

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

——ドイツ民法二七五条二項をめぐる議論を中心に——

大 原 寛 史

第一章 はじめに

1. 問題の所在
2. 分析の視角

第二章 「社会通念上の不能」の状況

1. 「不能」概念における「社会通念上の不能」
2. 「社会通念上の不能」の位置づけの必要性

第三章 ドイツ債務法現代化における議論の展開の概観

1. 旧ドイツ民法二七五条の内容とその問題点
2. ドイツ債務法現代化における議論の展開
 - (1) フーバーの鑑定意見

- (2) 委員会草案
 - (3) 討議草案への批判
 - (4) 給付障害法委員会
 3. ドイツ民法二七五条二項の規定
 4. 小括
- 第四章 ドイツ民法二七五条二項をめぐる議論
1. 判例における「一般的な法思想」の展開と、ドイツ民法二七五条二項との関係性
 - (1) 判例における「一般的な法思想」の展開
 - (2) 判断内容の分析
 - (3) ドイツ民法二七五条二項への影響
2. 事実的不能の具体的内容
- (1) 総論
 - (2) 著しい不均衡
 - (3) 債務者の帰責性
 - (4) 債務関係の内容
 - (5) 議論の対立軸
3. 経済的不能との限界づけ
- (1) 債権者の利益による棲み分け
 - (2) 給付障害の予見可能性
 - (3) ドイツ民法二七五条の制限的な解釈
 - (4) 中心的要件である債権者の利益への疑問

4. 小括

第五章 結びにかえて

1. ドイツにおける事実的不能の位置づけ
2. 日本法への示唆
3. 残された課題

第一章 はじめに

1. 問題の所在

履行不能とは、債権成立のときには可能であった給付が、その後¹に生じた事由によって不可能となることである。履行不能である場合、債権者は、債務者に対して、もはや履行請求をすることができない¹。目的物の滅失など、履行が物理的に不可能である場合のほか、法律上、債務者に履行を要求しえないような場合、さらには、債務者による履行が事実上期待できないような場合²についても、従来、この「履行不能」として捉えられてきた。それは、「不可能なことはできない」という観点から根拠づけられる。

このように、「履行不能」は、債権者側からみれば、債権の本質的な効力として認められる履行請求権の限界を画する機能を果たしている。その際、「不可能なことはできない」との観点は、給付が物理的に不可能である場合や、法律上不可能である場合には、なお少なからず説得力がある。しかしながら、例えばコストとの関係で、債務者による履行が事実上期待できない場合には、その給付は不可能ではないにもかかわらず、なぜ履行が請求できないのかは、この観点のみでは十分に説明することはできない。近時の学説は、この点に注目して、履行請求権の絶対性を疑問視する。す

なわち、債権者の履行請求権は、決して絶対的なものではなく、「不能」概念の操作によって、制約されてきているというのである。この立場は、「不能」概念の枠を越えて、契約を抛り所として、いかなる場合に履行請求が認められいいのかという「履行請求権の限界」についての基本的なルールを提示しようと試みる³。そこにおいては、「不能」は、履行請求権を制限する一局面にすぎないものとして位置づけられている。

ところで、現在本格化している債権法改正の動きにおいては、「履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」には、「債権者は、債務者に対して履行を請求することができない」とする具体的な改正提案がなされている。その提案要旨によれば、同提案は、「今日、「社会通念上の不能」として扱われている問題に関するものである」という。しかしながら、「履行をすることが不可能な場合を一例とし、その他の場合を含め履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合に、債権者が履行を請求することはできない」とするものであり、また、「履行することが合理的に期待できないかどうかは、「社会通念」という基準ではなく、明示の合意その他契約の趣旨に即して判断される」とする⁴。

一見、同提案は、「不能」概念を放棄し、履行請求権を限界づける一局面として再構築する近時の学説に依拠しているようである。それでいながら、提案要旨は、「現在の学説と実務に変更をもたらすものではない」と言い切る。「履行することが債務者に合理的に期待不可能である場合」であっても、「社会通念上の不能」として、「不能」概念に含める従来の見解にせよ、「不能」概念と「期待不可能」概念とを区別する見解にせよ、「不能概念に何を盛るかは別として、いずれの立場からも債務者にとって履行することが契約の趣旨に照らして合理的に期待できない場合まで債権者の履行請求を認める必要はないとする点では、違いがない」というのである。

しかしながら、そのような改正提案の認識には疑義がある。確かに、「不能」として把握されてきた「社会通念上の

「不能」の場合についても、履行を請求することができないとしている点では、現在の理論の到達点の確認である。ただ、「社会通念上の不能」の場合も含め、結論としては不変であるとして、「履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」として包括してしまうことは、はたして「現在の学説と実務に変更をもたらすものではない」といえるだろうか。⁵⁾ 「社会通念上の不能」に関しては、履行にあたっての要求可能性や期待可能性が契約に照らして判断されるべきものであるといえなければ、改正提案の正当性が担保されることとはならない。すなわち、従来の「社会通念上の不能」の類型については、近時の学説のように、内在的な合意や契約に照らして判断されるという枠組みの中で論じられており、一般的な「不能」と並列するものとして扱われている。ところが、そもそも「社会通念上の不能」は、ここでいう内在的な判断基準ではなく、社会通念を基準として、要求可能性や期待可能性を判断するものであった。そうすると、改正提案による「社会通念上の不能」の類型は、提案要旨においてその名が挙げられてはいるものの、従来の「社会通念上の不能」の類型とは、まったく別次元のものとして位置づけられることとなるからである。

そこで、本稿では、「社会通念上の不能」の類型は、いかに位置づけられるべきであるのかという問題について検討する。この点を議論しておくことは、「履行請求権の限界」の問題を、裏側から分析することとなり、その結果、「不能」概念の位置づけ、履行請求権の排除の態様⁶⁾、損害賠償の範囲の画定等、多様な局面において資することになると考えられる。さらには、判断基準を合意や契約という内在的な規範に据えることの可否についての検討は、契約をどのよう⁷⁾に把握するかという問題とも密接に関連するものであることから、単なる「不能」の議論にはとどまらず、今後の債権法、契約法理論を構築するにあたっての視座はいかにあるべきかという議論にも繋がることと思われる。

2. 分析の視角

この問題を分析する視角としては、ドイツにおける「不能」概念の再編における議論が参考になると思われる。ドイツにおいては、二〇〇二年に債務法現代化法が施行され、ドイツ民法二七五条二項⁸⁾において、履行は物理的には可能であるが、現実には不能である場合として、新たに事実的不能の規定が設けられることとなった。この規定の成立過程においては、旧ドイツ民法が把握していた「不能」概念に対する批判を端緒として、近時の日本の動向と同様に、「不能」概念を放棄しようとする試みのもと、激しい議論がなされていた⁹⁾。ところが、二〇〇二年に改正されたドイツ民法典は、「不能」概念を維持した上で、事実的不能の局面については、従来の「不能」概念におけるものとは異なる把握をするに至っている。新法制定後もなお、その規定の解釈や、「不能」概念の位置づけについて、議論がなされている。

そのドイツにおいては、「不能」概念が給付障害法の中心的な役割を果たしており、ドイツにおける議論は、日本の「不能」概念の議論にも大きな影響を与えていたことから、債務法改正過程の不能法再編の一大論争は、多くの論稿で言及されている。ただ、この事実的不能の位置づけについて、さらにはその思想や判断基準の構造について、焦点を絞って研究されているものは、まだないといってよい¹⁰⁾。そのため、「不能」概念をどのように把握すべきかといった立法過程および新法制定後の議論を辿ることによって、ドイツにおける事実的不能の位置づけを分析しておくことは、問題の所在において指摘した点の今後の検討の指針として、国際的な動向も視野に入れた債権法改正の議論において、一つの視座を提供することができるのではないかと考えられる¹¹⁾。

本稿においては、まず、日本における従来の「社会通念上の不能」の状況を整理する(第二章)。次に、ドイツにおける債務法の現代化の議論のもとでは、どのように「不能」概念を把握し、どのような根拠をもってして、それを放棄しようとしていたのか、あるいは維持しようとしていたのかを踏まえつつ、鑑定意見、債務法改正委員会草案、討議草

案、政府草案の立場を概観し、ドイツ民法二七五条二項の成立過程を追う（第三章）。その上で、新たに規定されたドイツ民法二七五条二項は、どのような思想が根底に存在するのか、どのような判断構造が設けられているのか、また、それについてどのような議論がなされているかをを中心に考察する（第四章）。最後に、その分析の結果、ドイツにおいて、事後的不能には、どのような位置づけが与えられているのか、それが日本の議論にどのような示唆を与えるものであるのかを探究し、今後の課題を提示することとする（第五章）。

第二章 「社会通念上の不能」の状況

1. 「不能」概念における「社会通念上の不能」¹²⁾

すでに述べたとおり、履行不能とは、債権成立のときには可能であった給付が、その後を生じた事由によつて不可能となることであるが、この履行不能の責任を生ずるためには、「履行が不能であること」を要する。ここで、いかなる場合において不能となるのかという「不能」の概念が問題となる。

「不能」の具体例としては、次のような場合が挙げられている。まず、物理的不能である。これは、履行が物理的に不能なとき、すなわち自然法則上不起の必然性をきたした場合である。次に、法律的不能である。これは、履行が物理的には可能であるが、法律的に不能であるという場合である。¹³⁾そして、「社会通念上の不能」である。これは、履行が物理的にも法律的にも不能とはなっていないが、履行について不相当な犠牲、またはより重い危険や強い義務違反を犯さなければ除去しえないような障害がある場合である。

この「社会通念上の不能」の類型は、一応は履行が可能であるため、「不能」に包含すべきであるか否かについて一

部疑問を呈する立場も存在したが、理性面、倫理面、および経済面等の政策的な考慮から、履行が要求不可能である場合には、不能となったものと解すべきであるとされているものである。また、この「社会通念上の不能」の類型のニュアンスは、仔細にみれば、論者によって多少異なっている。事例ごとに用語を用いて明確に分類した上で、上記のように説明するものもあれば、¹⁴⁾用語を用いずとも、物理的に履行は可能であっても、要求可能性がない場合については、「社会通念」、「社会の取引観念」に照らして不能であるとして、物理的不能以外の事例を包含してしまうものもある。¹⁵⁾一般的に挙げられている例としては、海中に落下した給付の目的物を引き上げるのに過大な労力、費用を伴う場合や、二重譲渡の場合である。ただし、二重譲渡については、その判断基準について問題とされてはいるが、この場合も不能であると解することが今日の判例・通説である。¹⁶⁾

ここでいう「不能」の概念の説明には、しばしば、多様な種別が用いられるところではあるが、「不能」であるかどうかの判断は、多くの文献において、社会の取引観念にしたがって定められるとされており、弾力性をもってなされる。そこにおける、「社会通念上の不能」は、履行は物理的には可能ではあるが、おおよそ債務者に履行を期待できない、要求しえないような場合について、債権者の履行請求を認めないという結論を導くべく、「社会通念」ないし「社会の取引観念」という補助概念を用いて、柔軟に「不能」概念を解し、それをもとに、「不能」の問題として処理するといふものであった。

2. 「社会通念上の不能」の位置づけの必要性

もっとも、多様な「不能」概念の分類は、「不能」の種別を説明する上での、単なる便宜上のものであったといえる。¹⁹⁾それにもかかわらず、この不能の種別によって、履行不能の要件である「不能」概念自体を分別することに資するよう

に試みられてきた。⁽²⁰⁾ その結果、「不能」概念の種別と、不履行責任とを明確に区別すべき視点のもと、履行不能については、「不能」の種別からは説明がなされなくなってきた。同時に、特に「社会通念上の不能」の概念が、相対的概念として拡大されるとともに、柔軟に解されることとなり、現在のような多様化の途に至ったのである。⁽²¹⁾

ところが、その「社会通念上の不能」について、真に「不能」の一類型として論じられるべきものであるか否かについての検討は、なされていない。確かに、物理的不能の事例と、「社会通念上の不能」の事例は、「不能」概念の拡大かつ多様化の経緯のもと、「履行が不能であること」という大きなくくりでは同様に扱われることとなる。しかしながら、厳密に言えば、次のような点で、両事例は差異があるといえる。すなわち、物理的不能の事案では、債務の本旨にしたがった履行をするうえで、給付の目的物が滅失しているのであるから、履行請求権は消滅しており、債権者としては、もはや給付自体を債務者に請求することができないという結論が導かれる。他方、「社会通念上の不能」の事例においては、給付目的物それ自体が滅失しているわけではない。債務者が債務を履行するにあたって、不相当な犠牲、またはより重い危険や強い義務違反を犯さなければ除去しえないような障害がある場合に、政策的な観点から「不能」と評価することによって、履行を請求できないという結論が導かれるのである。

その「社会通念上の不能」の判断基準についても、債務者に要求される労力、費用、または債権者が履行によつていかなる利益を把握しうるかという内容が考慮されるようであるが、あたかも「社会通念」や「社会の取引観念」という言葉の通り柔軟に判断されており、そこに明確性は見られず、その判断に関して明確な基準を見出そうとするものもおおよそ存在していない。また、それが債権の効力によつてどのように正当化されるかという点についても、定かではなかった。⁽²²⁾ 「社会通念上の不能」と評価された際の履行請求権の帰趨についても、同様である。⁽²³⁾

このように、「不能」概念を柔軟に解することにより、履行不能の範囲を拡大かつ多様化することは、ある一面では

具体的妥当性を有する結論を導きうるとしても、他の一面においては、およそ「不能」の判断基準の不明確さを一層深化させること、さらには具体的妥当性に疑問を抱かせるような問題が現れてくることが懸念される⁽²⁷⁾。ところが、債権法の改正提案は、上述の問題点について議論をしないまま、履行請求ができないという結論が導かれる場面として、物理的不能と「社会通念上の不能」を並列的に扱い、さらには契約という判断基準まで盛り込もうとしている。この議論にあたっては、まず、「社会通念上の不能」の類型は、「不能」の中で論じられるべき問題であるのか、いかに位置づけられるべきか、その判断基準はいかにあるべきかについて検討しておく必要性は、少なくともと考えられる。

以下では、「不能」概念がどのように機能し、位置づけられているかという視点から、ドイツにおける議論を見ていくこととする。

第三章 ドイツ債務法現代化における議論の展開の概観

1. 旧ドイツ民法二七五条の内容とその問題点

旧ドイツ民法二七五条は、一項において、「給付が、債務関係の成立後に生じた、債務者の帰責事由のない事情によって不能となった場合、債務者は給付をなす義務から解放される」と規定していた。また、二項においては、「債務者が後発的に給付につき主観的不能に陥った場合も、債務関係の成立後に生じた不能と等しく扱う」と規定していた⁽²⁸⁾。この規定より、不能概念は、次のような機能を有していたといえる。すなわち、債務者を第一次的な給付義務から解放し、さらには、本条に続く給付障害法の一連の規定により、第一次的給付義務から第二次的給付義務へと移行するということである⁽²⁹⁾。

本来、不能であるということは、給付目的物の滅失等により、給付することが不可能であるということが想定されていた。ところが、本条の不能概念が把握しているのは、そのような物理的な不能のみではない。理論的には給付の実現は可能であっても、実際にその実現に要する労力、および費用が過大であり、給付の価値との均衡を失するような場合も、不能であると解され、この不能概念の一類型として把握されていた。³⁰⁾ 例えば、給付目的物を運送中の船が、その途中に沈没してしまった場合、船を引き上げてまで、目的物を引き渡さなければならぬかという問題がある。確かに、技術的発展のめざましい今日においては、沈没船を引き上げることは、技術的には可能なことであろうが、その事実をもつてして、直ちに、債務者は沈没船を引き上げてまで目的物を引き渡さなければならぬということとはならない。このような問題は、むしろ、法的な観点の下で、当該給付約束を解釈することによって決定されるべきと考えられ、不能概念を柔軟に把握していたのである。

本条の文言によれば、給付が不能となった場合に、債務者は給付義務から解放される。換言すれば、給付が本条にいう不能に当てはまるような場合でなければ、債務者は給付義務から解放されることとはならない。ところが、本条にいう不能を、給付目的物の滅失等の場合に限定すれば、上記の例の場合には、債務者は給付義務から解放されないこととなり、不都合が生じる。そのため、従来、実務および学説は、そのような不都合を回避すべく、本条は、本来想定されていた不能の領域を越え、柔軟に把握することを余儀なくされることとなったという経緯があった。³¹⁾ その経緯から、本条が、給付義務から解放される場合を、「不能」に限定している点が問題であると指摘されていた。³²⁾

2. ドイツ債務法現代化における議論の展開⁽³³⁾

(1) フーバーの鑑定意見

そのような中、フーバー (Ulrich Huber) は、一九八一年、債務法改正議論の端緒となり、その改正過程において、後にまで大きな影響を及ぼすこととなる鑑定意見書を公表した。⁽³⁴⁾

フーバーは、「給付義務の限界」という問題において、不能概念について言及している。フーバーによれば、給付障害法において、不能という構成要件が中心的な地位を占めているが、その不能という事態は、実際にはまれにしか発生しない。また、不能概念それ自体、極めて分かりにくい分類がなされており、⁽³⁵⁾ それぞれの事例に適用される規律の機能も曖昧になってしまっている。その意味で、旧ドイツ民法二七五条によって把握されている不能概念は、不完全であり、明確性を欠き、矛盾を孕んだものであると指摘する。⁽³⁶⁾

フーバーは、そう指摘した上で、不能概念を放棄し、かつ、不能の果たしている機能を分析し、それぞれの規律を新たに定式化して、「不履行 (Nichterfüllung)」を中心とした体系に組み入れることを提案した。⁽³⁷⁾ フーバーは、ハーグ統一売買法の規律を参考としつつ、中心として据えられてきていた不能から脱却し、その代わりに、債務者が義務を履行していないという事態を、給付障害法を中心に据えようとするのである。⁽³⁸⁾

(2) 委員会草案

フーバーの鑑定意見の後、具体的な債務法の改正案を提示することを委託され、一九八四年に組織された債務法改正委員会では、一九九二年に委員会草案 (Kommissionensentwurf II KE) がまとめられた。

債務法改正委員会では、KE二七五条を、「債務が金銭債務でない場合、債務者は、債務関係の内容と性質によって義

務付けられている努力によって給付を提供することができないとき、その限りで、給付を拒むことができる」と規定し、給付障害法を中心に、「不能」ではなく、「義務違反 (Pflichtverletzung)」を導入することを提案した。⁽⁴¹⁾

委員会草案も、不能概念を放棄しようという方向性に関しては、フーバーの鑑定意見と同様の方向性であったといえる。⁽⁴¹⁾ ただ、用語に関しては、「不履行」ではなく、「義務違反」を用いることによって、フーバーの提案と意識的に差異を設けている。⁽⁴²⁾ この「義務違反」という要件は、KE二八〇条一項に規定されているように、すべての給付障害の上位概念として導入され、統一的な構成要件として中心に据えられることとなった。なお、ここでいう義務違反という概念は、契約において設定されている義務に客観的に違反している状態をいうものである。そのため、義務違反が生じたことについて、債務者が非難可能であるかどうか、その義務違反がいかなる理由によって生じたのか、また、どのような効果を生じさせるのかということとは無関係であるとされている。⁽⁴⁴⁾

このことから、債務者の第一次な給付義務の限界は、もはやその給付が不可能であるか否か、すなわち債務者がその給付障害を物理的に克服しうるか否かには捉われないことなく、給付の実現のために債務者はいかなる努力が義務付けられるかによって確定されることとなる。⁽⁴⁵⁾ なお、その努力義務は、「債務関係の内容および性質 (Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses)」⁽⁴⁶⁾ によって、決されることとなる。⁽⁴⁷⁾

(3) 討議草案への批判

このような委員会草案についての議論の後、これまでの債務法改正作業を現実の立法に移行させるべく、債務法現代化法の討議草案 (Diskussionsentwurf II DE) が公表された。その給付義務の限界についての規定は、債務法改正委員会草案とまったく同じものであった。⁽⁴⁸⁾ ところが、おおむね賛同されていると考えられていた債務法改正委員会草案とは

一転し、この討議草案に対しては、激しい批判が加えられることとなる。⁽⁴⁹⁾

とりわけ、鑑定意見によつて給付障害法改正の嚆矢となつたフーバーは、鑑定意見においては、旧ドイツ民法二七五条によつて把握されている不能概念を批判していたが、一転して、ドイツ民法典における給付障害法体系を再評価した上で、債務法改正作業は、その給付障害法体系を無視する形で進められていくとして批判している。

フーバーによれば、従来、不能についての規定の内容は、誤つた解釈が展開されてきていたという。すなわち、給付が不能となつた場合の履行請求権の帰趨を定めたものが旧ドイツ民法二七五条であると理解されてきたため、帰責事由が要求されていることに対して批判がなされてきたという。⁽⁵¹⁾ しかしながら、旧ドイツ民法二七五条は、あらゆる給付障害に妥当するものであり、債務者の責めに帰すべからざる不能の際に、債務者を給付義務から解放するという、いわゆる当然のことを規定しているにすぎないものである。⁽⁵²⁾ このことから、不能という構成要件が、ドイツ民法典の給付障害法体系の中心に存在しているということでは決してなく、不能という例外的な場面において、帰責事由が認められない限りで、債務者を給付義務から解放するということが認められているに過ぎないという。⁽⁵³⁾

ただ、フーバーも、債務者の責めに帰すべき事由によつて客観的不能が生じた場合であつても、結果として、履行請求が認められない場合が存在することは認めているが、それは、旧ドイツ民法二七五条の内容とは関係がないという。フーバーによれば、この場合は、給付が客観的に不能となつてしまつた以上は、債権者が履行に対して有している利益の把握に法的な保護を与える必要がないという、より一般的な理由から、履行請求が認められないという。⁽⁵⁴⁾ また、債務者の責めに帰すべき事由によつて主観的不能が生じた場合に、履行請求が認められない場合が存在する。この場合も、旧ドイツ民法二七五条とは関係がなく、履行に対して、債権者が把握している利益と債務者に要求される費用とが著しい不均衡にある場合には、例外的に、債権者が履行請求に固執することが権利濫用に該当し、履行請求が認められない

