

判例研究

代車保管中の盗難につき借主に善管注意義務違反が認められた事例

東京高判平成一六年三月二五日 (平一五(ネ)五六三三号・損害賠償請求控訴事件) — 取消・上告・上告受理・和解、判時一八六二号一五八頁・金判一一九六号三〇頁

上本 政夫

【事実の概要】

X (控訴人) は、自動車の販売及び自動車のチューンナップ等を生業とする業者である。Y (被控訴人) は、以前にXから購入したY所有の自動車をXにチューンナップ作業を依頼した。Xは、Y所有のその自動車をXの外注先である訴外Aに発注する形にして一八〇万円のローンを組み、作業期間を概ね二か月と見込んでYと整備請負契約を締結した。その契約の際に、Yは、Xに対して代車の提供を強く要請したため、作業期間中に順次、数台を代車として提供し、やがて、本件自動車をYに代車として提供することにした。

本件自動車は、Xが他の顧客の求めに応じて車輛を購入し、

その顧客の注文に応じて種々のチューンナップ作業を行っていたもので、ほどなく代金一八四万六六五〇円で同顧客に売却し、引き渡すことになっていた。本件自動車は、装備に関して相当のチューンナップ作業が施されており、キーシリンダーにキーを差し込むか、キーシリンダーを破壊しなければ、解除することができないハンドロック機能も備えていた。

Xは、Yに本件自動車を代車として提供するにあたり、本件自動車が売却予定の商品であり、保管や運転には十分注意するよう伝え、Yもこれを了承した。

Yは、本件自動車を引渡された平成一四年三月三〇日から、自宅に戻り、自宅前の本件駐車場にこれを駐車した。

本件駐車場は、東側が公道に面しており、容易に公道から出入りすることができる構造となっており、右記公道に向かって普通自動車三台が並列に駐車できる程度のスペースがあり、最も北側の部分にのみ片持ち屋根が設置されている。

Yは、本件駐車場に本件自動車を駐車するにあたり、屋根が設置されている部分に駐車し、サイドブレーキをかけ、キーを抜き、窓を閉め、ドアをロックしていた。しかし、本件自動車にシートをかけることはせず、右記公道からの出入口部分に人や車の出入りを妨げる障害物を置くことはなかった。

Yは、平成一四年四月三日に勤務先から本件自動車で帰宅して以降、右記状態でこれを本件駐車場に駐車していたところ、同月八日午前一時三〇分ころ、本件自動車が盗難に遭った。そ

の際、Y 方で飼っている犬は吠えなかった。平成一四年四月一六日午前五時五五分ころ、本件自動車が発見されたが、脱着可能なものについてはすべて取り外され、廃車に等しい状態であった。

X は、Y に対し、三一四万六五〇円及びこれに対する利息を求めて提訴した。第一審において、X は、本件自動車の返還債務の履行不能は、Y が保管している際に、窃取されたことによつて生じたものであるから、Y の責に帰すべき事由に依つたものであると主張した。これに対して、Y は、右記状態で駐車しており、寝る前には毎晩本件自動車の存在や状態を見ており、家族全員で保管には十分注意していたのであるから、善良なる管理者の注意をもつて保管していたとし、盗難について Y に責に帰すべき事由はないと主張した。第一審では、Y は本件自動車の保管について善良なる管理者の注意をもつて管理したものと認めて、X の請求を棄却したので、X は、判決を不服として控訴した。

【判旨】

X と Y との間では、本件自動車につき、Y がチェーンナップ作業を依頼した自動車の代車として、同作業が終了し同自動車が Y に引き渡されるまでの間、無償でこれを Y に使用させる旨の使用貸借契約が締結されたと認められ、これにより、Y は、

