

事実的不能と経済的不能の峻別

——ドイツにおける批判的見解を素材として——

大原寛史

I. はじめに

1. 問題の所在
2. 分析の視角および順序

II. ドイツ債務法の立法理由による棲み分け

1. 事実的不能の規定内容
2. 行為基礎喪失の理論との棲み分けが問題視される状況
3. 立法理由による棲み分けの理論
4. 小括

III. 批判的見解の分析

1. 棲み分けの指標に対する疑問

事実的不能と経済的不能の峻別

同志社法学 六三卷二号 二七五（一四三）

- (1) ダウナー・リートの見解
- (2) ヴイルヘルムの見解
- 2. 具体的な棲み分けの理論構造
 - (1) ダウナー・リートの見解
 - (2) アーノルドの見解
 - (3) アイデンミュラーの見解
 - (4) ヴェスターマンの見解
 - (5) メディクスの見解
- 3. 分析
 - (1) 批判的見解の整理
 - (2) 分析
 - (3) 両事例の競合
- IV. 結びにかえて
 - 1. 改正提案の理解
 - 2. 今後の課題

I. はじめに

1. 問題の所在

民法（債権法）改正検討委員会が提案する『債権法改正の基本方針』⁽¹⁾に端を発して、債権法改正に向けての議論が本格化しているのは、周知のとおりである。とりわけ、契約責任に関する提案については、伝統的な理論から大きく転換するものであるとの評価もなされるところであり、最も活発な議論がなされているものうちの一つであるといえる。

その中に、履行請求権の排除に関する提案がある。基本方針は、「契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できないような場合」には、履行を請求することができないと提案する（基本方針【三・一・一・五六】⁽²⁾）。本提案によれば、履行請求権の排除は、「契約の趣旨に照らして」との文言にもあるように、当初契約におけるリスク配分から正当化される。すなわち、当事者が当初契約における合意によってどこまでの履行義務を引き受けていたかということによって、履行請求権の排除が決定されることになる。⁽³⁾このように、基本方針は、当事者の合意に基づく契約によって設定された規範により、履行請求権の限界を把握しているのである。

また、履行請求権の排除制度のような契約責任の例外に位置づけられるものとして、事情変更制度についても提案している（【三・一・一・九二】以下）⁽⁴⁾。それによれば、履行請求権の排除に関しては、当初契約におけるリスク配分の問題であり、事情変更制度は、その問題に解消しえない場合に初めて発動するものであるとされている。⁽⁵⁾そのため、履行請求権も、そのような合意によるリスク配分が機能しない場面であるということから、存続することが前提とされている。⁽⁶⁾

契約責任制度において、原則と例外に位置づけられている両制度ではあるものの、それらが把握する事案においては、

債務者に給付を要求することが期待できないという状況があるという点が類似していることができよう。そうすると、どのような場合に当初契約におけるリスク配分に基づく債務者のなすべき履行義務を越えたという判断がなされるのか、どこからがリスク配分の機能しない局面となるのか、という両制度の関係性の問題が生じる。⁷⁾ この点について、基本方針の解説は、次のように説明する。すなわち、履行請求権の排除の判断に際しては、債務者の履行に要する費用と債権者が契約によって確保する利益との比較という、いわゆる「事実上の不能」論を採用し、債務者の履行に要する費用と債務者の受け取る反対給付との比較という、いわゆる「経済的不能」論を採用するものではない。債務者の履行に要する費用と債務者の受け取る反対給付との間に、後発的に異常な不均衡が生じた場合に、履行請求権の排除制度に乗らずとも、例外的に債務者を救済するものが事情変更制度である、というのである。⁸⁾

しかしながら、このような立場をとったとしても、問題はなお残る。すなわち、このような判断構造によって、明確な棲み分けが図られるのかという点である。基本方針に示されている事例からは、明確に棲み分けられているとは言えないと思われる。たとえば、基本方針の解説に、航空機用燃料の売買契約が締結された後に原油価格が高騰し、航空機用燃料の調達に困難を極めているという事例が挙げられている。⁹⁾ 基本方針の解説によれば、この事例においては、買主の売主に対する履行請求が否定されることが示されている。¹⁰⁾ すなわち、この事例は、履行請求権の排除制度の守備範囲であり、履行請求権が排除されるか否かは、契約におけるリスク分担によることとなる。¹¹⁾ 他方、この事例とは別に、航空機用燃料の売買契約が締結された後に原油価格が高騰し、航空機燃料の調達コストが極めて高くなったという事例が挙げられている。¹²⁾ 基本方針の解説によれば、この事例においては、買主の売主に対する履行請求権は排除されないと示されている。¹³⁾ すなわち、この事例は、価格の高騰によって売主にとつての履行のコストが当初の予想に反して大きくなくても、契約履行によって買主が得る利益も同様に大きくなることから、当然にはリスク配分を越えたと評価さ

れることはなく、履行請求権の排除制度の守備範囲ではない。⁽¹⁴⁾ また、履行請求権の排除制度において、「経済的不能」論を採用するものではないという。⁽¹⁵⁾ そうすると、改正提案として、どのような場面がどちらの事例に振り分けられるのかについての態度は、明確でないといえる。また、改正提案が、上述のように両制度を位置づけているとしても、この基本方針の解説における両事例をみるかぎりでは、両制度の棲み分けが事実上困難となりうるということができるとはならないか。

2. 分析の視角および順序

以上のような問題意識から、本稿では、ドイツにおける事実的不能と経済的不能との棲み分けに関する議論⁽¹⁶⁾を参照し、生じうる問題を指摘することによって、来たる債権法改正のための解釈の足掛かりとしたい。ドイツにおいては、二〇〇二年に債権法が現代化され、新たに事実的不能に関する規定が設けられた(BGB二七五条二項)⁽¹⁷⁾。他方、経済的不能に関しては、新たに設けられた行為基礎の喪失の理論に関する規定(BGB三二三条)で処理されるべきであるとされている。ところが、両事例の棲み分けに関しては、多くの懐疑的な見解が示されている。日本と類似の状況にあるこのようなドイツの理論を分析・整理し、そこにおいて問題視されている点を提示しておくことは、少なからず、将来的な債権法改正、さらには改正後の議論に資すると考えられる。

検討の順序は、次のとおりである。まず、ドイツにおける事実的不能、および経済的不能に関して、立法理由においては、どのような場面が把握されているのか、そしてどのような理論によって両者の棲み分けが図られているのかを概観する(Ⅱ)。次に、その立法理由に採用されている理論に関して、どのような視点から、どのような理論をもつてして批判がなされているのかを中心に検討し、整理・分析する(Ⅲ)。最後に、検討した結果から、債権法改正における

上述の問題点に関して、今後の課題と展望を示すこととする（IV）¹⁸。

II. ドイツ債務法の立法理由による棲み分け

1. 事実的不能の規定内容

まずは、ドイツにおける事実的不能の規定について、当該規定がどのような事例を把握しているのかをみておく必要がある¹⁹。

債務法現代化によって新設されたBGB二七五条二項は、従来の実質的不能（praktische Unmöglichkeit）、事実的不能（faktische Unmöglichkeit）の事例を把握すると²⁰られている。BGB二七五条二項は、次のように規定している。

BGB二七五条二項

「債務者は、給付が債務関係の内容および信義誠実の要請を考慮して債権者の給付利益と著しい不均衡にある費用を必要とするかぎり²¹で、給付を拒絶することができる。債務者に期待すべき努力を決定するに際しては、債務者が当該給付障害につき責めを負うか否かも考慮されなければならない。」

BGB二七五条二項が把握している事実的不能の事例としては、教科書的には、海底に沈んだ指輪の事例が挙げられている。海底に沈んだ指輪の事例とは、引渡債務を負っている債務者が、海底に沈んでしまった指輪を引き上げてまで、履行しなければならぬかどうかを問題とする事例である²¹。このような事例を引き合いに出すことにより、立法理由は、

BGB二七五条二項は、債務者が給付障害を除去することは、理論的には可能であるにしても、そこまでして給付することが理性的な債権者には期待されないと評価されるような事例を把握しているという⁽²³⁾。また、BGB二七五条二項において、債務者が「給付を拒絶することができる」とされているのは、権利濫用の禁止の思想が具体化されているものであるとされている⁽²⁴⁾。すなわち、BGB二七五条一項に規定されているような不能とは異なるものとして理解されているのである。

その事実的不能であるとの評価にあたって判断の指標となるのは、契約によって債権者が獲得する利益と債務者の履行に要する費用との比較衡量である。この比較衡量は、その給付義務を生じさせる債務関係の内容、および信義誠実の要請にてらしてなされることとなり、債務者の帰責性も考慮することによって、事実的不能に該当するかが決されることとなる⁽²⁵⁾。

2. 行為基礎喪失の理論との棲み分けが問題視される状況

他方、債務法現代化によって、従来判例・学説において議論されてきた行為基礎喪失の理論 (Lehre von Wegfall der Geschäftsgrundlage) に関する規定も新設されている⁽²⁶⁾。その内容は、次のとおりである。

BGB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れば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、個別的な事案のすべての諸事情、とりわけ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か

ざりて、契約の適合を求めることができる。」

二項「契約の基礎とされる本質的な觀念が誤つたものと判明したときは、諸事情の変更と同様である。」

三項「契約の適合が可能でないか、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。継続的債務關係については、解除権に代わり解約権が認められる。」

ハ)の BGB 三二三条が BGB 二七五条二項との關係で問題となるのは、經濟的不能 (wirtschaftliche Unmöglichkeit) の事例である。

經濟的不能論は、第一次大戦により生じた社会的・經濟的混乱に端を發するものである。社会的・經濟的混乱が生じたときには、契約關係における基盤を揺るがすような状況が生じうる。その場合に、契約当事者は依然として従来の契約内容に拘束されるのか否か、もし拘束されないとすれば、要件および効果はいかなるものであるのかが問題とされてきた。その法律構成として、まず主張されたものが、この經濟的不能論である。經濟的不能論においては、上記のような經濟的不能といえる状況は、給付の実現自体は可能であるが、信義誠実の原則上、その実現を引き受けることはもはや債務者の一方的な犠牲のもとにおいてのみ可能となるような重大な困難であると理解されていた。また、このような經濟的不能について、かつては旧 BGB 二七五条に把握されていた事實的不能と同列に扱われており、不能の一類型として把握されていた。

当時の判例においては、この經濟的不能論を採用し、契約内容の改訂および契約の解消の権利を債権者に認めたが、後に、行為基礎喪失の理論を採用するに至っている。それ以後、行為基礎喪失の理論に関する判例・学説が展開され、債務法現代化においても新たに明文で規定されることとなった⁽²⁶⁾。また、この行為基礎喪失の理論の端緒となった經濟的

不能については、新規定である BGB 二二三条の類型として処理されるべきであるとされている。²⁷⁾

このように、経済的不能が把握している事例としては、たとえば、オイル・ショックや、世界大戦後の社会的・経済的混乱など、経済状況が契約締結時のものとは完全に变化してしまった場合であるということが出来る。また、問題とするところとしては、経済状況が契約締結時のものとは大きく变化してしまった場合に、債務者は、当初契約にしたがって履行しなければならないかという点を挙げる事ができる。

以上の内容からは、事実的不能と経済的不能については、両概念が把握する事例においては、確かに差異はあるものの、給付に要する費用および労力が不相当に重くなる点、その負担を債務者に引き受けさせるか否かという点においては、共通するといえそうである。そうすると、どのような理論をもってして両事案を明確に棲み分けることができるのかという疑問が生じうる。

3. 立法理由による棲み分けの理論

それでは、立法理由においては、どのような理論をもってして棲み分けを試みているのであろうか。以下では、債務法現代化において重要な役割を果たしたといえるカナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) の見解を中心にみていくこととする。

