総論I(第2版)』(2003年)351頁以下。白石・前掲注1)350頁、807頁も同様である。

いといった批判がある<sup>34)</sup>。

また、契約の趣旨説については次のような分析もある<sup>35)</sup>。契約の趣旨説は、明示の合意がない場合を416条の対象とするので、同条を任意規定とみているが、任意規定を契約上の合意で基礎づけるのは矛盾であるとし<sup>36)</sup>、契約趣旨説を採るには、契約利益が典型契約を代表とする契約類型に従って決定され、個別の契約解釈によるものではない、と解するべきだということである。しかし、416条は、確認規定であって、当然のことを規定したと解するならば矛盾とはいえないのではないだろうか。また、契約の趣旨説を、自説と同様の立場とも思えるという。しかし、契約の趣旨説がそのようなものとは思えない。契約の解釈によるものであろう。

以上に対して、危険の引受け説、契約趣旨説とは異なる方向を示す学説がある。文字通り、「予見可能性」であることを重視する説である。

この説は、あくまでも「予見可能性」であることから、意思への還元に限界があることを示す。予見の「可能性」であるから、契約との結びつきが希薄になっているということである<sup>37)</sup>。もっとも、希薄だとしても契約との結びつきを認めることにはなると思われる。

また、「予見」と契約解釈の違いについて、そこに持ち込まれた言葉（特に契約解釈）の隔たりが大きいことも指摘する。損害ないし事情を予見しながら、あるいは予見可能な状態で契約した以上、その損害を引き受けたはずである、あるいはその範囲の利益は契約による保護の対象に組み込まれたはずであるというのは、フィクションであると断ずるのである。確かに、具体的な当事者間の危険の引受けであれば、まさに当事者の意思によるものであるが、「予見可

---

34) 拙稿「資料」310頁。なお、「契約の趣旨」の意義について審議会では膨大な論争がなされた（森田修『『債権法改正』の文脈—新旧規定の架橋のために 第七講 履行請求権：契約責任の体系との関係で（その2）』法教442号82頁（2017年）参照）。「契約の趣旨」に関しては、石川博康『『契約の趣旨』と『本旨』』法時86巻1号22頁（2014年）も参照。

35) 米村・前掲注1) 80頁。

36) 笠井・前掲注1) 144頁による。

37) 笠井・前掲注1) 145頁。

能性」であれば、意思への還元が擬制であることは認めざるを得ない。もっとも、危険の引受け説、契約の趣旨説も規範的にみるならば、同様であろう。

以上のように見ると、危険の引受け説、契約の趣旨説は、より契約との結びつきを重視し当事者によるリスク配分を重視したものであり、「予見可能性」文言重視説は、「予見可能性」であれば、契約からの結びつきが弱くなり、契約以外の法理を根拠とすることもありうる、という考え方ということができよう。予見可能性が「予見すべき」へと明確に規範化したことによって、実際上の差異は少ないないかもしれないが、このような基本的立場は理解しておく必要がある。

### Ⅲ 予見性の意義

#### 1 「予見可能性」と「予見すべき」

「予見可能性」の判断が「規範的」であることは、既に平井説以来多くの学説の説くところである<sup>38)</sup>。今般の改正過程でも「基本方針」に既に現れていたが、部会審議においても、「予見可能性」は事実ではなく、規範的であることがたびたび示されていた。

今般の改正法案で実現した、416条の修正は、この部分である。すなわち、改正前の「予見可能」から「予見すべき」と変更された。

事実としての「予見可能性」を主張していた見解<sup>39)</sup>は、立法上「予見可能な損害を賠償せよ」という規定があり、価値判断がなされているのだから、事実とみるべきとされたが、もはや立法上の価値判断が変更されたので、その見解は成り立たなくなった。