X に対し、本件自動車を善良なる管理者の注意をもつて保管する義務を負つた（民法四〇〇条）と認められる。

ところが、Y は、本件自動車を本件駐車場に右記状態で駐車していたものの、これにシートをかけることはせず、また、本件駐車場が面する公道からの出入り口部分に人や車の出入りを妨げる移動柵、チェーン等の障害物を置くこともなかったであり、盗難防止措置をとつたとはいえない。また、犬を飼つていたこともこの判断に左右するものでない。そして、本件駐車場が公道に面しており、その公道は五〇 m 弱で主要道路に通じていること、Y は、家人に気付かれずにエンジンを掛けることができれば、後は容易に盗取することができる状態に本件自動車を置いたといえること、本件自動車には最新のナビゲーションシステム、カーステレオ等が装着され、相当のチェーンナップ作業も施されていたのであるから、日中ある程度近くで見れば一見して相当の価値があると認識し得るものであったと認められるところ、Y は本件自動車にシートをかけることもなく丸四日以上も本件駐車場にこれを駐車していたことなどを総合すれば、Y は、右記善良な管理者の注意義務を尽くさずに本件自動車を保管しており、この義務違反と本件自動車の盗難との間には相当因果関係があると認めるのが相当であるとして、原判決を取り消し、X の請求を認容した。

【研究】

一 本判決の意義と問題

本判決は、日常的に行われている自動車の販売、修理及び車検等の際に、顧客が代車の提供を受けた場合における借主の善良なる管理者たる注意義務の内容及び程度について事例判断をした最初の高等裁判所の裁判例である。通常、代車の提供にあたっては代車そのものの時価額が低く、代車本体の損害について訴訟まで発展する場合は少ないが、損害額が大きいため提訴された事例である。このように日常的に行われる代車の利用に関する法律関係に対して注目を与える契機となる判決であると位置づけられる。

本判決の論点は、(一)代車使用の法的根拠をどうして使用貸借と認定したのか、(二)借り主が代車の保管に関して善良なる管理者の注意義務を尽くしたかどうか、(三)借主の注意義務違反から生じる貸主への損害賠償に関して過失相殺の可能性は生じないか、という点である。

第一審と控訴審とで異なる判断がなされたので、以下に事実認定及び法律構成に関して比較検討を中心に評釈を行うものがある。

なお、本件事案は、平成一六年上告、上告受理、平成一六年九月一四日に和解が成立した。

二 自動車の保管に関する従来の裁判例

自動車の保管に関する従来の裁判例の詳細は、紙面の都合上、拙稿「代車の使用に関する法律関係」に譲ることをお許し頂きたい。なお、過去には代車に関する公表された裁判例は見当たらないが、自動車の保管に関する裁判例のうち、どういう場合に善管注意義務違反が認められたのかという点で整理すると、

【1】大阪地判昭和四一・九・二六判タ二一四号二二八頁駐車場の注意義務（寄託）、【2】大阪地判昭和五三・一一・一七判タ三七八号一三三頁極駐車場の注意義務（寄託）、【3】東京地判昭和五四・八・三〇判時九五八号七六頁修理業者の保管義務（請負）、【4】東京地判平成元・一・三〇判時一三二九号一八一頁駐車場の注意義務（商法上寄託）、【5】東京地判平成八・九・二七判時一六〇一号一四九頁旅館駐車場の注意義務（場屋営業者の寄託・不可抗力）、【6】東京地判平成九・一〇・三〇判タ九九九号一七八頁駐車場の注意義務（免責条項、等）がある。【1】は、「罪の錠前は外部から容易に破壊し得るものであり看視員も夜間は一度も巡回せず単に管理入室に寝泊りしているにすぎないものであるから被告が周囲に金網を設け看視員をおいた」だけでは、善管注意義務を尽くしたことはならないとされ、【3】は、「他人の物の保管をも業とする自動車修理業者としては、空地部分で他人の自動車を保管する場合には、当然、自動車の合鍵の存在とそれによって生ずる危険性を予見すべき」点を、【5】は、豪雨によりA旅館の前面にある

丘陵が崩落し、「本件丘陵部に何らかの土留め設備が設けられていれば」、また「被告従業員等が事態に迅速に対応していれば」被害を防止できた点を、それぞれ指摘して、善管注意義務違反を認めたものである。