に過ぎないという。⁽⁵⁵⁾

そのうえで、フーバーは、不能についての規定は維持されなければならないと主張している。⁽⁵⁶⁾

(4) 給付障害法委員会

討議草案に対する批判を受け、その欠点を修正すべく設置された給付障害法委員会では、討議草案の整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes = K F) がまとめられた。そこにおいては、不能概念が再び登場している。⁽⁵⁷⁾

このような経緯を、カナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) は、次のように説明している。すなわち、ドイツ民法典において、不能概念は、一方では、不能は債務者を給付義務から解放する原因として機能し、他方では、債権者に損害賠償請求への移行を認める原因としても機能しているとして、なお履行請求権の限界の意味を依然として有しているとの見解にたち、改正案においても不能概念を完全に削除すべきではないと主張する。⁽⁵⁸⁾ 不能概念を維持するという点では、カナーリスも、フーバーの討議草案批判時の見解と同様であるといえるが、カナーリスの不能概念の把握については、フーバーの鑑定意見時における把握と同様のものであるといえることができる。⁽⁵⁹⁾

そして、給付障害法委員会は、カナーリスの批判を踏襲する形で、DE二七五条を、KF二七五条として新たな内容に修正することを提案した。そこにおいては、給付障害法委員会は、「契約は守られなければならない」の原理の下、当然に履行請求権が導き出されることとなる。そのうえで、その履行請求権の限界を画する基準として、給付が客観的に不能、または主観的に不能である場合 (KF二七五条一項)⁽⁶⁰⁾ のほか、フーバーが指摘していた、債権者が給付に対して有している利益と比して債務者に要求される出費が著しく不均衡である場合は、給付拒絶権が認められる (KF二七五条

二項)旨を、明示しようとした。

給付障害法委員会によると、二項が認めている給付拒絶権は、債権者が給付に固執することによって必要となる過大な費用を債務者が甘受する必要はないという思想、すなわち権利濫用の思想(比例原則(Verhältnismäßigkeitsprinzip)の現れの一つ)により正当化されるものである。主たる判断基準となる債権者の利益と並んで、不均衡の存否の判断にあたって意味を有する具体的な判断基準として、債務関係の内容、債務者の帰責事由の存否、債務者の債権者に対する適切な補償の有無を提示し、明確化を意図している。そのうえで、両当事者の利益の調整が問題となっている以上、その基準を設定する際にも、両当事者の自主的な解決を促進することが望ましいと考えられていた。

3. ドイツ民法二七五条二項の規定

以上のような過程を経て、ドイツ民法二七五条二項は、「給付に要する費用が、債務関係の内容を考慮し、かつ信義誠実の要請を考慮したときに、債権者の給付利益に対して著しく不均衡にある場合、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、当該給付障害につき債務者に帰責事由が存在しているかどうかでも考慮されるべきである。」と規定された。

ドイツ民法二七五条二項において、事実的不能か否かの判断基準は、債務者は、給付に対しての債務者の費用と、債権者の利益との比較衡量によることが規定されている⁶³⁾。その比較衡量によって、債権者の給付利益に比して債務者の給付に伴う費用の負担が著しく不均衡である場合には、債務者は、給付を拒絶することができるのである⁶⁴⁾。

このような観点からすると、ドイツ民法二七五条二項の把握する場面は、一項に把握されている物理的な不能とは異なり、当然には給付義務は排除されないこととなる。二項の把握する場面は、あくまで給付義務は存続しているのであ

り、給付義務を存続させるか排除するか否かについて、債務者にインセンティブを与えているのである。

そのドイツ民法二七五条二項にいう「著しい不均衡」には、その状態を表現するにあたって、「事実的」または「実質的」不能という言葉が用いられうる。⁶⁵ すなわち、一項は、給付が万人または債務者にとって不能である場合には、債務者は給付義務から解放される旨を規定しているが、そのような一項の想定している事例以外に、そのままの給付義務を存続させることに実益がない、(similos) ような事例を、二項は把握していると考えられている。換言すれば、給付義務の解放に関して、ドイツ民法二七五条一項を補完しているという。

その意味でも、「著しい不均衡」とは、非常に極端なものでなければならぬ。⁶⁶ そのような「著しい不均衡」が存在するような場合に、現実に債権者が債務者に対し給付を請求した場合には、権利濫用 (Rechtsmissbrauch) となる。⁶⁷ すなわち、ドイツ民法二七五条二項にいう給付の拒絶というものは、債権者が給付に固執することによって必要となる過大な費用を債務者に負わせるべきではないという、権利濫用の思想によるものであり、その権利濫用の思想は、比例原則の現れの一つであるとされる。敷衍すれば、債権者が自身の給付利益を実現するために、債務者に過大な費用を負わせてまでも給付を請求することを許容することは、権利者であるとはいえ、過剰な保護である。このことから、その債権者の給付請求は、権利濫用にあたりとされるのである。⁶⁸

4. 小括

以上のような、ドイツ債務法の現代化における不能概念についての議論の展開においては、とりわけ、二つの立場の対立が指摘できる。一方は、不能概念は不明確なものであるとの批判的な視点から、不能概念を放棄し、新たな基準を定立しようとする立場である。もう一方は、不能概念は、債務者を給付義務から解放する原因としての機能をなお有し

ていると肯定的に評価し、不能概念を維持しようという立場であるといえる。結果的に、後者の立場が採用されることとなった。

この議論の端緒は、旧ドイツ民法二七五条における不能概念がかなり広く解釈されていたことであった。その不能概念に包摂されていた事実的不能の類型は、改正議論の当初は、不能概念の放棄の試みのもと、委員会草案において、「債務者に義務づけられている努力」という統一的な基準のもと、事実的不能は、その基準にいう努力を越える場合であるとされ、給付義務からの解放の一面面として把握されていた。その立場を批判するフーバーによれば、不能概念は維持するが、事実的不能のような場合については、不能とはまったく関係がなく、権利濫用の場合を想定していたといえる。討議草案の整理案においては、不能概念を復活させた上で、不能の規定とは別途、「債権者の利益と債務者の費用との著しい不均衡」という基準のもと、その不能を補完するものとして、規定されることとなった。そのため、事実的不能の類型は、債務法改正の議論を経て、新債務法に規定されるまで、一貫して旧ドイツ民法のような不能としての把握はされていないということができないのではないかと考えられる。

第四章 ドイツ民法二七五条二項をめぐる議論

1. 判例における「一般的な法思想」の展開と、ドイツ民法二七五条二項との関係性

上述のように、債務法の現代化における議論の結果、不能概念は、鑑定意見や、債務法改正委員会の草案が試みていたように排除されることはなく、討議草案の整理案において復活し、改正法においても姿を残すこととなった。そこにおいて、不能概念は、債務者を給付義務から解放する、および債権者に損害賠償請求への移行を認める原因として機

能するものとして位置づけられたのである。

とりわけ、事実的不能の事例に関しては、ドイツ民法二七五条二項において、債権者が給付に対して有している利益と債務者に要求される出費との間に著しい不均衡が生じる場合には、債務者は給付を拒絶することができる旨が明示された。そのドイツ民法二七五条二項の政府草案の理由書においては、BGHの判決が引用されている。⁽⁶⁹⁾そこにおいては、ドイツ民法二七五条二項の規定の構想が、債務法改正の議論の段階において初めて出てきたというわけではなく、事実的不能のような著しい不均衡の事例において、BGHにより展開されてきた「一般的な法思想 (allgemeine Rechtsgedanke)」に由来するものであったことが示されている。このような経緯から、以下では、BGHの代表的な判断を手がかりに、「一般的な法思想」や、BGHがその法思想を導き出した規範についていくこととする。

(1) BGHにおける「一般的な法思想」の展開

ドイツ民法二七五条二項においては、債務者の帰責性の有無も、給付義務からの解放に考慮されることが示されている。このことから、その給付障害が債務者の責めに帰すべきか否かが問題となる。⁽⁷⁰⁾一般的には、債務者に帰責されるべきでない給付障害の事例が問題として挙げられている。それに対して、債務者に帰責されるべき給付障害の事例についての問題は、あまり取り扱われてはきていない。⁽⁷¹⁾しかしながら、もともと、ドイツ民法二七五条二項の規定の成立には、債務者に帰責されるべき給付障害の事例が想定されていた。⁽⁷²⁾

債務者が帰責されるべき事例においては、債権者は、債務者が給付障害を除去することを拒絶することによって、債務者が不履行を帰責されなければならないという状況であれば、債務者に、不履行による損害賠償を請求することができる⁽⁷³⁾とされている。ここで問題となるのは、債権者の履行請求権の帰趨である。すなわち、本来の契約においては可能

であった履行請求が、給付障害が除去しうるにもかかわらず、履行請求ではなく損害賠償請求によって解決がはかれることとなるのかどうか、また、それはどのような場合なのかである。従来の考え方によれば、債権者は、原則的に、履行請求に固執する権利がある。債務者は、損害賠償の支払いによって自身の義務から、すなわち、契約によって、そのように履行——現物履行——するように約した内容を履行する義務から、解放されることはない⁽⁷⁴⁾。また、債権者が、自身の給付利益を、金銭で把握することが困難である場合も同様である⁽⁷⁵⁾。例えば、債権者が、債務者が負っている給付義務についてふさわしい代替物を調達することでは不可能であるという状況、個別の給付目的物の顧慮において生じうる債権者の非物質的利益(精神的利益)、そして、総じて「契約は守られなければならない」という原則に該当するような場面については、債務者は給付を約束しているのであって、給付がなされない事例については、金銭賠償をすることを約束しているわけではないのである⁽⁷⁶⁾。

上述のような考え方を根拠として、原則は、債権者は履行請求に固執しうることが主張されてきていた。ところが、このような原則を貫徹すれば、債務者が債権者に要求されている現物履行を提供する場合に、おそらく債務者が債権者に金銭で賠償するだろう場合よりも、債務者にとつて非常に費用がかかってしまうという結果となる場合もある⁽⁷⁷⁾。その一方で、現物履行が債権者に金銭賠償に比してもたらず利益についても、債務者の追加的な費用と比べれば、そのような犠牲を債務者に負わせてまで獲得させるものではないという評価がなされることとなる⁽⁷⁸⁾。このような考慮のもと、判例では、債務法の現代化の以前から、旧ドイツ民法二五一条二項や六三三条二項三文⁽⁸⁰⁾の特別規定、および信義誠実の原則を顧慮することで、そのような場合の債権者の履行請求に対して、権利濫用の法理をもって処理してきたのである。それは、一九七四年と一九八七年のBGHの二つの判決である⁽⁸¹⁾。

一九七四年の事例における事実の概要は、以下の通りである⁽⁸⁴⁾。被告は、自身の所有地に五つの居住用建物を建築する

計画をした。そのうち、中央部の三つについては、住居所有権（Wohnungseigentum）用に利用し、被告自身も住居所有権者（Wohnungseigentümer）となるつもりであった。残りの両側の土地については、被告自身が所有し、他者に賃貸するつもりであった。その後、被告は、原告に対して、中央部の土地についての持分を売却した⁽⁸⁵⁾。他方、その残りの両側の土地には、地下駐車場が建設された。ところが、実際には、計画に反して、地下駐車場の区画が、原告に譲渡された土地に（ほぼ二〇平方メートル）越境してしまった。また、原告が土地持分権および住居所有権者としての資格を登記した後に、被告は、原告に無断で、原告の土地にさらに駐車場を設置し、それを第三者に賃貸していた。原告は、地下駐車場の越境部分の排除、および、自身の土地上の駐車場の明渡しを請求した。

BGHは、明渡請求についてのみ認容し、その余については上告を棄却した。その理由としては、原告には、契約上、および、場合によってはドイツ民法一〇〇四条⁽⁸⁶⁾の法律上の除去請求権が存在するが、このような請求権は、明文上の規定がない場合であっても、権利の濫用とされる場合がある。履行が、債務者にとつて不均衡である、すなわち、両者の利益および全ての状況を考慮する際に、正当に要求されるべきでない費用と結び付けられる場合には、請求を貫徹することは、権利濫用となるという。この事例においては、被告は、地下駐車場の越境建築部分を排除すべきであるが、その排除は、著しい不均衡、被告に正当に要求すべきでない費用と結び付けられているとされる。したがって、BGHは、ドイツ民法一〇〇四条との関係ではなく、旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項二文に基づいて、請求を棄却した。土地上の駐車場に関する事実については、さらなる説明を必要として、原審を破棄し、差し戻した⁽⁸⁷⁾。

一九八七年の事例における事実の概要は、以下の通りである。被告（受任者）が、委任関係（擬制信託）に基づいて、原告（委任者）のための土地の所有権を得た。ところが、被告は、そのようにして得た土地の所有権を、取引関係に利用し、その土地を第三者に売却して、合意の仮登記（Auflassungsvormerkung）を承認した。原告は、被告に、ドイツ

民法六六七条の引渡請求権に基づいて、仮登記の抹消を請求した。第三者は、すでに当該仮登記を放棄する準備をなしているが、もつとも、それは、土地の評価額の三三倍の高さでの償還額の支払いに対してのみであった。

この事例について、BGHは、合意の仮登記の除去は、不均衡な、被告に正当に要求しえない費用をもってのみ可能なものであると判断した。そのため、被告の権利濫用の抗弁により、原告の仮登記の除去請求は認められないと判断した。債権者の権利、すなわち被告の契約違反による損害賠償請求権については、判決においては触れられないままであった。⁽⁸⁹⁾

(2) 判断内容の分析

まず、一九七四年の事例についてであるが、BGHは、契約上の排除請求権の当否を問題とした。原告には、契約上、および、場合によってはドイツ民法一〇〇四条の法律上の除去請求権が存在する。ところが、BGHは、ドイツ民法一〇〇四条との関係においてではなく、旧ドイツ民法六三三条二項二文から、請負契約から導き出されることとなる契約上の瑕疵除去請求に拠り所を求めたのである。ただ、原告が、いかなる場合においても自身の妨害排除請求を貫徹しえないような場合については、別であるということも指摘されている。つまりは、そのような場合、明らかに不能であるような給付については、給付判決が下されることは許されないこととなる。本件においては、被告は、第三者との必要とあらば、被告に当該状況の場合に要求される経済的犠牲のもと——予定よりも早い賃貸借契約の終了について、納得の上で合意することを試みなければならぬのである。⁽⁹⁰⁾ 被告は、駐車場の明渡請求に対して、その駐車場を長期間第三者に賃貸しており、予定よりも早い除去は不可能であるということを反論として挙げたところ、⁽⁹¹⁾ BGHは、原告の排除請求に対する被告の権利濫用の抗弁を容れ、旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項二文の規定から、「一般的

な法思想」を読み取り、破棄差戻しした。

この判決の原審は、棄却の判断を、ドイツ民法一〇〇四条との関連ではなく、請負契約の規定から導き出される契約上の瑕疵除去請求に対して、旧ドイツ民法六三三条二項二文に依拠していた。BGHは、この規定に、一般的な法思想が存在すると指摘する。それは、損害賠償法上の旧ドイツ民法二五一条二項の規定において明らかとなるものであるという。したがって、本来提供される状況に治癒するように請求することは、次のような場合には、権利の濫用として具体化することとなる。すなわち、請求された側にとっては、不均衡で、理性にしたがえば要求しえないような費用のもとのみでしか応じることができない場合である。⁹² そのように判断するBGHのいう「正当に要求されない費用」の把握については、「両当事者の利益が相互に考慮されなければならない」こととなる。⁹⁴ さらには、相手方に要求するかどうかという問題は、その事案にふさわしいように、全ての状況が吟味されなければならないこととなる。⁹⁵ このようなBGHの判断が、「一般的な法思想」と呼ばれるのである。

このようなBGHの判断からは、次のような内容が推論されるといえる。すなわち、BGHは、駐車場の事例も、地下駐車場の越境建築の事例も、その排除については、契約上の根拠として、目的物の瑕疵担保権以外の履行請求権を考慮しているということである。その上で、排除請求権の限界としては、旧ドイツ民法六三三条二項二文が問題となるわけではなく、その規定から導き出される「一般的な法思想」に関連づけられている。⁹⁶ このような抗弁の要件は、両妨害排除請求権に関して同様であった。このことは、判決において、不均衡であり、債務者に正当性をもって要求しえない費用を要するとされたことから、特に明らかにされるといえる。

このように、BGHにおいて展開された「一般的な法思想」は、一九八七年の判決において、再度登場することとなった。仮登記の排除に基づく原告の請求は、BGHの判断によれば、第三者によって要求されたその補償が高額であつ

たことから、そのような請求は権利濫用となるといえる。それは、被告が、原告からの請求に対しては、不均衡である、正当に要求されえない費用のもとでのみ応じうるからである。B G Hは、その判断において、上述の判決において展開された「一般的な法思想」に依拠したといえるのである。

そのような「一般的な法思想」に依拠した一九八七年の判決によれば、債務者が負うこととなる犠牲の限度についての法律上の根拠は、旧ドイツ民法六三三条二項二文、二五一条一項が示しているという。そして、この判決においても、被告にとって過大な要求であるということの検討の枠組みにおける不均衡の問題に関して、B G Hは、純粹に価格的關係のみならず、その他の状況をも考慮している。結果においては、被告の故意による契約違反にもかかわらず、被告に対して当該土地の価格の三三倍もの費用を負担させることは、正当に要求し得ないとしたのである。

(3) ドイツ民法二七五条二項への影響

上述した判例の命題が、ドイツ民法二七五条二項の制定の際に考慮されたものである。前章で触れた債務法改正の議論の展開において、給付障害法委員会において改正案の正当化に中心的な役割を果たしたカナーリスによれば、その判例の命題を規定化することによって、要約された形で、しかしながら、実質的に的確な方法に、法律上の権利に変えられたとされている。⁽⁹⁷⁾

カナーリスによれば、ドイツ民法二七五条二項の成立前のK F二七五条二項の規定は、旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項、六五一c条二項の規定と、ある種の類似が見出せるという。B G Hは、これらの規定に共通の思想が存在しているというを読み取り、それを「一般的な法思想」として形成した。その思想を、履行を請求することが著しく不均衡な事案である事実的不能を把握するK F二七五条二項の規定に反映させたということから、この規定は、真

に新たな改良というわけではない⁽⁹⁸⁾。

また、この規定が、上述した「一般的な法思想」のもととなった規定と区別される点としては、均衡の査定の際に決定的な意義を有している二つの基準を含んでいることである⁽⁹⁹⁾。その二つの基準とは、第一に、給付に対して有している債権者の利益の重要性、第二に、その債権者の利益と債務者の費用との不均衡に「重大さ」が存在しなければならぬことである⁽¹⁰⁰⁾。

まず、第一の基準において、債権者の利益を問題としていることは、BGHの判決、および旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項三文についての支配的見解にも合致するものであった。ところが、残念なことに、この内容をこれらの規定の文言から読み取ることができない。そのため、その今現在の解釈が、間接的にKF二七五条二項によって、規定された旨を指摘する⁽¹⁰¹⁾。

次に、第二の基準として挙げられている、不均衡の「重大さ」である。旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項三文とは異なり、KF二七五条二項は、その不均衡の「重大さ」が要件とされている。したがって、この不均衡は、とりわけ極端なものであって、信義誠実の要請に基づいて、債務者にとって費用が完全に負担しえない程度のものにまで達していなくてはならないこととなる⁽¹⁰²⁾。このことは、とりわけ、債権者が、債務者に帰責されるべきでない不能の場合には、自身の請求権を賠償なしに喪失するということから認められる。これに対して、旧ドイツ民法二五一条二項の事例においては、債権者は、原則的に⁽¹⁰³⁾——価値の損失を十分に調整する——金銭による補償を得ることを甘受するのみであり、旧ドイツ民法六三三条二項の事例においては、旧ドイツ民法六三四条に基づく解除、および報酬減額請求権ではなく、瑕疵除去請求権のみを失う⁽¹⁰⁴⁾。その救済によって、債権者は、約したとおりの契約の履行の経済上の利益を、通例、少なくとも部分的に獲得しうることとなる。その点、討議草案の整理案においては、確かに、債務者に帰責されるべき

不能の場合は、債権者はKF二八〇条、二八三条に基づいて、損害賠償請求権を得ることとなる。だからといって、債務者がより容易く現物履行の第一次的給付義務から解放されるであろうことは、矛盾であるという。このことから、カナリスによれば、「重大な」不均衡の要件は、十分に根拠があることが導かれるという。それに応じて、KF二七五条二項は、極端な事例にあわせて調整されなければならないこととなるのである。⁽¹⁶⁾

そして、このことは、旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項三文の法思想の一般化について、BGHの判決と一致している。一九七四年の判決においては、被告によって建設された地下駐車場が、二〇平方メートル原告の土地に突出していたことが問題であった。この越境建築物の除去は、控訴審裁判所の認定に基づいて、被告にとつて、場所に関する関係の考慮のもと、過度に大きい、被告に正当に要求されえない費用と結び付けられていたことから、BGHは、訴えを斥けた。場所に関して、詳細が知らされていない場合も、極限事例が問題となることはなお明らかである。⁽¹⁷⁾ 一八七七年の判決においては、被告が、委任に基づいて、原告に譲渡の義務を負っていた土地に関して、契約に違反して、仮登記を第三者に有利な結果となるように承認した。この仮登記の抹消は、土地の価格の三三倍の高さの補償によってのみ、可能となる。このことから、BGHは、委任関係に裏付けられた除去請求権を、旧ドイツ民法二五一条二項、六三三条二項三文の法思想を顧慮して、排除したのである。確かに、判決からは、第三者が補償請求を考慮していたように、これが完全に限度を越えていることが、極めて自然であるとは読み取れず、これも同様に極限事例が問題となる。⁽¹⁸⁾

