

## 履行不能と債務者の帰責性

——債務者自身が履行しなければならない場面を中心として——

大 原 寛 史

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 検討の対象
- 3 検討の方法および順序

BGB 275条 3 項の制定経緯と債務者の帰責性

- 1 BGB 275条の制定経緯の概観
- 2 債務者の個人的な事情の考慮の必要性
- 3 政府草案の理由書の理解
- 4 政府草案の理由書に対する批判とBGB 275条 3 項の制定

BGB 275条 3 項における債務者の帰責性の考慮

- 1 否定説
- 2 肯定説
- 3 カナーリスによる理解
- 4 BGB 275条 2 項における「債務者の責めに帰すべきでない  
給付障害」の理解

結びにかえて

- 1 ドイツにおける議論の整理および分析

- 2 「不能」の判断における債務者の帰責性の考慮
- 3 残された課題

## はじめに

### 1 問題の所在

2017年5月、民法（債権関係）改正法案（「民法の一部を改正する法律案」）とその整備法案が参議院本会議において可決・成立した。改正においては、債権に関する規定のみならず、他の関連する規定も多く対象となっている。改正民法は2020年4月1日施行であり、その日が刻々と迫っている。

この改正により、履行不能に関する規定が新設された。改正民法412条の2第1項は、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」と規定する。従来議論されていた「履行請求権の限界」をめぐる問題との関係から、改正議論においては、当該規定をめぐる様々な議論が交わされた。その結果、改正民法は、「履行請求権の限界」事由として、「履行不能」に一元化するという態度を採用している。

ところで、近時の議論においては、「履行請求権の限界」をめぐる統一的なルールの提示を目指す試みがみられた。そこにおいては、次のような理解が存在する。従来、履行不能を柔軟に解釈・判断することで履行請求権の限界を画してきたのであれば、不能にとらわれるべきではない。むしろ、いかなる場面において債権者による履行請求権が認められないのかという観点から再構成を試みるべきである。その判断における正当化根拠は、契約により発生した債権である場合は、その発生原因である契約となる。伝統的な債権法理論における諸問題に関して、債権の発生原因を根拠として理論的に再構成しようとする試みの1つである。<sup>(1)</sup>

結果として採用された改正民法の規定は、「履行請求権の限界」事由を「履行不能」に一元化しつつ、「不能」の解釈によって対処するというものであった。もっとも、その解釈は、「契約その他の債務の発生原

- (1) 近時の契約法学の動向について、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71巻1号195頁以下(1995年)、潮見佳男「契約責任論の現状と課題」同『債務不履行の救済法理』(信山社、2010年)1頁以下[初出は2006年]、山本豊「契約責任論の新展開(その1)——総論的展望」法学教室342号84頁以下(2009年)、中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号1頁以下(2010年)を参照。伝統的な債権法理論と対比しつつ、契約責任に関する中心的な効果である履行請求権、損害賠償請求権、解除と関連させ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1318号87頁以下(2006年)を参照。

履行請求権について、伝統的な債権法理論に対して、履行請求権の具体的内容および実体法上の根拠の再検討を試みるものとして、椿寿夫「予約の機能・効力と履行請求権」同編『予約法の総合的研究』(日本評論社、2004年)83頁以下[初出は1995年 1998年]、同「履行請求権(上)(下の二・完)」法時69巻1号100頁以下・2号37頁以下・3号68頁以下・70巻1号73頁以下(1997 98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1318号103頁以下(2006年)、山本豊「契約責任論の新展開(その2)——履行請求権」法学教室344号120頁以下(2009年)がある。契約に定位して履行請求権の限界を画するという見解については、吉政知広「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(1)(2・完)——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」同『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)201頁以下[初出は2004年]、潮見佳男「日本における客観的不能と主観的不能の区別」同・前掲書『債務不履行の救済法理』55頁以下[初出は2009年]。契約責任における履行請求権の位置づけについて、森田修「履行請求権か remedy approachか——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト1329号82頁以下(2007年)、森田修=加藤雅信=加藤新太郎「鼎談 民法学の新潮流と民事実務 履行請求権と契約責任を語る」加藤雅信=加藤新太郎『現代民法学と実務(中)』(判例タイムズ社、2008年)105頁以下[初出は2007年]などを参照。実際の立法的な提案として提示するものとして、能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として』別冊NBL51号103頁以下(1998年)、同「履行障害」私法61号14頁以下(1999年)などを参照。

因及び取引上の社会通念」によりなされることになる。<sup>(2)</sup>

そうすると、改正民法の規定において今後問題となるのは、この「不能」の解釈である。<sup>(3)</sup>とりわけ、この不能の判断基準として挿入されている、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」において、どのような要素が考慮され、どのような判断構造のもとで「不能」と評価されることになるのか、である。

もちろん、従来履行不能のレベルにおいて問題とされてきた類型は、当該規定により処理されることになると考えられる。しかしながら、近時の議論動向もふまえるのであれば、それ以外の類型も同様に、当該規定により処理されることが想定される。そうであるとすれば、双方を意識しながら、新しい「履行不能」の実像を明らかにしていく必要がある。

上記の問題を検討するにあたっては、改正民法における履行不能に関する規定の制定過程の議論からしても、従来「履行不能」として捉えられてきた場面のみならず、近時「履行請求権の限界」として把握されてきている場面も含めた総合的な検討が必要となる。

## 2 検討の対象

本稿においては、その一場面として、債務者自身が履行をしなければならぬ場面において、その不能を判断するにあたって「債務者の帰責性」がどのように理解されるべきかという問題を検討する。

(2) この方向性については、都筑満雄「債務不履行と履行の不能——その契約化について」法学セミナー739号14頁以下(2016年)、大村敦志=道垣内弘人編『解説 民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、2017年)104頁以下[加毛明]、潮見佳男=千葉恵美子=片山直也=山野目章夫編『詳解改正民法』(商事法務、2018年)124頁以下[田中洋]などを参照。履行請求権とその限界事由に関する立法経緯については、田中洋「債権法改正立法資料集成(1) 履行請求権とその限界」民商法雑誌154巻4号851頁以下(2018年)を参照。

(3) このように指摘するものとして、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報68巻5号9頁(2016年)などを参照。

先に述べたように、改正民法の規定によると、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に照らして、履行不能であるかどうか判断されることになる。具体的には、物理的に不能である場面や、法律的に不能である場面のほか、「契約」などにより履行不能であると判断され、債権者による履行請求が認められなくなる場面が想定される。<sup>(4)</sup>

そうすると、契約などに照らして履行不能と判断される場面においては、どのような要素が考慮されることになるのかが問題となる。すなわち、「物理的」、「法律的」に不可能であるという評価とは異なり、契約などに照らして様々な要素を考慮したうえで、不可能であると判断することになるのである。

そこにおける考慮要素としては、債務者の履行によって得ることのできる債権者の利益、履行するために必要となる債務者の負担などはもちろん、履行をすることが困難となる事態を生じさせたことについて債務者が責めに帰すべきかどうかといったことが考えられるであろう。<sup>(5)</sup>「物理的」、「法律的」に不能ではないにもかかわらず、契約などに照らして

(4) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会, 2017年) 61頁を参照。たとえば、後に本文においても触れるように、立法の経緯および改正前民法634条1項ただし書の削除という方針の背景をふまえると、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」の概念のもとで把握されるべきものであるという。この点については、法制審議会民法(債権関係)部会資料81-3・18頁も参照。