一方、注意義務違反を否定した裁判例は、【7】鳥取地判昭和四八・一二・二二判時七三八号九八頁駐車場の注意義務（保管場所の提供）、【8】東京地判昭和五九・七・三二判時一一五〇号二〇一頁ガソリンスタンドの保管義務（寄託）、【9】東京地判平成一〇・一〇・二〇判時一七〇八号一三六頁ガソリンスタンドの保管義務（請負）、【10】東京地判平成一二・九・二六判タ一〇五四号二二七頁ガソリンスタンドの保管義務（事務管理）、【11】東京高判平成一四・五・二九判時一七九六号九五頁ガソリンスタンドの保管義務（寄託、等）がある。【7】は、本件自動車の鍵の保管を駐車場主は断り、両者の契約内容は被告からの保管場所の提供にとどまり、これをこえて更に自動車の滅失・毀損等を防止するための積極的保護の供与までは含まない点を指摘して、善管注意義務自体の負担を否定した。【8】ガソリンスタンド側は自己の支配域内へ他人が物を置くことを許容しただけでは寄託を受けたことにはならず、積極的に債務の負担の合意を必要とし、顧客とガソリンスタンドとの間に、ガソリンスタンドが自動車の駐車について寄託の承諾をしたとしても、保管に関する合意があったと認めることはできない点で、保管義務を否定した。【9】は、ガソリンスタンドが請負

作業に必要な範囲で一時的に本件自動車を預った場合には、その保管中、Aは善良な管理者の注意をもって本件自動車の保管をすべき義務を負うものであるが、当該請負契約に内包されている注意義務というべきであつて、そのために格別の保管契約ないし寄託契約があるときまで見る必要はなく、ガソリンスタンドがすべき一切の事務は完了したとして、善管注意義務違反を否定した。【10】は、事務管理を肯定し本件車両の所有者または正当な権限を有する者に引き渡すまで、本件車両の鍵を適切に保管する義務を負うものとした上で、顧客が不法に本件車両を放置したことが原因であるから、善管注意義務は軽減され、ガソリンスタンドとしては、可能な限り所有者の指示により本件車両を引き取りに来ていることを調査・確認する注意義務を尽くしたとされた。【11】は、「自己の支配領域へ他人が物を置くことを許容したのみでは寄託をうけたことにはならず、積極的に債務負担の合意を必要とするものであり、本件自動車を給油した場所から本件サービススタンドから歩道にかけての場所に移動した事実をもって、顧客のために事務管理を開始したことに該当するということではできない」として善管注意義務違反を否定した。

当事者間ではどのような契約が締結されていたのか、どのような合意があつたのかを判断して、一方が主張する契約または合意の存否を認定し、主張する契約又は合意がなければ善管注意義務も発生しないし、契約類型に沿って善管注意義務が尽く

されたかどうかを判断している。

三 自動車及び動産の保管に基づく過失相殺を適用した従来の裁判例

善管注意義務違反による債務不履行が成立した上で、債権者側にも何らかの過失が生じていれば、衡平の概念から過失相殺の適用が必要となる。そこで確定判決でないものも含まれるが、過失相殺の可能性がある従来の裁判例を整理して、どのような点に債権者側の過失が認められたかを検討する。

自動車の保管に基づく過失相殺を適用した裁判例として、【3】東京地判昭和五四・八・三〇判時九五八号七六頁は、修理業者の保管義務（請負）における過失相殺を適用した。本件自動車の保管につき善良な管理者の注意義務を尽くしたといえないが、ただし、「顧客（債権者）の修理依頼に当たって他の一組の鍵のない旨を相手方に告知して注意を喚起し、自動車の盗難防止について協力すべき義務を信義則上負担するもの」とし顧客の過失割合を五割と認めた。【6】東京地判平成九・一〇・三〇判タ九九七九号一七八頁（駐車場注意義務肯定）は、「本件駐車場管理者は駐車された自動車の保管について善管注意義務を負うところ、駐車場管理者の管理下におかれるのは自動車自体であり、自動車内外の物品について直接的に保管するものではないから、いわゆる車上荒らしや置き引き等の犯罪行為によりこれが毀損、滅失したとしても、そのことから直ちに