以上が、BGHの一連の判決がドイツ民法二七五条二項に与えた影響についての、カナリスの理解である。このことから、ドイツ民法二七五条二項は、以下のように理解されているということができるといえる。すなわち、ドイツ民法二七五条二項一文によって、債務者の給付費用と債権者の給付利益との間の著しい不均衡の要件によって、債務者が難なく金銭賠償によって自身の現物履行の義務から解放されることが妨げられている。二文において、債務者の帰責性の有無

を考慮することによって、債務者に故意、もしくは重大な過失がある場合には、現物履行が要求不可能であることを援用することについて斟酌することが可能とされる¹⁰⁶⁾。このような思想は、まさにBGHの一連の判決における「一般的な法思想」から導き出されたものである。また、その限りで、ドイツ民法二七五条二項は、「一般的な法思想」を打ち出すものであり、比例原則への回帰のもと、権利濫用の禁止を具現化することとなるのである¹⁰⁷⁾。

2. 事実的不能の具体的内容

ドイツ民法二七五条二項の規定の経緯には、以上のような思想が根底に存在し、給付義務からの解放を正当化していたということが出来る。

では、このような思想をもとに、ドイツ民法二七五条二項の把握する、事実的不能の事例に関しては、どのような状況のもとで、どのような事情が、給付義務からの解放の基準として機能しているのだろうか。また、それに関連して、どのような議論がなされているのだろうか。第三章において概観はしたが、以下では、より具体的に検討していくこととする。

(1) 総論

ドイツ民法二七五条二項が把握している事例は、給付が債権者の利益 (Gläubigerinteresse) に比して、著しい不均衡 (grobe Unverhältnismäßigkeit) にある費用 (Aufwand) を必要とするような事例である。これは、従来、いわゆる実質的不能 (praktische Unmöglichkeit) ¹、もしくは事実的不能 (faktische Unmöglichkeit) と呼ばれた用語のもとで把握されていた事例である。給付障害の除去が、確かに理論上は可能であろうが、理性ある債権者によっては期待されえな

い、すなわち、債務者が義務として負担する以上の——契約上負っている費用を、著しく越えるような——努力をもつてしてのみ提供されうる給付は、債務者に要求されるものではないという事例のみが把握されている。¹¹⁾教科書的な設例では、海底に沈んだ指輪の引渡しや、沈没船の引き上げ等が挙げられている。¹²⁾

この意味において、ドイツ民法二七五条二項は、比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) の回帰のもと、権利濫用の禁止という原則の具体化として解釈されている。¹³⁾すなわち、ドイツ民法二七五条二項の意味における費用によって、金銭的な負担も、行為やそれと同様の人的努力も同様に把握されていることとなり、¹⁴⁾その意味で、債務者の費用と債権者の利益との比較衡量がなされることになる。このことは、帰責性のある事例について、基準を決定するドイツ民法二七五条二項二文が、「努力 (Anstrengungen)」¹⁵⁾という言葉を用いていることの結果として、生じるとされている。また、債務者の費用と、債権者の利益とが相応しいかどうかを検討する基準としての債権者利益の把握の際には、営利上の利益のみならず、精神上的の動機もまた、考慮されるべきであるとされる。¹⁶⁾そのような、具体的に比例しているか否かという検討については、「債務関係の内容 (Inhalt des Schuldverhältnisses)」および「信義誠実の要請 (Gebote von Treu und Glauben)」が顧慮されなければならない¹⁷⁾、場合によっては、債務者の帰責性 (Verteilermüssen) が考慮されなければならない¹⁸⁾。

以下では、ドイツ民法二七五条二項の規定において、とりわけ重要とされている要素である、「著しい不均衡」、「債務者の帰責性」、「債務関係の内容」について、具体的にみていくこととする。

(2) 著しい不均衡

債務者が給付に必要とする費用が、債権者の利益と比して著しく不均衡な状態にある場合には、債務者は、給付を拒

絶し、給付義務から解放されることとなる¹⁶⁾。この場合の不均衡の確定については、債務関係の内容(二項一文)、信義誠実の要請(二項一文)、および債務者が給付障害について責任を負わなければならないか否かの状況(二項二文)が顧慮されることが定められているが、そのような状況を慎重に考量すること(Abwägung)の結果としては、給付についての費用、および債権者の利益という両者の関係上の判断であることが考慮されなければならないという¹⁷⁾。このことから、不均衡が判断される際には、給付についての債務者の費用と、債権者の利益が中心に据えられることとなるのである¹⁸⁾。さらには、全ての現実給付義務の利益になる、または不利益になるという状況の包括的な考慮を認めているわけではない。単に費用と利益の基準に関係する状況、および追加的な状況——債務者が給付障害につき責任を負わなければならない、もしくは負わなくてもよいという状況、すなわち債務者の帰責性——の考慮のみを想定しているとされる¹⁹⁾。

このように、具体的な均衡性の検討は、債権者の利益と債務者の費用を比較衡量するのであるが、その際には、「債務関係の内容」および「信義誠実の要請」の顧慮のもと、場合によっては、「債務者の帰責性」の考慮もなされなければならないこととなる。すでに述べたような立法者の構想¹⁰⁾に基づき規範が、権利の濫用的な給付の要求という「極限事例」に組み込まれている場合に、債権者の利益と、給付障害の除去について必要となる債務者の費用との間に、「著しい不均衡」が存在することとなるのである¹¹⁾。

また、費用は、義務づけられている給付に関係したものでなければならぬとされる。したがって、給付については、債務者が給付を約束したように算出されなければならない¹²⁾。なお、その際、義務づけられた努力が、給付障害によって阻害されているか否かが重要であり、債権者が債務者の全ての義務づけられた努力において有している給付利益と比較するものが費用ということになる¹³⁾。

債権者の給付利益の把握については、債権者が、その契約においてどのような利益を得ることを予定していたかによることとなる。¹²⁾ そのため、債務関係の内容に照らした、債権者の個々の状況に照準があわせられるべきであるとされる。¹³⁾ 立法者の見解によれば、その把握の際に決定的な基準となるものとしては、(価格に関して見積もる) 商業的な利益のみではない。契約の内容、目的も考慮された上で把握されることとなり、場合によっては——それが契約において把握されていた場合、およびその限りで——精神的な動機もまた考慮されるべきであるとされる。¹⁴⁾

このことから、その給付利益が金銭において評価される金額は、原則的には、債権者が、障害を帰責されなければならぬ債務者による不履行の場合に、給付に代わる損害賠償として請求できる金額となり、それが債権者側の給付利益¹⁵⁾ の下限を決することとなる。¹⁶⁾ さらに、同様に考えることにより、債権者の給付利益は、例えば事後的な損害、または債権者が債務者に提供された給付によって実現しえたであろう転売利益も含まれることとなる。ただし、給付の代償として提供する金銭的等価物と比して、債権者利益がより高く評価されるべきである場合には、特別の事情が存在しなければならぬ。¹⁷⁾

なお、その債権者の利益を評価するにあたって、その時期として決定的であるのは、履行期の時点、すなわち、債権者が給付を受領しなければならない時点である。ただ、債権者の給付利益が、履行期においてもなお増大している限りでは、それについても考慮されうることとなる。¹⁸⁾ これと同様に、後の給付利益の減少も、また十分に考慮されるべきである。¹⁹⁾

上述のような費用と利益の衡量において、著しい不均衡が存在する場合には、債務者は自身の給付義務から——要件を満たす場合には、金銭賠償をすることによって——解放される。不均衡な費用をもってさえすれば、給付の提供は可能であるが、著しい不均衡をもってして、給付義務の限界を画するのである。²⁰⁾ このことから、その著しい不均衡に関し

ては、「事實的」または「實質的」不能という言葉が用いられるのである。そのまま給付義務を存続させることに実益がないような事例を把握しており、ドイツ民法二七五条一項を補完するためのものであるということが出来る。⁽⁸⁴⁾ そのため、著しい不均衡とは、非常に極端なものでなければならぬとされており、⁽⁸⁵⁾ 現実に債権者が給付を請求した場合には、それは実益がないもの、または権利濫用とされる。⁽⁸⁶⁾ より具体的にいえば、この著しい不均衡の基準は、理性ある債権者ならば、債務者が必要な費用を工面することを顧慮しえない場合に達成されるのである。⁽⁸⁷⁾

なお、現物給付の提供が、単に不経済であるだけではならず、費用にかんがみて明らかに、かつ高い程度において実益がないという必要があることは、債権者の請求権が、第一に現物履行に向けられていることから導き出されるものである。⁽⁸⁸⁾ 現物履行を請求する権利は、法秩序において付与されたものである。それにもかかわらず、債務者が現物履行を単に不経済であることのみで拒絶しようとすれば、それを法において認めたこと自体が疑われることとなる。⁽⁸⁹⁾ このような根拠から、ドイツ民法二七五条二項は、債権者の給付に対して把握している利益、および給付約束に基づく現物履行請求権にかんがみて、不経済であることや、単なる不均衡のような場合には、拒絶するにあつて十分とはいえないとした。著しい不均衡という極端な場合でなければ、債務者は給付義務から解放されないことを正当化するのである。⁽⁹⁰⁾

(3) 債務者の帰責性

ドイツ民法二七五条二項は、債権者の給付請求に対し、債務者が、自身がそのまま給付義務を負うことが著しく不均衡であることを主張して、初めて給付義務が排除されるという抗弁権構成を採用している。これは、債務者が、ドイツ民法二七六条⁽⁹¹⁾において、不均衡であることに起因する状況をもたらしたことについて責任を負わなければならないことによるためであり、債務者が給付障害について責任を負わなければならないか否かは、ドイツ民法二七五条二項二文の

帰責性に基づいて考慮されるべきであることとなる。このことから、具体的には、おおよそ全ての契約上、および法律上の給付関係において、給付障害が債務者に帰責されるべき事例は、債務者が責任を負うことが導かれるため、あまり問題とはならないとされている。

これに対して、問題として取り上げられるのは、とりわけ、債務者が給付障害について帰責されるべきでない特定物売買の事例である。この問題は、激しく議論のあるところである。

この問題について、立法資料によれば、ドイツ民法二七五条二項二文は、債務者は、一般に給付障害の克服についての努力を引き受ける必要はなく、したがって、常にドイツ民法二七五条二項に依拠しうる、という逆の推論は認められないという。すなわち、債務者は、自身に過失がない場合にも、少なくとも努力し、障害を除去するか、もしくは第三者に譲渡した契約目的物を取戻すことが期待できる場合には、最小限、市場価格を、場合によってはそれ以上の価格を提供しなければならぬという構想である。また、債務者が過失なき錯誤にあり、それゆえ取引上必要な注意がなされなかった場合にも、なお、給付障害は、自身の「活動領域 (Sphäre)」に存在する瑕疵に起因する。このように、給付障害について債務者に帰責されない場合にも、帰責される場合よりも努力および支出が期待されえないのみであり、全く何もしなくともよいということとはならない。

この解釈によれば、通常の事例においては、当事者の意思に——それが仮定的な場合も——合致しないにもかかわらず、債務者にとつては、一般的な特定物売買であっても、調達義務を負わなければならないというリスクが存在することとなる。なお、債務者が、給付障害について責任を負わなければならないか否かは、ドイツ民法二七五条二項二文に基づいて考慮されるべきこととなる。¹⁸⁾

この点を問題視し、帰責されるべきでない給付障害の際には、債務者には何らの責任も負わせるべきでない、すなわ

ちドイツ民法二七五条二項を、「偶然の解放の原則 (Prinzip der Zufallsbefreiung)」に近接させようという解釈が登場したのが、激しい議論の発端となっている。⁽¹⁴⁾ この解釈によれば、給付障害が債務者に帰責されるべきでなければ、債務者は給付義務から解放される。さらに、立法構想が、原始的な障害の際も、後発的な障害の際も、どちらも同様に債務者は自身の「活動領域」を支配しているため、特定の追加費用を支払わなければならないことから、ドイツ民法二七五条は、偶然の(除去の可能な)給付障害から債務者を一般的に解放するということを除外し、このことを正当化している点⁽¹⁵⁾について、具体的にはほとんど言及されることはなく、柔軟に個別に事例を考慮することが支持されているのみである⁽¹⁶⁾ことを指摘する。立法構想のように、債務者が帰責されるべきでないにもかかわらず、わずかながらでも努力することを承認することとなるとすれば、まさに契約における信義の原則の違反と考えられることとなると、この立場は厳しく批判するのである。⁽¹⁷⁾

そもそも、このような解釈の対立には、ここでの議論が、一般給付障害法において、保証法を統合しようという流れのもとで実質的な意義を有するものとなること、具体的にいえば、ドイツ民法四三七条⁽¹⁸⁾一号、四三九条⁽¹⁹⁾による売主の追履行義務も、ドイツ民法二七五条二項によって把握する⁽²⁰⁾ということが存在している。このことから、何が特定物売買においてふさわしい追履行となるのかという問題が生じることとなる。ドイツ民法四三九条の文理に忠実に解釈すれば、特定物、および種類物売買の相違を不必要なものとしていうこととなる。⁽²¹⁾ しかしながら、このような結論に対しては、給付目的物の性質に基づいて存在している相違というものは否定できないという考えから、批判する見解が存在している。その見解によれば、確かに、特定物売買の際にも、債務者が帰責される場合に、瑕疵ある給付の提供に基づいて賠償義務を負うこととなる限りでは、そのような相違を不必要とすることが賛同されてはいるもの⁽²²⁾の、特定物売買、および種類物売買について正確な限界づけをする場合には、特定物売買の際には、すでにその契約の目的物によって契

約の内容は制限されていることとなることから、賠償の請求はなしえないという結論が導かれることとなる⁽¹⁵⁾。また、このような考えを肯定するにしても、修補義務の観点から、特定物売買の際には、売主の給付義務の契約上の制限が配慮されなければならないことに注意が必要であるという指摘もなされている⁽¹⁶⁾。

これに対して、このような場合には、結局は等価利益の保護のみが問題となることから、ドイツ民法四三九条三項について、特定物売買の際には、具体的に購入物の価値のみを絶対的な上限として考慮するという見解も存在する⁽¹⁵⁾。この見解は、購入価格（反対給付）に、特定物売買の際に提供されるべき費用について、絶対的な犠牲限度が現れていると考えることに由来するものであり、その試みは、「偶然的解放の原則」と同じく、契約内容を重視するものと同様の方向に進んでいるという⁽¹⁶⁾。その限りで、——政府草案の理由書に反して——特定物の給付債務の際には、常に購入価格を犠牲限度として、帰責されるべきでない給付障害の際に提供される費用として考え、したがって、瑕疵に割り当てられている低下した金額を極度額として追履行にするという結論を導き出している⁽¹⁶⁾。この立場は、決定的に「債務関係の内容」を引き合いに出し、それによって考量を持ち出す場合には、偶然的解放の原則についてドイツ民法二七五条二項に近接させることの試みが、より規定の文言と一致させられるべきであることを主張するものである⁽¹⁶⁾。そして、上述のように考えることによつて、典型的な特定物売買の際に、責めに帰すべきでない給付障害の事例においては、債務者は再調達義務の負担を強いられることはなく、給付義務から解放されることとなる⁽¹⁶⁾。

このような立場からは、給付障害が、事後的な、債務者の責めに帰すべからざるものであった、もしくは、債務者がそれを知っていた、または知らなければならなかったというものではない場合には、ドイツ民法二七五条二項二文によつて、債務者がその給付障害の除去について要求されうる費用を査定する場合に、債務者の有利になるように、相当な方法で考慮されるべきである。それは同時に、それぞれ債務関係の内容に基づいて識別されるべきであることとなる。

その際、決定的となるものは、債務関係の内容、すなわち、契約類型のリスクの構造である。⁽¹⁶⁾ このような観点から、片務契約のような類型の場合には、債務者は追加的な費用については約束されていないこととなり、双務契約のような類型の場合には、追加的な費用は、通例、債権者の反対給付の高さによって限界づけられることとなる。⁽¹⁷⁾

そして、債務者が調達のリスクを引き受けた場合⁽¹⁸⁾には、その調達費用が反対給付よりも高い場合であっても、債務者は、引き受けた調達のリスクの範囲において、予期しえない、および過失のない調達障害の克服についても義務づけられていることとなる。そのような場合には、ドイツ民法二七五条二項によっては給付義務から解放されないこととなり、ドイツ民法三一三条の行為基礎の喪失の抗弁のみが、その限界を画することとなる。⁽¹⁹⁾

この議論の対立軸は、次にみる、「債務関係の内容」という要素をどのように把握しているかという内容とも関連するものである。

(4) 債務関係の内容

債務関係の内容は、他の考慮要素と同様に、明文をもって示されていることから、考慮されるべきものであるとされているが、同列に位置づけられるというのではない。契約を抛りどころとする債務関係の際に、特別な意義を有することとなる。この債務関係の内容という要素の機能については、次のような状況において、具体的に現れてくるといえる。

例えば、債務者が給付約束によって、ある一定の費用を引き受けた場合、債務者は、この費用が、債権者の利益と比較すれば、実際には著しく不均衡であるということを、債務関係に基づいて、抛りどころとはしえないこととなる。そのことから、債務者自身によって引き受けられた費用までは、著しい不均衡に該当するような場合が、その給付約束に

よつて最初から排除されるという結果が生じることとなる。⁽¹⁶⁾ すなわち、給付約束の際に、債務者は、最初から一定の費用を引き受けうるとともに、費用のリスクをも引き受けうることとなるのである。このように、費用のリスクを引き受けることが、債務関係の内容の一部となる場合には、債務者は、起こりうる債権者側の給付利益との間の不均衡に依拠することはできないこととなり、自身が引き受けたリスクの範囲において、上昇した費用も提供しなければならないこととなるのである。⁽¹⁶⁾

このような事例をみると、給付義務の限界は、ドイツ民法二七五条二項の規定にいうような広範な考量はされることなく、すでに相応している契約上の取決めの内容からのみ、すなわちドイツ民法二七五条二項の意味における債務関係の内容からのみ生じうることとなりそうである。⁽¹⁶⁾ このことは、債務者には、明確に、自身の適切な、および適時のそのものの提供が留保されることとなることへも導いている。例えば、前提提供者によつて放置され、それによつて債務者が同一物の填補行為が不可能となった場合には、思慮分別のある評価によれば、何の問題もなく給付義務に拘束されないこととなる。しかしながら、債務者が調達義務を負う（引き受けている）場合には、カナリスの論稿によれば、債務者の第一次的な給付義務からの解放は、発生した給付障害が、調達義務の特性と関係せず、それによつて債務者に契約上引き受けられたリスクの範囲外で存在する場合かどうかということも、考慮されなければならないこととされているのである。⁽¹⁶⁾ それらの判断は、契約上決定された内容、すなわち債務関係の内容によつて決されることとなるといっても、極めて二元的な構造をとっているということが出来る。

このような立法の態度に対して、解釈の動向としては、このような二元的な構造に懐疑的であるといえる。すなわち、そのような状況のもとで、債務関係の内容、および契約上の取決めが、第二次的な損害賠償義務を顧慮して債務者の帰責性を否定しつつも、同時に第一次的な給付義務に固執することは、まったく実際に即したものとはいえないというの

である。⁽¹⁶⁾ その立場によれば、契約上のリスクの限度は、第一次的な給付義務と第二次的な損害賠償請求については、通常の事例において、常に関係するものであり、偶然的給付義務からの解放は、全くドイツ民法二七五条二項からのものではなく、むしろ契約上の取決めから生ずるものであるというのである。⁽¹⁷⁾ そのことは、逆に、ドイツ民法二七五条二項による給付義務からの解放は、同様に契約上の取決めによっても最初から排除されうることとなるのである。例えば、債務者が沈没したタイタニック号の中にある銀製食器を引き上げる義務を負っており、その際、債権者が現在の技術の状況によってのみ可能な全ての努力を期待してしかるべきであることも、もつぱら「債務関係の内容」からのみ生じる場合、その義務は、一般市民の観点からも、思慮分別のないものであるといつてよいといえる。⁽¹⁸⁾ 前述した、債務者が、契約上引き受けたリスクを負うことについても、この観点から正当化されることとなるのである。

(5) 議論の対立軸

ドイツ民法二七五条二項の議論の対立軸について、それぞれの立場が重要とする観点のもと、整理することとしよう。まず、ドイツ民法二七五条の立法上の構想における債務者の負担の範囲について懐疑的な立場である。この立場は、広範な債務者の負担が、実際の、もしくはその都度の仮定的な当事者の意思に矛盾し、それゆえ明らかに私的自治の原則に反するというテーゼに依拠するものである。⁽¹⁹⁾ 任意の規範は、通常の事例について、一般的に仮定的な当事者の意思に合致する場合には、その機能を補充的な代替規律として展開しうることから、ドイツ民法二七五条の立法構想に批判を投げかけている。⁽²⁰⁾ この立場によれば、特定物債務の通常の事例の場合には、最初から、売主には調達活動を広げなければならぬという当事者の意思が欠けている。そのため、この場合においては、全て一般的に債務者の責めに帰すべきでない給付障害と帰すべき給付障害との間に区別がなされなければならないと主張する。債務者は、物理的な、自然

法則上の不能については、その万人および債務者に帰責されるべきでない給付障害および給付困難の発生のときから、自身の義務から解放され、それも自身の第一次的給付義務と同様に第二次的な損害賠償義務からも解放される。したがって、ドイツ民法二七五条二項は、債務者が帰責されるべきでない場合には、偶然の解放の原則の意味において具体化されているとすべきであるという¹⁷⁾。