債務法現代化以前の論稿において、カナーリスは、次のように述べている。まず、債務法現代化によって改正された BGB 二七五条は、事実的不能を含め、従来の不能の形式をすべて把握するものである。²⁸⁾ しかしながら、経済的不能に關しては、この BGB 二七五条には含まれない。²⁹⁾ BGB 二七五条二項において、事実的不能に関する規定が設けられたのは、事実的不能の事例と経済的不能の事例との間に明確な境界を設定することが、最も重要と考えられるためであると

いうのである。⁽³⁰⁾

続けて、事実的不能と経済的不能は、明確に区別されるべきであることを指摘する。⁽³¹⁾ その理由として、次のような内容を挙げている。すなわち、従来の経済的不能の用いられ方が、完全に一致しているものとはいえないこと、また、経済的不能については、給付に要する債務者の費用、負担などから結果として生じる等価性障害 (Äquivalenzstörung) に焦点が当てられているが、事実的不能については、債権者の利益に焦点が当てられており、両事例はその点において異なるものであるということである。⁽³²⁾

また、カナリスは、以上のような理解を前提として、債務法現代化以後の論稿においては、事実的不能と経済的不能の棲み分けに関して、次のように述べている。すなわち、BGB 二七五条二項は、不能の問題を整理することにな⁽³³⁾る。その整理に際しては、BGB 二七五条二項の枠組みにおいて強調されている「債権者の利益」が指標となるというのである。⁽³⁴⁾

以上のような理解から、どのように債権者の利益が指標として機能するかに関しては、次のような具体例を挙げて示すことを試みる。たとえば、沈没船を引き上げるために、債務者が引き渡す際に三〇倍の費用を要する場合、債務者にとつての費用は三〇に達する一方、債権者の利益は、積荷の市場価値は変動していないことから、一のままである。このような事例は、債権者の利益が不変であることから、事実的不能の事例であるということができる。その結果、BGB 二七五条二項に依拠することとなる。他方、積荷自体の取引価格が高騰し、債務者が引き渡す際に三〇倍の費用を要する場合、債務者にとつての費用は三〇に達するが、債権者の利益も、積荷の市場価値が変動したため、三〇に達することとなる。このような事例は、債権者の利益は変化したといえることから、経済的不能の事例であるということができ⁽³⁵⁾る。その結果、BGB 三二三条に依拠することとなる。⁽³⁵⁾

4. 小括

以上の内容から、カナーリスによる事実的不能と経済的不能の棲み分けの理論は、次のようにまとめることができよう。すなわち、事実的不能とは、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、経済的不能とは、債務者の負担が、債務者の犠牲限度を越えているため、要求されえないという、等価性障害の事例に存在する。そのうえで、両事例の棲み分けをいかに図るかについては、BGB二七五条一項の文言である「債権者の利益」が指標となり、その「債権者の利益」が変化しているか否かであるということが出来る。

Ⅲ. 批判的見解の分析

1. 棲み分けの指標に対する疑問

(一) ダウナー＝リープの見解

しかしながら、このようなカナーリスによる債権者の利益を指標とする棲み分けの理論枠組みに対しては、懐疑的、批判的な見解が多数みられるところである。

その中心ともいえるのが、ダウナー＝リープ (Barbara Dauner-Lieb) である。ダウナー＝リープは、債務法の現代化に批判的な態度をとり続けた一人であり、上述のカナーリスによる棲み分けの理論に対しても、自身の論稿において批判的な態度を示している。以下では、カナーリスの提示した理論枠組みに関して、ダウナー＝リープがどのような理論をもってして批判を加えているのかをみていくこととする。

まず、ダウナー＝リープは、カナーリスの提示する棲み分けの理論に対して、BGB二七五条の立法構想それ自体か

ら批判を加えている。ダウンナーリーブは、次のように指摘する。BGB二七五条の意義は、法政策的には好ましいものであるといえる。ところが、その意義が実際に貫徹されるかどうかについては、疑問である。⁽³⁶⁾ そのようなアンバランスが生じる原因は、立法者によるBGB二七五条の規定の構想が、その文言において明示的に反映されていないことにある。⁽³⁷⁾ そもそも、BGB二七五条二項に把握されている事実的不能の事例が、不能のカテゴリーに分類されるべきであるという構想は、全く根拠のないものである。⁽³⁸⁾ 実際に、規定において「不能」という概念を用いているものは、BGB二七五条一項のみである。それにもかかわらず、BGB二七五条においては、「給付義務の排除」という見出しが用いられている。そうすると、BGB二七五条二項に把握されるとされる事実的不能の事例が、不能の一類型として把握されており、また、不能が「給付義務の排除」における規範の中心的な構想となつていくという理解を導くこととなつてしまう。⁽³⁹⁾ この点について、立法理由においては、BGB二七五条は、従来の不能以上に「給付義務の排除」による債務者の解放の要件を把握するものであるとされている。⁽⁴⁰⁾ しかしながら、BGB二七五条二項においては、上記のような問題を意識せず、いわゆる事実的不能という極端な事例が問題となる(のみである)ということが、明示的に表現されていないことが問題である。⁽⁴¹⁾

ダウンナーリーブによれば、このような事実的不能のような極端な事例については、BGB二七五条二項のように、詳細にその判断の考慮要素を定式化する必要はない。⁽⁴²⁾ そもそも、事実的不能のような極端な事例は、給付の提供は、確かに万人にとって全く不可能ではないものの、万人にとってとうてい克服しえないような著しい困難がもたらされることになるため、理性ある者であれば給付の提供を試みないという思想に基づいているものであるといえる。⁽⁴³⁾ この思想によれば、事実的不能のような極端な事例においては、債権者の利益においてのみならず、給付をする立場にある債務者についても重きがおかれているとも考えられる。それゆえ、この思想は、従来、そして今後もBGB二七五条に把握さ

れることのない経済的不能の事例についても、論証の要素として有益であるとされてきたのである⁽⁴⁴⁾。したがって、著しい給付困難の事例について、BGB二七五条二項のように詳細に考慮要素を定式化してしまふことが、各不能の事例における要件を厳密化するための試みであると理解されることは、問題の軽視である⁽⁴⁵⁾。むしろ、本来ならばBGB三二三条によって解決されるべきであるような事例が、BGB二七五条二項によって解決されるようになるための関門として、誤解されうるといふ危険を孕んでいるといふ⁽⁴⁶⁾。

そのうえで、ダウナー・リープは、立法理由が債権者の利益を中心的な棲み分けの指標とすることにつき、次のように批判する。すなわち、立法理由のようにBGB二七五条を制限的に解釈することと、債権者の利益が両事例の棲み分けの指標となるため、両事例の境界上の問題が生じないといふことは、矛盾している⁽⁴⁷⁾。確かに、立法理由のように両事例を把握し、債権者の利益を棲み分けの指標とする考え方はありうる。しかしながら、債権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考慮しないことは困難であるといえる⁽⁴⁸⁾。なぜなら、その内容が、BGB二七五条二項二文にある「債務者に期待可能な努力」という文言にも示唆されており、BGB二七五条三項においても、給付拒絶を認める際には、債務者の個人的事情が考慮されているからである⁽⁴⁹⁾。そうであるとするれば、このような債務者に関する事情は、行為基礎の喪失の観点のもとでのみならず、BGB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⁽⁵⁰⁾。その結果、BGB二七五条とBGB三二三条との棲み分けが完全に曖昧となる事態を招いてしまうこととなる⁽⁵¹⁾。

以上のように述べ、ダウナー・リープは、立法理由による両事例の棲み分けについては、確かに、法律上の規定が競合するという問題を回避することには努めうるものの、実際には明確に確定されえないと指摘するのである⁽⁵²⁾。

(2) ヴィルヘルムの見解

また、ヴィルヘルム (Jan Wilhelm) も、早い時期から両事案の棲み分けの指標に対して批判を加えていた一人である。ヴィルヘルムも、BGB二七五条二項は、BGB三二三条とは完全に棲み分けることができないと断言する⁽⁵³⁾。この点について、カナリスは、債権者の利益が棲み分けの指標となることを提示したうえで、事実的不能と経済的不能におけるそれぞれの不均衡に関する基準を対比することを試み、BGB二七五条二項においては債権者に関して、BGB三二三条においては債務者に関して判断されるべきであるとしていた⁽⁵⁴⁾。しかしながら、このようなカナリスによる要求可能性に関する両事例の考察は、当事者双方が債務関係という結合関係にあることに直面することとなり、もはや考えられないものとなると、ヴィルヘルムは激しく批判するのである⁽⁵⁵⁾。

ヴィルヘルムによれば、BGB二七五条二項一文には、カナリスによる上述のような対比が用いられているという。すなわち、従来の経済的、道徳的不能、もしくは金銭的に工面することが不可能であるような事例は、債務者特有の利益に関するものであり、BGB三二三条に属する。対照的に、従来の事実的、実質的不能の事例は、BGB二七五条二項一文に属するという対比である。このことから、まず、経済的不能は、事実的不能もしくは実質的不能の事例ではないことが明らかとなる。さらには、事実的不能もしくは実質的不能はBGB二七五条二項一文に把握されており、それゆえBGB二七五条一項が把握する事例ではないということが確認されなければならない。立法理由によれば、BGB二七五条一項は、「——真性の——不能のみを把握しており、事実的不能は把握していない」とされている。他方、BGB二七五条二項は、「これらの事例においては、債務者の利益の考慮が問題となり、それは、BGB二七五条一項一文(二項一文)との棲み分け、およびBGB三二三条との棲み分けにおいて直接に決定的なものとなりうる。この事案においては、行為基礎の喪失も、不能も存在しない」とされている⁽⁵⁶⁾。これらの内容が、債務者の利益の考慮について、立法理由自身

が示す BGB 三二三条が妥当するという内容と矛盾していると批判する。⁽⁵⁷⁾

以上のことから、ヴィルヘルムは、これらの規定の棲み分けに際しては、両事例の債務法への組み込みの問題、両事例が処理されるにあたって考慮されていた一般条項の問題のみならず、両規定の全く異なる法律効果も考慮されるべきであると指摘する。⁽⁵⁸⁾

2. 具体的な棲み分けの理論構造

ダウンナーリーブやヴィルヘルムのような批判的な見解に端を発して、今や、多くの学者が「債権者の利益」を指標とする棲み分けの理論に批判的な見解を示すに至っている。それでは、その批判的な見解は、どのような理論をもってして、事実的不能と経済的不能の棲み分けを試みているのであろうか。

(1) ダウンナーリーブの見解

ダウンナーリーブは、債権者の利益を棲み分けの指標とすることに批判的な態度をとるにあたって、債権者の固有の利益の考慮について言及していた。彼は、両事例の判断の際には、この債権者の固有の利益が何らかのかたちで把握されるべきであると主張する。

ダウンナーリーブによれば、上述のように、事実的不能の判断の際に、債権者の利益を考慮しないことには無理があり、その結果、BGB 二七五条二項と BGB 三二三条の棲み分けについては、実際に明確に確定することは不可能である。債権者の利益については、通常、債権者が給付を提供するにあたってどれだけの費用を提供しなければならないかということが決定的となる。⁽⁵⁹⁾ その費用が、BGB 二七五条二項において、まさに債権者の利益に対して考慮されるのである

とすれば、事実的不能の判断の際には、個々の事例における事情というものをすべて勘案するという意味において、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考えられる⁽⁶⁰⁾。したがって、債務者の利益という事情は、BGB三二三条に基づく行為基礎の喪失の観点のもののみならず、BGB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考えられる⁽⁶¹⁾。

そのうえで、事例が、BGB二七五条によって判断されるべきか、もしくはBGB三二三条によって判断されるべきかについては、「犠牲限度 (Opfergrenze)」の具体的な規定ほどは問題とならないような考量によらなければならず、その限りで、従来のように、個々の事例のすべての事情が考慮されるべきである⁽⁶²⁾。そして、各規定の解釈の基準としてとどめられることとして、「契約は守られなければならない」という原則の緩和が意図されていないことを挙げている⁽⁶³⁾。