駐車場管理者に損害賠償責任は生じないが、駐車された自動車に駐車場管理者の過失により第三者に窃取された場合、駐車場管理者は右過失行為と相当因果関係のある駐車場利用者の損害につき賠償義務がある旨判示した」が、駐車場利用者は通常自己の手許に置くべき多額の現金や実印などを車内に残したまま駐車したことにより拡大損害を招いた過失を考慮して駐車場利用者に対して二割の過失相殺を認めた。

動産の保管に基づく過失相殺が認定された事例としては、係争中も含めて以下のとおりである。【12】東京地判平成一六・五・二四金判一二〇四号五六頁は、ゴルフクラブハウス内の貴重品ロッカーでの銀行キャッシュカード盗難につき、商事寄託契約が成立し善管注意義務違反を認めた上で、プレーヤーがロッカーの暗証番号と銀行のキャッシュカードの暗証番号を同一にしていた点において、四割の過失相殺を相当とした事例（控訴東京高判平成一六・一二・二二金判一二一〇号九頁は、一審判決取消【上告受理申立て】）、【13】秋田地判平成一七・四・一四金判一二二〇号二頁は、ゴルフ場のクラブハウス内の暗証番号式ロッカーでの現金及びキャッシュカード等の盗難において、場屋の主人の責任を認定した上で、プレーヤーがロッカーの暗証番号と銀行のキャッシュカードの暗証番号を同一にしていた点において、ゴルフ場経営者が介入できない性質の行為であること等の事情を考慮すれば、債権者に対して四割の過失相殺を行うのが相当とした事例。（仙台高裁秋田支控訴審にお

いて三三〇万円で和解が成立²⁾、【14】東京地八王子支判平成一七・五・一九金判一二二〇号一〇頁は、スポーツクラブの貴重品ボックスに預け入れられたキャッシュカードが盗取されて預金が払い戻された場合に、貴重品ボックスの使用自体が無料であるからといってゴルフ場経営会社の貴重品管理者としての安全管理義務が軽減されるものでないとして債務不履行責任を認めた上で、貴重品ボックスの暗証番号と銀行のキャッシュカードの暗証番号とを同一に使用した過失を認め、その過失割合は三割と認めるのが相当とした事例(控訴)がある。

過失相殺の裁判例においては、【3】が重要な情報の告知を行わなかった点で五割の、【6】は、多額の現金等を車内に放置したことによる拡大損害を招来した点で二割の、【12】【13】【14】については、四桁の暗証番号式ロッカーの使用の際に、銀行のキャッシュカードの暗証番号と同一にした点で三割から四割の過失相殺を適用した。

四 代車の貸借の法的性質³⁾

代車の貸借は、使用貸借であるのか賃貸借であるのか、どのような法律関係として位置づけられるのかをそれぞれの判決における事実認定と判断を見ると、次のようになる。

1 第一審の判断

Xは、平成一四年一月二八日、以前自動車販売したYから、

自動車のチューンナップを依頼され、Xの外注先である訴外Aを使用してチューンナップを行うことにした。しかしチューンナップには二か月くらいかかることが予想されたことから、YはXに代車として自動車を提供するように要求した。代車を順次に貸し渡した後、Xは、平成一四年三月三〇日、Yに対し、それまで貸していた自動車の返却を求め、代わりに本件自動車を貸し渡した、と認定した。

2 控訴審の判断

XとYとの間では、本件自動車につき、Yがチューンナップ作業を依頼した自動車の代車として、同作業が終了し同自動車がYに引き渡されるまでの間、無償でこれをYに使用させる旨の使用貸借契約が締結されたと認められ、これにより、Yは、Xに対し、本件自動車を善良なる管理者の注意をもって保管する義務を負ったと認められる、と判示している。