(5) 代表的なものとして、潮見佳男『新債権総論』(信山社, 2017年) 287頁以下は、「契約内容に即してみたときに履行をすることが債務者にとって期待不可能であるという場面で、履行請求権の限界を正当化するために権利濫用の観念を基礎に据えたときには、(a)『給付に伴う債務者の負担』と『給付から受ける債権者の利益』とが、『重大な不均衡』にあるかどうかのみならず、(b) 履行がされない状態をもたらしたことに對する両当事者の関与の程度や帰責性、(c) 履行をすることによって生じる債務者に対する人格的拘束の程度なども考慮要素として、履行請求権の限界を判断すべきであるということにもなりうる」という。

履行不能と判断され、債権者による履行請求が認められなくなるのであれば、とりわけこの債務者の帰責性については、その不能の判断において一定のウェイトを占めることになると考えられる。もっとも、債務者自身が履行をしなければならないような場面、たとえば、労務やサービスの提供などの場面においては、その特殊性ゆえに、物の給付などの場面とは異なる考慮も必要であるといえる。履行不能か否かの判断をするに際しては、その特殊性と債務者の帰責性との関係性が大きなポイントとなると考えられる。

改正民法の規定は、従来柔軟に処理されてきた履行請求権の限界をめぐる諸問題に対して一つの理論的正当化を図ることができる一方、その判断構造および考慮要素が不明確となるおそれも孕んでいる。そうであれば、やや特殊な場面を対象とするものではあるが、来たる改正民法施行の前にこの点について検討しておくことは、改正民法の解釈において必要不可欠であるといえることができる。

### 3 検討の方法および順序

以上の問題の検討にあたっては、ドイツにおける議論を参照する。

周知のとおり、ドイツにおいては、2002年の債務法現代化により、激しい議論を経て、不能に関する規定が改正された。改正の議論の初期においては、複雑かつ曖昧となっている不能概念を放棄し、他の場面をも含めた統一的な債務者の給付義務からの解放のルールが模索された。しかしながら、その後不能概念の再評価がなされ、結果として、「不能」概念を維持しつつも、「不能に類似するもの」について並列して規定している。すなわち、ドイツ民法典（以下、「BGB」という。）275条1項においては、客観的不能および主観的不能の場面を、同条2項においては、事実的不能の場面を、同条3項においては、債務者が自ら給付しなければならないにもかかわらず、その給付を債務者に期待することができない場面について規定している。また、同条2項および3項について

は、1項と異なり、債務者が給付を拒絶することができる旨を規定している。

激しい議論を経て改正されたBGB 275条ではあるものの、債務法現代化後も、各規定の解釈をめぐる、なお議論が展開されている。新たに規定された同条2項および3項については、当該各規定における要件の解釈はもちろん、同様に債務者による給付拒絶構成を採用する両規定の関係性をも含めた議論がなされている。そのうちの1つとして、BGB 275条3項の場面において、給付障害に対する債務者の帰責性を考慮すべきかどうかに関する議論がある。後に詳しく検討するが、同条2項2文においては債務者に期待することができる努力を確定するにあたって、給付障害に対する債務者の帰責性が考慮されることが明文で規定されている一方、同条3項においては規定されていない。そのため、BGB 275条3項により債務者が給付を拒絶することができるとする判断にあたって、同条2項と同様に給付障害に対する債務者の帰責性を考慮すべきかどうかについて、議論がなされているのである。

債務者の給付義務からの解放の基準について、各場面で明文の規定を設けるドイツとは異なり、日本の改正民法は、統一的な規定のもと、「不能」の解釈により解決を図ることになる。この「不能」の解釈においては、先に述べたように、様々な場面が把握されており、その結果、当該場面に対応するかたちでさまざまな要素が考慮されることになると考えられる。もっとも、問題となる各場面と、そこにおける考慮要素の異同およびその各要素の関係性については、今後の解釈に委ねられることになる。そうであれば、日本の統一的な規定における不能の解釈にあたって、ドイツにおける各場面の明文の規定をめぐる議論を参照し、検討をくわえておくことは、日本の今後の改正民法の解釈に少なからず資すると思われる。

具体的な検討の順序は、次の通りである。まず、BGB 275条2項および3項の制定経緯をたどり、そこにおいて債務者の帰責性の考慮はどの

ように理解されていたのかを確認する ( )。次に、債務法現代化により規定された BGB 275 条 2 項および 3 項の規定において、債務者の帰責性の考慮がどのように理解されているか、とりわけ、同条 3 項による債務者の給付拒絶との関係において、債務者の帰責性の考慮の有無をどのような理論により正当化を図っているかを検討する ( )。最後に、ドイツにおける議論を検討し、日本の改正民法においては、債務者が自ら履行しなければならない場面において当該債務者の帰責性がどのように考慮されるべきかについて検討をおこなう ( )。

### BGB 275 条 3 項の制定経緯と債務者の帰責性

まず、BGB 275 条 2 項および 3 項の制定経緯をたどりながら、そこにおいては債務者の帰責性の考慮についてどのような理解がなされていたのかを確認する。

もっとも、BGB 275 条の制定経緯およびそこにおける議論については、すでに多くの先行研究が存在する。<sup>(6)</sup> また、BGB 275 条 2 項および 3 項に<sup>(7)</sup> <sup>(8)</sup>

---

(6) ドイツにおける不能法再編をめぐる議論については、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察 (2・完) —— 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障の体系」法学新報96巻6号178頁以下 (1990年)、同「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』(法政大学出版局、2002年)55頁以下、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、2004年)339頁以下 [初出は2001年]、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年)、吉政・前掲注(1)201頁以下、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——ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に」成城法学72号39頁以下 (2004年)、森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣、2006年)65頁以下、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社、2018年)などの諸文献を参照。

(7) BGB 275 条 2 項の制定経緯およびその後の議論動向については、大原



焦点をあてた制定経緯および議論についても、別稿においてすでに紹介している。

そのため、本稿においては、制定経緯については、本稿の問題意識に対する検討に関連する範囲において取り上げ、債務者の帰責性の考慮について、両規定においてどのような理解をもって違いが設けられたかに焦点をあてることにする。

## 1 BGB 275条の制定経緯の概観

ドイツにおける債務法改正作業における不能概念の再編に関する議論<sup>(9)</sup>は、旧BGB 275条<sup>(10)</sup>における不能概念に対する批判、とりわけU・フーパー(Ulrich Huber)による鑑定意見における不能概念への批判を嚆矢とする<sup>(11)</sup>。

寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条2項をめぐる議論を中心に」同志社法学61巻6号65頁以下(2010年)を参照。

(8) BGB 275条3項の制定経緯およびその後の議論動向については、大原寛史「<sup>9</sup>債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性(1)(2・完)——BGB 275条3項をめぐる議論の考察を通じた課題の提示」名古屋学院大学論集社会科学篇52巻1号85頁以下、52巻2号139頁以下(2016年)(以下、それぞれ「期待不可能性(1)」、「期待不可能性(2・完)」として引用)を参照。

(9) この議論の展開の詳細については、とりわけ吉政・前掲注(1)208頁以下を参照。

(10) 旧BGB 275条

1項 給付が債権関係成立後に生じた、債務者の責めに帰することができない事由により不能となったときは、債務者は、給付の義務を免れる。

2項 債務者の後発的主観的給付不能は、債権関係成立後に生じた不能と同様とする。

なお、旧BGB 275条をはじめとするドイツ債務法総則の規定の訳出にあたっては、椿寿夫=右近健男編『注釈ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988年)などを参考にした。

(11) U・フーパーによる不能概念に対する批判については、Ulrich Huber,

U・フーバーによると、給付障害法においては、不能という構成要件が中心的な地位を占めている。もっとも、不能という事態は、実際にはまれにしか発生しない。また、不能概念それ自体が、極めて分かりにくい分類がなされており、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。その意味において、旧BGB 275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