(2) アーノルドの見解

また、アーノルド (Arnd Arnold) も、ダウンナーリップと同様に、債務者の利益を把握しないことは不可能であるとする。ただし、ダウンナーリップとは異なる点として、債務者の利益の把握に関しては、より具体的に、立法理由の指標とする債権者の利益に間接的に読み込むことを試みていることが挙げられる。

アーノルドは、次のように述べる。行為基礎の喪失とその他の法律制度については、かねてから、常に棲み分けることが困難であったとすることができる。とりわけ、この境界の問題は、不能との関係において生ずるものである。この問題については、給付障害法における法律上のリスク配分を考える必要がある。給付障害法においては、法律上のリスク配分が所与のものとなっている。すなわち、債務者は、不能の際には、BGB二七五条に基づいて給付義務から解放さ

れるが、債権者が当該不能につき責めに帰すべきでないかぎり、BGB三二六条一項に基づいて反対給付請求権を失うこととなる。他方で、行為基礎の喪失の事例を把握しているBGB三二三条によれば、上述のようなリスク配分、もしくは契約上のリスク配分といったすべての状況の考慮のもと、変更のない契約に拘束することが一方当事者にとって要求しえないような場合にかぎり、契約の適合 (Anpassung) を請求しうるのみである。そうすると、このような法律上のリスク配分は、BGB三二三条を持ち出すことによって回避されえない⁽⁶⁴⁾。この点をふまえて、立法理由においては、従来の通説⁽⁶⁵⁾おり、BGB三二三条に対してBGB二七五条が優位するとされており、説得力があるといえる⁽⁶⁷⁾。

ところが、アーノルドは、このように考えたとしても、事実的不能の事例を把握しているBGB二七五条二項との明確な棲み分けは困難であることを指摘している⁽⁶⁸⁾。BGB二七五条二項は、ニュートラルに注意深く読めば、給付困難による債務者の利益の喪失も把握しているようにも読める。それによって、今日まではほぼ一致している行為基礎の喪失の領域に組み込まれるような事例も直接に把握されているように読めなくもない⁽⁶⁹⁾。ところが、立法者の意思によれば、BGB二七五条二項は、いわゆる事実的不能を把握しており、いわゆる経済的不能を把握してはいないとされている⁽⁷⁰⁾。

また、給付に必要な費用は債権者の利益との関係においてのみ決されることとなり、経済的不能の場合に重要である債務者の利益は考慮に入られてはいないということが、規定の文言から明らかである⁽⁷¹⁾。そのうえで、この経済的不能は、従来の通説どおり、もっぱら行為基礎の喪失の領域によって解決されるべきであるとされている⁽⁷²⁾。そうすると、このような限界づけが実際に貫徹されるかどうかは、疑わしいものである⁽⁷³⁾。

具体的にアーノルドが疑問を呈するのは、ダウナーリープと同様に、債務者の利益に関してである。すなわち、BGB二七五条二項の場合に債務者の利益が何らの役割も果たさないとの主張は、疑わしい。なぜならば、債務者の利益に関しては、通常、給付についてどれだけ費用を提供しなければならぬかということが決定的であるからである。

そのうえで、アーノルドは、給付の際に提供されなければならない費用が債権者の利益に対して直接に考慮されるべきであることから、ダウンナーリップよりも具体的に、債権者の利益に、間接的に債務者の利益も考慮されるべきであることを提示する。⁽⁷⁴⁾

さらに、アーノルドは、BGB二七五条三項にも言及することにより、BGB二七五条とBGB三一二三条の境界を把握しようとする。アーノルドによれば、BGB二七五条三項を考慮に入れると、BGB二七五条とBGB三一二三条の境界は、完全に不明確なものとなる。⁽⁷⁵⁾ BGB二七五条三項によれば、債務者は、給付が債務者自身によってなされなければならず、債務者自身の給付を妨げる障害と債権者の利益を考量して要求されえない場合には、給付を拒絶することができる。この点について、立法理由は、債務者の個人的な状況を考慮することを指摘し、その典型例として、自身の子供が生命に関わる病気になったため出演を拒絶した女性歌手の事例を挙げているが、それによって、BGB三一二三条との境界の曖昧さが決定的なものとなるという。このことから、アーノルドは、両規定の境界については、BGB二七五条とBGB三一二三条のいずれが適用されるべきかどうかよりも、むしろ「契約は守られなければならない(pacta sunt servanda)」という原則からはもはや妥当しないような「犠牲限度」の特定が重要であることが、拠りどころとされうると結論づけられている。⁽⁷⁷⁾

(3) アイデンミュラーの見解

アイデンミュラー (Horst Eidemüller) は、BGB二七五条とBGB三一二三条の棲み分けについて疑問を呈したうえで、両事例の明確な棲み分けは、今後の判例の展開に委ねられるとする。⁽⁷⁸⁾ 彼の見解において注目しているのは、ダウンナーリップやアーノルドが主として批判していた立法理由による棲み分けの指標である債権者の利益から展開し、その意図

を詳細に分析することによって、より一般的な両事例の理論上の棲み分けを提示しようと試みている点である。

まず、アイデンミュラーは、債務法現代化によって行為基礎喪失の理論が明文化されたことの本質を把握しようとする。アイデンミュラーによれば、立法者は、行為基礎喪失の理論を規定化することによって、本来の意味における新規定を意図していたわけではない。むしろ、従来の判例・学説において展開されてきた行為基礎喪失の理論を「重要な意義があるため、民法典に根づかせる」ということを意図していた。また、民法上非常に重要なテーマであるといえる行為基礎の喪失の理論が、債務法の現代化によって規定されないままであったとすれば、全給付障害法の改正の試みは、立法者にとって不完全であるように感じられる。⁽⁸⁰⁾ これらの考慮によって、行為基礎喪失の理論を規定化するという試みが正当化される。⁽⁸¹⁾

しかしながら、それだけではなく、この行為基礎喪失の理論が法適用の対象にまで価値が高められ、その内容が考慮されるべきであることを、アイデンミュラーは指摘する。⁽⁸²⁾ なぜならば、現在提示されている規定が、行為基礎障害の要件および（もしくは）法的効果を顧慮して、実際には制御されていない正当性の考慮についての関門を提供することを保障するものであるかどうかを検証しなければならないからであるという。⁽⁸³⁾

次に、行為基礎喪失の理論に関する規定である BGB 三二三条が、給付義務の消滅に関する規定である BGB 二七五条と、実際にはどのように棲み分けられるかについて言及する。アイデンミュラーは、この棲み分けの問題が、現行法のもとでも将来的に問題となることを指摘したうえで、BGB 二七五条の規定を詳細に検討している。⁽⁸⁴⁾ すなわち、立法理由においては、BGB 二七五条一項は、債務者の帰責性（Verantwortung）に左右されることなく、債務者の給付義務が法上当然に消滅することから、BGB 三二三条の干渉の余地はないと考えられている。⁽⁸⁵⁾ このことから、給付義務の消滅を規定する BGB 二七五条は、特別な給付障害法上の規定であるといえることができ、BGB 三二三条ほどの柔軟な法

律効果を予定してはいない。その結果、BGB二七五条は、BGB三二三条に優先する⁽⁸⁶⁾。そうすると、一定の要件のもとで、債務者が給付拒絶をなしうることを規定したBGB二七五条二項も、BGB三二三条に優先することが導かれる⁽⁸⁷⁾。

アイデンミュラーは、このような立法理由の態度をふまえたうえで、次のようにいう。BGB二七五条二項は、一項とはパラレルではなく、一見、今日行為基礎障害に関する規定に把握されているような事例を把握しているようである⁽⁸⁸⁾。ところが、立法者の意思によれば、このような事例は、BGB二七五条二項からは除外されており、BGB三二三条の対象とされている。すなわち、BGB二七五条二項は、規定の文言にもあるように、債務者が給付を提供する際の費用が、その給付から債権者が獲得しうる利益を凌駕していなければならない「著しい不均衡」という基準を採用しており、このような基準は、現行法においては、BGB二五一条二項、六三三条二項三文、六五一一条二項二文と一定の類似を有するものであるとされている⁽⁸⁹⁾。したがって、BGB二七五条二項は、限界事例のような、いわゆる事実的不能の事例を把握しているとされている⁽⁹⁰⁾。しかしながら、この債務者の費用と債権者の利益との間の「著しい不均衡」という条文に明示されている基準が、立法者によって当初意図されていた分類の機能を十分に果たしうるか否かについては、無論疑わしい。なぜならば、個別の事例においては、債務者が給付を提供することについて著しく不均衡であるとの評価がなされる場合にのみ、その「著しい不均衡」という基準に包摂されてしまうためである⁽⁹¹⁾。そのため、具体的に、どのような場合に給付提供の費用がその利益を凌駕したため、「著しい不均衡」という基準が充たされるのかについては、それに関する判例の展開に委ねられたままであるが、少なくとも立法者の意図が込められて選択された定式は、言葉をもってして明確に示されている。すなわち、給付に要する費用がその利益を凌駕するため、給付の交換が経済的に著しく非効率的なものとなる限りで、給付拒絶権が認められるべきである。それに対して、給付の対価が明らかに給付費用よりも低いいため、給付の交換が著しく公正を欠く限りでは、おそらく行為基礎障害に関する規定が関係してくる余地が

あるといえる。⁽⁹²⁾

(4) ヴェスターマンの見解

また、ヴェスターマン (H.P.Westernmann) も、より一般的な基準を提示しようとする。

ヴェスターマンによれば、まず、従来不能概念が柔軟に把握されていたことについては、事実的不能や経済的不能といった、給付が債務者にとつて正確にはなお可能であるが、不均衡な費用をもつてのみ可能であるという事例を把握するという役割があった。ところが、現在では、事実的不能については、不能法において処理され、経済的不能については、行為基礎喪失の理論において処理されることとなっており、そのことが新規定においても反映されている。また、経済的不能のような事例は、様々な思想に基づいて、事実的不能が決定的であることによつて棲み分けられるべきであるといふ。⁽⁹³⁾

しかしながら、このような棲み分けについては、法的不安定性が完全には排除されるわけではないといふ。⁽⁹⁴⁾ ヴェスターマンによれば、両事例、いわゆる不能法上の解釈の給付障害法体系への組み込みは、BGB二七五条四項から明らかとなる。すなわち、BGB二七五条四項は、一項について、給付義務からの解放を導き、二項および三項による抗弁の効果についても、一項と区別することなくBGB二八〇条、二八三条、三一一条および三二六条を参照している。⁽⁹⁵⁾ まことに、債務者の過重な負担から生じうる「事実的」もしくは「経済的」な不能と、一項にいう「客観的」および「主観的」不能とを区別するという困難が生じうることに直面し、その拡大されてきた不能事例といえる前者は、「一項と関連して扱われるということが適切であると評価したといえる。⁽⁹⁶⁾

そのうえで、ヴェスターマンは、不能と特別な法律効果を生じることとなる行為基礎喪失の理論との区別は、一般的

な要求不可能の規律として規範が理解されることを妨げることになるような利益の考量に関する一連の基準にあるという。⁽⁹⁷⁾ すなわち、経済的不能が把握しているような内容は、もはや、要求不可能に関する規律における規範の対象となるものではなく、契約それ自体を維持するかどうかの問題として扱われるということである。⁽⁹⁸⁾ BGB二七五条二項の規定は、不能と隣接している、確定的となつている債務者の過剰な負担について債権者と債務者の利益を考量することによる不均衡が問題となる事実的不能の事例が意図されている。⁽⁹⁹⁾ 広く経済的不能と呼ばれるような、場合によっては「契約は守られなければならない」という原則を大きく軟化させるような債務者の履行が著しく困難となるような事例を把握してはいない。⁽¹⁰⁰⁾ 他方、経済的不能は、今後、行為基礎の欠落もしくは喪失の事例として把握され、BGB三二三条によって処理されなければならない。その際に、経済的不能は、この規定を適用するための要件として、明確に、より正確に把握されることとなる。⁽¹⁰¹⁾