3 分析

一番では「本件自動車を貸し渡した」と貸借関係を認めたと、その貸借関係が有償なものか無償のものかを認定せず、どういう貸借なのかも判断せず、ただ、「本件自動車を貸し渡した」という文言と有償である旨の認定がなされていないので、無償であると推察できるとどまらる。その上で代車の保管について借主に善管注意義務があるとした。控訴審では「無償でこれを

Yに使用させる旨の使用貸借契約が締結された」と認定し、使用貸借契約に基づく善管注意義務の存することを認めた。

一番及び控訴審ともにXとYとの間に約一八〇万円にものほる整備請負契約がこの貸借に関連して締結されているという事実を考慮していないか、もしくはこの請負契約とこの貸借契約との関係を分離して判断している。この整備請負契約と代車の貸借契約が一体なものなのか、別個のものなのかあるいは整備請負契約に付随するものなのかの分析を判決内ではふれていない。このような整備請負契約を前提として代車の使用に関する法的性質を検討すべきで、直ちに使用貸借と断定せず、善管注意義務の程度について影響を与えないのかどうかについて検討する必要があったのではないかと考えられる。

五 借主の善管注意義務

債権の目的が特定物の引き渡しであるときは、債務者は、その特定物の引き渡しまで善良なる管理者の注意をもってその物を保管しなければならない（民法四〇〇条）。善管注意義務の成否に関わる借主の義務は、具体的には、貸主による具体的な管理方法の特約が成立するか、または特約にして提示することによって生じる。すなわち、貸主が具体的な管理方法を指示した場合には、借主に一定の管理を特約したとみることができ、借主に対して管理方法を指示することによって盗難等の事故の発生に関する予見可能性を与えたとみることができる。この場

合には、結果回避措置をとらなければ、注意義務違反となる^①。

善良なる管理者の注意義務における努力の基準を抽象的に一般人が行うであろう努力の程度として表現することよりは、むしろ、具体的な事件の諸状況からこの基準を導き出すことが重要である、と指摘されている。

1 第一審の判断

Yは、本件自動車のマスターキーは自宅のキーボックスに保管し、スペアキーは、自分の財布に入れて持って歩いていた。「本件自動車は、柵はないもののYの自宅の敷地内であり自宅前の駐車場に駐車しておいたこと、Yは、本件自動車の窓を閉め、サイドブレーキを引き、鍵をかけていたこと、マスターキーとスペアキーともにYが現在も保管していること、当時Y宅付近で盗難被害が発生しているといった事情もないことが認められ、これらの事情に照らすと、Yは、本件自動車の保管について善良な管理者の注意義務をもって管理していた」と認定した。

2 控訴審の判断

「Yは、本件自動車を公道からの出入りにあたって障害となる柵、柵、扉等のない本件駐車場に駐車するにあたり、屋根が設置されている部分に駐車し、サイドブレーキを掛け、キーシリンダーからキーを抜き、窓を閉め、ドアをロックしていたも

の、本件自動車にシートをかけることはせず、また、本件駐車場が面する公道からの出入口部分に人や車の出入りを妨げる移動柵、チェーン等の障害物を置くこともなかった」「Yが本件自動車を自宅前とはいえ公道から自由に出入りすることのできる本件駐車場に駐車するにあたり、右記認定の措置をとったからといって、当然に右記善良な管理者の注意義務を尽くしたということとはできず、犬を飼っていたこともこの判断を左右するものではない」と、認定した。

3 分析

一審では借主の善管注意義務違反がなかったと判断したが、その判断にあたっては借主の自宅敷地内の自宅前駐車場に置き、自動車の鍵を保管し、ドアロックを閉めていれば善管注意義務を尽くしたものとされ、積極的に移動柵、チェーン等の障害物を置くことまでは借主に要求しなかった。しかし、控訴審ではシートをかけること、移動柵、チェーン等の障害物を置くという積極的な盗難防止措置を求めたものであり、これらの点で善管注意義務を尽くしていないと評価した。

純粋な使用貸借に基づく善管注意義務と自動車の整備請負と不可分な代車の貸借を前提とした賃貸借類似の貸借における善管注意義務とは注意義務の程度が異なると考えられる余地があるので、その意味でも善管注意義務を尽くしたかどうかの判断を検討する必要があるのではないだろうか。