---

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.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band.I, Köln 1981, S.647ff. (以下, Gutachtenとして引用); ders., Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Hans Claudius Ficker/Detlef König/Karl F.Kreuzer/Hans G. Leser/Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein/Peter Schlechtriem(Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S.837ff. (以下, FS v. Caemmererとして引用)などを参照。

U・フーバーの鑑定意見を検討するものとして、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」下森定ほか編『西ドイツ債務法改正鑑定意見書の研究』（日本評論社、1988年）121頁以下（初出は1983年）、渡辺・前掲注（6）178頁以下などを参照。U・フーバーの提案条文の紹介として、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」鹿児島大学法学論集25巻1 = 2号385頁以下（1990年）などを参照。

U・フーバーによる275条の案は、次のとおりである。

U・フーバー案275条（債務者の責任）

1項 債務者が義務を履行しないとき、とりわけ債務者が債務として負担した給付を適時に実現しない、若しくは債務関係の内容によると債務として負担した態様及び方法で実現しないとき、又は、不作為義務に反したとき（不履行）は、債権者は、履行及び発生した損害の賠償を請求することができる。

2項 略

3項 不履行が債務者の責めに帰することができない事情に基づくと

ものである。<sup>(12)</sup> U・フーパーは、そのように指摘したうえで、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たうえで各規律を新たに定式化し「不履行 (Nichterfüllung)」を中心とした体系に組み入れることを提案する。<sup>(13)</sup> U・フーパーは、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した。<sup>(14)</sup>

不能概念に対する批判を受け、債務法改正委員会による草案 (Kommissionsentwurf = KE) は、不能概念を放棄した統一的債務解放基準を提示し、肯定的な評価を得る。<sup>(15)</sup> そのため、次の討議草案 (Diskussionsentwurf = DE) においては、委員会草案の提案内容がほぼ踏襲されている。<sup>(16)</sup> この時期までは、一貫して不能概念に対する批判のもと、

---

きは、債権者は、履行及び損害賠償を請求することができない。その証明責任は債務者が負う。債権者の解除権、解約権又は減額権は影響を受けない。

4項 略

5項 略

(12) Huber, Gutachten (Fn.11), S.757f.

(13) Huber, Gutachten (Fn.11), S.757f.; ders., FS. v. Caemmerer (Fn.11), S.837ff, 840ff.

(14) Huber, Gutachten (Fn.11), S.758f.

(15) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992.

委員会草案の訳出については、下森定 = 岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局, 1996年)を参考にした。

委員会草案 (KE) 275条は、次のとおりである。

KE 275条 (給付義務の限界)

債務が金銭債務でない場合において、債務関係の内容及び性質により義務づけられている努力によって給付をすることができないときは、債務者は、その限りにおいて、給付を拒絶することができる。債権者の権利については、委員会草案第280条、第281条、第283条及び第323条により定まる。

(16) DE 275条 (給付義務の限界)

債務が金銭債務でない場合において、債務関係の内容及び性質により義務

不能概念を放棄し、債務者の給付義務からの解放のための一般的な規定の提示が模索されている。

もっとも、討議草案に対しては、委員会草案に対する肯定的評価とは一転して、激しい批判が投げかけられることになる。その批判のうち、もっとも大きなインパクトを与えたものは、先のU・フーバー自身による不能概念の再評価である。<sup>(17)</sup> U・フーバーによると、旧BGB 275条は、不能という例外的な場面において、帰責性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当然のことを規定しているにすぎない。<sup>(18)</sup> ドイツ民法典の給付障害法体系において、不能という構成要件がその中心に存在しているということでは決してない。あくまで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。<sup>(19)</sup>

討議草案に対する批判を受け、給付障害法委員会により、討議草案の整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsrechts = KF) がまとめられる。そこにおけるKF 275条は、<sup>(20)</sup> 給付障害法委員会のメンバーの一人であり、債務法現

づげられている努力によって給付をすることができないときは、債務者は、その限りにおいて、給付を拒絶することができる。債権者の権利については、第280条から第282条及び第323条により定まる。

- (17) この点について参照したU・フーバーの論稿は、次のとおりである。  
Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band.I: Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzuges - Die von Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999, (以下, Leistungsstörungen Iとして引用); ders., Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S.31ff. (以下, geplante Rechtとして引用)
- (18) Huber, Leistungsstörungen I (Fn.17), S.63ff.; ders., geplante Recht (Fn.17), S.77f.
- (19) Huber, Leistungsstörungen I (Fn.17), S.102.; ders., geplante Recht (Fn.17), S.50f.

代化に多大な貢献をしたとされるカナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) の理解を踏襲したものである。<sup>(21)</sup>

カナーリスによると、不能は、債務者を給付義務から解放する原因としての機能を有する。この機能からすると、なお給付義務の限界を画するという点で、不能概念は意義を有するものである。そうであれば、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。<sup>(22)</sup> また、主観的不

(20) KF 275条 (給付義務の排除)

- 1 項 給付が債務者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。
- 2 項 債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。この場合においては、給付障害が債務者の責めに帰すべきものであるかどうか、及び、債務者が債権者に対して適切な対価を提供したかどうかも考慮されなければならない。
- 3 項 債権者の権利については、第280条から第284条及び第326条により定まる。

(21) この点について参照したカナーリスの論稿は、次のとおりである。

Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S.43ff. (以下, Unmöglichkeitとして引用); ders., Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.499ff. (以下, JZ 2001として引用); ders., Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S.329ff. (以下, ZRPとして引用); ders., Einführung, in: Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, München 2002, S.VIIff. (以下, Schuldrechtsreformとして引用); ders., Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts - Grundstrukturen und Problemschwerpunkt, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, S.5ff. (以下, Karlsruher Forumとして引用)

(22) Canaris, Unmöglichkeit (Fn.21), S.44ff.; ders., JZ 2001 (Fn.21), S.499; ders., ZRP (Fn.21), S.330; ders., Schuldrechtsreform (Fn.21),

能の事例については、客観的不能の事例とは異なり、理論的には給付が可能である以上、給付義務を履行するために債務者がいかなる努力を負わなければならないかという問題が生じる。その判断基準となるのは、給付を得ることによる債権者の利益と、その給付を行うために要する債務者の出費との均衡である。その均衡を著しく失う場合には、債権者の履行請求は認めるべきではない。<sup>(23)</sup>

以上の理解もと、KF 275条においては、不能概念が復活するとともに、その不能概念を補完するものという位置づけのもとで、他の場面も「給付義務の排除」としてあわせて規定されることになる。

その後、政府草案 (Regierungsentwurf = RE)<sup>(24)</sup> が示され、そこで初めて、債務者自身が提供しなければならない給付の場面に関する内容が加えられる。もっとも、その追加をめぐって、後掲の議論がなされた結果、修正を経て、現在の BGB 275条が規定される。

以上の経緯を経て、債務法現代化により改正された現在の BGB 275

S.XI; ders., Karlsruher Forum (Fn.21), S.10.

(23) Canaris, Unmöglichkeit (Fn.21), S.50; ders., JZ 2001 (Fn.21), S.501f.; ders., ZRP (Fn.21), S.330; ders., Karlsruher Forum (Fn.21), S.11ff.