ヴェスターマンは、以上のように両事例を把握し、棲み分けを試みている。ただ、それでもなお、両事例の棲み分けが確たるものとなるかどうかという疑問は、排除されえないと指摘している。⁽¹⁰²⁾

(5) メディクスの見解

以上のような見解に対して、メディクス (Dieter Medicus) は、事実的不能と経済的不能の棲み分けの基準として、予見可能性の有無を考慮すべきであるとする。

メディクスは、BGB二七五条二項をどのように把握するかについて、次のように説明している。BGB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関して具体化することを試みている。その不能の評価については、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。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関する利益と関連づけられている。このことから、不能、すなわち、債務者が負うこととなる義務の範囲を超過したことについては、「著しい不均衡」の際に肯定されることとなる。この「著しい不均衡」は、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、認められるという。⁽¹⁶⁾

しかしながら、このような固定されている価値関係によって、BGB二七五条二項一文の規定は機能しているわけではないと、メデイクスは指摘する。なぜならば、ほとんどの給付義務は、反対給付を取り決めている契約から生じるものであるためである。そうすると、予見可能である給付障害の場合には、このことが反対給付に現れる。したがって、たとえば、指輪の捜索については、予見可能である債務者の費用に相応しいように負担するという反対給付は約束されていたこととなる。より現実的である例を想定してみると、橋の建設が、その橋柱の基盤を設置することが困難であることによって、債務者にとって費用を要するという場合、このような事情は、おそらく仕事の報酬の際にも考慮されるであろう。その場合には、債務者の利益は十分に保持される。他方、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のである。⁽¹⁷⁾ 行為基礎の喪失が考慮される場面においては、第一に、同様に報酬の支払いの巻戻しへと導かれることとなり、完全に債務者が解放されるという結果は導かれないこととなる。⁽¹⁸⁾

3. 分析

(1) 批判的見解の整理

ここで、上記の批判的見解を整理しておくこととする。

まず、ダウンナー・リープやアーノルドは、立法理由においては債務者の利益が考慮されていないことを批判し、この

債務者の利益を両事例の棲み分けに際して考慮に入れようとする。この立場は、立法理由によるBGB二七五条二項の制限的な解釈から出発し、そのような立法理由の態度を批判したうえで、棲み分けの指標となる債権者の利益について、債務者の利益を踏まえ、より厳密に把握しようとするものである。その債務者の利益を具体的にどう把握するかについては、立法理由における棲み分けの指標である債権者の利益に間接的に読み込むという解釈もなされている。他方、BGB三二三条においては、従来の学説で用いられていた犠牲限度を用いて把握することを試みている。

次に、ヴェスターマンやアイデンミュラーは、より一般的な基準を提示しようとする。この立場については、立法理由の示した棲み分けの指標について疑問を呈しつつも、両規定の制定以前の学説における観念および思想を用いることによって、判断基準をより明確にすることを試みるものであるとすることができる。その解釈の根底にある共通の思想としては、次のようにいうことができよう。すなわち、事実的不能の事例に関しては、契約において約した債務者の負担が非効率的であるかどうかという観点が考慮されるべきものであると把握している。他方、経済的不能の事例に関しては、そもそも契約を維持すること自体が公正であるかどうかという観点が考慮されるべきものであると把握している。これに対して、メデイクスは、予見可能性の有無を基準とすることを提示する。この立場は、両規定におけるその他の要件を棲み分けの指標とする可能性を提示するものであるということができよう。すなわち、この立場が提示する予見可能性は、BGB三二三条の文言を踏まえたものである。実際にBGB二七五条二項が問題となる場面は、ほとんどの場合、反対給付の存在する契約である。給付障害が予見可能であるような場合には、予見可能である債務者の費用というものに応じて負担するという反対給付が約束されていたとみることができよう。その際、債務者の利益は十分に保持されることとなる。他方、給付障害が予見不可能であるような場合には、そのような反対給付が約束されていたとみることができず、債務者の利益は保持されえないことから、BGB三二三条が問題となる場面であるという。

(2) 分析

以上の整理をふまえたうえで、批判的見解を分析することとする。

批判的見解を分析するにあたって、まず指摘できることとしては、各見解において、事実的不能と経済的不能の棲み分けをするうえでの視点が異なっていることが挙げられよう。たとえば、ダウナーリップやアーノルドの見解においては、立法理由における事実的不能の判断構造において、何らかの方法によって債務者の利益が考慮されるべきであることが主張されている。この見解は、立法理由における事実的不能および経済的不能の判断構造に着目し、それ自体の批判から両事例の棲み分けを疑問視するものであるということができる。アイデンミューラーやヴェスターマンの見解においては、事実的不能および経済的不能に関してより一般的な基準の提示が試みられている。この見解は、立法理由における事実的不能や経済的不能の判断構造から出発したうえで、契約的な視点を盛り込んで両事例を把握しようとする。契約において両事例をどのように把握するかという観点から、両事例の概念を一般化し、明確化を試みるものであるということができる。メイクスの見解においては、事実的不能と経済的不能の棲み分けに際して、予見可能性という基準が採用されている。この見解は、立法理由における事実的不能および経済的不能の判断構造ではなく、もっぱら契約において両事例をどのように把握するかという観点から分析がなされているものであるということができる。その帰結として、両事例の棲み分けにおいて予見可能性という基準を提示している。

また、各見解において類似の結論が導かれているとしても、その結論に到達するまでのアプローチの方法は、それぞれ異なっている。この相違は、おそらくは、各人の契約観の相違に由来するものであると考えられよう。

このように、事実的不能と経済的不能の棲み分けにおける議論においては、各見解が異なる観点から分析しているということができる。そのため、議論の対立軸については、明確に定めがたいように思われる。

しかしながら、各見解のアプローチが異なる中でも、いかなる要素が各見解において重要視されているのか、なぜその要素が重要視されているのか、その要素は他の見解とどのような点で共通し、または異なっているのかについては、この議論の中みでとれるように思われる。

まず、いずれの批判的見解においても、事実的不能および経済的不能の判断の際には、反対給付、すなわち契約が考慮に入れられているとすることができる。ダウン＝リールおよびアーノルドの見解においては、債務者の利益が考慮に入れられるべきであるとされている。この立場は、事実的不能は債権者の利益、経済的不能は債務者の利益が考慮されているという立法理由に対して、債権者の利益と債務者の費用が比較衡量される事実的不能においても、債務者の費用については、給付について債務者がどれだけの費用を提供しなければならないかということが重要であることから、債務者の利益の考慮の必要性を主張していた。すなわち、事実的不能における債務者の費用も、契約から生じるものである以上、経済的不能と同様に反対給付の存在は考慮されなければならないが、したがって、債務者の利益も考慮されなければならないと考えている。

アイデンミュラーの見解においては、債務者に給付拒絶権が認められるような事実的不能の事例は、給付について債務者が提供しなければならない費用が債権者の利益を凌駕するため、給付の交換が経済的に著しく非効率的なものとなる場合であると把握されている。他方、行為基礎の喪失が問題となるような経済的不能の事例は、給付の対価が債務者が提供しなければならぬ費用よりも明らかに低いため、給付の交換が著しく公正を欠く場合であると把握されている。また、ヴェスターマンの見解においては、不能と特別な法律効果を生じることとなる行為基礎喪失の理論との区別は、一般的な要求不可能の規律として規範が理解されることを妨げることになるような利益の考量に関する一連の基準にあるとする。そのうえで、事実的不能は、不能と隣接する、債務者の過剰な負担について債権者と債務者の利益を考量す

ることによる不均衡が問題となる要求不可能の事例が意図されている。他方、経済的不能は、もはや、要求不可能の規律における規範の対象となるものではなく、場合によっては「契約は守られなければならない」という原則を大きく軟化させるような債務者の履行が著しく困難となるような、契約それ自体を維持するかどうかの問題として扱われている。アイデンミュラーおよびヴェスターマンの見解においても、両事例を把握するにあたっては、給付の交換、要求不可能性という観点が用いられており、そこにおいて、反対給付、契約が考慮に入れられている。

メデイクスの見解においては、ほとんどの給付義務は、反対給付を取り決めている契約から生じることが指摘されている。そのうえで、予見が可能である給付障害の場合には反対給付に現れるとして、予見可能である場合には、そのような費用で債務者が給付することが約束されており、債務者の利益は保持されていると把握する。他方、予見可能でない場合には、そのような費用で債務者が給付することが約束されていたとみることができず、債務者の利益は保持されていないことから、行為基礎の喪失が問題となると把握する。メデイクスの見解においても、予見可能性という判断基準を採用するに際して、反対給付、契約が考慮に入れられている。

このように、いずれの批判的見解においても、債務者の利益の考慮、給付の交換、要求不可能性、予見可能性など、様々な観点から事実的不能および経済的不能の判断基準の説明を試みてはいるものの、その際には反対給付の存在、契約が考慮に入れられているという点で、共通するものであるということができよう。しかしながら、立法理由においても、このように反対給付の存在、契約が考慮に入れられないというわけではなく、BGB二七五条二項の文言にもあるように、事実的不能の判断に際しては、「債務関係の内容および信義誠実の要請」が顧慮されることとされている。そうすると、反対給付の存在、契約を考慮するにあたっては、どのように両事例の判断基準、ならびに棲み分けの判断基準へと連結させているのが重要となると考えられる。

次に、経済的不能の位置づけに関しては、いずれの批判的見解も、例外的な位置づけを与えているということができ、
 ザウナー＝リープは、事例が BGB 二七五条もしくは BGB 三一二条のいずれによって判断されるべきかについて、「契約は守られなければならない」という原則が緩和されていないことが解釈の基準としてとめられるべきであるとしつつ、「犠牲限度」の概念を用いて説明しようとする。また、アーノルドも、「契約は守られなければならない」という原則からは妥当しないような「犠牲限度」の特定が重要であると指摘する。

他方、アイデンミュラーは、行為基礎の喪失の規定が問題となる場面について、給付の対価が給付に要する費用よりも明らかに低いため、給付の交換が著しく公正を欠く場合であると把握する。ヴェスターマンは、広く経済的不能と呼ばれるような場合について、「契約は守られなければならない」という原則を大きく軟化させるような債務者の著しい給付困難であるとして、契約を維持すべきかどうかという問題の局面であると把握する。

これに対して、メディクスは、ほとんどの給付義務は、反対給付を取り決めている契約から生じるものであることから、その契約において予見不可能である給付障害が生じた際には、債務者の利益が保持しえないため、行為基礎の喪失が考慮されることとする。

このように、犠牲限度、等価性障害、予見可能性などの様々な理論を用いてはいるものの、いずれの見解も、経済的不能のような事例は、「契約は守られなければならない」という原則の妥当する領域を越えるものであるとの評価をなしている。事実的不能と経済的不能の棲み分けの問題において、その適用対象となる両規定の優劣問題、または両規定の法律効果を視野にいれて分析する見解が存在するのは、その現れであるといえることができる。

ただし、確かに、経済的不能のような事例を例外的なものであると把握したとしても、その把握の仕方によっては、経済的不能の位置づけそれぞれ自体が変化する余地があると考えられる。たとえば、犠牲限度や等価性障害のような理論に

よれば、経済的不能は契約外在的な事情として位置づけられるのに対して、予見可能性のような理論によれば、経済的不能は契約当事者の合意に基づくリスク配分という内在的な問題に解消されえない事情と位置づけられることとなる。そうすると、給付障害について予見可能性がない場合に行爲基礎の喪失の規定が考慮されるのであれば、その場合に経済的不能と評価されるためにはどのような理論が基準として採用されるのかについても検討する必要がある。この点について、メデイクスの見解によれば、明言はされていないものの、契約における債務者の利益が保持されえないことが基準となると考えられる。