この立場に対して、カナーリスは、債権者が本来の履行請求権に固執しうることから、債務者もそれに相応する義務を負担しなければならぬことから出発し、とりわけ、一般的な特定物売買についても課される追履行義務に依拠する¹⁸⁾。カナーリスによれば、ドイツ民法四三九条は、売主が、結果と相關的に、約したままの状況で目的物を提供する義務を負うものであるため、代物給付は問題とはならず、それゆえ、ドイツ民法二七五条二項は、二七五条一項と並列に置かれるのではなく、四三九条と並列に置かれるべきであるという¹⁹⁾。このことは、債務者が帰責されなければならないか、帰責されなくともよいかということには左右されない²⁰⁾。瑕疵のない給付について、もしくは売買目的物の引渡しについて、その履行に必要な費用それ自体を負担しなければならないということは、論理的な帰結の要請であり、それはまさに履行義務が「結果に係している」からであるという²¹⁾。

この議論の対立軸は、債務者がどこまで義務を負わなければならないのかという観点のもと、ドイツ民法二七五条二項をどのように把握し、位置づけるかというものであるといえる。これは、債務者の帰責性の把握の際の、債務関係の内容という要件の機能とも関係している。すなわち、ドイツ民法二七五条二項二文に示されている債務者の帰責性の要素が、どのような方法で考慮されるべきであるかについては、ドイツ民法二七五条二項一文に示されているように、債務関係の内容へと立ち戻ることによって決定されることとなる。そこにおいて、債務者の履行義務は結果に相対的なものであるとして、その範囲で債務者の解放を把握するのか、もしくは債務者が引き受けていない範囲で、債務者の解放

を把握するのだからである。その対立は、ドイツ民法二七五条二項の位置づけについての解釈の相違であり、帰責されるべきでない給付障害の場合について、ドイツ民法二七五条二項を、「偶然の解放の原則」に近接させて把握するかどうかである。

3. 経済的不能との限界づけ

事実的不能に関しては、以上のような考えによって、給付義務からの解放が正当化されることとなる。

しかしながら、理論的には、給付の実現は可能であるが、實際上その給付の実現に要する費用および労力が、給付の価値に比して著しく不均衡であるため、給付義務からの解放が正当化されると考えるのであれば、常にドイツ民法二七五条二項による解決の領域内となるのであろうか。例えば、経済事情が契約締結のものとは完全に變化してしまつたために、給付に要する費用および労力が不相当に重くなるような場合、いわゆる経済的不能との関係の問題も出てくる。この経済的不能という概念は、かつては不能の一類型として把握されていたものであるが、その後は行為基礎の喪失の問題として把握されているものであり、新规定においても、従来と同様に、行為基礎の喪失の領域で処理されることとなっている⁽⁸⁾。では、その両者の境界はいかに解されているのであろうか。事実的不能の場合の給付義務からの解放の思想と、どのような点をもつて棲み分けが図られているのかに着目しながら、以下、見ていくこととする⁽⁹⁾。

(1) 債権者の利益による棲み分け

ドイツ民法二七五条は、カナリスによれば、従来の不能に関する法的な議論の状況を越えて、すべての従来の不能の形式を把握しているという⁽¹⁰⁾。具体的には、ドイツ民法二七五条は、不能の効果として、一項において給付義務の法に

よる消滅、二項において給付義務の抗弁による消滅と、旧ドイツ民法二七五条と異なる扱いを規定してはいるものの、客観的不能と主観的不能を等しく扱う点は、変化していない。さらには、原始的不能にもドイツ民法二七五条が適用される⁽¹⁸⁾ことが規定され、従来議論の対象であった原始的不能と後発的不能との区別が排除されることとなる。

そのような不能概念の把握の中、経済的不能に関しては、そもそも、KF二七五条の起草段階では、経済的不能の場合や、給付の提供が不可能である場合、また、DE二七五条、およびKE二七五条によって把握されていたような、道徳的な根拠に基づいて給付の拒絶権を認めるような場合は、全くKF二七五条二項には含まれないと考えられていた⁽¹⁹⁾。むしろ、事実的不能という事例と、それらの事例との明確な境界を設定することが、KF二七五条二項の規定において、最も重要であった⁽²⁰⁾のである。

さらに、カナリスは、次のように指摘している。従来用いられてきた経済的不能の概念については、その言葉の用いられ方について、完全に一致しているといえるものではなく、事実的不能と経済的不能が明確に区別されるべきである⁽²¹⁾という。行為基礎の規定のもとにある経済的不能の概念については、給付を「債務者にとって犠牲の限度(Opfergrenze)を越えているため、要求されえないような困難、もしくは債務者にとつて、引き受けることを信義誠実に基づいてもはや負わされないような犠牲および費用のもとでのみ可能となるような困難が妨げている」というような場合に用いられるべきである⁽²²⁾といひ、両概念を明確に区別している。その両概念の判断の棲み分けに関しては、事実的不能の場合には、債権者の利益が焦点が合わせられており、経済的不能の場合には、債務者の費用、および債務者自身が拘束されている負担、もしくはそのことから結果として生じる等価性の障害に焦点が合わせられていることを指摘している⁽²³⁾。

その後、債務法現代化法が施行されて以後の論稿において、カナリスは、以下のように述べている。すなわち、不

能の問題性を可能な限り包括的に整理するための試みは、ドイツ民法二七五条二項においては、「実践的」な利益に関してよりも「教義的」な利益に関しての二つの問題が整理されることを導く⁽⁸⁸⁾。具体的にいえば、ドイツ民法二七五条二項は、伝統的に「事実的」不能と呼ぶその事例を把握しているが、とりわけ、「経済的」不能の事例がその規定の領域に属するということになるのであれば、契約は守られなければならない (pacta sunt servanda) という原則を脅かしはしないかと危惧されるであろうが、そのような危惧は根拠がないものであるというのである⁽⁸⁹⁾。それは、本質的に、一方では、「事実的」および「経済的」不能という表現と結び付けられた、伝統的な概念ではなく、むしろ両文言のまったく口語的およびそれに応じて非常に漠然とした意義が根底に存在すること、他方では、ドイツ民法二七五条二項の枠組みにおいて強調された債権者の利益の優越が顧慮されているということに基づいているという⁽⁹⁰⁾。

カナリスは、このような考えを示したうえで、以下のような事例によって、事実的不能と経済的不能の境界を明確にする。例えば、沈没船の引き上げに、積荷の三〇倍もの費用がかかる場合には、債務者にとつての費用が積荷に三〇に達する一方で、積荷についての（物質的な）債権者の利益は、通常は積荷の市場価値、したがって一のままであることとなる。この場合は、実際に、事実的不能の事例であるため、債務者はドイツ民法二七五条二項に依拠しようという。これに反して、例えば、債務者によって給付されるべき物の価格が、——例えば、計算違いによって、もしくは入手の可能性が突然見込めなくなったことによつて——三〇倍の高さで債権者に期待されており、給付の調達が債務者にとつて破産をもたらすようなものである場合、債権者の利益は、普通は、市場価格の三〇倍に達し、決して一のみではないことになる。この場合は、経済的不能の事例であり、それはすべてドイツ民法二七五条二項へと包摂されるものではなく、従来のように行為基礎についての規定であるドイツ民法三二三条⁽⁹¹⁾に基づいて、解決されるべきであるという。

以上のことから、カナリスによる事実的不能と経済的不能の棲み分けについては、以下のようにいうことができる

であろう。すなわち、事実的不能は、債務者の負担が、債権者の利益に比して著しい不均衡にある場合に存在する。他方、経済的不能は、給付を「債務者にとって犠牲限度を越えているため、要求されえないような困難、もしくは債務者にとって、引き受けることを信義誠実に基づいてもはや負われないような犠牲および費用のもとでのみ可能となるような困難が妨げている」という場合に用いられるべきであり、その判断につき、その都度の債務者の費用、および債務者自身拘束されている負担、もしくははそのことから結果として生じる等価性障害に存在する。その際、債権者の利益に着目していえば、事実的不能の場合には、債務者が給付するにあたって必要となる費用は上昇しているが、その給付によつて得られる債権者の利益は契約締結時の把握と変わることはないのに対し、経済的不能の場合には、債務者が給付するにあたって必要となる費用は上昇しているが、それに比例して、給付によつて得られる債権者の利益も上昇しているということができるとなる。⁽¹⁶⁾

(2) 給付障害の予見可能性

また、メデイクス (Dieter Medicus) も、上述のカナリスの構想に近い考えを示している。ただ、事実的不能と経済的不能の棲み分けの基準としては、その給付障害が予見可能であったか否かというような視点を中心に据えられているということが出来る。

メデイクスは、以下のように述べる。まず、ドイツ民法二七五条二項一文は、不能の限界づけを、債務者がその克服を約束されているだろう給付障害に対して具体化することを試みている。⁽¹⁷⁾ ドイツ民法二七五条二項において、不能と評価されるためには、給付が、「債務関係の内容、および信義誠実の要請の顧慮のもと、債権者の利益に比して著しい不均衡の存在する」費用を必要とする。⁽¹⁸⁾ したがって、債務者にとって必要である費用は、債権者にとっての給付について

の利益と関連付けられており、不能——したがって、義務の範囲の超過——は、まず「著しい不均衡」の際に肯定されるという⁽¹⁹⁾。例えば、債務者が、債権者にとって一〇〇の価値しかない給付について三〇〇費やさなければならぬ場合に、ここでいう不能の評価が認められうるのである。

しかしながら、給付義務のほとんどが、反対給付を取り決めている相互の契約から生じるものであるため、固定されている価値関係によつて、ドイツ民法二七五条二項は機能しているわけではないという⁽¹⁹⁾。すなわち、ドイツ民法二七五条二項が想定している、予見可能である給付障害の際には、このことが反対給付に現れることとなる。したがって、例えば、指輪の搜索については、予見可能な債務者の費用に相応しいように負担する反対給付は約束されていたこととなり、債務者の利益は十分に保持されることとなるという⁽²⁰⁾。他方で、障害が予見されない場合には、行為基礎の喪失が考慮されることとなるというのである⁽²⁰⁾。

(3) ドイツ民法二七五条の制限的な解釈

このような考え方に対して、警鐘を鳴らすのが、リープ (Barbara Dauner-Lieb) である。

リープは、ドイツ民法二七五条の意義は、法政策的に好ましいとされるべきであるが、立法者の規定の構想が、明らかに規定の文言に反映されておらず、それが貫徹されうるかどうかは、疑わしいという⁽²⁰⁾。とりわけ、ドイツ民法二七五条二項については、まず、不能の理論に分類されるべきであるという構想は、何の拠りどころもなく、ドイツ民法二七五条一項のみが不能の概念を用いている⁽²⁰⁾。また、ドイツ民法二七五条の「給付義務の排除」という表題も、不能が規範の中心構想を形成するという点でよりマイナスである⁽²⁰⁾。それに応じて、政府草案についての理由書も、ドイツ民法二七五条が、不能と並んで、「いまやそれ以上の解放の要件を把握している」ということを的確に述べている旨を指摘して

いる。⁽²⁶⁾

しかしながら、ドイツ民法二七五条二項において、いわゆる事実的不能という極端な事例のみが問題となるとされていることが明確にされていない。⁽²⁶⁾ すなわち、立法者が、海底に沈んだ指輪のような事例を構想していたのであれば、それがその規定の文言に反映されていないことが、疑わしいというのである。また、このような、債権者が給付障害の除去を決して期待しえないような事例については、そのような詳細な考慮基準の定式化は、ほとんど必要ないという。⁽²⁷⁾ さらに、新たに規定された抗弁によって、義務を超過した場合の履行の可能性を債務者に広く留保しておくという指摘についても、まったく相応しくない。それは、従来、これに関連する状況は、まさに、いかなる理性ある者も、給付の提供の試みを敢えてするということでさえも思いつかないであろうということによって特徴付けられていたためであるという。⁽²⁸⁾ すなわち、そのような事例においては、給付の提供は、確かに万人にとつて全く不可能ではないものの、どのような人にとつても著しく、実際に克服し得ない困難がもたらされる。そしてそれは、理性ある者であれば、特別の動機なしに給付の提供を試みるという発想をしえないであろうという考えに基づいているといえ、⁽²⁹⁾ 債権者の利益においてはなく、給付をする立場にある者である債務者についても重きがおかれていられるようにもとれる。そのようなことから、この論証の要素は、従来、今後ともドイツ民法二七五条には属さない経済的不能の事例についてでさえも、有益であるとされていたのである。このようなことから、ドイツ民法二七五条二項の詳細な定式化を、「事實的」不能の構成要件上の明確化の試みであると解することは、問題を軽視していること、むしろ、ドイツ民法二七五条二項、同様に三項も、三―三条から離れて、ドイツ民法二七五条二項に近接させる解決の移行のための関門として誤解されうるといふ危険があることを、⁽³⁰⁾ リープは指摘するのである。

(4) 中心的要件である債権者の利益への疑問

このように、事実的不能と経済的不能の事例の境界についての見解の対立をみていくと、従来の構想であった、両事例の境界を棲み分ける指標であるとされている債権者利益が、本当に棲み分けの判断基準とされうるのかということにもなりうる。確かに、このような制限的なドイツ民法二七五条二項の解釈は、文献における説明部分に記述されるようになり、受け入れられたとができる²⁰⁾。しかしながら、問題は、ドイツ民法二七五条二項と三一三条との境界に存在することを、なおリースは指摘する²⁰⁾。

リースによれば、ドイツ民法二七五条二項が制限的に解釈されるようになってきていることと、債務者の費用、およびそれによって通常結び付けられる等価性障害ではなく、債権者の利益が中心的な基準点をなすとされるため、すでに境界の問題は存在しないということとは矛盾する²¹⁾。政府草案の理由書では、両規定の境界については、上述のように、調達市場の価格の高騰の形式における債務者の給付費用の重化の事例においては、債務者の費用および債権者の利益は常に比例して上昇する、すなわち、上昇する価格水準とともに債権者の給付利益もまた同じように上昇するため、ドイツ民法二七五条二項による著しい不均衡には全くなりえないとされていた²¹⁾。しかしながら、このようなことが、実際に、実質的に実りがあることが明らかになるかどうかはまだ待たなければならないことは、議論の状況によれば、疑わしい。ドイツ民法二七五条二項および三一三条によるより実際の範囲の精緻な限界づけを設定することよりも、そのような傾向が際立っている²²⁾。この問題については、確かに、法律の競合の回避には努めうるものの、実際には両規定の境界については確定されえないと指摘するのである²²⁾。

確かに、上述のように、ドイツ民法二七五条二項については、行為基礎の喪失における場合とは異なり、債務者の費用、および、通常はそれと結び付けられる等価性障害ではなく、債権者の利益が中心的な基準点を形成する点で、区別

されうるといふ考えもありうる。しかしながら、ドイツ民法二七五条二項の場合には、債務者の利益は何も機能していないという主張は、疑わしいように思われる。²¹⁹ すなわち、債務者の費用および努力と、債権者の利益の間の不均衡を検討するにあたって、債務者の固有の利益を曖昧にすることが困難であることもまた、その通りであるといえる。なぜならば、債務者の利益については、債務者がそのような費用を、給付について提供しなければならぬということが、通常は決定的となるためである。²²⁰ このような費用が、ドイツ民法二七五条二項においては、まさに債権者の利益に対して考慮されるのであれば、ドイツ民法二七五条二項においても、事実的不能であるとの評価に導かれる際には、個々の事例における事情というものを全て勘案するという意味で、債権者の利益のみならず、債務者の給付に関係する事情も、また顧慮されうるとも考えられる。²²¹ したがって、このような事情は、行為基礎の喪失の観点のもとのみならず、ドイツ民法二七五条に基づく第一次的給付義務の排除の観点のもとでも、顧慮されるべきであるとも考えられるのである。²²²

4. 小括

ドイツ民法二七五条二項は、克服しうる給付障害の場合を想定しており、債務者に、給付が債権者の利益に比して著しい不均衡にある費用を必要とする範囲で、給付を拒絶する権利を与えている。それは、判例によって展開された「一般的な法思想」に依拠し、権利濫用の禁止の具体化として規定されたものであるということができる。ただ、「契約は守られなければならない」という原則のもと、債務者が難なく金銭補償によって自身の現物履行の義務から解放されうるといふことを妨げるため、原則的に極端な不均衡が存在しなければならぬこととなる。このことから、原則的に、「著しい不均衡」であるとされしている、事実的不能のような状況のみを把握しているとされ、規定の文言から十分に明らかであるとはいえないものの、一般的には、「著しい給付困難」であるとされている経済的不能のような状況は把握して

いないとされる。それゆえ、ドイツ民法二七五条二項の領域における、不均衡の検討についての端緒となるものは、給付についての債権者の利益のみであるということとなり、また、それによって、明確に貫徹できるか否かについては議論があるものの、両事例の棲み分けが図られることとされている。

そのドイツ民法二七五条二項において、とりわけ議論がなされているのは、債務者がどこまで義務を負わなければならないのかという観点のもと、債務者の責めに帰すべからざる給付障害についてである。ドイツ民法二七五条二項二文に示されている債務者の帰責性の要素が、どのような方法で考慮されるべきであるかについては、ドイツ民法二七五条二項一文に示されているように、債務関係の内容によって決定されることとなるため、その債務関係の内容の把握についても、関連して議論がなされている。その対立軸は、ドイツ民法二七五条二項の位置づけについての解釈の相違であり、帰責されるべきでない給付障害の場合について、ドイツ民法二七五条二項を、「偶然の解放の原則」に近接させて把握するかどうかである。

このようなドイツ民法二七五条二項の内容、およびそれに関する議論によれば、ドイツ民法二七五条一項にいう、物理的に克服しえない不能のような把握はされてはならず、もっぱら別のものとして把握されているということができ

第五章 結びにかえて

本章では、前章まで検討を加えてきた内容から、ドイツ民法二七五条二項の理論的位置づけについての議論を整理し、それが、日本法においてどのような影響、および示唆を与えうるのかについても、若干の考察を加えることとしたい。

そのうえで、残された課題について指摘することとする。

1. ドイツにおける事実的不能の位置づけ

ドイツにおける債務法の現代化における議論では、「不能」概念をどのように把握しているかという観点から、とりわけ、次のような対立を見てとることができた。一方は、「不能」概念は不明確であるという批判的な視点から、「不能」概念を放棄し、新たな基準を定立しようとする立場である。もう一方は、「不能」概念は、なお債務者を給付義務から解放する原因としての機能を有していると肯定的に評価し、「不能」概念を維持しようという立場である。

このような議論の対立のもと、最終的に規定されたドイツ民法二七五条二項は、克服しうる給付障害ではあるが、債務関係に照らして、債務者とその障害を克服して給付することについて要求される費用が、給付について有している債権者の利益に比して著しい不均衡にある場合、債務者に給付を拒絶する権利を付与することとした。比例原則への回帰のもと、権利濫用の思想が根底に存在し、理性ある債権者ならばとうてい履行を請求しえないという場合が想定されていることから、給付義務からの解放が正当化されることとなる。これは、後者の立場のような「不能」概念の把握のもと、規定されたものである。ただ、ドイツ民法二七五条二項は、その文言で、「著しい不均衡」と表現しているが、これは事実的不能のような状況のみを把握しているとされ、一般的には、経済的不能のような状況は把握していないとされている。両事例の限界づけについては、給付についての債権者の利益によって図られることとなる。

このことから、この規定は、原則として給付義務は存続する点、その給付義務から解放されるためには、債務者の抗弁 (Einrede) を必要とする点から、従来の「不能」概念において把握されていた事実的不能とは異なる形式を採用しているということが出来る。この相違が、国際的な動向と親和的に考えていた委員会草案までの見解の名残かどうか、

はたまた、フーバーの「不能」概念の再評価からの産物であるかどうかは定かではない。ただ、立法者の構想、および新規定制定後の議論の前提になっているのは、「契約は守られなければならない」の原則のもと、債務者は約した給付義務を履行しなければならないことであり、あくまでドイツ民法二七五条二項の場合において例外的に給付義務からの解放を認めているということが出来る。事実的不能という表現はされているものの、克服しうる給付障害を想定しており、「不能」とは別の権利濫用という思想のもとで、ドイツ民法二七五条一項のような克服しえない給付障害との棲み分けが図られている点、規定においては「不能」という用語は用いられていない点からも、「不能」概念の一類型として把握されているとはいえないと考えられる。

2. 日本法への示唆

このような「不能」概念の位置づけ、とりわけ、事実的不能の位置づけについてのドイツの議論は、日本における不能の議論についても、重要な視点を提供するものであるといえる。

日本の伝統的な債権法理論においては、債権を「特定の人をして特定の行為をなさしむる権利」と定義することで、債権の定義から、当然に履行請求権を有すると考えられてきた。ただ、給付の実現を請求することが不能になった場合には、この権利を貫徹することが出来なくなる。これが履行不能の場合である。さらに、その「不能」概念の中に、物理的には履行が可能であるにもかかわらず、「社会通念上」、もしくは「取引通念上」、その履行が不能であると評価しうる場合をも把握することで、その範囲を拡大してきた。本来、不能の根底に存在しているのは、「不能なものは履行しえない」という観点であり、債務の対象が滅失してしまった場合のように、物理的に不可能であることであつたが、「不能」概念に把握されている「社会通念上の不能」は、債務者が履行を実現することについて、もはや期

待可能性、要求可能性がないという観点から、政策的に判断されるものであった。そのため、「物理的」に不能であることはさほど重要ではない、さらには、もはや「不能」概念自体が必要ないのではないかという考えが生じたのである。