(24) RE275条 (給付義務の排除)

- 1 項 給付が債務者又はすべての者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。
- 2 項 債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の給付利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者が自ら給付を提供しなければならない場合において、債務者による給付を妨げる障害と債権者の給付利益を衡量し、債務者に給付を期待することができないときも、同様とする。債務者に期待することができる努力を確定するに際しては、給付障害が債務者の責めに帰すべきであるかどうかについても考慮されなければならない。
- 3 項 債権者の権利は、第280条、第283条から第285条、第311条 a 及び第326条により定まる。

条の規定は、次のとおりである。<sup>(25)</sup>

#### BGB 275条 (給付義務の排除)

- 1項 「給付が債務者又はすべての者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。」
- 2項 「債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の給付利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待することができる努力を確定するに際しては、給付障害が債務者の責めに帰すべきであるかどうかも考慮されなければならない。」
- 3項 「債務者が自ら給付を提供しなければならない場合において、その給付を妨げる障害と債権者の給付利益を衡量してその給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。」
- 4項 「債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311条 a 及び第326条により定まる。」

## 2 債務者の個人的な事情の考慮の必要性

先にみたとおり、BGB 275条 3項の規定内容は、ドイツにおける債務法現代化作業において、委員会草案、討議草案、討議草案の整理案においては登場していない。政府草案の段階において、RE 275条 2項 2文として挿入され、初めて登場している。その理由としては、討議草案の整理案の段階において、債務者が自ら提供しなければならない給付については、一般条項である BGB 242条<sup>(26)</sup>で処理すべきであると考えられて

---

(25) BGBの条文の訳出にあたっては、岡編・前掲注(6)、半田・前掲注(6)などの諸文献を参考にした。

(26) BGB 242条 (信義誠実に適った給付)

債務者は、取引の慣習を考慮し信義及び誠実に適うように給付をする

いたことが挙げられる。<sup>(27)</sup>

にもかかわらず、政府草案の段階において、一転してRE 275条 2項に2文として挿入された経緯について、カナリスは、RE 275条 2項 1文に規定するような給付義務の排除の場面において、債務者の個人的事情の考慮が必要である場面があることを挙げる。<sup>(28)</sup>

カナリスによると、RE 275条 2項 1文は、給付により債務者が要する費用と債権者が得る利益との比較衡量のもとで、債務者に給付拒絶権を認める。この構造は、給付において必要とされる投資を金銭的に評価し、客観化することにより、債務者の個人的な状況という要素については考慮しないことを前提としている。しかしながら、たとえば労働契約における労務の提供など、債務者が自ら提供しなければならない性質の給付である場合においては、債務者の個人的な状況という要素を考慮せずに判断することは困難である。このような場合に対処するため、RE 275条 2項 2文において、債務者が自ら提供しなければならない給付について、同条 2項 1文とは異なり、債務者の個人的な状況についても要素として考慮することのできる基準を採用した。<sup>(29)</sup> もっとも、給付義務を存続させることに実益がない場面であるという点では1文と同様であるため、「不能を補完するもの」という位置づけを与えている。<sup>(30)</sup><sup>(31)</sup>

政府草案の理由書においては、上記のカナリスの理解をふまえ、客

---

義務を負う。

(27) Canaris, JZ 2001 (Fn.21), S.501; ders., ZRP 2001 (Fn.21), S.330.

(28) 詳細については、大原・前掲注(8)期待不可能性(1)94頁以下を参照。

(29) Canaris, Schuldrechtsreform (Fn.21), S.XIII.

(30) Canaris, Schuldrechtsreform (Fn.21), S.XIII. は、債務者の個人的な状況という要素を考慮するということをもって、従来のように「個人的な不能」という表現を用いてしまうと、旧債務法から進歩しないことになるという。

(31) なお、BGB 275条 2項に関する理解については、大原・前掲注(7)84頁を参照。



観的な状況のみならず、給付に係る債務者の個人的な状況も考慮されるべき場面であるとして、RE 275条2項2文は、債務者が自ら提供しなければならない給付に関する特別規定であるとされる。この規定が想定する場面として労働契約および雇用契約が挙げられているが、それに限定されることはないとして、請負契約または事務処理契約もその例として挙げられている。<sup>(32)</sup>

以上の理解のもと、RE 275条2項2文が想定する典型例として、自らの子が生命の危険のある病にかかったため、コンサートへの出演を拒否した女性歌手の事例を挙げる。この場面は、債務者の利益の考慮が問題になっており、まさに不能に関する規定で解決されるべきであるという<sup>(33)</sup>。また、トルコにおいて兵役に召集され、その命令にしたがわなければ死刑の可能性もあることから、労務の提供を拒絶したい労働者の事例が挙げられている。<sup>(34)</sup>

### 3 政府草案の理由書の理解

RE 275条2項3文は、同項1文、2文において債務者が給付を拒絶することができるとの判断をするにあたって、「債務者に期待すること

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

このような場面の解決について、従来の理解によると、不能に関する規定のほか、BGB 242条に基づく行為基礎の喪失理論によるとするものも存在したが、政府草案の理解は、このような場面を解決するのはまさに不能の規律であり、その判断にあたって、債務者の利益を考慮する基準が必要であるというものである。

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

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

なお、このような場合については、従来主観的不能と同列に扱い処理していた (BAG NJW 1983, 2782, 2784)。さらに、債権者の利益を考慮しても債務者に給付をすることが期待することができないという他の事例 (たとえば、勤務時間中に医師の診察を必要とする場合、官庁および裁判所からの呼び出しの場合) においても、RE 275条2項2文に基づいて解決することができるという。

ができる努力を確定するに際しては、給付障害が債務者の責めに帰すべきであるかどうかについても考慮されなければならない」と規定する。

この給付障害に関する債務者の帰責性の考慮について、政府草案の理由書は、次のように説明する。債務者が当該給付障害について責めに帰すべきであるときは、その障害の克服についてより高度な負担が債務者に対して期待されなければならない<sup>(35)</sup>。もっとも、債務者が給付障害について責めに帰すべきでないとき、債務者は一般的に給付障害を克服する努力や負担をする必要がないという反対解釈は認められない。債務者が給付障害を克服するために、どの程度の努力や負担を要すべきかどうかという問題は、規定の文言にも示されているように、債務関係の内容に基づいて確定されるべきものである<sup>(36)</sup>。RE 275条 2項 3文により、当

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

したがって、政府草案の理由書によると、債務者は、たとえば自らの責めに帰すべき錯誤により、または法的状態を知りながら第三者に契約目的物を譲渡してしまったときは、自らの第一次的給付義務から解放されるために、その目的物の返還について、ふつう市場価格以上を提供しなければならない。その根拠として、政府草案は、旧BGB 633条 2項 3文の解釈上、類似のことが認められていること (BGH NJW 1995, 1836, 1837; 1996, 3269, 3270)、これは債務法現代化以前からBGHによりBGB 251条 2項、旧BGB 633条 2項 3文をもとに展開されてきた一般的な法思想であること (BGHZ 62, 388, 393f.; BGH NJW 1988, 699, 700) を挙げる。一般的な法思想およびBGHの判断内容については、大原・前掲注 (7) 82頁以下を参照。

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

政府草案によると、注 (35) の例においては、債務者は、債務者自らに過失がないときであっても、契約目的物を第三者から取り戻すことについて少なくとも努力しなければならず、契約目的物について少なくとも市場価格を、場合によっては市場価格を超えて提供しなければならない。なぜなら、債務者は、自らの責めに帰すべきでない錯誤に陥り、それゆえ取引において必要な注意について意識していなかったわけではないが、客観的に債務関係から生じる自らの義務を履行していなかったと評価されるのであれば、当該給付障害は債務者自らの領域において存在する瑕疵に基づくものであるからであるという。

該給付障害について責めに帰すべきかどうかにより差異を設けることは、各場面において債務者の努力および負担を確定するにあたって、重要となる。

以上の理解をもとに、政府草案の理由書は、RE 275条 2項 3文は、同項 1文の事例においても、2文の事例においても妥当するという理解<sup>(37)</sup>を示している。