以上の内容をふまえたうえで、各見解について、個別に若干の検討を試みることにする。まず、債務者の利益を考慮する見解については、債務者の利益を債権者の利益に間接的に読み込むという解釈は可能であろうか。そもそも、BGB二七五条二項は、債権者の利益と債務者の費用とを比較し、著しい不均衡の評価を決するものであった。そうすると、BGB二七五条二項の文言との齟齬が問題となってくる。また、仮に債務者の利益をBGB二七五条二項の文言である債権者の利益に読み込むとすれば、比較衡量の要素である債権者の利益、債務者の費用において、どちらにどのような事情を考慮すべきであるのかということが不明確となるのではないか。その結果、棲み分けの指標とされていた債権者の利益それ自体の不明確化をもたらし、BGB三二三条との棲み分けも一層不明確となり、機能しないおそれがある。実際に、論者たちも、BGB二七五条二項を制限的に解釈したとしても、なおBGB三二三条との棲み分けは困難であるということ⁽¹⁰⁾を認めている。

次に、一般的な基準の提示を試みる見解については、一般的な基準を用いて両事例の棲み分けを試みたとしても、さらなる明確化が可能かどうかは、疑わしいといえる。アイデンミューラーが指摘するように、より具体的な棲み分けの基準としては、やはり、判例の展開に依拠せざるをえない。ただ、その前提として、両事案において、それぞれ何が問題

視されるべきであるのかという観点をふまえたうえで両規定を解釈することは、棲み分けを明確化するにあつての視座として必要であるといふことができる。

最後に、予見可能性を棲み分けの基準とする見解については、確かに、この立場のように考えると、債務者が当該給付障害について予見可能であつたかどうかによつて、両事例の棲み分けがなされることとなる。その結果、他の立場よりは明確に両事例の棲み分けがなされるといえそうである。しかしながら、この立場がいうところの予見可能性の有無によつて、債務者の利益の保持の可否が決するのかどうかについては、その債務者の利益が両事例にとつてどのように影響を及ぼすものであるのかという点についてもふまえる必要があると考えられる。すなわち、債務者の利益をどのように把握するのか、そもそも予見可能性の有無と債務者の利益とはどのように連結するのかがである。

(3) 両事例の競合

以上のように、事実的不能と経済的不能の明確な棲み分けに疑問を呈し、理論的な克服を試みる見解が現れている。また、その試みと関連して、事実的不能と経済的不能の競合の問題について具体的に検討する試みもなされている。すでにみたような棲み分けの理論においては、立法理由にいう債権者の利益が明確な指標となるかどうかという点が議論の中核であつた。他方で、この試みは、事実的不能と経済的不能については、部分的に競合する可能性も否定できないとして、その競合した場合に、いかにして処理すべきであるのかという点を議論の中核としている。この両事例の競合に関する議論は、両事例の棲み分けに関する議論を前提としており、関連してはいるものの、一歩先の別のものであるといふことができる。そのため、以下では、両事例の競合が問題視されるに至つた経緯、競合した場合の解決法について、どのような議論がなされているのかを中心に、簡単に記述しておくこととする。

両事例の競合が問題視されることについては、どのような背景が存在するのか。それは、BGB 三二三条に把握されている経済的不能の事例群にある。従来、経済的不能として挙げられている事例群としては、契約の内容である特定の目的が給付によって達成されるべきであるが、すでに債務者の関与なしに給付結果が生じているという事例、もしくは、給付の基礎が喪失したことにより、もはや目的が達成されえないという事例、そのほか、債権者が求めていた目的、とりわけその他の給付の利用がもはや失われたため、なお可能である給付それ自体についてはもはや何らの利益も有さなくなつたという事例などが挙げられている。⁽¹⁰⁾ このような経済的不能の事例群を前提とすると、給付の提供について債務者にとつて想定外である過度な費用を必要とするような給付困難の事例においては、BGB 二七五条二項の守備範囲であるのか、はたまたBGB 三二三条の守備範囲であるのかの判別が困難となりうる。同時に、両規定のどちらの要件をも充たしうるような事例も存在しうるのではないかとという疑問が生じうるのである。⁽¹¹⁾

ところが、立法理由においては、二つの観点からの説明によって、競合の可能性が否定されている。

第一に、事実的不能および経済的不能の把握する事例による説明である。すなわち、事実的不能においては、債務者は確かに当該給付障害を理論上克服しうるものの、思慮分別にしたがえば、債権者によって給付が要求されえないような事例、または給付によって生じうる結果との関係において、必要となる費用が非経済的であることから、理性ある債権者であれば給付の提供を試みないというような事例が把握されている。⁽¹²⁾ 他方、経済的不能においては、給付は確かに全く無意味であるが、「犠牲限度」を越えることにより、信義誠実に基づいて、もはや債権者には給付を要求しえないというような事例が把握されている。⁽¹³⁾ そうであるとするれば、BGB 二七五条二項は、BGB 三二三条によって解決されるべきであるいわゆる経済的不能、もしくは給付困難、調達不可能、過度の調達困難の事例を把握しているわけではない。⁽¹⁴⁾

第二に、両規定の機能、とりわけ法律効果による説明である。すなわち、BGB二七五条は、債務者の第一次給付義務の限界に関する規定である。債務者が不能に陥ったことよって、BGB二七五条の法律効果として自身の給付義務から解放される場合には、BGB二二三条よって適合されるものは何も残らない。このことから、BGB二七五条はBGB二二三条に優先するという⁽¹⁴⁾。そうすると、BGB二七五条二項も、同様にBGB二二三条に優先することとなる⁽¹⁵⁾。

以上の説明により、立法理由においては、両事例が競合することは起こりえないと示されている⁽¹⁶⁾。このような説明によつて両事例の境界を把握する立法理由の立場は、旧法下における通説によつて試みられていた不能と行為基礎障害の限界づけに相応するものであるということが⁽¹⁷⁾できる。また、この立法理由の立場は、今日においても、なおその他の理論よりも優位であるとされているようである⁽¹⁸⁾。

しかしながら、このような両事例の競合の問題が依然として問題視され、検討され続けている。その理由としては、事実的不能と経済的不能をより明確に分類することに有利に働くと考えられている⁽¹⁹⁾ことが挙げられる。そもそも、この問題は、事実的不能と経済的不能の棲み分けが曖昧であったことから、どちらの概念にも振り分けることのできない事例、さらにはどちらの概念の要件をも充足してしまうという事例が生じる可能性が否定されえないことに端を発するものである。とりわけ、後者のような事例が生じる可能性が否定できない以上、BGB二七五条二項、BGB二二三条のいずれの規定によつて処理するかという両規定の優劣問題が検討されておく必要がある。両規定の優劣問題を検討するにあたっては、給付障害法における両規定の機能を分析し、位置づけることが求められることになる。そうすると、両規定においてはどのような事例が把握されているのかを再度精緻に分析することが不可欠となる。その結果として、事実的不能と経済的不能をより明確に把握することにつながると考えられているためである⁽²⁰⁾。

このような理解のもと、両事例の競合の可能性を指摘する学者たちにより、BGB二七五条二項とBGB二二三条の規

定の優劣関係が検討されるに至っている。そのため、両規定の優劣の結論は様々ではあるものの、両事例が綿密に分析されているわけではなく、むしろ両規定の位置づけ、および法律効果が主として考慮されているうえで結論が導かれているということができる。たとえば、法律効果を視野に入れて両規定は限界づけられるべきであり、契約の適合が問題となるような場合には、BGB 二二三条が適用可能であるとするもの¹²¹⁾、BGB 三二三条は契約上の交換関係に関する特別規定であるとして、BGB 二七五条一項に優先するとするもの¹²²⁾、BGB 二七五条一項および BGB 三二三条はパラルに位置づけられうるものであり、両概念が競合する事例においては、債務者はどちらの規律に依拠するかについての選択権を有するものなどが主張されている¹²³⁾。

他方、両事例が競合する可能性の議論においては、別の観点からの分析もなされている。その分析は、事実的不能と経済的不能の根底に存在する解釈に着目している。そのような解釈を前提とする以上は、質的に精緻な区別をするためのメルクマールは示されないと批判するのである¹²⁴⁾。

その批判によれば、そもそも立法理由における両事例の概念の把握の仕方が問題であるという。立法理由における両事例の概念の把握をみれば、事実的不能については、BGB 二七五条一項一文から、給付について債務者が必要とする費用の著しい超過は、債権者の利益に比してのみ確定されるべきであることが求められている。その債務者の費用と債権者の利益における著しい不均衡は、債務関係の内容、信義誠実の要請、債務者の給付障害についての帰責性の考慮のもとに決されることとなる。他方、経済的不能については、給付について債務者が必要とする費用の著しい超過は、債権者の獲得する反対給付が比較されることが求められている。その比較においては、BGB 三二三条から、その他の個人的な利益を想定する債務者の利益および当該給付障害の原因が考慮されうることになる¹²⁵⁾。確かに、BGB 二七五条一項に規定されているように、債務者が給付障害を帰責されるべきである場合にも、債務者が給付義務から解放される必

要があることは認められるべきである。また、債務者に経済的に無意味である出捐が要求されるべきでない必要があることも、同様である。しかしながら、そのような給付障害を克服するに際して不均衡な出捐をしなければならぬような状況は、債務者の解放の問題でも、BGB二七五条の見出しとなつてゐる給付義務の排除の問題でもない。むしろ、このような事例において、債務者の費用と債権者の利益を考量するにあつては、信義誠実の要請が考慮されるべきである。それによつて、人的に、また経済的に要求しうる方法で給付義務をその状況に適合させることが求められる。以上の内容については、すでに法律上の規定に現れてゐる。このことから、BGB二七五条二項に把握されているような事例は、全債務法を支配している正当性の思想を考慮した債務関係の内容の意味の確定の問題として把握されるべきである。⁽¹⁷⁾ 他方、経済的不能のような事例については、そのような事例を把握する規律が必要と評価される限りでは、行為基礎の喪失の問題として把握されるべきである。⁽¹⁸⁾ したがつて、立法理由における両事例の概念が維持される以上、明確に棲み分けられることにはならないといふ。⁽¹⁹⁾

この批判的見解は、事実的不能と経済的不能の両事例において共通する給付に関する要求不可能性という要素を、その他の異なる要素によつて区別して事実的不能と経済的不能という概念でとらえ、それによつて説明すべきかという観点にもつながりうるものであるといえる。

IV. 結びにかえて

最後に、これまでみてきたようなドイツにおける事実的不能と経済的不能の棲み分けに関する議論が、日本における債権法改正の議論にどのような示唆を与えうるものであるのかを検討し、今後の課題を提示することによつて、結びに

かえることとしたい。

1. 改正提案の理解

改正提案の解説によれば、履行請求権の排除の判断の際には、債権者が履行によって確保する利益と債務者が履行に要する費用とを比較するという、いわゆる「事実上の不能」論を採用している。他方、債務者が履行に要する費用と債務者が反対給付から受け取る利益との比較である、いわゆる「経済的不能」論については、この異常な不均衡が後発的に生じた場合に、事情変更制度によって処理することとなる。この改正提案の立場は、ドイツにおける立法理由の事実的不能と経済的不能の事例の把握と同様であるといえることができる。

ところが、改正提案においては、ドイツにおける立法理由のような両事例の棲み分けの指標が明示されているわけではない。両事案の棲み分けについては、改正提案の解説によれば、履行請求権の排除と事情変更の両制度の位置づけが役割を果たすことになる。すなわち、履行請求権の排除に関しては、当初契約におけるリスク配分の問題であり、事情変更制度は、その問題に解消しえない場合の例外であるとされている。このことから、このような合意によるリスク配分が機能する場面であるかどうかによって、両制度の棲み分けが決められることとなると考えられる。