「Xが通常は代車サービスを行っていないのに、Yが強いて提供させたという特別な事情があれば格別、そうでない限りは、「代車」として提供された以上は、原則として、自家用車に対するのと同等の注意義務を払っていれば、善管注意義務を遵守したことになる」と解すべきではないか」との判批がある。

六 業者の説明義務と過失相殺の可能性

民法四一八条は、損害賠償制度を指導する公平の原則および債権法を支配する信義則の立場から、債務不履行に関し債権者の過失が加わった場合に、債務者の責任および損害賠償額を定めるについて債権者の過失を考慮すべきことを定めたものである。したがって、裁判所は、債権者の過失の大小、その原因力の強弱および債務者の過失との比較衡量その他諸般の事情を考量し、公平の原則に照らして、自由裁量で、賠償責任を否定もしくは額の軽減をなしうる。しかし、裁判所が債権者に故意・過失があることを認定した以上は、常にこれを斟酌する必要がある、これをしないと違法な判決として上告理由になる(民訴三九四条)、とされる。

本件の場合には、代車として貸した貸主に過失があるかどうかを検討する必要がある。さらに借主から貸主に対して過失の主張及び認定があったかどうかを検討する。

1 第一審の判断

善良なる管理者の注意義務を尽くしたとして、Xの請求を全額退けた。すなわち、借主の債務不履行責任は生じなかった。債務者側の過失は問題とならない。したがって、業者Xに対してYからXのすべき説明義務の主張もなされないし、貸主の過失を認定する必要も生じなかった。

2 控訴審の判断

債務不履行責任は認められたが、貸主に対して貸主の説明義務違反に基づく過失の主張はなされず、その結果、過失の認定はされなかった。本件自動車の時価相当額である二八四万六五五〇円及び本件自動車の売却予定先の顧客に債務不履行を理由として支払った賠償金三〇万円の合計三一四万六五五〇円の損害を被ったと認め、過失相殺は行われなかった。

3 分析

債務者に善管注意義務に基づく債務不履行責任が生じた上で、債権者（業者）に過失があれば、過失相殺の適用がされることになる。控訴審判決では、債務者から過失相殺の主張がなされなかったが、業者にもそも過失を問うべき何らかの義務違反が生じていたかどうかを判断しなければならぬ。「情報力における平等の要請、自由な意思決定あるいは自己決定（またはその基盤）を確保するという要請、専門家責任としての要請が、重なり合って説明責任を基礎づけている場合が多い」と

指摘されている。本件の場合には、業者と顧客という関係であり、業者は本件自動車にはどのようなリスクが存在しているのか、保管に際し盗難防止に関する方法及び手段を教示できる能力を有していたと推察でき、したがって、業者である債権者は、顧客に対して保管に関する十分な説明ができる立場にあったし、リスクのある本件自動車を代車として借りるかどうかの自己決定を債務者に求める機会を有していた。しかしながら、このような説明責任を尽くさなかったことは、債権者側の過失として存しているものといえよう。

以上の点を考慮して控訴審は、債権者の過失割合を斟酌すべきであったが、Xに対する保管に関する説明義務違反の主張がなされなかったため、過失相殺の適用は、なされなかったものと思われる。

なお、弁論主義と過失相殺に関して「民法四一八条は債権者に過失ある場合の過失相殺を必要なものとして定めているのだから、控訴審裁判所は、Xの過失の斟酌をしなければならなかったはずである」とする指摘がある。

七 私見

この控訴審判決は、代車の貸借の法的性質について具体的に評価することなく、代車の使用に関しては、主要な契約である業者と顧客との間に締結した金額約一八〇万円あまりの自動車整備請負契約と分離した単なる使用貸借契約が締結されている