#### 4 政府草案の理由書に対する批判とBGB 275条 3項の制定

政府草案の理由書による債務者の帰責性の考慮の有無の理解に対して、連邦参議院は、再検討するよう求めた。

連邦参議院の理解によると、RE 275条 2項 3文によって債務者の給付障害に関する帰責性の有無を考慮することは、たしかに、RE 275条 2項 1文のような、給付において債務者が要する費用と債権者が得る利益とを比較衡量し、債務者の個人的な状況という要素を考慮しないことを前提とする構造においては必要とされるべきである。しかしながら、同項 2文のように、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるときはそうではない。たとえば、自らの責めに帰すべき事由により病気になってしまった労働者が、自らの労働義務から解放されない、さらには労働義務を履行するためにより一層の努力および負担を義務づけられ、さらにはそれを強制されるおそれがあることになる。

連邦参議院の批判に対して、連邦政府は、次のように反論している。すなわち、債務者の帰責性の有無は、債務者に対して期待されるべき努力および負担の程度の確定されるにあたっての考慮事由となる。労働法上の原則の特別性を考慮すべきことと、RE 275条 2項 2文の規定とは関係するものではない。自らの病気について責めに帰すべきである労働

---

この理解は、<sup>(37)</sup>において取り上げるカナーリスによるBGB 275条 2項の理解につながるものである。

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

者に対しても、労務の提供を強制することはできないからである。この事例において、債務者の帰責性の有無の考慮は、むしろ反対給付、すなわち対価の支払の運命を決する役割を果たすことになる。他方で、RE 275条 2項 1文の枠組みにおいては、一般的な法思想から、ふつう給付障害について責めに帰すべきである債務者に対して、そうではない債務者よりも広い範囲において努力および負担を期待することができることになる<sup>(38)</sup>。

以上のような議論をふまえ、ドイツ連邦議会の法務委員会は、RE 275条 2項 2文のような「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関する規定は維持しつつ、さらにRE 275条 2項から独立させることを推奨した<sup>(39)</sup>。その結果、現在のBGB 275条 3項が規定されることとなった。もっとも、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮に関する内容については、BGB 275条 2項においては維持されたものの、BGB 275条 3項においては規定されないことになった。

### BGB 275条 3項における債務者の帰責性の考慮

以上のような議論を経て制定されたBGB 275条 3項ではあるが、債務法現代化後もなお、債務者の帰責性の考慮の有無をめぐって、BGB 275条 2項および3項の関係性の理解をふまえた議論が展開されている。

以下では、まず、BGB 275条 3項において債務者の帰責性を考慮すべきかどうかについて、それを否定または肯定する見解が、どのような理論により自らの正当化を図っているのかを確認する。次に、BGB 275条の制定に多大なる貢献をしたカナーリスが、債務法現代化後に公表した論稿において、その議論に対してどのような理解を示しているのかについて確認する。

---

(38) BT-Drucks. 14/6857, S.47.

(39) BT-Drucks. 14/7052, S.183.

## 1 否定説

債務法現代化直後に公表され、その後も各文献において引用されているP・フーバー/ファウスト (Peter Huber/Florian Faust)<sup>(40)</sup>によると、BGB 275条3項の場面においては、給付障害に関する債務者の帰責性の有無は考慮すべきではないという。

P・フーバー/ファウストによると、BGB 275条3項において債務者が給付義務から解放される基準は、BGB 275条2項とはまったく異なるかたちで規定されている。後者においては、給付に要する費用と債権者の給付利益との間に著しい不均衡が認められることが必要とされている。他方で、前者においては、債務者にとっての給付障害と債権者の給付利益との比較衡量により債務者に給付を期待することができないことに焦点をあわせている。<sup>(41)</sup>

債務者が自らの給付義務から解放される基準は、BGB 275条2項も3項も同じでなければならない。もっとも、上記のように両規定がまったく異なるかたちで規定されていることからすると、このような解釈は困難である。

その根拠として、P・フーバー/ファウストは、次の点を具体的に挙げる。まず、BGB 275条2項における「費用 (Aufwand)」に関して、非金銭的な「犠牲 (Opfer)」をも把握するという概念を選択し、3項を放棄するという選択肢もあったはずである。実際に、BGB 275条2項2文においては、いわゆる「努力 (Anstrengungen)」という概念が用いられている。また、債務者が自ら提供しなければならない給付に関する特別規定をBGBが明示すべきであるならば、BGB 275条3項におい

(40) Peter Huber/Florian Faust (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung - Einführung in das neue Recht, München 2002, Rn.80ff.

(41) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.82.

(42) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.83.

ても、同条2項における「著しい不均衡」という文言を同様に用いることにより、少なくとも両規定をパラレルにすることもできたはずである。たとえば、BGB 275条3項を「債務者が給付を自ら提供しなければならない場合において、給付により債務者が要する努力と債権者が得る利益との間に著しい不均衡が存在するときも、同様とする」と規定することもできたはずである。そうすると、結局、BGB 275条3項は、BGB 275条2項と文言のみならず、異なる基準を規定するものであることが明らかとなる。<sup>(43)</sup>

以上の理解からすると、債務者の帰責性の有無の考慮についても、BGB 275条3項においてはまったく機能しない。それは、BGB 275条2項による場合よりも、BGB 275条3項による場合の方がたやすく債務者が解放される可能性があるということを示唆している。両規定の文言上の相違は、同様の方向性を意味する。すなわち、BGB 275条2項は、債権者の給付利益と著しく均衡を失するような費用を要求しており、それにより給付利益が決定的なファクターとされている。これに対し、BGB 275条3項は、第一に債務者に対する期待不可能性に焦点があわせられており、考量において考慮されるべきファクターについて、給付利益を劣後させている。そうであれば、その評価における考慮においても、債務者に個人的な損失よりも高い金銭的な基準をBGB 275条2項において要求することは、十分に論理的である。<sup>(44)</sup>

もっとも、以上のような相違が存在するからといって、BGB 275条3項による債務者の給付義務からの解放の基準は、同条2項に比して常に緩やかであると解すべきではない。給付障害の克服が現実には個人的な損失のもとでのみ可能であるという限りでのみ、正当化される。<sup>(45)</sup>たとえば健康が脅かされることになるなど、給付がもつぱら債務者の個人的な犠

---

(43) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.84.

(44) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.85.

(45) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.86.

牲のもとでのみ可能であるときは、債務者は、BGB 275条2項に基づく場合よりも容易に給付義務から解放されなければならない。政府草案の理由書においても、客観的な状況のみならず、給付に関係する債務者の個人的な状況が考慮されるべきであるとされている。このような状況は、BGB 275条2項に基づく場合とは異なり、行為基礎障害の視点のもとでのみならず、BGB 275条3項に基づく第一次的給付義務の消滅の視点のもとでも考慮されるべきものである<sup>(46)</sup>。

BGB 275条2項と3項の相違において決定的であるのは、債権者の給付利益の役割である。BGB 275条2項においては、決定的な基準とされている。他方で、同条3項においては、単に期待不可能性を検討する際に考慮されるべきファクターとされるのみである。債権者の給付利益が高いものであるほど、それだけ債務者にとって期待されるべきではないことになるのが自然である。しかしながら、BGB 275条3項においては、同条2項の場合とは異なり、まさ数学的な比較がなされるべきではないのである。そうすると、BGB 275条2項から、同条3項の枠内においては、債務者が当該給付障害について責めに帰すべきであるかどうかについては問題とならないと解することができる。したがって、BGB 275条3項において典型例とされる女性歌手の例において、女性歌手は、自ら子の生命にかかわる病を招いてしまったとしても、コンサートへの出演を拒むことができると解すべきである。また、当該規定の制定過程において問題視されてきた、労働者に対する労務の提供の強制に関する懸念についても、労働者は、自らの病について責めに帰すべきであったとしても、労務の提供について強制されない<sup>(47)</sup>。

以上のように、P・フーバー/ファウストは、BGB 275条3項の制定経緯をふまえ、両規定の文言および規定ぶりがあえて区別されていると読み取り、それに対応するかたちで両規定を解釈しようとする。その理

---

(46) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.87.