しかし、事実としての「予見」ではなく、「予見可能性」を規範的に判断していたというならば、「予見すべき」といっても、両者の違いはわかりにくい。

38) 平井・前掲注3) 173頁、星野英一『民法概論3 債権総論』(1978年) 74頁、潮見・前掲注1) 332頁など。

39) 前田達明「損害賠償の範囲—予見性における Sein と Sollen」『不法行為法理論の展開』(1984年) 208頁。



なぜ、そのような改正がなされたのであろうか。

改正条文において「予見すべき」と変更する案は、当初、中間試案たたき台として、規範的概念を明確にするためとして現れたものである<sup>40)</sup>。この「予見すべき」とした案は、損害賠償の範囲を制限する方向で考えられており、要綱案たたき台素案の説明において次のような例が挙げられていた。AがBに甲建物を売却したが、BがCに甲を転売し、AがBから転売契約に違約金5億円の約定があったことを告げられていたとしても、それはAが予見すべき損害ではないとして損害賠償の範囲に含まれないとすることが可能というのである<sup>41)</sup>。

「予見すべき」(規範的)の意味は、現実には予見していなかったが、予見すべきであったので予見可能性があった、という意味にとるのが通常と思われるが、現実には予見していたのに、予見すべきとはいえなかった、と解することができるという意味で(も?)用いられている。危険の引受けの意味を持たせるためだとすれば、不明確な変更であったと言える。

通知されたことによって賠償範囲が拡大するという問題は、従来からたびたび指摘されてきた。空港に行くためにタクシーに乗る際に、乗客から運転者に対して、飛行機に遅れると重要な取引に行けなくなり莫大な損害が発生すると伝えていたが、運転手のミスで空港への到着が遅れ飛行機に乗り遅れた場合、その取引損害を賠償の対象とすべきかというのがよくあげられる例である。確かにその損害を賠償の対象にすべきでないと思われるが、「予見性」はあったとしても、取引損害という「危険の引受け」はなかったとみれば解決する。このような考え方は、ハドレー・ルールの解釈としても有力である<sup>42)</sup>。従って、

---

40) 「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)概要付き」民法(債権関係)部会資料53・PDF38頁。拙稿「資料」299頁。

41) 部会審議第78回において検討された民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)の説明。民法(債権関係)部会資料68A・PDF15頁。

42) ただし、アメリカ法ではいったん、危険の引受を明確にする「黙示の合意テスト」がいったん受け入れられた後、否定されたという経過をたどった(笠井・前掲注1)125頁参照)が、イギリス法では、近時のアキリーズ号事件(2008年)で危険の引受理論が採られた(幡新・前掲注1)参照)ようであり、状況は異なる。

危険の引受けをもっと明示的に規定するか、「予見可能性」に留めておく方がよかつたのではないかと思われる。

しかし、「規範的」な判断ということによって、契約後の事情をも取り込むことができる可能性もある（この点は後述Ⅳ）。

## 2 予見の当事者

### (1) 相当因果関係説からの債務者説

従来の相当因果関係説は、「債務者」の予見可能性としていた。実は、これは相当因果関係説から論理必然に導かれるものではない。「相当」かどうかを判断するには、債務者を基準としなくてもよいようにも思われるが、債務者の不履行からのつながりを判断するには債務者を基準にしたものである<sup>43)</sup>。

### (2) 保護範囲説、契約利益説からの両当事者説、債務者説

保護範囲説・契約利益説からすると、契約両当事者とするのが本来の帰結である。すなわち、契約利益を決定するのは、両当事者の合意によるものだからである<sup>44)</sup>。しかし、契約利益説に立ちながら、規範的評価なのだから債務者とみてよいという説も有力である<sup>45)</sup>。

確かに、事実としての予見ではなく、規範的に「予見すべき」であるならば、誰が予見当事者かという差異はそれほどなくなる。今般の改正で、予見す「べき」という条文文言に改正されたことは、さらにその立場を強化する根拠とな

43) 我妻栄『新訂債権総論』（1964年）120頁。

44) 平井・前掲注3）173頁の強調するところである（ただし、債務者としても結論は変わらないとも述べている）。他に両当事者説に立つのは、小野秀誠『債権総論』（2013年）132頁など。