このような改正提案の立場は、ドイツの批判的見解において、契約における反対給付の存在を重視することにより、給付障害の予見可能性の有無によって両事例の棲み分けを試みていたメデイクスの見解と親和的であるということができる。メデイクスの見解における予見可能性の有無は、すでに述べたように、BGB 三二三条の文言からその解釈を導き出している。改正提案は、明文の規定はないものの、一定の契約観のもと、リスク配分という観点から両制度を棲み分けることとなっている。そうすると、経済的不能の事例について、履行請求権の排除制度ではなく事情変更制度の領

域として把握する改正提案の立場によれば、両制度は、理論的には重複しないこととなる⁽⁹⁾。

2. 今後の課題

このような改正提案の内容が今後議論されるにあたって、ドイツにおける一連の議論は、次のような視点を提供するものであるといえる。

まず、契約という当事者が設定した規範において、当該給付障害がそれぞれどのように把握されるべきであるのかという視点である。ドイツにおける議論においては、いずれの批判的見解においても、事実的不能および経済的不能の判断の基準を提示するにあたって、契約が考慮に入れられていた。確かに、その説明の際に各見解が拠り所としているものは、債務者の利益の考慮、給付の交換、要求不可能性、予見可能性など様々であるといえる。しかしながら、契約を考慮して両事例を把握しようという観点は、契約を重要視し、当該契約におけるリスク配分によって履行請求権の排除制度と事情変更制度の説明を試みる改正提案においては、不可欠のものであるということができよう。

次に、経済的不能をどのように把握するかという観点である。ドイツにおける議論においては、いずれの批判的見解も、例外的な位置づけを与えていた。その説明に際しては、犠牲限度、等価性障害、予見可能性などの様々な理論を用いてはいるものの、いずれの見解も、経済的不能のような事例は、「契約は守られなければならない」という原則の妥当する領域を凌駕するものであるとの理解であるといえる。ただし、すでに述べたように、その把握の仕方によっては、経済的不能の位置づけそれ自体が変わりうる。したがって、経済的不能について、どのように把握し、どのように位置づけるのかについては、より意識される必要があるといえよう。

このような視点をふまえたうえで、再度、改正提案の理解をみると、次のような問題が指摘できるのではないだ

ろうか。

たとえば、当初契約によるリスク配分にごまでの内容を読み込むことができるのか。改正提案によれば、履行請求権排除制度と事情変更制度の棲み分けについては、当初契約によるリスク配分の問題に解消されるか否かによって決されることとなる。ところが、そのリスク配分に読み込むことのできる内容が明確でなければ、両制度の境界は曖昧なものとなる。この問題については、契約の解釈方法もあわせて、議論されなければならないであろう。

また、この問題に関連して、改正提案によれば、両制度は競合しないことになりそうであるが、ドイツの議論において指摘されているように、両制度の競合の問題が生じる可能性はないのか。また、競合するとすれば、両制度の適用の順序はどのようになるのか。この問題が議論される際には、両制度の位置づけそれぞれ自体も、再度検討される必要がある。

さらには、根本的に、債務者への要求不可能性の問題に関して、事実的不能や経済的不能といった概念を用いて説明する必要はあるか、各事例について民法上明文で規定する必要があるのかという問題も考えられよう。ドイツにおいては、事実的不能や経済的不能の棲み分けが不明確であることから、両事例の競合の問題が議論されていた。そこにおいては、両事例の概念それぞれ自体について問題視するという立場も存在していた。この立場は、事実的不能と経済的不能の両事例において共通する給付に関する要求不可能性という要素を、その他の異なる要素によって事実的不能と経済的不能という概念をもって区別してとらえ、説明すべきであるのかという問題を提示している。

このように、ドイツにおける議論をふまえると、詰めておかねばならない問題が浮かびあがってくるといえる。これらの問題は、大きくみれば、いずれも両制度の位置づけにも関係するものであり、その点もあわせて、再考の必要があるように思われる。⁽¹³⁾ 今後の債権法改正の議論の展開に注目していきたい。

- (1) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（商事法務、二〇〇九年）（以下、「基本方針」として引用）。
- (2) 基本方針一三二頁以下。
- (3) 基本方針一五五頁。また、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）（以下、「詳解」として引用）一九七頁、三八三頁。
- (4) 基本方針一五五頁。
- (5) 詳解三八三頁以下。
- (6) 基本方針一五六頁。詳解三八六頁。
- (7) 詳解三八三頁。
- (8) 詳解三八三頁以下。
- (9) 詳解一九八頁における〔適用事例三〕を参照。
- (10) 詳解一九八頁。
- (11) 詳解一九八頁。ただし、このような場合においても、売主が調達する旨の合意があれば別である。
- (12) 詳解三八四頁における〔適用事例二〕参照。
- (13) 詳解三八四頁。
- (14) 詳解三八四頁。
- (15) 詳解三八四頁。
- (16) この議論に言及するものとして、潮見佳男『債権総論Ⅰ（第二版）—— 債権関係・契約規範・履行障害』（信山社、二〇〇三年）一六五、二〇六頁、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）一四二頁以下、同『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、二〇一〇年）六〇頁以下（とりわけ、六一、八六頁以下）がある。
- (17) ドイツ債務法改正過程の不能に関する議論の詳細については、潮見佳男『ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題』同『契約法理の現代化』（有斐閣、二〇〇四年、初出二〇〇一年）三三九頁以下。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）（二）『民商一三〇巻一—号三七頁、二—号二五〇頁（二〇〇四年）』など。
- (18) 本稿では、債務法現代化以後のドイツにおける事実的不能と経済的不能の棲み分けに関する議論を中心に検討するものである。その検討にあつ

ては、ドイツにおける事実的不能、経済的不能の根底に存する思想、歴史的展開、判例の動向等もふまえることがより有益であると思われる。しかしながら、これらを直接取り上げることは、量的にも不可能であり、かえって本稿で中心とすべき棲み分けの議論がみえにくくなるおそれがある。もっとも、ドイツにおける議論の検討を通じて、必要な範囲で取り上げることにより、上記の不備を少しばかりは補うことができるのではないかと考えている。

また、我が国における事情変更制度については、ドイツにおける行為基礎喪失の理論が土台となっていないもの、全く同様のものではない。そうすると、比較の際には、我が国における事情変更制度とドイツにおける行為基礎喪失の理論との差異をふまえたうえで、慎重な検討を要することになる。もっとも、本稿で主として取り上げるのは経済的不能であり、この概念については、ドイツにおけるものと、我が国におけるものとは相違はないため、比較の素材となりうると考えている。

(19) BGB二七五条二項の詳細については、拙稿「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——」同法二一巻六号六五頁以下（二〇一〇年）参照。

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

(21) たゞせば、Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., S.37ff.

Dauner-Lieb / Heidel / Ring (Hrsg.), AnwaltKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2005, § 275, Rn. 38 / Dauner-Lieb (以下、AnwaltKommentar / Autorとして引用) は、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海へと落としてしまったような事例であると説明する。

また、Dieter Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Rn. 369f. は、「このような事案について、現代の技術によって、かつては（物理的に）不可能であると考えられていた給付が、可能とされるような事例であると説明している。

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

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

(24) BT-Drucks. 14/6040, S.130f.; Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501f.

(25) なお、行為基礎喪失の理論については、明文化に批判的な見解も存在していた。この点については、Ulrich Huber, Die geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst / Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S.37f. などを参照。

(26) 債務法現代化によって新設された行為基礎喪失の理論に関する規定については、中村肇「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能」

事実の不能と経済的不能の峻別

同志社法学 六三卷二号 三二四 (一一八二)

成城法学七十二号 (二〇〇四年) 四二頁以下。

(27) Claus-Wilhelm Canaris, *Schuldrechtmodernisierung 2002*, S. X II.

なお、このようなドイツにおける行為基礎喪失の理論の生成、展開については、勝本昌晃『民法に於ける事情変更の原則』(有斐閣、一九二六年)、五十風清『契約と事情変更』(有斐閣、一九六九年)などを参照。

(28) Canaris, a.a.O. (Fn. 27), S. X III. 具体的には、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、カナリスはいう。

なお、カナリスによれば、一時的不能については、BGB 二七五条に本来文言をもってして入れられるべきではあるものの、その他の規定との適用上の問題が生じ、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。

(29) Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 501 f. カナリスによれば、経済的不能に關して、そもそも、討議草案の整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsrechts=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¹、また、債務法改正委員会草案 (Kommissionsentwurf=KE) 二七五条²、および討議草案 (Diskussionsentwurf=DE) 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という。

(30) Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 501.

(31) Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 501.

(32) Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 501.

(33) Canaris, a.a.O. (Fn. 27), S. X II.

(34) Canaris, a.a.O. (Fn. 27), S. X II.

(35) Canaris, a.a.O. (Fn. 27), S. X II.

(36) Dauner-Lieb / Heidel / Lepa / Ring (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht, 2002*, S. 100. / Dauner-Lieb.

(37) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 36), S. 100.

(38) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 36), S. 100 f. なお、BGB 二七五条三項について、BGB 二七五条二項と同様に、不能のカテゴリーに分類されるべきではな³ら⁴か⁵指摘されている。

(39) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 36), S. 101.

- (95) ヲシテ、BT-Drucks. 14/6040, S.130.; Canaris, aa.O. (Fn.23), S.501f.
- (95) Wilhelm, aa.O. (Fn.53), S.867.
- (95) Wilhelm, aa.O. (Fn.53), S.867. そのうえで、バイルホルムは、BGB二七五条においては、債務者に帰責性がある場合、BGB二八〇条、BGB二八三条に基づく損害賠償請求権が生じるが、行為基礎の喪失に関するBGB三二三条においては、そのような規定はないとして、法律効果上の差異を挙げている。ただし、バイルホルムは、BGB三二三条に基づく契約の適合が、過失による損害賠償の認定と理解される場合については、別であるとしながら、この点への理解は、混乱を生じさせるものでありと批判している。
- (95) Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.36), S.101f.
- (95) Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.36), S.101f.
- (19) Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.36), S.101f. また、後述するアーンホルトも、この点を指摘する。
- (22) Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.36), S.102.
- (33) Dauner-Lieb, aa.O. (Fn.36), S.102.
- (45) Arnold, aa.O. (Fn.36), S.136.
- (49) ナムネ、BGH NJW-RR 1995, 853.; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 66. Aufl., 2007, § 242, Rn. 118/Heinrichs を参照。
- (99) BT-Drucks. 14/6040, S.176.
- (99) Arnold, aa.O. (Fn.36), S.136.
- (89) Arnold, aa.O. (Fn.36), S.136. アーンホルトは、そのほかにも、行為基礎の喪失の理論との棲み分けが問題となる事例として、確かに給付行為はなっていないが、給付結果はその他によりて生じたという目的到達の事例、もしくはもはや生じえないという目的喪失の事例を挙げている。この点について、MünchKomm. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 4. Aufl., vor § 275, Rn. 37f. / Emmerich (以下、MünchKomm / Autor として以下) を参照。
- (89) ナムネ、MünchKomm / Emmerich, aa.O. (Fn.68), vor § 275, Rn.24f.; Palandt / Heinrichs, aa.O. (Fn.65), § 275, Rn.12.
- (7) BT-Drucks. 14/6040, S.130.; Canaris, aa.O. (Fn.23), S.503.
- (7) BT-Drucks. 14/6040, S.130.; Canaris, aa.O. (Fn.23), S.503.
- (7) BT-Drucks. 14/6040, S.130.; Canaris, aa.O. (Fn.23), S.503.