(47) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.88f.

解からすると、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるときは、債務者が、給付障害について責めに帰すべきであったとしても、自らの給付義務から解放される、さらにはより一層の努力を義務づけられる、強制されることはない。<sup>(48)</sup>

## 2 肯定説

他方で、債務法現代化に対して一貫して批判的な態度をとっていたダウナー・リーブ (Barbara Dauner-Lieb) は、給付障害に関する債務者の帰責性の有無を考慮することも、場合によっては必要であるという<sup>(49)</sup>。

ダウナー・リーブによると、BGB 275条 3項において給付拒絶権が認められるための決定的な基準としては、債務者に対して現実に履行を求めることができないことである。この要求不可能性は、債務者の給付を妨げる障害と債権者の利益との包括的な利益の考量により確定されなければならない。BGB 275条 3項の制定経緯からすると、当該規定により債務者が給付を拒絶することができることになる基準は、BGB 275条 2項と同様に、少なくとも厳格な基準により運用がされるべきである。BGB 275条 3項においては、BGB 275条 2項とは異なり、「債務関係の内容」および「信義誠実の原則」について文言上挙げられていないとしても、全体の考慮において採用されるべきである。<sup>(50)</sup>

同様に、債務者の帰責性の有無についても、BGB 275条 3項において

(48) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.40), Rn.84.

そのほか、BGB 275条 3項における債務者の帰責性の考慮を否定するものとして、Walter Erman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band.1, 14.Auflage, Köln 2014, § 275 Rn.31/Harm Peter Westermannなどを参照。

(49) Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), Nomos Kommentar BGB, Band.2/1, 3.Auflage, Bonn 2016, § 275 Rn.58ff./Barbara Dauner-Lieb (以下、NK/Bearbeiterとして引用)。

(50) NK/Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.49), § 275 Rn.60.



考慮されるべきである。たしかに、当該規定の制定経緯からすると、BGB 275条3項を独立させたことにより、文言としては失われることになった。労働者の過失による病気の場合にその給付義務が存続することになってしまうことを懸念してのものである。それゆえ、債務者の帰責性の有無は考慮すべきではないという理解が広く認められている。しかしながら、BGB 275条2項の適用は、もっぱら立法者により想定された事例に限定されなければならない<sup>(51)</sup>。BGB 275条2項の場面においても、給付障害について債務者が責めに帰すべきでないときは、債務者は給付義務を負わないと解すべきである<sup>(52)</sup>。そうであれば、BGB 275条3項の場面においても、BGB 275条2項の場面と同様に、給付障害について債務者が責めに帰すべきでないときは、債務者は給付義務を負わない<sup>(53)</sup>。

また、エルンスト (Wolfgang Ernst) も、債務者の帰責性の考慮が必要となる場合があるという理解を示す。

エルンストによると、たしかに、BGB 275条3項の制定経緯からすれば、当該規定の適用場面において、BGB 275条2項2文は適用されるべきではない。債務者が自ら提供しなければならない給付について、3項として独立して規定されることになったのは、まさに現在のBGB 275条2項2文を排除するという目的である。もっとも、この場合に考慮されているのは、給付障害について債務者が責めに帰すべきであることが、債務者が自ら提供しなければならない給付から解放されることになる基準を厳格なものにしてしまうという可能性のみである<sup>(54)</sup>。

(51) ダウナー・リープが提唱するBGB 275条2項の制限的な解釈については、大原・前掲注(7)107頁以下を参照。

(52) NK/Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.49), § 275 Rn.60.

(53) NK/Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.49), § 275 Rn.60.

なお、ダウナー・リープのいうBGB 275条2項の場面に関する理解については、後掲 4も参照。

(54) Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-

しかしながら、債務者が自ら提供しなければならない給付であるからといって、BGB 275条 2項 2文を考慮しないことにより、本来は給付障害について責めに帰すべきであるにもかかわらず、債務者がたやすく給付義務から解放されることになり、債務者にとって有利な結果となるのであれば、本末転倒である。したがって、債務者が自ら提供しなければならない給付の場面において、その不利益がわずかな範囲にとどまる場合においては、その限りにおいて、BGB 275条 2項 2文の規定内容が妥当する<sup>(55)</sup>。

以上のように、債務者の帰責性の考慮を肯定する見解は、BGB 275条 3項の制定経緯をふまえ、両規定の文言および規定ぶりにあえて区別がされていることを認めつつも、債務者の帰責性の有無を考慮すべきであるとするものである。もっとも、その考慮の程度については、論者によって異なる<sup>(56)</sup>。

---

buch, Band.1, 8.Auflage, München 2018, § 275 Rn.122/Wolfgang Ernst (以下, Münchener/Bearbeiter として引用)。

(55) Münchener/Ernst, a.a.O.(Fn.54), § 275 Rn.122.

(56) そのほか、BGB 275条 3項における債務者の帰責性の考慮を肯定するものとして、Sebastian Klausch, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002, Frankfurt 2004, S.158; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.1, 3.Auflage, München 2012, § 275 Rn.59/Hannes Unberath; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.1, 4. Auflage, München 2019, § 275 Rn.64/Stephan Lorenzなどを参照。

なお、Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015, S.332は、債務者の帰責性を考慮するものの、第一次的給付義務からの解放基準については、BGB 275条 2項において求められるものよりも低いものであるとする。

### 3 カナーリスによる理解

制定過程におけるカナーリスによる BGB 275条 3項に関する理解は、すでに<sup>(57)</sup> みてきたとおりである。以下では、債務法現代化後に公表された論稿におけるカナーリスの理解をみていくことにする。

#### (1) BGB 275条 3項の理解

カナーリスによると、BGB 275条 3項の立法趣旨は、債務者の給付義務と、対立する義務、法益および利益との衝突の場面において債務者を保護することにある。BGB 275条 2項においては、債権者の利益が比較衡量の中心となっており、債務者の利益に対して原則として優位性が認められている。これに対して、BGB 275条 3項においては、債務者の利益が重要な位置を占めており、必要に応じて債権者の利益は債務者の利益に劣後する。このような理解は、BGB 275条 3項が債務者に対する給付の期待不可能性に焦点をあわせており、規定の文言において「債務者の給付を妨げる障害と債権者の利益との比較衡量」を求めていることからの当然の帰結である。<sup>(58)</sup>

もっとも、たとえば請負または事務処理契約から生じる給付の提供に際して債務者が非常に高額な費用を要するときに、BGB 275条 2項や BGB 313条の厳格な要件をみたさないとしても、債務者が自ら提供しなければならない給付であるという一事をもって、債務者にとって比較的有利である BGB 275条 3項の要件をみたすとして、債務者はたやすく自らの給付義務から解放されるということにはならない。そのように理

(57) 債務法現代化以後のカナーリスによる BGB 275条 3項の理解については、Claus-Wilhelm Canaris, Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions- oder Konfliktslage nach deutschem Recht, in: Giovanni de Cristofaro/Maria Vita de Giorgi/Stefano Delle Monache (Hrsg.), Studi in onore di Giorgio Cian, Padova 2010, S.383 (以下、FS Cianとして引用) を参照。

(58) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.385.