45) 例えば、平野裕之『債権総論』（2017年）127頁（ただし、債務者の計算可能性を保障するためのものだからという理由により、債務者がたまたま知った場合も賠償を肯定する）。なお、池田悠太「設問としての『契約の解釈』—契約をめぐる議論空間の整序にむけて」東大法科大学院ローレビュー11号24頁（2016年）は、賠償範囲の決定に関する「契約の解釈」が契約内容の確定作業とは性質の異なるものであって種々の事情を考慮して政策的な価値判断のもとに予見可能性を判断するという作業なのであれば、通常の契約内容確定手段としての契約解釈と同じように「それは契約両当事者にとっての問題であら」と必ずしもいえないとし、予見可能性を債務者について考えることは可能であり、その場合も同質の判断が行われると考えられるという。

ろう。

まず、実際に予見していた場合を考えると、債務者が予見していた損害(事情)であるが、債権者が予見していない損害(事情)の場合に賠償を肯定するか否定するかの違いである。しかし、損害が発生するのは債権者側であるので、債務者が予見しているのに債権者が予見していないという事例は考えにくい。たまたま債務者が、債権者に損害が発生するであろうことを知ったときがこれにあたるであろうか。その場合でも、規範的に制限するというのであれば、債権者が予見もしていない損害は、債務者が予見すべきであったとはいえないとして、賠償を否定することができる。

このようにみると対立は止揚されたかのようである。しかし、予見性の規範的判断と両当事者予見説がまったく同じ帰結となるのかはなお検討の余地がある。また、予見の時期を債務不履行時まで遅らせた場合には、その根拠にもよるが、規範的だとしても契約から導くことができないとすれば、予見の当事者は本来的に債務者となるのではないかと思われる。

### 3 予見の対象

#### (1) 事情か損害か、損害の事実か

相当因果関係説は、416条1項が相当因果関係の原則を示し、2項をその基礎とすべき「事情」の範囲とし、その事情を加えて通常生ずべき損害が決定されるので、予見の対象は「損害」ではないという。そして、転売するという事情だけが予見しうべきときは、その当時転売によって通常生ずる利益だけが賠償の範囲となる、とする<sup>46)</sup>。予見対象を「事情」とすることによって、「転売利益」が予見可能でも、特別に大きい転売利益は含まない、とすることができることになる。

これに対して、保護範囲説は、損害を事実とし、その損害の予見としていた。損害—事実、予見可能性—損害事実の予見、その他の事情—予見された損害の評価という体系である。そして、事実としての損害は「履行期に目的物の引渡

---

46) 我妻・前掲注43) 120頁。

がなかったという事実、そのために他から代物を購入するために金銭を支払った、または転売先に違約金を支払ったという不利益な事実」という<sup>47)</sup>。

保護範囲説以後、契約利益説の陣営においても、事情の予見説があった。「賠償範囲確定（履行障害についてのリスク配分）のための契約解釈にあたりどこまでの事情を取り込むかという観点から、文字通り「特別の事情」として捉えるのが適切」<sup>48)</sup>というものである。

もっとも、損害事実説も、損害と事情とは区別し難く、区別する実益もないとする<sup>49)</sup>し、判例が「損害」を予見とすることもあれば「事情」の予見とすることもあるのだとすれば<sup>50)</sup>、あまりかわりないということかもしれない。「事実」に「事情」が含まれる<sup>51)</sup>というのも同様の立場であろうか。そうだとすると、損害概念がかかわっていることは理解しておく必要がある。項を改めて検討する。

## (2) 損害論との関係

損害概念については、従来から議論が絶えないところであるが、ここでは、予見の対象との関連で言及しておきたい。

予見の対象を「損害」とすれば、「損害」概念がかかわってくる。「損害」をどのレベルで捉えるかによって、予見の対象が変わってくるのである。「損害」

47) 平井・前掲注3) 174頁。

48) 潮見『債権総論I(第2版)』(2003年)352頁。もっとも、潮見・前掲注1)467頁は、「損害」とする。この変更は、「損害」としてもリスク判断ができるから、相当因果関係説を想起させる「事情」を避けたことによるのではないかと思われる。