- (73) 『ドイツの法律』 同法条のドイツ語 'AnwaltsKonn / Danner-Lieb, a.a.O. (Fn.21), bei § 275, Rn.8 ; 批判的ドイツ語' Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.589, 591.
- (74) Arnold, a.a.O. (Fn.36), S.137.
- (75) Arnold, a.a.O. (Fn.36), S.137.
- (76) 『ドイツの法律』 BT-Drucks.14/6040, S.130.
- (77) Arnold, a.a.O. (Fn.36), S.137.
- (78) Horst Eidenmüller, Der Spinneret-Fall : Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, JURA 2001, S.824, 828.
- (79) BT-Drucks. 14/6040, S.175
- (80) BT-Drucks. 14/6040, S.175
- (81) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.
- (82) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828. 447 Danner-Lieb, Die geplante Schuldrechts- modernisierung, JZ 2001, S.8, 16-9同頁。
- (83) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.
- (84) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828. なお、アイデンミュラーは「BGB三二三条と他の給付障害法上の規定との棲み分けに関する問題は、一方では本文中に取り上げた不能法との棲み分けについて、他方では、将来における継続的債務関係の解消の規定であるBGB三二四条との棲み分けについて意義がある」といっている。
- (85) BGB二七五条は、「一項において、」給付請求が債務者にとって、または万人にとって不能である限りで、給付請求権は消滅する」と規定する。したがって、それに基づいて、債務者にとつての主観的不能も万人にとつての客観的不能も、一部不能も一時的不能も、原始的不能も後発的不能も、同様に——債務者の帰責性に左右されずに——債務者の給付義務が当然に消滅することが明示されている。この点については、BTDrucks. 14/6040, S.128 ; Ganaris, a.a.O. (Fn.23), S.499f.
- (86) BT-Drucks. 14/6040, S.176.

また、アイデンミュラーも「この立法理由の態度については、BGB三二三条において、「法律上のリスク配分」が指示されている」ことからも明確であるといえる。この点については、Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.

- (75) BF-Drucks. 14/6040, S.176
- (76) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828. アイデンミュラーによれば、いずれにせよ、BGB二七五条二項は、明らかに特定の経済的な給付障害にも関係するものであり、三項は、明らかに特定の精神的な給付障害（個人的に拘束される給付義務の場合）にも関係する。それによって、少なくとも、今日行為為基礎障害に関する規定によって扱われている特定の事例がBGB二七五条二項によって把握されているようにみえる。そのうえ、一見、経済的な、または精神的な給付困難のすべての事例が今後BGB二七五条二項による給付拒絶権（Leistungsverweigerungsrecht）を基礎づけようという印象を抱きうる。しかしながら、それによって、債権者の給付利益に比して著しく不均衡である費用によって、または債務者側の給付障害を債権者の給付利益と考量する必要性によって築かれるフィルターが誤解されるようになる。そのために、個人的な給付義務——すでに挙げられている事例として、たとえば、子供が重病に罹患した女性歌手——の枠内の精神的な給付障害の場合、給付拒絶権は、包括的に利益を考量することによって給付義務の履行が要求不可能であるという判断が可能である場合にのみ認められるべきであるという。また、この考量の際には、給付障害についての債務者のありうる責任が考慮されるべきであると述べている。
- (78) 116点にすぎず、BF-Drucks. 14/6040, S.130; Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501f.
- (79) 116点にすぎず、BF-Drucks. 14/6040, S.120; Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501f.
- (80) また、アイデンミュラーも、BGB二七五条二項については、債権者の給付提供に際しての出捐（費用）は、必然的に、それによって債権者の給付利益に比して著しい不均衡も生じるといふものでは決してなく、債権者の給付提供の際の費用が、債権者の給付利益の何倍にもなると明確に評価される場合があるという。116点にすぎず、Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.
- (81) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.
- (82) Eidenmüller, a.a.O. (Fn.78), S.828.
- (83) Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl., 2004, § 275, Rn.21 / H.P.Westermann. (以下、Erman / Autor として引用)
- 444 116点にすぎず、Michael Schulz, Leistungsstörungenrecht, in: H.P.Westermann (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002: systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, 2002, S.17, 41; Claus-Wilhelm Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts-Grundstrukturen und Problemschwerpunkte-, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, S5, 16.; Lorenz / Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn.306を参照。
- (84) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.21.; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S.1, 3.

- (95) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.22. ヴェンスタターマンによれば、この指示は、カナリスにより提示された、委員会草案 (Kommissionsergänzung) に於ける誤解を招くような指摘の修正に依拠しているという (カナリスによる修正については、Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.505を参照)。
- (96) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.22.
- (97) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.23.
- (98) 「の点」な指摘は、III. 4. にあつても述べるやうに、多くみられると判断であるといえる。本文中に挙げるもの以外にも、たとえば、MünchKommB / Ernst, a.a.O. (Fn.52), § 275, Rn.69を参照。
- (99) 「の点」については、カナリスも Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.504において、同様の考え方を示している。
- (100) BT-Drucks. 14/6040, S.129 ; 同様の方向性を示すのが、Georg Maier -Reiner/Zivilrechtsausschuss kommentiert Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, AnwBl 2001, S.292f.; Canaris, a.a.O. (Fn.93), S.13f.
- (101) BT-Drucks. 14/6040, S.130 ; 同様の考え方を、Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501 ; AnwaltKomm / Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 21), § 275, Rn.14 ; Palandt / Heinrichs, a.a.O. (Fn. 65), § 275, Rn.21を参照。
- (102) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.23.
- (103) Erman / Westermann, a.a.O. (Fn.93), § 275, Rn.23.
- (104) Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.370.
- (105) Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.371. なお、メディアクスによれば BGB III 三条の理解については、Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.452f.
- (106) Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.371. なお、メディアクスは、予見可能性が両事例の棲み分けの基準となりうるという点も、両事例の棲み分けは、法律効果も視野に入れて確定されるべきであると述べている。「の点」については、III. 5. も参照。
- (107) 本文 III. 1. および III. 2. (一) (二) を参照。
- (108) OLG Hamm WM 1972, 1323 ; Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 12.Aufl., § 313, Rn.11 / Stadler. (以下、Jauernig / Autor 引用) 同様に、Löwisch (以下、Staudinger / Autor 引用) 、および性質の取決めも考えられたこと。
- (109) Bambergner / Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2005, § 275, Rn.25 / Grünberg (以下、Bambergner / Autor 引用)

事実の不能と経済的不能の峻別

同志社法学 六三卷二号 三二〇（一一八）

引用) ; Staudinger / Löwisch, a.a.O. (Fn.107), § 275, Rn.17 ; Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.450f.

(90) BT-Drucks. 14/6040, S.174 ; Staudinger / Löwisch, a.a.O. (Fn.107), § 275, Rn.18f. ; Arnold, a.a.O. (Fn.36), S.136.

(101) たゞ、著しい不均衡を生じるとする事例に限定しようとするのが何に基づくのかについては、立法者の構想に求められなければならないという。そのうえで、エルンストは、まず、BGB二七五条二項に把握されていないが、BGB三二三条に基づく重大な事情の変更の事例、次に、BGB二七五条二項に把握されており、BGB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。また、最後の競争事例に関しては、BGB二七五条二項の著しい不均衡が、同時にBGB三二三条一項の意味における重大な事情の変更ということになる。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つては回避されなからために生じうる。結果として、棲み分けの指標が存在することは、確かに法律上の規定の競争の回避に努めうるものの、各事例の境界は確定されえないという。この立場は、Ⅲ. 1. および、で取り上げたダウナー＝リーブの見解と類似するものと考えられる。

(11) BT-Drucks. 14/6040, S.130. 彼の言及は、この言及が、BGH NJW 1983, 2873, 2874 ; Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501 ; Medicus, a.a.O. (Fn.21), Rn.369 ; Staudinger / Löwisch, a.a.O. (Fn.107), § 275, Rn.944。

(12) BT-Drucks. 14/6040, S.130. 彼の言及は、Staudinger / Löwisch, a.a.O. (Fn.107), § 275, Rn.10 ; Palandt / Heinrichs, a.a.O. (Fn.65), § 275, Rn.245。

(13) BT-Drucks.14/6040, S.129f. ; Canaris, a.a.O. (Fn.23), S.501 ; Felix Christopher Hey, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in : Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, 2002, S.21, 40f. ; Jaernig / Stadler, a.a.O. (Fn.107), § 313, Rn.11,17.

彼の他の見解によつて、Tomas Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S.265ff. は、包括的にBGB二七五条のみ適用するべきであると認める。

(14) BT-Drucks. 14/6040, S.176 ; BGH NJW-RR 1995, 854.

なお、債務法改正委員会草案の段階においては、適合が可能である限り、契約法の「特別規律」として、行為基礎喪失の規定がなお優先すると思われること(「Schuldrechtskommission, Abschlussbericht, S.151(sub.6)」。この立場と同様に、現行法に基いて、このように考えるものとして、Andreas Schüller, Leistungsbefreiung bei Leistungserwerungen. Zur Konkurrenz der Befreiungstatbestände im neuen Schuldrecht (§ 275,

313, 314BGB), ZGS 2003, S.346, 349ff.

(11) その他にも、Schulze / Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, Jus 2004, S.265, 266には、BGB二七五条二項が優先することが、給付義務の限界としてのBGB二七五条二項の機能に、そして補助的な例外規定としてのBGB三二三条の役割に相応しいとされている。

(16) 立法理由によれば、その棲み分けの指標となるのが、債権者の利益である。

また、フーバー (Ulrich Huber) も、BGB二七五条二項の規定は、行為基礎の喪失の規定であるBGB三二三条とは何の関係もなことが明らかとなるという。フーバーによれば、確かに、両事例においては、要求不可能性が問題となる。ところが、完全に異なる意味においてのものである。すなわち、BGB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、現物履行の要求可能性が問題となる。賠償義務は、債務者がBGB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ない給付障害に依拠する場合には、触れられなままとなる (BGB二七五条四項)。他方、BGB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ぬこともなご指摘している。この点については、Ulrich Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs.2 BGB neuer Fassung, In: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S.521, 557f.

(17) RGZ 103, 3, 4; RGZ 168, 65, 73; BGH NJW 1994, 515, 516=JZ 1994, 625, 626; Ulrich Huber, Leistungsstörungen I, 1999, S.118f.; Huber, a.a.O. (Fn.116), S.31, 56f., 79f.; Staudinger / Löwisch, a.a.O. (Fn.107), § 275, Rn.9f., § 279 Rn.24f.

その他に、類似のものとして、たいていは、MünchKomm / Emmerich, a.a.O. (Fn.68), vor § 275, Rn.24f., § 275, Rn.28f.は、不能法にこころい経済的不能の場合にこころい記述している。

(18) 同様のものとして、Bamberg / Umbrecht, a.a.O. (Fn.108), § 313, Rn.47.

また、その他の概念的境界にもかわりなく、結果におおごは同様にあふるとするものとして、Erman / Hohloch, a.a.O. (Fn.93), § 313, Rn.35.