解しなければ、債務者が自ら提供しなければならない給付について、まったく正当化されないかたちで特別に扱うことになり、それにより債務者が自ら給付する必要のない事例との関係において耐えがたい評価矛盾が生じてしまうことになるからである。<sup>(59)</sup>

したがって、BGB 275条 3項とBGB 275条 2項との真の相違点は、BGB 275条 3項の事例においては、当該規定の制限的な解釈または目的論的縮減により、非財産的または精神的な障害が問題とされなければならないという点にある。<sup>(60)</sup>

## (2) 債務者の帰責性の考慮の有無の理解

以上のような理解を示したうえで、カナーリスは、BGB 275条 3項においても、債務者の帰責性を考慮すべきであると主張する。

カナーリスによると、BGB 275条 2項 2文は、「債務者が給付障害について責めに帰すべきであるかどうかも考慮されなければならない」と規定している。他方で、同条 3項においてはその文言がない。しかしながら、BGB 275条 3項においても妥当するものである。精神的または非財産的な障害についても、当該給付障害について責めに帰すべきでない債務者は、その障害の克服の必要性に直面したときはより容易に保護を受けるに値する。他方で、当該給付障害について責めに帰すべきである債務者は、責めに帰すべきでない債務者に比して、それほど保護に値するとはいえないからである。それゆえ、BGB 275条 2項 2文は、一般化の可能性のある法思想を含むものであり、BGB 275条 3項の枠組みにおいても妥当する。<sup>(61)</sup>

(59) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.386.

(60) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.386. カナーリスによると、このような理解は、政府草案の理由書において挙げられている事例からもわかるように、立法者も当然の前提としていたという。

(61) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.396.

たしかに、立法の経緯をみても、BGB 275条 2項 2文にのみ債務者の帰責性の有無の考慮について規定したのは、まさに同条 3項におけるその考慮を排除するためである。しかしながら、そのようにしたのは、「自らの病について責めに帰すべきである労働者が、その労務の提供について強制されるおそれがある」という誤解を避けるためであった。いずれにせよ、ZPO 888条 3項などにより、労働者が労務の提供を強制されることはない。また、病により労働することができない場面は、従来給付の不能として認められてきた。したがって、BGB 275条 2項 2文の規定内容を同条 3項から除外したことは、複数の点において立法者の重大な錯誤によるものであり、それゆえ、BGB 275条 2項 2文の BGB 275条 3項への適用についても排除されるものではない。<sup>(63)</sup>

#### 4 BGB 275条 2項における「債務者の責めに帰すべきでない給付障害」の理解

本稿において取り上げたダウナー・リーブ、エルンスト、カナーリスの理解については、BGB 275条 3項において債務者の帰責性を考慮すべきであるという点においては共通している。

もっとも、注意すべきであるのは、BGB 275条 2項の理解について異

---

(62) ZPO 888条 (不代替的作為)

1項 作為が第三者により実行することができない場合において、その作為がもっぱら債務者の意思によるものであるときは、第一審の受訴裁判所は、申立てにより、強制金により、それを取り立てることができない場合は強制拘禁又はその勧告により、債務者に作為を実行させる旨を命じることができる。各強制金は、25000ユーロを超えてはならない。強制拘禁に関しては、拘禁に関する第二章の規定を準用する。

2項 強制手段の戒告は、これを認めない。

3項 前二項の規定は、雇用契約に基づく労務を給付せよとの判決の場合については、これを適用しない。

(63) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.396.

なっていることである。具体的にいえば、債務者の責めに帰すべきでない給付障害において、ダウン・リースおよびエルストは、債務者を給付義務から解放すべきであるという理解を示している。これに対し、カナーリスは、債務者が給付義務から解放されるかどうかについては、あくまで当該規定の解釈により決まるものであり、債務者の帰責性の有無は、あくまで給付義務からの解放を判断する1つの考慮要素にすぎないという理解を示している<sup>(64)</sup>のである。

ダウン・リースおよびエルストによると、BGB 275条2項の場面において、債務者の責めに帰すべきでない給付障害であるときは、債務者は給付義務から解放されなければならない。契約においては、各当事者は合意によりリスクを引き受け、それに基づいて義務が設定される。したがって、債務者が給付障害のリスクを引き受けていなければ、債務者の責めに帰すべきではなく、債務者は給付義務から解放されなければならない。にもかかわらず、債務者に対して一定の努力や負担を要求することは、私的自治の原則に反することになる<sup>(65)</sup>。

---

(64) この点の詳細については、大原寛史「契約責任法の改正と履行不能——履行不能の判断基準と契約規範との関係性」加藤新太郎＝太田勝造＝大塚直＝田高寛貴編『加藤雅信先生古稀記念 21世紀民法学の挑戦下巻』（信山社、2018年）63頁以下、同「ドイツにおける事実的不能の位置づけ——債務者の費用負担と帰責性の関係を中心として」私法82号101頁以下（2019年）（以下、「私法」として引用）を参照。

(65) NK/Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.49), § 275 Rn.21ff., 48ff.; Münchener/Ernst, a.a.O.(Fn.54), § 275 Rn.106ff.

なお、この点に関する代表的な論者として、U・フーバーとピッカー（Eduard Picker）を挙げることができる。U・フーバーの理解については、Ulrich Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs.2 BGB neuer Fassung, in: Ingeborg Schwenzer und Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S.521, 566f. を参照。

ピッカーの理解については、Eduard Picker, Schuldrechtsreform und

他方で、カナーリスは、BGB 275条2項の場面において、債務者の責めに帰すべきでない給付障害であっても、債務者は当然に給付義務から解放されることにはならないと理解する。カナーリスによると、「契約は守られなければならない」という原理のもと、債務者は給付義務を負っ

---

Privatautonomie: Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs.2 und § 313 BGB, JZ 2003, S.1035ff. (以下, JZ 2003として引用); ders., Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungserschwerung nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht: zur Kritik der §§ 275 Abs.2 und 439 BGB, in: Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacobs/Dagmar Kaiser/Christoph Weber (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Tübingen 2006, S.687ff. (以下, FS Konzenとして引用) を参照。ピッカーによる講演の訳出として, 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, 2008年) 381頁以下 [初出は2006年] も参照。

なお, 関連するその後のピッカーの論稿として, Eduard Picker, Nachlieferung beim Stückkauf - Zu Grund, Gegenstand und Umfang der Leistungsverpflichtung, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S.583ff.; ders., Befreiung von der Primärleistungspflicht bei Leistungserschwerung - Zur (Wieder-) Eingliederung des Leistungsstörungenrechts in das System des Zivilrechts, in: Markus Artz/Beate Gsell/Stephan Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, S.1ff. などが挙げられる。

そのほか, ピッカーやU・フーバーと類似の理解のもと, 当事者の私的自治に反するものであるという視点から批判を加える代表的な論稿として, Tomas Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten: Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F., Tübingen 2004; Jan Wilhelm, Einrede des Verkäufers gegen die Leistungspflicht gem. § 275 Abs.2, § 439 BGB bei nachträglichem Verlust oder Beschädigung der Kaufsache - Vorrang der schuldvertraglichen Vereinbarung, DB 2004, S.1599f. などがある。これらの論稿については, 別稿において検討する。

ている。その給付義務の限界の判断基準について具体的に規定するのが、BGB 275条である。同条 2 項において、給付障害が債務者の責めに帰すべきでないという要素は、給付義務の限界に関する両規定における考慮要素の 1 つでしかない。債務者に帰責性が認められる場合であっても、給付拒絶権が認められる余地がある。給付義務の限界の判断に際して、債務者の帰責性の有無が機能しないわけではない。債務者に帰責性が認められる場合には、より大きな費用負担を求めるという帰結を導く役割を果たすことになる。<sup>(66)</sup>このような理解は、同条 3 項においても、当然に妥当する。<sup>(67)</sup>

### 結びにかえて

以上が、BGB 275条 3 項における債務者の帰責性の考慮をめぐる議論である。BGB 275条 3 項については、この債務者の帰責性の考慮の有無をめぐる議論の結果によるものである。また、債務法現代化後においては、その議論が継続するのみならず、それを中心として BGB 275条 2 項との関係性をふまえた解釈上の論争を呼んでいることが明らかとなる。

(66) Canaris, Unmöglichkeit (Fn.21), S.52f; ders., JZ 2001 (Fn.21), S.503; ders., Karlsruher Forum (Fn.21), S.21f. なお, BT-Drucks. 14/6040, S.130も参照。

さらに, Claus-Wilhelm Canaris, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernis nach § 275 Abs.2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, S.214ff. は, とりわけ特定物売買における場面を想定して, BGB 275条 2 項の背後には基本的な評価として履行義務の結果との関係性があり, その観点から自らの理論は正当化することができるものであると主張している。このカナリスの論稿は, 先に脚注において示したピッカーによる論稿 (Picker, JZ 2003 (Fn.65), S.1035ff.) に対する反論となっているものである。なお, このカナリスの論稿に対して, その後ピッカーにより再反論 (Picker, FS Konzen (Fn.65), S.687ff.) がなされている。

(67) Canaris, FS Cian (Fn.57), S.396.