49) 平井宜雄『債権総論(第2版)』(1994年)98頁は、損害事実説に立って、損害と事情の区別は意味がないとするが、土地の買主が「買受代金の三倍以上の価格で転売するという事実」は特別損害の例としている。価格まで事実とするなら、金銭的評価の段階ではじめて金額が現れるという保護範囲説と矛盾するのではないか。

50) 松浦以津子「四一六条の類推適用の現代的意味」加藤一郎先生追悼『変動する日本社会と法』(2011年)463頁は、予見可能性の対象(や証明の程度)が判例によって操作されており、事情であることも損害であることもあるとする。

51) 部会審議において、山本(敬)幹事は、損害の捉え方によって予見の対象は損害であったり事情であったりするが、いずれにしてもリスクを引き受けたかどうかが重要なので損害でも事情でも違いはないという(部会審議第38回・PDF議事録7頁、部会審議第78回・PDF議事録18頁。拙稿「資料」289,320頁)。この、損害の捉え方によって異なる、という点について次に言及する。

が、「損害事実」だとすれば「損害事実」の予見、損害が具体的金額まで含む概念だとすれば、「損害額」までの予見となり、その中間に、損害の種類の見、損害の内容の予見等がありうる。

まず、損害の抽象性を高めて上位の事実と解すれば、例えば、債務不履行自体とするならば、損害の予見というのは、債務不履行＝本来の給付がなされないことであり、その予見性は常にありそうである。

「事実」にはいろいろなレベルがあり、上位の事実として「債務不履行の事実」を取り上げれば、損害としての具体性がまったくない。必ずしも、最も抽象的で上位となる事実のレベルでつかまえる必然性はなく、状況に応じて最もつかまえやすい事実を損害として把握すればよいとして、「死亡」「負傷」という包括事実だけでなく、負傷によって「労働能力を喪失したという事実」「治療等の対応を余儀なくされたという事実」でもよい<sup>52)</sup>とすれば、ある程度具体性を持たせることができる。

これに対して、損害を項目あるいは種類だとみれば、「転売による得べかりし利益があること」や「第三者への損害賠償義務があること」が損害となる。さらに、損害を具体的な金額まで含むものとすれば、損害の予見はかなり具体性を帯びる。

契約によってリスク決定しているという考え方からすれば、ある程度具体的なリスク、すなわち、予見の対象も具体的なものになるはずである。例えば、物の運送債務においてその物の価格が1万円か10万円かは債務不履行の場合の損害賠償額について重要な問題である。また、転売利益の予見性が問題になるとき、転売額が2倍の額か、10倍の額かも重要であろう。損害の事実とすればこの差異は考慮できなくなるはずである。

損害を事実として、金銭的評価と分離することの主戦場は、価格変動問題であった。価格変動を予見性からはずすことによって、価格の変動にかかわらず賠償の対象とすることができるからである。すなわち、価格変動は危険の引受けとしての予見性に馴染まないが、価格変動という不可測な損害要素を除いた

---

52) 不法行為に関するが、窪田充見『不法行為法(第2版)』(2018年)166頁。

後の「損害原因」は損害リスク概念に馴染むということである<sup>53)</sup>。従って、予見の対象を、少なくとも単なる事実ではなく、損害の内容を含んだものとすべきである。そうだとすると、「事情」の予見とするほうが良いとも思える。しかし、「事情」の予見とすることによって、契約と損害の結びつきが不明確になる恐れもあろう。従って、予見の対象は「損害」とし、その損害は、単なる事実ではなく、損害の内容を含むものとみるのが妥当であろう。

### (3) 予見の対象は派生的損害か

予見の対象を「後続損害」とみる見解がある<sup>54)</sup>。すなわち、416条は、債務不履行から生じる「後続損害」のうち、どこまでを債務者に賠償させるべきかを定めるものであり、その基準が通常損害・特別損害、さらに損害の予見性だということである。この見解によれば、目的物自体の損害に関しては予見性とは関係ないことになる。このような構成も可能であるが、前述のように、目的物の価値について予見性が及ばないとすることが妥当かである。