と捉えて、その使用貸借契約に基づく善管注意義務を導いているが、私見では、純粹な使用貸借と認定せずに、代車の使用される貸借関係の状況に基づき、代車の使用に関しては、①自動車整備請負契約に含まれる一体不可分なもの、②自動車整備請負契約に付随したもの、又は③自動車整備請負契約とは独立した、いずれも貸借類似の貸借として位置づけて善管注意義務の程度について影響を与えないのかどうかを検討しなければならぬと考える。

次に借主の善管注意義務を果たしたかどうかを判断する場合、積極的な盗難防止策を講じなければならぬかどうかの点で、一審と控訴審とは善管注意義務の程度において判断が異なる。同じ使用貸借でも一審では自己のものに対する程度の注意義務と判断したのに対して、控訴審では、あくまでも民法四〇〇条に基づく程度の善管注意義務を求めたのではなからうかと推察するできる。本来は、使用貸借であれ、貸借借であれ、特定物の保管については善管注意義務の程度は同じでなければならぬ。私見では、純粹な使用貸借に基づく善管注意義務と貸借類似の貸借における善管注意義務とは注意義務の程度が異なると考えられなくもないので、その意味においても善管注意義務を尽くしたかどうかの判断を検討する必要があるのではないだろうか。ただし、自己のものに対するのと同様な注意義務までは落ちないことは言うまでもない。この事案においては、善管注意義務を尽くしたとまでは評価することができない

ので、借主の債務不履行責任は免れない。

借主の債務不履行責任が成立するとした上で、それでは業者すなわち債権者にはなんらの過失も生じていないかどうかという点を検討しなければならない。先にも述べたように業者と一般の顧客とは自動車の盗難リスクに関する情報量の差異や具体的な防止策を図る手段方法においても異なるのであるから、平衡の観点からその修正を行わなければならない。ここで業者が説明責任を尽くさなければ、過失相殺の適用を受けることになる。すなわち、本事案では、業者に対しては積極的な盗難防止に関する方法の説明と、万が一盗難などにあつた場合の予想損害金の説明による借主の自己決定の確保が要求されると考えられる。

本判決の場合に過失相殺の主張がされれば過失相殺も考慮されるべきであつたと思われる。さらに、Yについては、将来商品となる車両を貸し出したことにより、訴外顧客に対して生じる損害賠償という拡大損害を発生させたこと、すなわち本件自動車の売却予定先の顧客に債務不履行を理由として支払った賠償金三〇万円という拡大損害を生じさせたこと、本件車両の価格にはすでにXの利益が含まれていたことを勘案すると、Xに対して少なくとも五割以上の過失相殺が認められてもいいのではないかと考えられる。

(一) 拙稿「代車の使用に関する法律関係」(広島法学第二九卷四

号、二〇〇五年）一〇六頁以下参照。

(2) 淺野響「判批」金判二二四号五頁参照。

(3) 拙稿・前掲注(1)一一七頁以下において、代車使用の法的性質として次のように解した。代車の使用特約（以下本稿では代車の貸借の合意のことを代車の使用特約という）は、前述のようにその前提として、二で挙げた自動車車検整備請負契約、自動車修理請負契約及び自動車売買契約が存在しており、何らかの人的な繋がりや好意に基づく使用貸借契約とは、その前提が異なるものであるといわざるを得ない。代車の使用は、代車使用における前提④である貸主が代車費用請求権を留保していることで、本来、有償契約である。「無償である」ということは、反対給付の約定がないという意味で無償であり、賃貸借において、賃貸人が将来の貨料債権を放棄または免除しても、賃貸借は使用貸借にはならない」とされている（幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（一五）債権（六）』（一九八九年、有斐閣）八二頁。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Ⅰ』（一九六二年、有斐閣）七二頁によれば、「双務契約は給付債権と反対給付債権との間に対価的牽連関係のあるものをいう。債権と反対債権との間に、対価的牽連関係がある以上は、右債権の目的たる給付と反対給付との間にも、対価的牽連性があることは当然である。だから双務契約は必ず有償契約である」とされ、「双務契約と有償契約とは本質を同じくするもの」という理解する見解があり、代車使用の特約も賃貸借に近い性質を有していると理解することは難くない。ゆえに、代車使用の法的性質は、使用貸借としての法的性質と賃貸借と