この点について、ドイツにおいては、「不能」概念に対して批判的な視点から、「不能」概念を放棄し、新たな基準を定立しようとする試みがなされた。その「不能」概念の一類型として包摂されていた事実的不能の類型は、結局は、ドイツ民法二七五条一項において客観的、主観的不能を維持した上で、「債権者の利益と債務者の費用との著しい不均衡」という基準のもと、区別して規定されることとなった。債務法改正の過程では、事実的不能の類型は、一貫して旧ドイツ民法のような広い不能としての把握はされていない。不能における従来の「不能なもの履行しえない」という、物理的に給付しえないような場合を想定しているような不能とは関係がなく、債権者が履行に対して把握している利益と債務者に要求される費用とが著しい不均衡にある場合には、例外的に、債権者が履行請求に固執することが権利濫用に該当するという、不能における従来の考え方とは全く別ものから把握され、位置づけられていることができるのである。

このようなドイツの「不能」概念の再編の議論を参照することによって、日本においても、次のような検討されなければならぬ問題点が浮かび上がってくるといえる。すなわち、「不能」概念を維持するにせよ、しないにせよ、「社会通念上の不能」のような、物理的に給付しえないような場合以外での不能を、どのような考え方をもってして正当化し、位置づけるのかという問題である。このような不能類型は、正当化の根拠についても、債務者に期待可能性がない、要求可能性がないといわれるのみで、明確ではなかった。また、その判断基準についても、社会通念や、債務者に要求される労力、費用、または債権者が履行によっていかなる利益を把握しうるかという内容が考慮されるようであるが、そ

れが債権の効力によってどのように正当化されるかという点については、定かではなかった。²²⁾

この点について、日本における債権法改正の基本方針の提案では、「履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」には、債権者は債務者に履行請求ができないとされている。この提案によれば、履行が合理的に期待できないか否かは、従来用いられてきた社会通念ではなく、明示の合意その他契約の趣旨に照らした内在的な規範を基準として判断されることとなる。まさに、「社会通念上の不能」の類型を、従来のものとは別次元のものであると位置づけることとなるのである。このような構成を採用するのであれば、履行請求を認めるべきではないとの判断について、明示の合意や契約の解釈からの正当化が可能となることから、不能をめぐる問題として把握していた従来の議論から脱却し、不明瞭であった点を克服することができるといえる。

このような構成によれば、履行請求が認められないという判断は、「契約の趣旨に照らして」、もっぱら当事者の意思解釈を基本とした契約の解釈という内在的な規範に照らしてなされることとなる。提案要旨によれば、この「契約の趣旨に照らして」とは、「明示的に契約内容とされているもののほか、契約の目的、性質、対象、当事者の属性、当事者が契約締結に至った事情その他両当事者を取りまく諸事情を考慮に入れて判断する意味である」と解説されている。²³⁾ただ、ここでいう「内在的」な規範について、どこまでの要素を盛り込むことができるのか、はたまた「外在的」な観点が介入しうる余地が一切ないのかは、おおよそ明確ではない。また、「内在的」な規範の中身である当事者の明示の合意や契約の解釈によっても明確な基準が導かれないう場合が問題となるように思われるところ、²⁴⁾より具体的な判断基準の提示が必要となるであろう。その際に、ドイツにおける議論のように、障害は克服しうるが、その克服について、債務関係に照らし、債権者が給付に対して有している利益と比して債務者に要求される費用が著しく不均衡である場合を基準として、履行請求権を排除することを権利濫用の思想によって正当化するというアプローチは、示唆に富む

と考えられる。

3. 残された課題

ただ、この結論については、なお課題が残されている。日本法において、比例原則の具体化である権利濫用の思想が正当化原理として機能し、債権者の給付利益と債務者の出費に着目することによって、履行請求権の限界を画するといふドイツ法のような考え方が、はたして妥当するのにか⁽²⁶⁾について、さらには、このような局面を、「不能」というカテゴリーに包摂するの否かということについて、より日本法の体系に即して検討がなされたうえで、結論が出される必要があるといえる。具体的には、本稿で取り上げた点からいえば、履行請求が認められない場合は、他にどのような場合が把握されるのか⁽²⁶⁾、その場合の履行請求権の帰趨はいかにあるべきか⁽²⁷⁾、経済的不能をはじめ、他の不能とされる類型がどのように把握されるべきか等の点が検討されなければならないであろう。今後、これらの問題について、日本法と外国法とを比較しつつ、検討していくことを予定している。

(1) 日本の伝統的な債権法理論においては、債権とは、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利」であると定義されてきた。そのような理解から、債権者は、債務者に対して履行請求権を有しているとの結論が導かれることとなる。しかしながら、履行不能である場合には、特定の行為をなすことが不可能なのであるから、本来の給付を目的とする請求権、すなわち履行請求権は消滅して、それに代わって債権の内容の変更であり、同一性を有する填補賠償請求権が成立するとされている。この点については、我妻榮『新訂 債権総論』（岩波書店、一九四四年）一四三頁以下、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、一九七一年）一〇四頁以下、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、一九九二年）一四四頁以下等。

(2) 分類上、用語の差異こそはあるものの、社会通念、もしくは取引通念に照らして、債務を履行することが困難であるという場合には、履行不能における「不能」という評価がなされるという考え方に立脚しているといえる。この点については、我妻・前掲注（一）一四三頁、於

保・前掲注(1) 一〇四頁、奥田・前掲注(1) 一四四頁等。

(3) この立場によれば、履行不能等の不履行の態様ではなく、むしろ個々の契約の解釈に応じて導かれる債務の本旨にしがった履行が債務者によってなされているか否かという点を基準として判断されることとなる。すなわち、伝統的な債権法理論のような、債権者の債権が侵害されているか否かではなく、債務者が自ら約した契約に違反しているか否かが重要となる。そのため、用語上にも差異が設けられており、「債務不履行」ではなく、「契約違反」ないし「契約不履行」という用語が用いられている。

なお、近時の契約法学の動向について概観するものとして、小粥太郎「最近の契約法学における一つの傾向について」早稲田法学七一卷一〇一頁(一九九五年)。伝統的な債権法理論と対比させつつ、契約責任に関する中心的な効果(例えば、履行請求権、損害賠償請求権、解除)と関連させ詳細に解説するものとして、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト一三二一八号八七頁(二〇〇六年)、山本豊「契約責任論の新展開(その一)(その三)」法教三四三三〇八頁・三四四二二〇頁・三四五号一一一頁(二〇〇九年)。

また、履行請求権について、伝統的な債権法理論に対して、履行請求権それ自体の内容、および根拠の再検討を試みるものとして、椿寿夫「履行請求権(上)―(下)二」法時六九卷一〇〇頁・二〇三七頁・三〇六八頁・七〇卷一七三頁(一九九七―九八年)。近時の履行請求権の議論の整理として、窪田充見「履行請求権」ジュリスト二二二八号一〇三頁(二〇〇六年)がある。近時の学説のような立場を、実際に立法的な提案に採用するものとしては、能見善久「履行障害」別冊NBL五一号「債権法改正の課題と方向―民法一〇〇周年を契機として」一〇三頁(一九九八年)、同「履行障害」私法六一号一四頁以下(一九九九年)。

(4) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL二二六号一三二、一三三頁(以下、脚注では、『基本方針』として引用。提案条文は、基本方針【三・一・一・五六】)。

(5) この点について、体系的理解への影響を生じること指摘するものとして、渡辺達徳「債務の不履行(履行障害)」法時八一巻一〇号一頁(二〇〇九年)。

(6) すなわち、不能の際には、履行請求権は、当然に排除されるものであるのか、はたまた債務者の抗弁によって、初めて排除されるものであるのかという問題である。本稿では中心的に検討しえないものの、債務の消滅の有無に関して、履行不能(またはその他の事由)によって履行請求権が排除されるとき、履行請求権は法上当然に消滅すると考えるのか、はたまた債務者の抗弁を待って初めて消滅するかについては、議論の余地があるといえる。この点については、潮見佳男『債権総論(第二版)―債権関係・契約規範・履行障害』信山社、二〇〇三年)一五八頁において、問題提起されている。

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一一八（一八七四）

(7) 広中俊雄『星野英一編『民法典の百年Ⅲ 個別的觀察(一)債権編』(有斐閣、一九九八年)二七頁(中田裕康執筆部分)、および、中田裕康「債権総論」(岩波書店、二〇〇八年)一〇三頁。中田教授は、事実としての履行不能は、損害賠償請求権の成否、損害賠償の範囲の画定(特別事情の予見の時期)、損害賠償額の算定の基準時、契約解除の成否、債務の消滅の有無、危険負担など、多様な場面において問題となることを指摘している。

(8) 以下では、便宜上、改正以前のドイツ民法典の規定については、「旧ドイツ民法……条」、改正後のドイツ民法典の規定については、「ドイツ民法……条」と表記することとする。そのため、改正前の叙述内容であり、当時は旧条文ではなかったものであっても、「旧ドイツ民法……条」と表記している。

(9) ドイツ債務法の改正過程における議論を素材とした研究は多岐にわたり、枚挙に暇がない。とりわけ、本稿の検討の対象と関連する、一般給付障害法の議論に関する研究の先行業績としては、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四年)三三九頁以下(初出「ドイツ債務法現代化と日本債権法学の課題」(一)「民商一二四巻三号一頁・一二四巻四〇五号一七一頁(二〇〇一年)」、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における一般給付障害法——債務者の給付義務からのアプローチ——」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版会、二〇〇二年)五五頁所収等。また、不能法再編の議論に関する研究の先行業績として、潮見教授の論文の他、吉政知広「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として——(一)「民商一三〇巻一号三七頁・二巻六六頁(二〇〇四年)」、森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣、二〇〇六年)六五頁等。

(10) 問題の所在においても指摘したように、「不能」概念を、履行請求権との関係のもと触れるものについては、注(9)に挙げた潮見教授、渡辺教授、吉政准教授、森田教授の論稿が存在する。ところが、「不能」概念の位置づけ自体、とりわけ、ドイツ民法二七五条二項における事実的不能それ自体を中心に研究しているものは、まだ存在していない。

(11) 潮見教授は、ドイツ民法二七五条二項が、従来の「社会通念上の不能」の問題について有益な示唆を与えうるものであるという点をすでに指摘している。その論稿として、潮見・前掲注(6)一六〇頁以下、前掲注(9)三六六頁以下等。

(12) 本稿においては、一般的に「社会通念上の不能」とされている局面について、特に焦点をあてることとする。そのため、「不能」概念についての詳述は避けることとしたい。その「不能」概念につき詳細なものとして、古くは、石坂音四郎『日本民法 第三編債権総論上巻』(有斐閣、一九一七年)五二四頁以下、同「解算民法研究下巻」(有斐閣、一九二二年)一二五頁以下。末弘厳太郎「雙務契約不履行不能」(一)「法協三四巻三号一頁・五号四七頁・六号三七頁(一九二一年)」。岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」(有斐閣、一九二一年)一三六頁以下。

勝本正晃『債権総論中』(一)嚴松堂、一九三四年)二九〇頁以下参照。また、不能概念の分類と共に解説するものとして、柚木馨(高木多喜男補訂)『判例債権法総論(補訂版)』(有斐閣、一九七一年)一〇一頁以下を参照。また、その不能概念の変遷を債務不履行の枠組みより歴史的に研究したものととして、北川善太郎『日本法学の歴史と理論(日本評論社、一九六八年)三四頁以下、広中『星野編・前掲注(七)一頁以下参照(中田執筆部分)』。

(13) 一般的に挙げられているものとしては、大判明治三十九年一月二十九日民録一二輯一三五八頁がある。この判決では、目的物である葉煙草が煙草専売法の発布によって取引禁止となった場合は、履行不能であるとしている。

(14) 例えば、柚木『高木・前掲注(11)一〇一頁等』。

(15) 例えば、於保・前掲注(1)一〇四頁以下、奥田・前掲注(1)一四五頁では、法律上の履行不能とは、社会生活における経験法則、もしくは取引の通念にしたがえば、債務者が履行を実現することについて、もはやその期待可能性(Zumutbarkeit)がないことであるとされている。

また、松坂佐一『民法提要 債権総論(第四版)』(有斐閣、一九八四年)七九頁では、「社会通念上の不能」として語られているものの内実が、期待不可能(Nichtzumutbarkeit)であるとされている。

(16) このような二重譲渡の場合の履行不能の判断基準の問題について、林良平(安永正昭補訂)『石田喜久夫』高木多喜男『債権総論(第三版)』(青林書院、一九九六年)一〇一頁(林良平執筆部分)以下では、判例が、当初は一方の買主へ履行し、所有権その他の権利を喪失してもなお、履行不能ではないとしていた(大判明治三十四年三月一三日民録七輯三卷四一頁、大判明治三十四年七月八日民録七輯七卷四一頁等)が、後にこれを履行不能と認めるに至った(大判大正二年五月二日民録一九輯三七頁)ことから、この大正二年判決の立場を一般的命題として、二重売買の結果履行ができなくなった場合は、履行不能となると立言されていることが多いことを指摘する。その上で、実際は、大正二年判決は、二重売買は原則として不能を生じ、これを可能とする特別の証明があって初めて不能を排除していることから、特別な場合においては履行不能とならない場合を認めているということを指摘している。なお、ここでいう特別な場合については、容易に買戻すことができる場合や、すでにその容易なことが判明できるような場合が挙げられている。

(17) 我妻・前掲注(1)一四三頁、於保・前掲注(1)一〇四頁、奥田・前掲注(1)一四四頁等。

なお、林(安永補訂)『石田』高木・前掲注(16)一〇二頁(林執筆部分)は、旧ドイツ民法二七五条二項が主観的不能(Unermöggen)という概念を認め、通常の(客観的)不能(Ummöglichkeit)と同様に扱う旨を規定していることに触れている。それによれば、ドイツでは、

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号

一一九 (一八七五)

(客観的) 不能は、債務の客体の滅失などのような、絶対的不能を称すべきものと把握しており、債務者の主観的事情と関連づけて考えるべきものを、別個のものとして取り扱う傾向にあり、それを同置したのがこの規定である。しかしながら、確かに両概念が区別されるべきであり、一時不能となっても、後に可能となる場合に現実的履行の強制は可能であるのか、例えば二重売買として不能となった後、再びその土地を偶然入手した場合が問題であるという。すなわち、不能と把握することで、填補賠償の請求や、即時に解除権が発生したと扱うべきかどうかの問題なのである。そのような場合には、いったん不能となったとしても、再び可能となり、遅延の法理を適用するのが妥当な場合もあろうし、多少の履行の可能性が残ってもその時点で現実的履行の強制の不可能であるような場合など(二重売買など)には、不能の法理を一応適用していくことの必要性を指摘する。

(18) このような「社会通念上の不能」の類型が登場したことには、次のような経緯がある。ドイツにおいては、後発的不能の領域において、客観的不能と主観的不能が同様の扱いをされていたことから、かつては、主観的不能といえる場合も不能に含めるか否かが争われていた。そこにおいては、客観的不能は、不能の原因が債権の目的たるべき給付そのものに存する場合であり、主観的不能は、不能の原因が債務者の一身に存する場合であるため、質的に異なることから、両者を同様に扱ってよいかという点で、ドイツにおける不能概念の分類とあわせて議論されていた。その後、不能の概念を、社会の取引観念を標準とし、本来の給付内容を目的とする債権を存続させることが不相当と考えられる場合に不能であると解すれば足りるとの見解が登場することによって、客観的不能と主観的不能の議論は下火となっていた。それと同時に、いわゆる「社会通念上の不能」の類型が登場する。

なお、このような客観的不能と主観的不能の区別論を、学説継受期以降から整理・分析するものとして、潮見佳男「日本における客観的不能と主観的不能の区別——学説継受とその遺産」ゲルハルド・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』(日本評論社、二〇〇九年)一九三頁以下がある。

(19) 於保・前掲注(1)一〇五頁においては、不能概念につき、ドイツ普通法の理論以来、自然的(事実的・物理的)不能と法律的不能、原始的不能と後発的不能、主観的不能と客観的不能、一時的不能と継続的(永久的)不能、一部不能と全部不能とに種別されていることが挙げられている。そのうえで、於保博士は、不能概念について、そのように種別することは可能であるとしつつ、このような不能の種別概念を用いることは便宜であると述べている。

(20) 於保・前掲注(1)一〇六頁は、注(19)の内容に続いて、このことを指摘している。そのため、一面においては、区別の基準の中に不履行責任が考慮されてその基準を混乱させることとなり、他面においては、不能概念の種別と不履行責任との要件とが一致しなくなってきた

ているということから、不能の種別については激しく議論がなされてきたという。それを踏まえた上で、於保博士は、不能それ自体の種別と不履行責任とは明確に区別しなければならぬことを述べている。

(21) 於保・前掲注(1) 一〇五頁。

(22) 我妻・前掲注(1) 一四三頁以下、於保・前掲注(1) 一〇四頁以下、奥田・前掲注(1) 一四四頁以下、前田達明『口述債権総論』(成文堂、一九九三年) 一一八頁以下、林(安永補訂) Ⅱ石田 Ⅱ高木・前掲注(16) 一〇一頁。

(23) 柚木(高木補訂)・前掲注(12) 一〇六頁は、判例のいう履行不能の判断基準につき、次のように指摘する。「判例の扱う事案には、ことごとく債務者の責めに帰すべきであり、かつ本来の給付について未練なく、直ちに損害賠償を請求せんとする場合なのであるから、これを不能と解しても具体的事案の解決としては必ずしも失当とはいえない。しかし、債務者に故意・過失なく、または債権者が本来の給付に強い利益を有することができ、主観的不能に際しては、裁判所は処置に窮せざることをうるであろうか。不能をもって物理的観念にあらざして、社会観念なりとするはよい。しかしそれは嚴格に、本来の給付を存続せしむべからずとする域に達したことを必要とするであろう。当事者の金銭的な給付無能力をもって軽々に不能と断ずるがときは社会通念の濫用であり、また特に種類債権の不履行について解決に窮することとなるであろう」。柚木博士が、この指摘において想定している場合は、債務者に故意・過失がない、すなわち帰責事由がない、主観的不能の場合をいうようであるが、債務者に帰責事由があり、主観的不能の場合でなくとも、いわゆる社会通念上不能であるとされる場合一般においても、指摘されてよいのではないかと思われる。

なお、この柚木博士の見解に対して、高木博士は、次のように考えたと述べる。「従来の判例はことごとく買主が本来の給付について未練を残さず損害賠償を請求するものであったから、むしろ、不能概念をゆるやかに解することが、買主にとっては直ちに解除できるのであるから(履行遅滞としての解除であれば催告(筆者注・民法五四一条)を要する)が有利であり、事案の解決としては妥当である。しかし、買主が本来の給付をあくまで望み、あるいは、売主に故意・過失なきとき(稀であろうが)には、移転登記によって、直ちに履行不能となるとする判例の態度は、新たな角度からの再検討を必要とするであろう。もっとも、不動産のように普通目的物に強度の個性が存するようなものについては、第二の買主が特に転売の目的で買受けたような場合を除くと、「相当の努力と多額の金銭的負担」では再入手することが通常困難であり、それ以上の犠牲を売主に強いることは、民法が二重譲渡を有効とし、正当なる範囲内の自由競争を容認している趣旨から考えると妥当でない場合が多いであろうし、又、他人の物の売買との比較衡量についても、ここでは、当初から売主に所有権が存せず、結局他人から所有権を取得するというように努力すること自体が約されているのであり、自己の所有していた物を譲渡することが約されて

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 二二二（一八七八）

いる場合とは同一平面で取扱われることには問題がある。判例・通説は、「特別の事情」あるときには履行不能でないとし、第一の買主に仮登記あるとき、第二の買主から買戻し得る特別の事情あるときを例示しているが（略）、この「特別の事情」の範囲の定め方によって、具體的妥当性ある解決を期待すべきであろう。」

(24) 中田・前掲注(7)一〇三頁では、事実としての不能が問題となる場面においては、判例は、「社会の取引観念」という名のもとに、各問題の性質に照らした規範的判断をおこなってきたといえることとされている。

(25) この点を指摘するものとして、吉政・前掲注(9)八五頁。

(26) この点については、脚注(6)を参照。

(27) ただ、平井宜雄『債権総論(第二版)』(弘文堂、一九九四年)六〇頁は、履行不能に基づく損害賠償においては、責めに帰すべき事由の有無が決定的に重要であるという。すなわち、債務者に帰責事由が存する以上は、広く「債務の本旨」に従った履行に従わざる不履行を要件とする日本民法の下では、履行不能か否かを明らかにすることは、さして重要な意味を有さないこととなる旨を指摘する。

(28) なお、本稿において参照する旧ドイツ民法の規定の訳出については、主として、以下の文献を参考とした。椿寿夫『右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、一九八八年)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年)。

(29) このような、当時のドイツ民法における履行不能と、その効果としての現実的履行の強制の否定、および填補賠償への移行との関連について検討するものとしては、林良平「ドイツ民法二八〇条の履行不能概念」法学論叢六一巻五号(一九五五年)同『近代法における物権と債権の交错 林良平著作選集二』(有信堂高文社、一九八九年)一九一頁以下所収。

(30) 本条における不能(後発的不能)概念が、どのような場面を把握していたかについては、椿『右近・前掲注(28)一〇四頁(床谷文雄執筆部分)』を参照。

(31) この点については、下森定『岡孝編『ドイツ債権法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局、一九九六年)一六頁以下(鹿野菜穂子執筆部分)』を参照。

(32) なお、本文中に挙げた以外にも、旧ドイツ民法二七五条について、以下のような問題が指摘されていた。

①旧ドイツ民法二七五条は、債務者の解放を帰責事由と結びつけているが、本来、債務者は、給付不可能なことについては、その不可能の原因がいかなるものであるかとは関わりなく、債務を負わされるべきではなく、したがって、帰責事由との結びつけは不当である。