(19) MünchKomm / Roth, a.a.O. (Fn.52), § 313, Rn.140. (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) (19) (20) (21) (22) (23) (24) (25) (26) (27) (28) (29) (30) (31) (32) (33) (34) (35) (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45) (46) (47) (48) (49) (50) (51) (52) (53) (54) (55) (56) (57) (58) (59) (60) (61) (62) (63) (64) (65) (66) (67) (68) (69) (70) (71) (72) (73) (74) (75) (76) (77) (78) (79) (80) (81) (82) (83) (84) (85) (86) (87) (88) (89) (90) (91) (92) (93) (94) (95) (96) (97) (98) (99) (100) (101) (102) (103) (104) (105) (106) (107) (108) (109) (110) (111) (112) (113) (114) (115) (116) (117) (118) (119) (120) (121) (122) (123) (124) (125) (126) (127) (128) (129) (130) (131) (132) (133) (134) (135) (136) (137) (138) (139) (140) (141) (142) (143) (144) (145) (146) (147) (148) (149) (150) (151) (152) (153) (154) (155) (156) (157) (158) (159) (160) (161) (162) (163) (164) (165) (166) (167) (168) (169) (170) (171) (172) (173) (174) (175) (176) (177) (178) (179) (180) (181) (182) (183) (184) (185) (186) (187) (188) (189) (190) (191) (192) (193) (194) (195) (196) (197) (198) (199) (200) (201) (202) (203) (204) (205) (206) (207) (208) (209) (210) (211) (212) (213) (214) (215) (216) (217) (218) (219) (220) (221) (222) (223) (224) (225) (226) (227) (228) (229) (230) (231) (232) (233) (234) (235) (236) (237) (238) (239) (240) (241) (242) (243) (244) (245) (246) (247) (248) (249) (250) (251) (252) (253) (254) (255) (256) (257) (258) (259) (260) (261) (262) (263) (264) (265) (266) (267) (268) (269) (270) (271) (272) (273) (274) (275) (276) (277) (278) (279) (280) (281) (282) (283) (284) (285) (286) (287) (288) (289) (290) (291) (292) (293) (294) (295) (296) (297) (298) (299) (300) (301) (302) (303) (304) (305) (306) (307) (308) (309) (310) (311) (312) (313) (314) (315) (316) (317) (318) (319) (320) (321) (322) (323) (324) (325) (326) (327) (328) (329) (330) (331) (332) (333) (334) (335) (336) (337) (338) (339) (340) (341) (342) (343) (344) (345) (346) (347) (348) (349) (350) (351) (352) (353) (354) (355) (356) (357) (358) (359) (360) (361) (362) (363) (364) (365) (366) (367) (368) (369) (370) (371) (372) (373) (374) (375) (376) (377) (378) (379) (380) (381) (382) (383) (384) (385) (386) (387) (388) (389) (390) (391) (392) (393) (394) (395) (396) (397) (398) (399) (400) (401) (402) (403) (404) (405) (406) (407) (408) (409) (410) (411) (412) (413) (414) (415) (416) (417) (418) (419) (420) (421) (422) (423) (424) (425) (426) (427) (428) (429) (430) (431) (432) (433) (434) (435) (436) (437) (438) (439) (440) (441) (442) (443) (444) (445) (446) (447) (448) (449) (450) (451) (452) (453) (454) (455) (456) (457) (458) (459) (460) (461) (462) (463) (464) (465) (466) (467) (468) (469) (470) (471) (472) (473) (474) (475) (476) (477) (478) (479) (480) (481) (482) (483) (484) (485) (486) (487) (488) (489) (490) (491) (492) (493) (494) (495) (496) (497) (498) (499) (500) (501) (502) (503) (504) (505) (506) (507) (508) (509) (510) (511) (512) (513) (514) (515) (516) (517) (518) (519) (520) (521) (522) (523) (524) (525) (526) (527) (528) (529) (530) (531) (532) (533) (534) (535) (536) (537) (538) (539) (540) (541) (542) (543) (544) (545) (546) (547) (548) (549) (550) (551) (552) (553) (554) (555) (556) (557) (558) (559) (560) (561) (562) (563) (564) (565) (566) (567) (568) (569) (570) (571) (572) (573) (574) (575) (576) (577) (578) (579) (580) (581) (582) (583) (584) (585) (586) (587) (588) (589) (590) (591) (592) (593) (594) (595) (596) (597) (598) (599) (600) (601) (602) (603) (604) (605) (606) (607) (608) (609) (610) (611) (612) (613) (614) (615) (616) (617) (618) (619) (620) (621) (622) (623) (624) (625) (626) (627) (628) (629) (630) (631) (632) (633) (634) (635) (636) (637) (638) (639) (640) (641) (642) (643) (644) (645) (646) (647) (648) (649) (650) (651) (652) (653) (654) (655) (656) (657) (658) (659) (660) (661) (662) (663) (664) (665) (666) (667) (668) (669) (670) (671) (672) (673) (674) (675) (676) (677) (678) (679) (680) (681) (682) (683) (684) (685) (686) (687) (688) (689) (690) (691) (692) (693) (694) (695) (696) (697) (698) (699) (700) (701) (702) (703) (704) (705) (706) (707) (708) (709) (710) (711) (712) (713) (714) (715) (716) (717) (718) (719) (720) (721) (722) (723) (724) (725) (726) (727) (728) (729) (730) (731) (732) (733) (734) (735) (736) (737) (738) (739) (740) (741) (742) (743) (744) (745) (746) (747) (748) (749) (750) (751) (752) (753) (754) (755) (756) (757) (758) (759) (760) (761) (762) (763) (764) (765) (766) (767) (768) (769) (770) (771) (772) (773) (774) (775) (776) (777) (778) (779) (780) (781) (782) (783) (784) (785) (786) (787) (788) (789) (790) (791) (792) (793) (794) (795) (796) (797) (798) (799) (800) (801) (802) (803) (804) (805) (806) (807) (808) (809) (810) (811) (812) (813) (814) (815) (816) (817) (818) (819) (820) (821) (822) (823) (824) (825) (826) (827) (828) (829) (830) (831) (832) (833) (834) (835) (836) (837) (838) (839) (840) (841) (842) (843) (844) (845) (846) (847) (848) (849) (850) (851) (852) (853) (854) (855) (856) (857) (858) (859) (860) (861) (862) (863) (864) (865) (866) (867) (868) (869) (870) (871) (872) (873) (874) (875) (876) (877) (878) (879) (880) (881) (882) (883) (884) (885) (886) (887) (888) (889) (890) (891) (892) (893) (894) (895) (896) (897) (898) (899) (900) (901) (902) (903) (904) (905) (906) (907) (908) (909) (910) (911) (912) (913) (914) (915) (916) (917) (918) (919) (920) (921) (922) (923) (924) (925) (926) (927) (928) (929) (930) (931) (932) (933) (934) (935) (936) (937) (938) (939) (940) (941) (942) (943) (944) (945) (946) (947) (948) (949) (950) (951) (952) (953) (954) (955) (956) (957) (958) (959) (960) (961) (962) (963) (964) (965) (966) (967) (968) (969) (970) (971) (972) (973) (974) (975) (976) (977) (978) (979) (980) (981) (982) (983) (984) (985) (986) (987) (988) (989) (990) (991) (992) (993) (994) (995) (996) (997) (998) (999) (1000)

と並んで、従来から限界づけがなされてきたことを引き合いに出す。

なお、BGH JZ 1978, 235f.は、要求不可能である場合、適合が問題となるとする。その他の見解として、Wolfgang Ernst, Kernfragen

事実の不能と経済的不能の峻別

同志社法学 六三卷二号 三三二 (一一九〇)

der Schuldrechtsreform, JZ 1994, S.801, 802 ; MünchKomm / Emmerich, a.O. (Fn.68), vor § 275 Rn.24ff. ; Tomas Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S.241ff.

(10) Dieter Medicus, Leistungsstörungenrecht, in: Haas / Medicus / Rolland / Schäfer / Wendland (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Kap.3 Rn.52, 184ff.

(11) Schütler, aa.O. (Fn.114), S.349ff. など の見解は、債務法現代化過程における委員会草案において採用されてきたものである。この点については Abschlussbericht Schuldrechtskommission, 1992, S.151(snb.6).

(12) MünchKomm / Ernst, aa.O. (Fn.52), § 275, Rn.23 ; Florian Faust, in: Huber / Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, 2002, Kap.2 Rn.79 ; Roland Schwarze, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, S.73,78.

とりわけ、エルンストは、BGB二七五条二項の要件である重大な不均衡が存在する場合、それが同様に BGB三二三条の意味における重大な事情変更として非常によく現れると主張する。しかしながら、立法者は、この解決について意識的に背を向けていたと批判する。債務法現代化過程における委員会草案においては、BGB三二三条が優先するとされていたのに対して、従来の実務においては、BGB二七五条が優先するものと考えられていたが、結果として、この見解は、疑わしいものとなったという。これらを踏まえ、エルンストは、画規定の要件を充たすかぎりでは、画規範の債務者の選択に委ねることが相応しく、このように解することは、ユニドロワ国際商事法原則にも合致するという。

なお、この見解については、債務者が解放される場合には一方的に有利に扱われ、完全に自身の利益に基づいて適合される契約に固執しうる、もしくは契約の実現を拒絶しうるという点で、不利であるとの批判もなされている。この点については、AnwaltKomm / Krebs, aa.O. (Fn.21), §. 313, Rn.17.

(13) また、すべての給付困難の事例を BGB二七五条二項の適用領域であるとして、そのかぎりでは、両事例以外の不能は、BGB三二三条を適用しないことにおいて存在するものもある。この点については、Michael Fischer, Der Abschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S.1923, 1924f. ; Lobinger, aa.O. (Fn.119), S.73ff, 265ff. を参照せよ。

(14) AnwaltKomm / Krebs, aa.O. (Fn.21), § 313, Rn.18. また、この点は、両事例を区別して取り扱ったことと並んで、ロビンガーの主たるテーマとなることである。この点については、Lobinger, aa.O. (Fn.119), S.73ff.

(15) BF-Drucks. 14/6040, S.130 ; Canaris, aa.O. (Fn.23), S.501f.

(16) Stoll, aa.O. (Fn.73), S.591. この点については、シマトルは、BGB二五二条二項の原状回復、そのほか、BGB四三八条三項や Kfz六三五条三項とす

った売主や請負人の瑕疵除去義務のような規定を例として挙げている。

- (127) Stoll, aa.O. (Fn.73), S.591. そのため、シュトル自身は、「契約は守られなければならない」という原則がたやすく空洞化される危惧があることも指摘したうえで、事実に不能のような事例を一般的な規律をもってして把握する必要はないという。また、そのような事例の具体的解決に際しては、信義誠実の要請を規定する BGB 二四二条の一般条項で足りるという。

- (128) Stoll, aa.O. (Fn.73), S.591.

- (129) Stoll, aa.O. (Fn.73), S.591. そのほか、Fischer aa.O. (Fn.123), S.192ff. などがある。

また、AnwaltsKomm / Krebs, aa.O. (Fn.21), § 313, Rn.18-a² のように言及する。そのうえで、BGB 二七五条二項との棲み分けが精緻さに欠けることは、確かに残念であり、解釈もしくは法に組み込むことを正当化するためには、十分とはいえないと結論づける。

なお、Lobinger, aa.O. (Fn.119), S.214ff, 241ff. は、この問題につき、BGB 二七五条二項一文についても言及し、要求不可能性に関して段階的にいえる中間領域であるといえる経済的不能については、BGB 二七五条二項にとって、BGB 三二三条の適用を体系的に破壊することになるほどの影響を与えるものではないとしている。

- (130) ただし、仮に経済的不能の際にも履行請求権が排除されるという解釈を採用するとすれば、事情変更制度と重複することが考えられる。

- (131) なお、PBGJ における両制度の適用順序については、潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、二〇〇一年) 一〇九頁。

- (132) ただし、経済的不能について、例外的な位置づけを与えられることが理論的に必然であるとはいえない。ドイツにおいても、行為基礎喪失の問題を、契約内在規範の問題として把握しようとする見解も現れてきている。

この点について、事情変更制度を例外としてではなく、契約規範の適用に解消する可能性を検討するものとして、吉政知広「契約締結後の事情変更と契約規範の意義」(一) (二) — 事情変更法理における自律と他律 — 民商二二八卷一四三頁、二二九一六九頁 (二〇〇三年)。

なお、日本の改正議論においては、履行請求権の排除制度についても、契約内在的、外在的制約の両面から再考されるに至っている(この点については、法制審議会における民法(債権関係)部会資料二「民法(債権関係)の改正に関する中間的論点整理のたたき台」(一)「参照」。そうすると、本稿における両制度の位置づけおよび棲み分けの議論における視点は、より強調されるべきであると考えられる。