しての法的性質を併せ持っているといえる。したがって、代車使用の非独立性からすれば、使用貸借と賃貸借の中間的な性質を有する特約であると捉えられる。代車使用契約は、基本契約の要素が含まれるとみて混合契約と呼べるかもしれない。代車の使用特約の法的性質を賃貸借における貨料要件のみの欠けた賃貸借類似の貸借と捉えるべきであると考える。ただし、主たる契約と独立して代車の類似の賃貸借契約が行われることはないので、代車の使用は、純粹の賃貸借に若干の修正を加える必要がある、と考える。

(4) 笠井修「代車の盗難と使用借人の注意義務」私法判例リマークス三二二号（二〇〇五年）四〇頁によれば「管理に関する注意義務を尽くしたかの判断においては、個別の状況における、結果の「予見可能性」、さらにそれを前提とした結果の「回避行為」がなされたかにつき、個別の保管環境をふまえた注意義務を尽くしたかが吟味されている」と指摘されている。

(5) 長尾治助「債務不履行の帰責事由」（有斐閣、一九七五年）一七頁。

(6) 拙稿・前掲注(1)一一七頁以下参照。

(7) 石田剛「民法判例レビュー八七号 今期の主な裁判例」『契約』判タ一一六六号（二〇〇五年）七二頁。

(8) 奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）』（有斐閣、一九八七年）六四〇頁。

(9) 林良平・石田喜久夫・高木多喜男「債権総論」【第三版】（現代法律学全集八）（青林書院、一九九六年）一五六頁以下、なお、民法七二二条二項には、不法行為について「被害者

二過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」と定められている。したがって、債務不履行の場合と異なり、被害者に過失があつても、裁判所は賠償責任を否定することはできず、また、過失を認定しても斟酌しなくてもよいという規定になっている(法典調査会議事速記録四一卷一七九丁表)。齋藤修「過失相殺法理の現代的課題」林良平・甲斐道太郎編「谷口知平先生追悼論文集 第三卷 財産法 補遺」(信山社、一九九三年)二六五頁。

(10) 横山美夏「説明義務と専門性」判タ一八八〇号二一頁参照。

(11) 下村正明「自動車の盗難事故が使用借主の善管注意義務違反によるものであると認められた事例」判時一八八五号(二〇〇五年)一八三頁以下に詳しく述べられている。奥田・前掲注(8)六五五頁では、判例は、債務者の主張がなくても裁判所の職権で債権者の過失を斟酌できるとしている。学説も一般に賛成している。もつとも、債権者に過失があったという主張も弁論主義の適用を受けないかについては争いがあり、判例の立場は必ずしも明らかではなく、学説も分かれていると、されている。

(12) 代車の使用を使用貸借ととらえると、代車の使用を使用貸借と位置づけた上で、本件事実を特殊事情として注意義務の可否を判断する。下村・前掲注(11)一八二頁によれば、「本件自動車の特殊事情に由来する本件自動車保管上の特別な危険がXからYに徳義上のみならず法的にも転嫁されるに足りるだけの事実を本件事実関係中に見出すことができるかどうかに存するのである」と指摘され、笠井・前掲注(4)四一頁によれば、

「本件自動車が無償契約によって提供されたものである点は、判決文には現れていないが、使用借人の注意義務を高める要素となりえたのではないかと思われる」。「本判决が注意義務に関する判断においてこのような個別の人的な事情を考慮したかは文言上は明らかではないが、このような要素は、当該使用貸借契約にもとづく注意義務の具体化を通して主張することにより明確になりえたもの」と分析されている。一方、私見である代車の使用を貸借類似の貸借と考えるでは、代車の使用は、使用貸借ではなく、貸借類似の貸借と位置づけ、XのYに対する代車の使用及び保管に関する具体的な説明義務と危険負担の責任の加重が業者であるXに求められる、と解せられる。

(13) 下村・前掲注(11)一八三頁参照。