②旧ドイツ民法二七五条が、「後発的」不能に限定されているが、債務者は最初から克服できない障害の存在する給付についてもこれを履

行する必要はなく、問題である。確かに、原始的・客観的不能である給付を目的とする契約を無効とする規定が存する（旧ドイツ民法三〇六条）が、この原始的不能のテーゼ自体、問題を孕んでいる。

③旧ドイツ民法二七五条では、その適用範囲が条文上明確には限定されていない。金銭債務にも適用されるようにみえるのは不正確である。なぜならば、資金不足が債務者を免責させないということは、既に現行法において承認された原則であるからである。

(33) なお、ドイツ債務法現代化における議論については、本稿の問題意識に関係する限りで概観にとどめることとし、必要な範囲でのみ第四章において触れることとする。ドイツ債務法現代化の流れについて紹介するものとしては、脚注(9)に挙げた。とりわけ、本稿と近接する問題意識からその流れを紹介するものとしては、潮見・前掲注(9)、吉政・前掲注(9)が詳細である。

(34) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, Band II, 1981, Band III, 1983. なお、本鑑定意見については、多くの文献によって研究がなされている。主として、下森定「能見善久」宮本健蔵「西ドイツにおける債権法改正の動向(上)」「下」ジュリスト七七二頁・七七二頁・七七二頁(一九八二年)、下森定他編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、一九八八年)等。

フーバーの鑑定意見に関するものとして、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見」(上記下森他編、一一一頁以下所収)、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察」——契約上の『給付約束』と『給付結果』、比較法的に見たその法的保護の体系」法学新報九六巻六号一七八頁以下(一九九〇年)。采女博文「給付障害法改正に関するフーバーの提案モデル」鹿兒島大学法学論集二五巻一—二号三九八頁以下(一九九〇年)等がある。

(35) ここでは、原始的不能と後発的不能、客観的不能と主観的不能、責めに帰すべき不能と責めに帰すべからざる不能、全部不能と部分的不能、一時的不能と確定的不能などの分類が例として挙げられている。

(36) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderung im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), a.O. (Fn.34), Band I, S.757f. なお、フーバーによれば、不能概念の機能についても、全く二つの異なるものが認められるという。すなわち、一方で、後発的な、債務者の責めに帰すべからざる不能の際に、債務者を解放するという機能、他方で、不能によって債権者に損害賠償請求への移行を認める機能という、全く関係のない二つの機能である。前者については、責めに帰すべからざる事情によって給付が不能となっていることが問題となっていないのではなく、当該給付障害が契約の趣旨に照らして、債務者の責めに帰

すべきであるか否かが問題となるのであり、債務者の解放を不能と結び付けていることが不適切であると指摘している。そして、後者については、給付が不能であることと、債権者に損害賠償請求を認めるかどうかということは、全く別の問題であるということを指摘している。

- (37) Huber, a.O. (Fn.34), S.757f.; ders., Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S.837ff, 840ff. なお、この点については、フーバーの提案するモデルは、次の通りである。

フーバー提案モデル二七五条

「債務者が、自身の義務を履行しない場合、とりわけ債務者が債務として負担された給付を適時に実現しない、あるいは債務関係の内容によれば債務として負担された態様および方法で実現しない場合、あるいは不作為義務に反した場合、債権者は、履行と自身に発生した損害の賠償を請求することができる。」

- (38) Huber, a.O. (Fn.34), S.758f. なお、その「不履行」が生じた場合には、その効果として、原則として履行請求権、損害賠償請求権が債権者に認められることとなる。ただし、契約の趣旨からして債務者の責めに帰すべからざる給付障害が生じた場合には、債務者は履行責任、損害賠償責任のいずれを負担することもないのである。この点については、Huber, a.O. (Fn.34), S.762; ders., a.O. (Fn.37), S.849.

- (39) 債務法改正委員会草案の提案する規定の訳出については、下森・岡編・前掲注(31)を参考とした。

- (40) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.29ff. (以下では、Abschlussberichtとして引用する)とする。

- (41) すなわち、第三章二(一)において述べたような、不能概念に対する批判である。この点については、Abschlussbericht, a.O. (Fn.40), S.118f. も参照。

- (42) この「義務違反」という用語は、債務法委員会のメンバーであるディードリクセン(Uwe Diederichsen)の提案に基づいたものであり、現行法(債務法改正委員会当時の現行法であり、現在でいえば旧民法)では、「不履行」という用語は、給付が永久的になされないような事例のみを表現するものであったためである。この点については、Uwe Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182, 1982, S.101, 117f.

- (43) KE二八〇条一項

「債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債務者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。義務違反が債務

者の責めに帰されるときは、「この限りではない。」

(44) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn.40), S.29ff.

(45) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn.40), S.120.

(46) なお、「この「債務関係の内容および性質」という概念であるが、行為基礎の喪失の顧慮（KE三〇六条）を決定する基準として用いられようとする」の「期待可能性（Unzumutbarkeit）」の概念とは異なることされる。ここでいう「期待可能性」とは、債務者の人から出発する概念であり、KE二七五条における「債務関係の内容及び性質」は、債務関係から出発する概念である。すなわち、一方では、債務者に期待できないような努力をも債務者に義務付けることもありうることも、他方では、債務者に期待しうるにもかかわらず、上限を引くこともありうるのである。この点については、下森＝岡編・前掲注（31）一八頁〔鹿野執筆部分〕。

(47) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn.40), S.120. なお、損害賠償請求の可否については、債務者の帰責事由の有無のみを問題とすることから、「給付義務の限界」の問題は、損害賠償請求（および、解除）の可否から、全く独立した形で、別個の問題として位置づけられている。すなわち、「給付義務の限界」においては、「債務関係の内容および性質」が判断の基準に据えられており、損害賠償の可否は、債務者の帰責事由の有無が問題となり、全く別の要件に照らして判断されるべき問題として位置づけられていることとなる。このことは、KE二八三条一項に現れている。このことから、委員会草案は、二元的な構成を採用しているということが出来る。

このような構成の根拠は、債務法改正委員会の理解によると、次のようになる。すなわち、前提として、債務者はKE二四一条一項によって給付を実現する義務を負っている。この義務を果たすべく、債務者が履行を行うに際して給付困難に直面した場合、給付義務からの解放の問題と、損害賠償請求の可否の問題が生ずることとなる。これらの問題について、まず、給付義務からの解放については、債務法改正委員会は、給付義務の有無と、給付が不能であることについては、まったく無関係であるという。給付義務は、債務者が給付を提供するためにとどのような義務を負わなければならないかという観点から、債務関係の内容および性質によってそれを確定させることにより、限界が画されることとなる。そのため、帰責事由は、給付義務からの解放については重要でないこととなり、損害賠償責任の際に機能することとなるのである。

KE二八三条一項

「債務者が、債務関係に基づく義務に違反した場合、債権者はそれによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反について責めに帰すべからざる場合は、この限りではない。」

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 二二六 (一八八二)

KE二四一条一項

「債務関係に基づいて、債権者は債務者に対して給付を請求することができる。給付は、不作為もありうる。」

(48) DE二七五条

「債務が金銭債務でない場合、債務者は、債務関係の内容および性質によって義務付けられる努力によって給付を提供することができないとき、その限りで、給付を拒絶することができる。債務者の権利は、二八〇条から二八二条、および二八三条によって定まる。」

(49) そのような批判は、実際は債務法改正委員会草案時から存在したようである。吉政・前掲注(9)、五五頁、六二頁以下では、このような批判について、以下のように推察する。すなわち、委員会草案の提示した給付障害法の体系は、公表された直後から、その根幹部分に対して批判がなされていた。しかしながら、一九九四年のドイツ法曹大会においては、委員会草案を支持する者が多かったという事実もあり、なかなか批判が表面化することがなかったが、委員会の草案が十分な自覚的検討を経て起草されたとはいい難く、このように討議草案の提示後に激しい批判にさらされたという事実は、委員会草案を支持していた者たちも、必ずしも十分に委員会草案を意識した上で積極的に支持していたのではなかったという状況が存在していたことを、間接的に裏付けているという。

(50) 第三章(2)を参照。

(51) この点については、脚注(32)を参照。

(52) Ulrich Huber, *Leistungsstörungen I*, 1999, S.63ff.

(53) Huber, a.a.O. (Fn.52), S.102.

(54) この点については、Huber, a.a.O. (Fn.52), S.64ff.; ders., *Leistungsstörungen II*, 1999, S.781ff. フォーバーによれば、この場合、履行請求を貫徹しえない結果、実態法上の給付請求権が消滅すると把握している。

(55) この点については、Huber, a.a.O. (Fn.52), S.64ff.; ders., a.a.O. (Fn. 54), S.813ff. フォーバーによれば、この場合に債権者の履行請求が権利濫用と評価されるのは、債務者に要求される費用が「期待不可能」であるからではなく、債権者が給付に対して把握している利益に比して「不均衡」であるからである。

(56) Ulrich Huber, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, in: Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S.31, 91f. フォーバーは、同様の視点から、フォーバーは、契約に照らして、責めに帰すべきでない以上は、債務者は給付責任も損害賠償責任も負うことはなく、責めに帰すべきである以上は、債務者は責任を免れることはない主張する。すなわち、契約にお

いて引き受けられた義務と、実際に債務者に課される責任との二元的な構成を主張しているといえる。敷衍すれば、フーバーは、履行責任も、また損害賠償責任も、契約において約束された債権者の利益を実現させるための手段において同一のものであり、不能が債務者の責めに帰すべきでない場合には、責任を免れるとの考えから、両者はいわば「コインの両面」であると表現している。この場面においても、フーバーは、委員会草案のような、履行責任と損害賠償責任とを別の要件で把握するという二元的な把握ではなく、あくまで二元的な把握をしようとしているのである。この点については、Huber, a.a.O. (Fn.52), S.65f.; dens., a.a.O. (Fn.54), S.781ff.

(57) KF二七五条一項

「給付請求権は、それが債務者にとって不能である場合には、その限りで排除される。」

KF二七五条二項

「債務者は、債務関係の内容および信義誠実の原則にてらして、債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担が給付に必要な場合、その限りで給付を拒絶することができる。その際、給付障害に帰責事由が存在するか、債務者が債権者に適切な対価を提供したかどうかも、考慮されるべきである。」

(58) Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Reiner Schulze / Hans Schulze-Nolke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S.43, 44ff.

(59) この点については、注(36)を参照。さらに、カナリスは、フーバーの批判に対して、旧ドイツ民法二七五条は、あくまでも「給付義務の限界」について規定したものであると考え、債務者が契約において引き受けた義務とは別次元であることを説いている。この点については、Canaris, a.a.O. (Fn.58), S.47ff.

(60) なお、KF二七五条一項に規定される、客観的不能、および主観的不能のような場合には、債権者に履行請求権を認めることが無意味であるという事実そのものが、「契約は守られなければならない」という原理をも凌駕する事由となり、履行請求権の排除が正当化される。また、そのような場合には、債務者が履行を実現することが全く不可能であり、債務者に給付を提供するという選択肢が存在しない以上、債務者の給付拒絶権という形で規定をおくのは適切でないとし、法律上当然に給付請求権が認められなくなることを規定したとされる。このようなKF二七五条についての理解、およびドイツ民法二七五条二項についての議論については、第四章において述べる。

(61) ただし、三つ目の判断基準である、債務者の債権者に対する適切な補償の有無という要素に関しては、政府草案以降、規定には含まれていない。その具体的な理由は明らかではないが、吉政・前掲注(9)二六一頁は、カナリス自身が必ずしも条文でこのことを明示しなく

ともよいと考えていたこと、そして、ドイツ民法二七五条の採用する判断枠組みや債務者の帰責事由という基準が引き継がれていることから考えても、討議草案の整理案に対して実質的な変更を加える趣旨の修正ではないと考えているという。

(62) なお、新ドイツ民法の規定の訳出にあたっては、以下の文献を参考とした。岡孝「青野博之」渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法案（民法改正部分）試訳」学習院法学会雑誌三七巻一号二二九頁以下（二〇〇一年）、岡編・前掲注（9）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（成文堂、二〇〇三年）。

(63) すなわち、あくまでドイツ民法二七五条二項が想定しているのは、費用と利益との衡量なのであり、いかに債務者が給付に関して努力する旨を約束したとしても、費用と利益（この場合、特に債務者の費用）の衡量に関係する努力と評価されなければならないこととなる。

(64) 敷衍すれば、この判断基準は、契約当事者が債務関係において債権者の利益の実現を保障していることにかんがみ、原則的には債務者は債権者を、その債務関係に基づいて、約した自身の給付をなすことによって債権者の利益を実現させる義務を負うこととなるところを、例外的に、その債務関係より、債務者の不利益（費用）と債権者の利益との比較衡量の下、債権者の履行請求権を排除することを正当化する、すなわち債務者に給付拒絶を認めるというものである。

(65) BT-Drucks 14/6040, S.131f.

(66) Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. XII. 以下において、カナリスは、上述されたように高く設定された基準に対し、よほどの不均衡が存在しない限りは、債務者は給付義務から解放されることはないということから、実践的というよりは、むしろ教義的なものであることを指摘している。

(67) Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, IZ, 2001, S.499, 501.

(68) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.504f.

(69) BT-Drucks 14/6040, S.130.

(70) この債務者の帰責性の具体的な問題点、およびそれが給付義務からの解放の場合にどのように機能しているのかといった内容は、第四章 2(3)において述べる。

(71) 以下を指摘するところ、Ulrich Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsgrenzung des § 275 Abs.2 BGB neuer Fassung, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S.521, 556ff. 以下パーによれば、例えば、債務者が除去しうるであろう給付障害を、除去による費用がかかることから、除去しようとしないう場合、および、

債務者が給付障害を帰責されるべきである場合などは、あまり考慮されていなかったという。

(72) Huber, aa.O. (Fn.71), S.557.

(73) ドイツ民法二八〇条一項と関連して、ドイツ民法二八一一条二項に基づいて、債権者は損害賠償を請求できることとなる。すなわち、債務者が給付しないことが義務違反であり、債務者が給付を拒絶していること、および債務者に帰責性が存在することから、損害賠償請求が認められる。

ドイツ民法二八〇条一項

「債務者が、債務関係に基づく義務に違反したとき、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。」

ドイツ民法二八一一条二項

「債務者が給付を真に最終的に拒絶するか、両当事者の利益の考量のもと即座の損害賠償請求の行使を正当化する特別な状況が存在するとき、期間の指定は不要である。」

(74) なお、この点に *von Caemmerer, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Art.69 EKG Rn.9.* を参照。

(75) Huber, aa.O. (Fn.71), S.557.

(76) Huber, aa.O. (Fn.71), S.557.

(77) Huber, aa.O. (Fn.71), S.557.

(78) Huber, aa.O. (Fn.71), S.557.

(79) 旧ドイツ民法二五一一条二項

「賠償義務者は、原状回復が過分の費用によつてのみ可能であるときには、債権者に金銭によつて賠償することができる。」

(80) 旧ドイツ民法六三三二条二項

「仕事が前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。この場合には、四七六条 a を準用する。除去が過分の費用を要するときは、請負人は、除去を拒絶することができる。」

旧ドイツ民法六三三二条一項

「請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する適正を消滅または減少させる欠点のないように仕事を完成させる義務を負う。」

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一三〇（一八八六）

旧ドイツ民法四七六条 a

「買主の解除、または減額請求権に代えて、修補請求権を合意した場合には、修補義務を負う売主は、修補のために必要な費用、特に運送費、通行費、労務費用、材料費をも負担しなければならない。買い受けた物を引渡し後に受領者の住所または営業所以外の場所へ移送したことにより費用が増加する場合には、第一文は適用しないが、移送が物の目的にしたがった使用に合致するときは、この限りではない。」

(81) BGHZ 62, 388ff.

(82) BGH NJW 1988, 799f.

(83) なお、*ノッ*に挙げた判決より前にも、この問題は議論されていた。例えば、Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band II, 7 Aufl., 1891, § 264, 2b; Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, S.154ff 等。ヤロプスはこの問題について、「多く用いられる」したがって、最初に彼によって発案されたものではないといえる。海底に沈んだ指輪の事例を示している。

これに対して、フーパーは、このような教室例は、奇怪であり、あまり都合のよいものではないという。すなわち、ドイツ民法二七五条二項において、「不能に等しい」「実質的」もしくは「事実的」不能」というような給付の事例の問題としては、これでは誤解を促すこととなるという。現実においては、このような設例は、全く話になりえないことを指摘している。この点については、Huber, aa.O. (Fn.71), S.538.

(84) この判決の事例については、川角由和「ネガトリア責任と金銭賠償責任との関係について——ドイツにおける判例分析を中心に——」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』（創文社、一九九六年）五三七頁以下、とりわけ五六〇頁以下において、取り上げられている。そのため、本稿においては、詳細については取り上げることせず、本稿の問題意識に関連する範囲でのみ取り上げることとする。ただ、川角教授はドイツにおける物権法のネガトリア責任と債権法上の損害賠償との関係についてを主たる観点として分析している。また、川角由和「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点——「権利重畳」説の意義——」龍谷法学四〇巻四号一〇一頁（二〇〇八年）において、この判例が、物権法上の妨害排除請求権と「金銭賠償」との関係についての解釈論上の問題として取り上げられている。

(85) なお、その持分権には、当該土地の上に独立して建設される居住用建物の特別所有権が結び付けられていた。

(86) ドイツ民法一〇〇四条一項

「所有権が、占有の侵害、あるいは留置以外の方法で侵害されたときには、所有者は妨害者に対してその妨害を排除するよう請求することができる。引き続き侵害されるおそれがあるときは、その侵害行為の差止めを請求することができる。」

ドイツ民法一〇〇四条二項

「所有者が認容する義務を負う場合には、前項の請求をすることができない。」

- (87) 具体的には、被告に対する原告の妨害排除請求が、不均衡である、もしくは被告に正当に要求されない費用と結び付けられるかどうかという点の解明について、控訴審裁判所に差戻した。そして、BGHは、このような点の解明にあたって、被告が、当該駐車場を設置することが原告との契約違反であると認識していたこと、また、この駐車場の設置は、地下駐車場の場合とは異なり、被告がもはや土地の所有者ではなくなったにもかかわらず、設置されたことが、とりわけ考慮されなければならないことを指摘している。

- (88) ドイツ民法六六七条

「受任者は、委任を執行するために受け取ったもの、および事務を処理することによって取得したものを、すべて委任者に引渡す義務を負ふ。」

- (89) BGH NJW 1988, 799, 800
(90) BGHZ 62, 388, 394
(91) なお、OLGはその限りで訴えを棄却している。
(92) BGHZ 62, 388, 393f.
(93) BGHZ 62, 388, 393f.
(94) BGHZ 62, 388, 393f.
(95) BGHZ 62, 388, 393f.
(96) 下の点について分析する場合は、Markus Finn, *Erfüllungspflicht und Leistungshindernis*, 2007, S.196f.
(97) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502.
(98) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502.
(99) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502.
(100) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502.
(101) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502.
(102) Canaris, aa.O. (Fn 67), S.502. この点については、第四章二(二)においても記述する。

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一三二(一八八)

(103) すなわち、ドイツ民法二五三条は、「財産的損害ではない損害については、法律により定められている場合に限り、金銭による賠償を請求することができる」と規定しているため、ドイツ民法二五三条の場合は例外となる。

(104) なお、この旧ドイツ民法六三三条二項の規定は、ドイツ民法六三五条三項の内容となっている。

ドイツ民法六三五条三項

「請負人は、二七五条一項および三項にかかわらず、追履行が不相当な費用によってのみ可能な場合は、それを拒絶することができる。」

(105) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.502

(106) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.502

(107) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.502

(108) Huber, a.O. (Fn.71), S.544f., 560f.

(109) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.502. なお、ドイツ民法二七五条四項によって、ドイツ民法二七五条二項による債務者の給付義務からの解放は、常に債権者の現物履行請求にのみ関係していることとなり、不履行による損害賠償請求権(ドイツ民法二八三条、もしくは三二一条二項に見られる)には触れられていないということが明確になったといえる。この点を指摘するものとして Huber, a.O. (Fn.71), S.559, 561. しかしながら、このような理解に対して、一方では「一般的な法思想」に、そして他方ではドイツ民法二七五条二項に根拠に存在している基礎的な状況が、単に部分的に類似しうるのみであることを指摘する見解も存在する。すなわち、債務者は、第一次的な給付義務から解放されるような事例については、債権者が第二次的な請求(損害賠償請求が想定されていると考えられる)へと移行することが加わる。それに対して、債務者が第一次的義務から解放されるような事例について、債務者が(後発的な)給付障害を帰責されずともよい、もしくは契約当初からの給付障害が、契約締結の際に、知らなかった、またはこれに関する不知を帰責されずともよいために、第二次的な損害賠償責任が排除されるとすれば、根本的に異なる規定の問題性が加わることとなる。そこに存在する問題性は、「一般的な法思想」とは、もしくは権利濫用とは関係がないものである。したがって、別の扱いを必要とするというものである。この点を指摘するものとして Finn, a.O. (Fn.96), S.237.

(110) BT-Drucks 14/6040, S.129f. これに対して、このような状況については、ドイツ民法二七五条一項の領域内で処理されるべきであるとする見解も存在する。これについては、Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 275, Rn.19/Lowisch, § 283, Rn.21/Otto.

(111) 例えば、メディアクスは、そのような事例を、「現代の技術は、沈没した船舶を引き上げることや、山を動かすことが可能である。さらに、

このような現代の技術は、月にまで達し、再び戻ってくることまで可能である。それによって、かつては(物理的に)不能であるように考えられていた給付は、「可能とされる」事例であると説明する。この点については、Dieter Medicus, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., Rn.369f.

また、リーブは、そのような事例を、より具体的に、債務者が給付義務を負っている指輪を、ヘルゴランド島に到着する前に、うっかりと海へと落としてしまったという事例であると説明している。これについては、Dauner-Lieb / Heidel / Ring (Hrsg.), *Anwalt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §275, Rn.38 / Dauner-Lieb.