また、予見性を「派生的損害」に関するものと価格変動に関するという見解もある<sup>55)</sup>。

すなわち、履行不能時（不動産売買）または代替取引をなす時点（動産売買）までの価格変動は、目的物それ自体の通常損害である。特別損害の第1は、目的物の使用・収益・処分に関する派生的損害に関するものであり、第2は、履行不能時以降の騰貴した価格での目的物の保有に関するものであるという。

しかし、これらは、異なる場面である。まず、第1の局面で、通常損害を目的物の価値に限定していることに注意を要する。この考えはありうるが、使用利益等は通常損害にもなり得るのではないか。第2の騰貴価格を特別損害として予見可能性を要求すれば、履行不能時に価格騰貴について予見可能でなければ騰貴価格の賠償は認められないことになる。履行不能時以後の価格変動リスクは当事者が引き受けていないからだとする。しかし、通常損害の価格変動を

---

53) 川村洋子「法比較の視点から債権法改正を読み解く(1)」法学志林111巻1号12頁(2013年)。

54) 例えば、能見善久「民法419条注釈」『注釈民法10巻』(1987年)645頁。

55) 住田・前掲注1)96頁。

予見からはずし、履行不能時以後のみ予見の対象とするのが理論的に整合性があるのか疑問である。

#### 4 予見の程度

予見の程度が具体的なものまで必要か、抽象的で足りるかという問題である。最近の地裁判決において、問題となったものがある。

東京地判平成 26 年 10 月 1 日 (LEX/DB 25522280) は、具体的な予見可能性を要求した<sup>56)</sup>。

インターネット振込サービスの不具合によって発生した損害 (FX 取引によって得べかりし利益) について、民法 416 条 2 項の「特別の事情についての予見及び予見可能性については、予見する主体をどのように考えるか、予見又は予見可能性の程度をどのように解するかの問題があるが、債務が存在することを前提として、その不履行による損害の賠償をいかなる範囲で認めるべきかについて、抽象的な予見又は予見可能性を前提とすると、事実的因果関係の全てについて賠償を認めることになりかねず、相当でなく、ある程度具体的な予見又は予見可能性が必要とされるべきである」とした。

この点について、416 条の解釈論としては、ほとんど問題にされていないようである<sup>57)</sup>。

法制審議会において、内田委員は、「予見する対象は蓋然性ですので、ある債務不履行があると 100% の確率である損害が発生する場合もあれば一定の確率で発生する場合もある。損害発生について非常に低い蓋然性が予見可能になる場合もありうるわけですが、だからといって、常に損害賠償の対象になるとは通常、考えていない」と発言している<sup>58)</sup>。この発言の意味するところは、

---

56) この判決について、拙稿「民法 416 条 2 項の特別損害における予見可能性の程度」新・判例解説 Watch 17 号 91 頁 (2016 年) 参照。

57) イギリスの判例においては、予見可能性の程度について詳細に論じられている。田井義信「契約違反における損害賠償の範囲」『英米判例百選 2 私法』(1978 年) 90 頁、宮崎淳「英国契約法における損害賠償の範囲確定基準について—クーフォス対 C・ツァーニコフ株式会社事件〔ヘロン II 世号事件〕判決の分析」創法 23 卷 1 号 1 頁 (1994 年) 参照。

損害の予見というのはその損害が発生する蓋然性についての予見であり、非常に低い蓋然性、例えば、1%くらいの確率でその損害が発生するかもしれないということも予見しても、その損害の予見性があるとは言えない、ということであろう。すなわち、損害の予見性があるというためには、ある程度の蓋然性が必要ということになる。

この議論と前述の具体的予見か抽象的予見かという議論は異なっているように見える。しかし、前掲東京地判では、得べかりし利益について、もしかしたら発生するかもしれないという程度の予見ではなく、ある程度の具体性を持った程度の予見が必要と見たのであろうから、予見または予見可能性の程度ということでは共通性がある。具体的、抽象的といっても予見性が規範的判断であれば問題にならないかもしれないし、予見性の対象との関係でも変わってきそうである。

もっとも、このような議論が必要かどうかを含めて、さらに検討することが必要である。