(112) Canaris, a.a.O. (Fn.67), S.505. この点については、本文第四章 1(3)においても述べた。

(113) BT-Drucks 14 / 6040, S.129.

(114) BT-Drucks 14 / 6040, S.130.

(115) Dauner-Lieb / Heidel / Lepa / Ring (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht*, S.103 / Dauner-Lieb. この点については、第四章 1(3)においても記述す⁹⁶。

(116) Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., § 275, Rn.69 / Ernst; Werner G. Elp, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, S.51; Dörner / Staudinger, *Schuldrechts-modernisierung*, 2002, S.32f.等。

(117) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.69.

(118) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.69. すなわち、債務関係の内容や、信義誠実の要請に関しては、あらゆる点で考慮されるということが採用されているわけではなく、むしろ、債務者が負わされることとなる給付費用について、現実の履行における債権者の利益、もしくは具体的な事例においてさらに加わる関係について、有益となるということとなる。そのため、現実の履行における費用、もしくは債権者の利益と関係づけられないような状況においては、そのような考慮はされないこととなる。なお、債務者に給付障害が帰責されるべきか否かという状況(ドイツ民法二七五条二項二文)も、二項に基づいて条件づけられている相当性であり、それは費用と利益の衡量それ自体にはなじまないが、給付についての費用と利益の考慮に入れられるべきである(条文中の「考慮されるべきである」から導かれるものと思われる)。このような観点からは、現実の履行において、給付費用、もしくは債権者の利益と関係づけられないような状況は、考慮されないこととなる。したがって、ドイツ民法二七五条二項には、現実執行についての一般的な過当な要求の規定(*allgemeine Unzumutbarkeitsregelung für die Naturalvollstreckung,いわゆるドイツ民法二七五条三項のような場合*)は含まれていないこととなる⁹⁷。

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一三四 (一八九〇)

- (119) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.69; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 66. Aufl., 2007, § 275, Rn.28 / Heinrichs (120) の点については、第三章 c、および第四章 2(1)を参照。
- (121) Damer-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn. 44. しかしながら、リープは、終局的には、——とりわけ、債務者に帰責性のない給付障害の事例において——ドイツ民法二七五条二項において挙げられている「債務関係の内容」が最も重要な基準としてより焦点を合わせられるべきであり、したがって、「考量に代わる解釈」がむしろ問題となることを強調する。このような債務関係の内容を重要視する見解については、Rn.41 参照。また、債務関係の内容については、第四章 2(4)および(5)においても述べる。
- (122) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.77. 例えば、債務者が単に努力のみを約束したとすると、その義務を負う内容は努力においてのみ存在しつづるものとなる。ただ、あくまでドイツ民法二七五条二項が想定しているのは、費用と利益との衡量なのであるから、いかに債務者が給付に関して努力する旨を約束したとしても、費用と利益（この場合、特に債務者の費用）の衡量に關係する努力と評価されなければならないこととなる。
- (123) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.77.
- (124) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78.
- (125) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28.
- (126) Damer-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.103. その例として、リープは、郵便切手が給付目的物であり、それを引渡すことで、買主の切手の収集を完成させるような場合を挙げている。そのような場合には、精神的な動機もまた、債権者（買主）の利益として考慮されるという。この点については、ders., a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.43.も参照。その他、同様の見解のものとして、Janerig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12.Aufl., 2007, § 275, Rn.25 / Stadler, Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 11.Aufl., 2004, § 275, Rn.25 / H. P. Westermann; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28; Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.80.等。
- なお、フーバーも同様に、債務者が例外的に現物履行を拒絶する権利を付与された場合、債務者はドイツ民法二八三条もしくは三一一条二項によって、不履行による損害賠償の責任を負う（ドイツ民法二七五条四項に明示されている）が、この場合には、給付障害の除去が惹起するであろう著しく不均衡な費用ではなく、給付によって債権者が有する価値のみが補償されるべきであるという。そのうえで、債務者の要する費用について、均衡および不均衡を限界つける場合に、債務者が帰責されなければならない、もしくは、給付障害を最初から知っていた、または知っていなければならなかった事例では、債権者の非物質的利益、および、物質的な損害の算定（評価）の困難も考慮さ

れるべきであるという。なぜならば、給付障害を帰責されなければならない、もしくは、給付障害を最初から知っていた、または知っていなければならないがなかった債務者は、損害賠償の提供によって、自身の現物給付義務から解放される正当性はないからである。このような場合には、債務者は、債権者の権利濫用的な履行の請求から保護されるのみであることとなる。この点については、Huber, a.O. (Fn.71), S.566f.

(127) Huber, a.O. (Fn.71), S.561.; Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.79.; Heinrichs, a.O. (Fn.119), § 276, Rn.28.等。ドイツ民法二七五条二項の立法態度としては、第四章1で紹介した、債務者が給付障害を帰責されるべきであった事例の判決を引用している。この点については、BT-Drucks 14 / 6040, S.131.

ただし、とりわけ売買契約法の瑕疵担保責任、請負契約法における瑕疵修補義務のような、結果に関係する義務の際には、給付に代わる損害賠償の額を越えうるものとすることが指摘されている。この議論は、第四章二四において、とくに売買契約の瑕疵担保についての議論に若干ではあるが触れることとする。

(128) Dauner-Lieb, a.O. (Fn.111), § 275, Rn.43.もともと、債権者が、給付請求権を喪失する際に、損害賠償請求の要件も満たすような場合（ドイツ民法二八三条）、現物履行についての給付利益は変わらないという。そうでなければ、障害を帰責されるべき債務者の解放の基準が、その限りで、帰責されるべきではない債務者よりも低いものとなるからである。この点については、BT-Drucks 14 / 6040, S.130.; Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.81.

(129) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78.; Heinrichs, a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28.

(130) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78.

(131) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78.

(132) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.78.

(133) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.70.; Heinrichs, a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28. この文は、立法者によって、不均衡が、“impossibulum nulla est obligatio (何人も不能により義務づけられない)”と云う命題をもつて「著しい不均衡」という概念が設けられたため、この概念が不能類似的範囲にまで達しなければならなかったことに由来するとされる。なお、“impossibulum nulla est obligatio”の命題については、磯村哲「Impossibulum nulla obligatio 原則の形式とその批判理論——その一、獨民法の「原始的不能」の學說史的背景——」『石田文次郎先生古稀記念論文集』(有斐閣、一九六二年)三九七頁以下を参照。

- (134) BT-Drucks 14 / 6040, S.131.
- (135) 々の点(2) (5) には、Canaris, a.O. (Fn.66), S.XII.
- (136) 々の点(2) (5) には、Canaris, a.O. (Fn.67), S.501. 第三章三においても述べた。
- (137) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.89. すなわち、理性ある債権者ならば給付障害の除去を決して期待しえないような事例について、ドイツ民法二七五条二項は把握しているのである。そのような把握のもとで、費用と利益の衡量を指示していることから、ドイツ民法二七五条二項の要件は、債務者の費用が債権者の利益を上回る場合に与えられていることになる。
- (138) すなわち、債権者は、自身の請求権に基づいて現物履行を請求することができ、このことは、義務付けられた給付の結果が不経済として現れる際にも、普遍に存在する。(137)でいう明らかに無益である程度に達しない場合、すなわち単なる不均衡のみである場合には、債権者を害してまで、債務者が給付を拒絶することを正当化することはないという考えに由来している。この点については、Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.90.
- (139) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.90ff. その際、債務者は、債権者と現物給付の経済性(有利性)について争うこととなる。債務者の給付から得られる利益につき、価値の高い場合にも、(とりわけ) 価値の低い場合にも、債権者は、自身の現物履行請求権を貫徹しうることに依拠することとなる。なお、エルンストは、経済的な考慮から、外国(とりわけ英米法領域)における制限的な要件のもとで履行請求権を債権者に認める場合についても言及しているが、ドイツにおいてはこのような現物履行請求の原則に由来すべきである旨を述べる。このことについては、Rn.93.
- (140) Ernst, a.O. (Fn.116), § 275, Rn.90 々の点(1) について、エルンストは、以下のように述べる。ドイツ民法二七五条二項における不均衡について、確かに、ホモ・エコノミクス(経済人) は、約したたとりの給付結果を実現するにあたって、費用が利益をわずかに越えるのみである場合には、問題としない。債権者の請求権は、法秩序に基づいて、第一に現物履行に向けられていることが重要であり、債権者は、自身の請求権に基づいて、現物履行を何らの問題もなく請求しうる。この権利は、債務者に義務づけられた給付の結果が「不経済」として現れる際にも存在する。すなわち、債権者は、自身の現物履行請求権を、現物履行によって経済的な創造が生み出されることによらずに正当化しなければならず、同様に、債務者も、債権者の現物履行請求権に対して、それに固執することは不経済であるといつて反論することができない。それは、現物履行の権利は、法秩序において請求権に付与されたものであるからである。よつて、債務者が現物履行を単に不経済であるといふことのみで拒絶しうることはない。ドイツ民法二七五条二項においては、そのような経済性に關係するものではなく、むしろ、

現物給付の調達がまったく不可能であることが必要である。すなわち、給付の調達は、費用にかんがみて、明らかに、および高い程度において実益がないというようなものである。このことから、明らかに実益がない程度に達しない場合、すなわち不均衡、または不経済のみでは、給付義務からの解放が正当化されないこととなる。なお、経済的不能との限界の問題については、第四章3を参照。

(141) ドイツ民法二七六条一項

「債務者は、厳格化された責任、または軽減された責任が定められてもならず、とりわけ保証または調達上の危険の引受けに基づく債務関係その他の内容から推測されもしないとき、故意および過失について責任を負わなければならない。八二七条および八二八条の諸規定は、準用される。」

ドイツ民法二七六条二項

「取引で必要な注意を払わない者は、過失で行為する。」

ドイツ民法二七六条三項

「故意に基づく責任については、債務者をあらかじめ免除することはできない。」

(142) BFDrucks 14 / 6040, S.131.

(143) すなわち、一方で、障害について責任を負わなければならない債務者においては、より厳格な要求をされるべきで、他方で、責任を負わ

なくともよい債務者においては、その要求は軽減されるというように、帰責性に応じてその解放基準が左右されるということとなる。この点については、BFDrucks 14 / 6040, S.131.

(144) Huber, a.a.O. (Fn.71), S.521f.; Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.72f. また、この対立点については、第四章2(5)にて述べる。

(145) Claus-Wilhelm Canaris, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs.2 BGB beim Stückkauf, JZ, 2004, S.214, 223.

(146) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.102.

(147) このことから、ドイツ民法二七五条二項にいうところの不均衡は、明らかに、ドイツ民法一三八条の程度にまで達さなければならぬと主張することを必要とするものと比べ、H. P. Westermann, a.O. (Fn.126), § 275, Rn.24等。

これに対して、この問題とされるのは、個々の事例における具体的な比較衡量であることから、具体的な不均衡の程度、割合については挙げるのが不可能であると主張するものと比べ、Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.89.

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一三八（一八九四）

ドイツ民法一三八条一項

「善良な風俗に違反する法律行為は、無効である。」

ドイツ民法一三八条二項

「とりわけ、ある者が他人の急迫、無経験、判断能力の欠如、または意思の重大な薄弱に乗じて、自ら、または第三者に、給付と際立って不均衡にある財産的に有利な給付について約束または保証させる法律行為は、無効である。」

(148) ドイツ民法四三七条

「目的物に瑕疵がある場合には、次の各号の要件が存在し、かつ別段の定めがないときは、買主は、

一 四三九条にしたがって完全履行を請求し、

二 四四〇条、三三三条および三二六条五項にしたがって契約を解除、または四四一条にしたがって代金を減額し、

三 四四〇条、二八〇条、二八一一条、二八三条および三一一条aにしたがって損害賠償を請求し、または二八四条にしたがって無駄に

なつた費用の賠償を請求することができる。」

(149) ドイツ民法四三九条一項

「買主は、完全履行として、その選択にしたがって、瑕疵の修補、または瑕疵のない代物給付を請求することができる。」

ドイツ民法四三九条二項

「売主は、完全履行の必要費、特に、運送、交通、労務および材料の費用を負担しなければならない。」

ドイツ民法四三九条三項

「売主は、買主が選択した種類の完全履行が不相当な費用でのみ可能であるときは、二七五条二項および三項の規定にかかわらず、これを拒絶することができる。この場合においては、特に、瑕疵のない目的物の価値、瑕疵の重要性および買主の著しい不利益なしに他方の完全履行を請求することができるかの問題が考慮されなければならない。」

ドイツ民法四三九条四項

「売主が完全履行のために瑕疵のない給付をなすときは、売主は、買主から三四六条から三四八条までの規定により瑕疵ある目的物の返還を請求することができる。」

(150) なお、本稿においては、ドイツ民法二七五条二項と関連する範囲でのみ、この議論を参照することとする。ドイツ債務法改正における特

定物売買についての議論について詳細に紹介、検討するものとしては、今西康人「ドイツにおける売主の瑕疵担保責任の改正問題——債権法の現代化に関する法律の検討草案について——」関西大学法学論集五二巻四一五号八五頁（二〇〇一年）、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判タ一一一六号二二頁（二〇〇三年）、田中志津子「ドイツ民法売買契約法における瑕疵担保責任」明治大学大学院法学研究科法学研究論集一八号三九頁（二〇〇三年）、石崎泰雄「ドイツ新民法における瑕疵担保責任の統合理論」駿河台法学一七巻一四七頁（二〇〇三年）、田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商一三三巻一頁（二〇〇五年）、田中志津子「売買契約において瑕疵ある物が給付された場合の救済手段——ドイツ民法における追完請求権と解除権の関係を中心に——」伊藤進教授古稀記念論文集『現代私法学の課題』（第一法規、二〇〇七年）等がある。

(151) Bf-Drucks 14 / 6040, S.230.

(152) Claus-Wilhelm Canaris, Die Nacherfüllung durch Leistung einer Mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ, 2003, S.831ff. また「裁判例において、このことは認められているところである。この点については、OLG Braunschweig, NW 2003, 1053を参照。事実の概要は、以下の通りである。原告（買主）は、被告（売主）から、走行距離一〇キロメートルの乗用車一台を検分の上、購入し、代金を支払い、車両の引渡しを受けた。その車両は、ABS、四エアバック搭載車として売り出されていたが、実際にはABSの装置は搭載されておらず、エアバックも二つしか搭載されていなかった。原告は、まず裁判外で、完全履行を請求したが、被告はこれに応じないうえに、裁判外で、代金の返還と引き換えに引渡した車両を返還するか、もしくは支払済み代金に追加して金銭を支払うよう求めた。原告はこれに応じず、車両の返還と引き換えに完全履行（瑕疵のない代物車両の給付）を求めて、訴えを提起した。最初は裁判所の勧告に応じて、裁判所の和解の成立を決定し、被告が原告に七五〇ユーロを支払うことを合意したが、これは原告には完全履行請求権がないという内容のものであった。これに対して原告は即時抗告した。ブラウンシュヴァイク高等裁判所は、その抗告を認め、上記の決定を変更し、被告は、ドイツ民法四三九条一項前段に基づく完全履行請求権を拒絶できないとした。ブラウンシュヴァイク高等裁判所によれば、ドイツ新債務法の特定物売買において、目的物以外の給付は、売主の義務の範囲に入らないため、代物給付による完全履行はありえないことから、種類物債務と特定物債務の区別は重要であるという主張は、新売買法の趣旨に反するため、採用しえないという。それは、瑕疵のない給付義務（ドイツ民法四三三条一項後段、それについての完全履行請求権（ドイツ民法四三九条一項）を立法法によって導入したことが、瑕疵のない何らかの物を給付することによって、売主は買主の利益を実現しなければならないという考え方に基づいているためであるという。したがって、このような給付義務の不能が生じるとすれば、給付すべき瑕疵のない何らかの物を、売主が調達することができないときに限られるとした。この裁判例の事実の概要、判

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一四〇（一八九六）

断を紹介、分析するものとして、田中宏治・前掲注(150)二二頁以下。

(153) このことは、多くの文献が指摘しているところである。その中で、H. P. Westermann, a.a.O. (Fn.126), § 439, Rn.11; Thomas Ackermann,

Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ, 2002, S.378, 379, を参照。

(154) すなわち、特定物売買の際にも、種類物売買と同様の範囲において修補請求が行使されうるとすることは、正当ではないと考えられること由来している。その修補請求の行使しうる範囲については、そもそも、ドイツ民法四三九条三項一文においては、売主は、追履行が「不相当な (unverhältnismäßig) 費用」をもってしてのみ可能となる場合には、これを拒絶することができる旨を規定しているが、このような制限は、旧ドイツ民法四八〇条一項の代物提供義務 (Ersatzlieferungspflicht) にあたるとして予定されていたわけではない。しかしながら、新たに組み込まれた、このような関係性によって制限することは、修補によって提供された目的物の欠陥を除去することが、売主にとって可能であり、費用的にも都合のよいものであるという場合にのみ、実質的な意義を有することとなる。そのような場合でなければ、買主には、唯一の選択肢である賠償請求をするほかないということとなる。その限りでは、部分的に、ドイツ民法四三九条三項についての修補費用は一定の範囲で制限されるということとなる。この内容を詳細に紹介するものとして、Huber, a.a.O. (Fn.71), S.533ff.なお、この修補費用については、目的物の価値の一五〇パーセント、瑕疵の負担の二〇〇パーセントによって制限されるといったように、具体的に示されていない。Bitter / Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZfP, 2001, S.2114, 2121; Bamberger / Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, 32439, Rn.46. / Faust.

ただし、この見解は、ドイツ民法四三九条三項が、売主の負担しなければならない費用の極度額について、ドイツ民法二七五条よりも低い基準を設定しており、このことから、ドイツ民法二七五条は全く必要ではないということを採用することに基づくものではない。この点を指摘するものとして、Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.49; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.26.

旧ドイツ民法四八〇条一項

「種類のみで定まる物の売主は、解除、または減額に代えて、瑕疵ある物の代わりに瑕疵のない物の給付を請求することができる。……」

(155) Huber, a.a.O. (Fn.71), S.539ff; Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.50.

(156) Huber, a.a.O. (Fn.71), S.546; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28.

(157) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.50.

(158) Ackermann, a.a.O. (Fn.153), S.382f.

- (159) Huber a.a.O. (Fn.71), S.561ff; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.28.
- (160) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.51.
- (161) Huber a.a.O. (Fn.71), S.561f.
- (162) Huber a.a.O. (Fn.71), S.561f. 双務契約の例として、フリーバーは、製造のリスクが帰せられる請負契約の場合を挙げている。債務者（請負人）は、必要な費用が請負の報酬を越える場合にも、製造のリスクの範囲において、予期しえない障害の克服について、および過失のない製造品の欠陥の修復について義務づけられている。このことも、本文中に挙げているような調達リスクを負う場合と同様、行為基礎の喪失の抗弁のみが、その限界を画するという。それに加えて、仕事に瑕疵がある場合には、ドイツ民法六三五条三項の限界が該当する。その際、必要な考量には、過失が欠けていることも機能している。それは、すでに従来旧ドイツ民法六三四条二項三文の範囲における考量において機能していたとらう。
- (163) なお、この中で想定されているのは、市場に関する種類物売買、製品に関する種類物売買、在庫品に関する種類物売買など、種類物売買の様々な場面である。
- (164) Huber a.a.O. (Fn.71), S.561f.
- (165) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.87.
- (166) Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.87.
- (167) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.41. このような考えが、その他の文献においてはしばしば考慮されていないことを、リーブは指摘する。そのうえで、給付義務の限界は、ドイツ民法二七五条の二項の意味における債務関係の内容によってのみ画されることを強調する。
- (168) Canaris, a.a.O. (Fn.67), S.499, 502. カナリスは、暗にこのことを指摘している。
- (169) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.41.
- (170) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.41. このようなくとから、リーブは、ドイツ民法二七五条二項において問題となりうる、給付義務からの解放の際に考慮される要素として、「信義誠実の要請」や、「債務者の帰責性の有無」よりも、この「債務関係の内容」が強調されるべきであり、これのみから、給付義務の解放が生じるという。例えば、債務者が、その限りでドイツ民法二七六条においても決定的であることとなる「債務関係の内容」に基づいて、調達義務を引き受けた場合には、その限りで、債務者の給付義務からの解放につき課される厳しい基準は、帰責性、および、それによってまさにドイツ民法二七六条に焦点を合わせられたドイツ民法二七五条二項二文によって、少ない

くとも基礎が置かれるべきであることとなるのである。このことから、給付が市場取引に関係しているような行為(とりわけ、種類物債務)の際には、ドイツ民法二七五条二項による解放は、典型的な調達障害の克服のみが問題となる限りでは、原則的には考慮されない。ひるがえって、調達義務の際には、給付義務の限界は、「債務関係の内容」から生じることとなるのである。債務者の調達義務の引受けについては、Rn.45.

また、エルンストも、この「債務関係の内容」がドイツ民法二七五条二項一文において明文をもって規定されていることに基づいて、とりわけ債務関係の内容が考慮されるべきである旨を述べる。このことは、契約を抛りどころとする債務関係の場合に、特別な意義を有していることとなるのである。すなわち、この場合には、まずは債務者自身が義務づけられていた努力を重んじるようになることとなり、債務者が、給付約束によって同時に一定の費用を引き受けた場合には、この費用は、債権者の利益と比較すれば、実際には著しく不均衡であるということに依拠しえなくなる。そのことから、債務者自身によって引き受けられた費用までは、著しい不均衡を受け入れることが最初から排除されるという結果が生じることとなる。その際に、債務者が、最初から確実に一定の費用を引き受けただのであるが、費用のリスクをも引き受けただのである。費用のリスクを引き受けることが、債務関係の内容の一部である場合、起こりうる債権者側の給付利益との不均衡を抛りどころとしえないこととなり、債務者は引き受けられたリスクの範囲において上昇した費用も提供しなければならないこととなる。そのような観点から、エルンストは、信義誠実の要請については、おそらくあまり必要ではないであろうし、これ以外の具体的な規範の内容を明らかにするものではないという。ただ、給付に要する費用と債権者の利益に著しい不均衡が存在するという状況が、債権者を介して引き起こされたというような場合は別であるという。この点については、Ernst, a.O. (Fn.16), § 275, Rn.87f.

なお、このような費用のリスクは、経済的不能との限界の問題とも深く関連するものであると、える。この点については、後述の第四章三を参照。

(171) Damer-Jeh, a.O. (Fn.11), § 275, Rn.41.

(172) とりわけ、Edward Picken, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ, 2003, S.1035f. が、鋭い批判をなしている。ピッカーは、ドイツ民法二七五条二項、および三二三条に基づく、偶然に生じた給付障害の際の債務者の義務について、新債務法の規定は、契約によって選択された自律的な危険の配分を排除しているという。ドイツ民法二七五条二項の規定は、債務者に帰責されるべきではない給付障害の際にも、債務者に過剰な費用を調達するその克服の義務を負わせることとなり、当事者の意思および規律を無視していると指摘している。なお、エドゥアルト・ピッカー(中田邦博訳)「債務法改正、差別禁止(平等化)法と私的自治——ドイツにおける民法の変遷」川角由和・中田邦博・潮

見佳男・松岡久和編『ヨーロッパ私法の展開と課題』(日本評論社、二〇〇八年) 三八一頁以下(初出は二〇〇六年)も参照。

- (173) すなわち、旧ドイツ民法二七五条二項における主観的不能の概念を広く解釈するかつての解釈への依拠、およびK E二七五条とD E二七五条の立法構想への回帰のもとで主張されている。この点については、Pickert, a.a.O. (Fn.172), S.1035ff. また、ヴィルヘルムは、ドイツ民法四七四条の適用範囲外では、ドイツ民法二七五条が任意であることについて疑いは存在しなかつた。この点については、Jan Wilhelm, Einrede des Verkäufers gegen die Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 2, § 439 BGB bei nachträglichem Verlust oder Beschädigung der Kaufsache, DB, 2004, S.1599, 1600.

- (174) Ulrich Huber, Zur Auslegung des § 275 BGB, in: Festschrift für Hans Friedhelm Gaur zum 70. Geburtstag, 1997, S.217ff. Pickert, a.a.O. (Fn.172), S.1035ff.; Wilhelm, a.a.O. (Fn.173), S.1599.

- (175) Canaris, a.a.O. (Fn.145), S.214ff. 上述した「債務者の「活動領域」の考えと関連するものである。カナリスによれば、判例および支配的な学説は、単なる給付障害を、客観的不能と同列においたのではなく、主観的不能を個別の債務の際にもまた原則的に採用するのみであった。それは、債務者が、給付目的物の調達、もしくは再調達が不可能な場合である。もともと、その場合に、債務者に対して期待すべき費用についての範囲、とりわけ、必要とあれば第三者に対してなすべき金銭の支払いについての範囲が明確ではなかった。このために、ドイツ民法二七五条二項は、今となつては、ある程度明確な基本的な評価を含んでいる。それは、基準点としての規定が、債務者の負担ではなく、もっぱら債権者の利益のみで決まり、そのうえ、債権者と債務者の利益の間に「著しい不均衡」を要することによってである。したがって、債務者への要求可能性が根拠とされるべきなのではなく、厳密には逆に、債権者の履行の要求の濫用性が根拠とされるべきである。それによつて、讓渡履行(特定履行)請求の効果は、強められることとなる。また、特定物売買については、主たる義務の結果の相対性を強調される。売主は、讓渡、引渡し、およびそれが瑕疵のないことをもたらす義務を負い、目的の達成についての努力のみを負うわけではなく、単なる義務の履行の障害それ自体は、原則的に——ドイツ民法三二三条の介入を留保して——解放されることはない。債務者の履行義務の理解は、——現在および従来の——ドイツ民法四三三条一項一文の文言がいうところ、十分に説得力のある根拠によつて認められる。すでに、契約および法的安定の信頼性に基づく取引の要請は、特定物売買の際にも、売主が物の讓渡および引渡しについての必要な注意をもつてして尽力することによつて満足することではなく、むしろ、可能であるかぎりには、売主に原則的に讓渡および引渡しの招來の責任を負わせることによつて満足することである。さらに、この障害は、特定物売買の際にも、通例は売主の「活動領域」に由来しており、売主はこのリスクを、少なくとも抽象的な、しかしながら稀ではない具体的な考察の際に、買主よりもはるかにしっかりと把握するといふことが出てくる。この

ことは、原始的な障害に関して明白である。もちろんのこと、障害を認識しうることが問題となるため、原則的には追加的な障害についても妥当する。なぜならば、障害の発生を妨げることは、購入物の取扱い、例えばその保管、その移送等々を判断する売主は、買主よりも、より早く可能である状況にあるためである。これらの視点から、支配領域については、特別な説得力を有するものであるという。

(176) Canaris, aa.O. (Fn.145), S.214ff.

(177) Canaris, aa.O. (Fn.145), S.216ff.

このようなカナリスの見解に対して、リープは、売主に、売買目的物に瑕疵のある事例においては、過失に左右され修補費用を提供させるが、例えば売買目的物が盗まれてしまった場合に、それを再調達費用に直面して維持するということは、評価が矛盾していると指摘する。この点については Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.111), § 275, Rn.24.

(178) Canaris, aa.O. (Fn.145), S.216ff. カナリスによれば、ドイツ民法四三三条一項二文からの現物履行義務は、四三三条一項二文からの瑕疵のない給付をする義務よりも「弱く」位置づけられてはならないという。そうでなければ、瑕疵の除去についての保証法上の義務に対する重大な崩壊となるからである。このことから、カナリスは、保証法との比較は、一般給付障害法の処理についての「評価の基礎」でなければならぬという。

なお、リープは、この背景には、立法者が、後発的で除去が可能な給付障害の場合には、引渡義務の存続を承認する以外の選択肢をまったく持たなかったということ、そしてそれは、債務者が帰責されなければならないか、帰責されずともよいかということには左右されないことが存在したと指摘する。この点については、Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.111), § 275, Rn.24.を参照。

(179) Wilhelm, aa.O. (Fn.173), S.1604.

(180) BT-Drucks 14/6040, S.129.

(181) 本稿においては、ドイツ民法二七五条二項と関連する範囲でのみ、とりわけ事実的不能と経済的不能という両事例の棲み分けとして機能するとされている「債権者の利益」に着目して検討し、詳細については立ち入らなかつた。とりわけ、ドイツにおける経済的不能の議論については、日本において「事情変更の原則」という領域で検討されてきたということが出来る。この「事情変更の原則」の法理については、勝本博士により日本で紹介され、その後五十嵐教授によってさらに深化され、現在は、再交渉義務といった観点も踏まえて、検討されている。一連の論稿については、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』(有斐閣、一九二六年)、小町谷操三『貨幣価値の変動と契約』(有斐閣、一九二五年)、岩田新『経済事情の変動と債権の効力』(同文館、一九二六年)、五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、一九六九年)(初

出一九六一—一九六七年）、同「事情変更の原則と不当利得——ウイントシャイトの前提論を中心に」谷口知平教授還暦記念論文集『不当利得・事務管理の研究』(有斐閣、一九七二年)八七頁、同「事情変更の原則の再検討」法教八号三七頁(一九七五年)、同「錯誤、行為基礎の喪失、事情変更の原則」奥田昌道ほか編『民法学Ⅰ』(有斐閣、一九七六年)一八五頁、同「契約と事情変更」谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法』(一三)債権』(有斐閣、一九九六年)六三頁等、久保宏之『経済変動と契約理論』(成文堂、一九九二年)。再交渉義務論については、山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生に向けて」(一)『民商』一〇〇巻二頁・三頁五頁・五号八八頁(一九八九年)、同「再交渉義務論について」——交渉理論と契約法理論の交錯』法政研究六三巻一頁。内田貴「現代日本の契約と一般条項」契約の時代——日本社会と契約法』(岩波書店、二〇〇〇年)四三頁、同「プロセスとしての契約」同書八九頁、石川博康「再交渉義務」論の構造とその理論的基礎(一)『法協』一八巻二四八頁、四四〇頁(二〇〇一年)等。

(182) Canaris, aa.O. (Fn.66), S.XIII. すなわち、客観的および主観的不能、原始的および後発的不能、責めに帰すべきおよび責めに帰すべきでない不能、全部および一部不能といったものが把握されることとなったという。なお、ドイツ民法二七五条に本来文言をもってして入れられるべき一時的不能は、その他の規定の適用上問題が生じ、実質的な意義について一貫しないといった理由から、除外されているという。

(183) また、原始的不能と後発的不能との区別が排除されることにより、旧ドイツ民法三〇六条から三〇九条の規定が削除された。それとともに、新たにドイツ民法三一一a条において、債務者がドイツ民法二七五条によって給付義務から解放されるような給付障害が契約締結時に既に存在する場合であっても、それは契約の有効性とは矛盾することはないことを明らかにしている。この点については、BT-Drucks 14/6040, S.164ff.

(184) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.501.

(185) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.501. すなわち、本文中に挙げたような局面において、どのような根拠をもってして債務者を給付義務から解放するかという、「契約は守られなければならない」(pacta sunt servanda)の原則の限界について、明確にさせることであった。

(186) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.501.

(187) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.501.

(188) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.501.

(189) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.XII. なお、カナリスは、このような問題につき、本稿で挙げているドイツ民法二七五条二項だけではなく、三項も同様に問題となることを指摘している。

- (190) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.XII.
(191) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.XII.
(192) Canaris, aa.O. (Fn.67), S.XII.
(193) ドイツ民法三二三条一項

「契約の基礎とされる諸事情が契約締結後に重大に変更し、当事者がその変更を予見していたら、契約を締結しなかったか、他の内容で契約を締結したであろうとき、個別的な事案の全ての諸事情、特に契約上または法律上の危険配分を考慮して当事者の一方に変更されない契約に拘束されることを期待することができない限りで、契約の適合を求めることができる。」

ドイツ民法三二三条二項

「契約の基礎とされる本質的な観念が誤ったものと判明したとき、それは諸事情の変更と同様とする。」

ドイツ民法三二三条三項

「契約の適合が可能ではないか、または契約当事者の一方に期待することができないとき、不利益を被る当事者は、契約を解除することができる。継続的な債務関係については、解除権に代わり、解約権が認められる。」

- (194) Canaris, aa.O. (Fn.66), S.XII. 同様の考えのものとて、Ernst, aa.O. (Fn.116), § 275, Rn.93. エルンストは、ドイツ民法二七五条二項の解釈において、費用は、債務者が調達しなければならぬ反対給付の価値とどのような関係にあるかは、たいした問題ではないということから、とりわけ、種類物売買の際の、調達市場についての価格の高騰は、ドイツ民法二七五条二項の把握する事例ではないということが明らかになるという。すなわち、上昇している価格水準とともに、債権者の給付利益もまた、上昇しているためである。費用と債権者利益は、いわば「平行に」上昇している場合、不均衡は生じないというのである。過度の価格上昇の事例においては、債務者の解放がふさわしいということが意図されているであろう範囲で、なおドイツ民法三二三条にのみ振りどころが求められることになる。

- (195) カナリスは、そのような立場を示した上で、経済的不能や、調達不可能、およびそれに類似するような事例については、事実的不能の把握している領域ではなく、むしろ従来の通説的な見解との調和において、行為基礎の喪失の領域によって処理されるべきであるとする。それは、そのような場合には、優先的に契約の調整 (Vertragsanpassung) の可能性が追求されるべきであり、事実的不能の際に法律効果として認められる、給付請求に対しての抗弁というような構成が適切ではないとされるためであると、法律効果の面においても指摘している。なお、上述のような事例を、行為基礎の領域として把握するか、はたまたドイツ民法二四二条の領域として把握するかは、議論の対象となっ

ている。この点については Canaris, a.O. (Fn.67), S.501.

また、フリーバーも、ほぼ同様に解釈しているといえる。すなわち、ドイツ民法二七五条二項が、判例において旧ドイツ民法二五一条二項や六三三条二項三文の規定および信義誠実の原則の顧慮のもと、「一般的な法思想」を打ち出し、権利濫用の法理を持ち出したことを立法において考慮していたということから、ドイツ民法二七五条二項の規定は、行為基礎の喪失（ドイツ民法三二三条）とは何のかわりもないことが明らかとなるという。フリーバーによれば、確かに、両事例においては、「要求不可能性」が問題となるが、それは完全に異なる意味においてのものである。ドイツ民法二七五条二項においては、債権者に金銭賠償することが債務者にとって比較的明白であるような事例において、現物履行の「要求不可能性」が問題となる。賠償義務は、債務者がドイツ民法二七五条二項の意味において、債務者に帰責されなければならぬ給付障害に依拠する場合には、触れられないままとなる（ドイツ民法二七五条四項）。他方、ドイツ民法三二三条においては、契約に固執することの「要求不可能性」が問題となる。行為基礎の喪失に依拠する債務者は、契約を、それが締結されたように履行しなければならぬことも、また不履行による損害賠償を提供しなければならないこともないという。この点については、Huber, a.O. (Fn.71), S.557f.

ドイツ民法二四二条

「債務者は、取引の慣行を考慮し、信義および誠実が求めるように給付をなすことを義務付けられる。」

ドイツ民法二七五条四項

「債権者の諸権利は、二八〇条、二八三条、ないし二八五条、三一一 a 条、および三二六条によって定められる。」

- (196) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.370.
- (197) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.370.
- (198) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.370.
- (199) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.371.
- (200) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.371. なお、予見可能である給付障害についての前提のものとの例であるため、メデイクスは、この指輪の捜索について、従来の想定されている海底ではなく、池を想定している。また、メデイクスは、より実際に即した例として、橋の建設が、橋柱の基礎の設置が困難であるため、債務者にとって費用がかかるという場合、このことが仕事の報酬にも考慮されるであろうという。
- (201) Medicus, a.O. (Fn.111), Rn.371, 452. ただし、このような行為基礎の喪失の領域で処理される場合には、法的効果としては、契約の適合

性が考慮されるため、完全に債務者が給付義務から解放されることはならない。

- (202) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.100.
- (203) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.100f.
- (204) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101.
- (205) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101. なお、政府草案の理由書の内容については、BfD-Drucks. 14/6040, S.130.
- (206) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101.
- (207) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101.
- (208) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101; Medicus, a.a.O. (Fn.111), Rn.369.
- (209) Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5.Aufl., S.37f.; Medicus, a.a.O. (Fn.111), Rn.369. 例として、エメリッヒは、海底から指輪を探し出すこともしくは、高層ビルの下から貨幣埋蔵物を掘り出すことを挙げている。
- (210) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101. また、リップは、ドイツ民法二七五条三項における期待不可能の事例についても、ドイツ民法二七五条二項の著しい不均衡の事例と同様の問題が生じるといふ。すなわち、ドイツ民法二七五条三項と三二三条との区別は、現在の議論の状況によれば、ほとんど不可能であり、ドイツ民法二七五条全体を、行為基礎の領域と区別して把握することの妥当性は、疑わしいという。そのような中で、ドイツ民法二七五条三項が実際に適用される場合には、個々の場合の期待可能性の具体化が問題となり、厳しい基準が設定されうることから出発しなければならぬため、同項における給付拒絶権も、極端な事例においてのみ認められるという。この点については、Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.104.
- ドイツ民法二七五条三項
- 「債務者は給付を個人的に提供しなければならず、かつ、給付を妨げる事由と債権者の給付利益を衡量して給付が期待されえないとき、給付を拒絶する権利が認められる。」
- (211) 例として、H. P. Westermann, a.a.O. (Fn.126), § 275, Rn.23; Stadlar, a.a.O. (Fn.126), § 275, Rn.11; Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.74ff.; Heinrichs, a.a.O. (Fn.119), § 275, Rn.27. 等。
- (212) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 111), § 275, Rn.39. また、同様に、ドイツ民法二七五条二項と三二三条の精緻な限界づけについて、懐疑的な態度を示すものは、Horst Eidenmüller, Der spinnerFall. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des

Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura, 2001, S.86f., 867; Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ, 2001, S.589, 591; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW, 2002, S.1, 3f.; Pöcker a.a.O. (Fn.172), 2003, S.1045; HPWestermann, a.a.O. (Fn.126), § 275, Rn.21ff.; Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.19, etc.

(213) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.39. ただ、リープは、*ラッパにゴッパ*、ドイツ民法二七五条三項と三二三条については別で *ゴッパにゴッパ*。

(214) BT-Drucks 14/6040, S.130; Canaris, a.a.O. (Fn.67), S.499, 501.

(215) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.39.

(216) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.111), § 275, Rn.39. *ゴッパには、ラッパを明確に指摘して、ゴッパにゴッパ* Ernst, a.a.O. (Fn.116), § 275, Rn.20. エルンストは、まず、ドイツ民法二七五条二項が、何に基づいて、費用と利益に限り比較衡量することにより著しい不均衡を生み出すというような事例に限られるかは、立法者の構想に由来すべきであるという。立法者の構想によれば、ドイツ民法二七五条二項に把握されていない、ドイツ民法三二三条に基づく重大な事情の変更の事例、次に、ドイツ民法二七五条二項に把握されており、ドイツ民法三二三条には把握されていない費用の上昇の事例、最後に、両規定に把握されている事例が存在するという。その際に、最後に述べたような不能のカテゴリは、ドイツ民法二七五条二項の意味における著しい不均衡が、ドイツ民法三二三条一項の意味における重大な事情の変更に同様に該当することを必要とする。それは、一方もしくは他方の要件による強制的な修正によっては回避されなためであるとするのである。このような問題については、確かに両規定の競合の回避には努めるものの、実際には確定しえないという。これと同様のことが、ドイツ民法三二三条二項に関する給付義務の原始的排除の関係についても妥当するであろう。

(217) Arnold, a.a.O. (Fn.115), S.137. なお、批判的な *ゴッパにゴッパ* Stoll, a.a.O. (Fn.212), S.589f.

(218) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 115), S.101f. *ラッパは、ドイツ民法二七五条二項二文におつて「債務者に期待可能な努力」という表現において示唆されている、リープは、ゴッパ。*

(219) Arnold, a.a.O. (Fn.115), S.137.

(220) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.115), S.101f. なお、債務者の固有の利益も顧慮されるべきであるというこのような立場は、ここでの経済的不能との限界づけの局面のみではなく、第四章一において紹介したBGHの一連の判決における見解においても、指摘されていた。すなわち、ドイツ民法二七五条二項における立法資料は、上述の一連の判決を引き合いに出しているものの、その判決中の判断においてなされていたよ

ドイツにおける事実的不能の位置づけ

同志社法学 六一巻六号 一五〇（一九〇六）

うな債務者の固有の利益（事案の総合的な勘案）がみられず、それは矛盾である旨を指摘するのである。この点については、Finn, a. O. (Fn.96), S.193f.

(221) BfD-Drucks 14 / 6040, S.130. また、'もちろんのこと'のようなドイツ民法二七五条二項と三二三条の限界づけそれ自体が、実際に貫徹されるかどうかという考え方も存在するであろう。このことを指摘するものとして、Arnold, a. O. (Fn.115), S.136f.

(222) この点については、第二章2を参照。

(223) 『基本方針』一三三頁。また、詳細については、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 契約および債権一般（一）』（商事法務、二〇〇九年）一九四頁以下を参照。

(224) 山本敬三・前掲注（3）では、履行実現のためにどの程度の費用や労力を費やすべきかということは、当事者の合意からは明らかにならないのが通例と考えられる旨が指摘されている。

(225) 吉政・前掲注（9）八八頁においても、すでにこのことが指摘されている。

(226) 近時の契約的なアプローチに立脚すれば、当事者は契約によって、自身の獲得しうる利益、および提供する負担を把握していることから、事実的不能の際に、債務者がどこまで履行しなければならぬかという基準を、当事者の合意や、それによる契約内容や契約上の地位等に着眼し、正当化の根拠を契約に求めて判断することが可能となることも考えられる。このような把握のもと、効率性の基準をもってして履行請求権を限界づけることが有力に主張されている。履行の実現が、不当に過大な費用を伴うような場合には、履行請求権を否定するというものである。このような視点は、伝統的な債権法理論において、不能のレヴェルで把握されていたものである。しかしながら、不能概念に包摂してしまえば、当事者の権利義務関係自体が否定されてしまうところ、この主張においては、履行請求権に限ってこのような効率性の基準を導入しようというのである。こういった議論には、前提として、本稿でいうところの「社会通念上の不能」についての把握が必要であるといえる。詳細については、窪田・前掲注（4）一一一頁。なお、損害軽減義務については、斉藤彰「契約不履行における損害軽減義務——損害賠償算定の基準時との関連において」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集『損害賠償法の課題と展望』日本評論社、一九九〇年）五一頁以下、内田貴「強制履行と損害賠償——『損害軽減義務』の観点から」曹時四二巻一〇号一頁以下（一九九〇年）前掲注（183）書一七〇頁以下所収も参照。

(227) 債権法改正の議論に關していえば、基本方針の具体的提案をみるかぎり、履行が請求できない場合、債権は当然に消滅するわけではない（不可抗力によって履行が請求できない場合も同様である）。基本方針によれば、債権の消滅（契約の場合には、契約からの離脱）は、解除の意

思という債権者の形式的意思表示によることとなる。そうすると、追完請求権（基本方針【三・一・一・五七】）との関係上、履行が請求できない場合における履行請求権の帰趨について、より明確にしておくことが求められるといえる。