## 1 ドイツにおける議論の整理および分析

### (1) ドイツにおける議論の整理

まず、本稿の検討において重要となる点について、整理しておく。

債務者が自ら提供しなければならない給付の場面をめぐる規定に関しては、政府草案の段階において、初めて登場する。事実的不能の場面のような債権者の利益と債務者の費用負担との比較衡量という客観的な判断構造のみではなく、たとえば労働契約における労務の提供などの債務者が自ら提供しなければならない性質の給付である場合において、債務者の個人的な状況についても要素として考慮することのできる構造も求められたことによるものである。

政府草案においては、事実的不能の場面に関する規定と同じく「不能を補完するもの」であるという位置づけのもと、RE 275条 2項 2文として挿入するかたちで規定された。RE 275条 2項 3文に規定する債務者の帰責性の考慮の有無については、政府草案の理由書によると、1文、2文いずれの場合においても、債務者が給付障害について責めに帰すべきでないことから、一般的に債務者が給付障害を克服する努力や負担をする必要がないという反対解釈は認められない。すなわち、債務者が自ら提供しなければならない給付の場合においても、給付障害に関する債務者の帰責性の有無が考慮されることになると示されていた。

ところが、債務者が自ら提供しなければならない給付の場合において、債務者が給付を拒絶することを正当化するにあたり給付障害に関する債務者の帰責性を考慮するとすれば、たとえば自らの責めに帰すべき事由により病気になってしまった労働者が自らの労働義務から解放されない、さらには労働義務を履行するためにより一層の努力および負担を義務づけられ、それを強制されるおそれが生じることになるという批判を受ける。激しい議論が展開された結果、債務者が自ら提供しなければならない給付に関する規定を独立の項として規定することになり、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮については除外され、現在のBGB 275条

3項の姿となっている。

以上のような経緯を経てBGB 275条 3項が制定されてからも、債務者の帰責性を考慮すべきかどうかについては、なお議論が展開されている。

債務者の帰責性の考慮を否定する見解は、政府草案に対する批判と同様、3項の制定経緯における議論の展開をふまえると、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるとき、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるため自らの給付義務から解放されない、さらにはより一層の努力を義務づけられる、強制されることを懸念する。

これに対して、肯定する見解は、BGB 275条 3項の制定経緯をふまえながらも、債務者の帰責性の考慮が排除されることによる不合理な帰結を懸念する。債務者が自ら提供しなければならない給付に際しても、その不利益がわずかな範囲にとどまる場合においては、その限りにおいて、BGB 275条 2項 2文も考慮することが必要であるという。もっとも、債務者の帰責性の考慮に関する文言が除外された経緯の理解については、論者によって異なる。

他方で、カナーリスによると、BGB 275条 3項は、債務者に対する給付の期待不可能性に焦点をあわせたものである。もっとも、債務者が自ら提供しなければならない給付であることから、債務者はたやすく自らの給付義務から解放されるということにはならない。当該規定の制定経緯からすると、債務者の帰責性の有無の考慮を排除する趣旨によるものであるが、それは誤解を避けるためである。BGB 275条 2項 2文は、一般化の可能性のある法思想を含むものであり、BGB 275条 3項においても妥当する。したがって、BGB 275条 3項においても、BGB 275条 2項と同様に、債務者の帰責性は考慮すべきである。

BGB 275条 3項においても同条 2項と同様に債務者の帰責性の考慮を肯定する点において、ダウナー・リーブ、エルンスト、カナーリスの

理解は共通しているということが出来る。もっとも、債務者の責めに帰すべきでない給付障害の場面における BGB 275 条 2 項の理解については、ダウンナー・リープおよびエルンストと、カナーリスとはまったく異なっていることを意識しなければならない。

## (2) ドイツにおける議論の分析

以上の議論における各論者による自らの理解の正当化にあたっては、BGB 275 条 3 項の制定経緯から、当該規定の趣旨とともに、同条 2 項との関係性を意識した理論構成がなされていることを指摘できる。この議論を分析するにあたって、本稿における検討対象との関係においては、とりわけ次の3つが重要であるということが出来る。

第一に、BGB 275 条 3 項の制定にあたって債務者の帰責性の考慮に関する内容が削除された経緯である。給付を自ら提供しなければならない債務者に対してそれを強制することになりはしないかという懸念によるものであった。

この点について、BGB 275 条 3 項における債務者の帰責性の考慮について否定する見解と肯定する見解とでは、次のような理解の相違を指摘することができる。すなわち、前者は、上記の懸念を払拭するための削除である以上、債務者の帰責性を考慮すべきではないと理解する。これに対して、後者は、制定経緯における削除の趣旨は認めつつも、完全に債務者の帰責性の考慮を否定するものではないと理解するのである。後者がそのような理解を示すのは、制定経緯においても、「給付義務の限界」という観点からすると、いかに債務者が自ら提供しなければならない給付の場面であっても、事実的不能の場面に比して、債務者が自らの給付義務から容易に解放されることがあってはならないという理解が根底にある。

第二に、両規定の比較衡量の判断基準の異同について、各論者が強く意識をしていることが読み取れる。この点については、第一の理解の相

違が、第二の理解に強く影響を及ぼしているということができる。

本稿において取り上げた論者によると、比較衡量の判断基準については、BGB 275条3項においても、同条2項と同様に理解すべきであるとほするものの、結果として異なることになることと理解しているようである。その理由としては、制定経緯における債務者の個人的な事情の考慮の必要性、それによる規定の文言上の相違が挙げられる。

もっとも、債務者の帰責性の考慮を肯定する理解においては、「給付義務の限界」に関する両規定である以上、BGB 275条3項の場面において、同条2項の場面に比して給付義務からの解放のハードルが著しく低くなるべきではないということを重要視していることを指摘できる。この内容こそが、まさにその肯定という結論に傾かせている大きな要因であるということができるであろう。

第三に、債務者の責めに帰すべきでない給付障害の場面におけるBGB 275条2項の理解の相違である。この相違は、債務者の給付義務と帰責性に関する理解の相違によるものであるということができる。

債務者の給付義務からの解放を認める理解によると、契約においては、各当事者は合意によりリスクを配分しているという観点から、給付義務を捉える。すなわち、リスクを引き受けたことにより、それに基づいた義務が設定されるという理解である。その配分において債務者が給付障害のリスクを引き受けているかどうか、債務者の帰責性の有無の判断基準となるのである。したがって、ある給付障害のリスクを債務者が引き受けていないときは、それは債務者の責めに帰すべきではないことになり、債務者は給付義務から解放されることになる。

これに対して、債務者は当然に給付義務から解放されないとする理解によると、「契約は守られなければならない」原理より、債務者は、原則として自らの債務を履行しなければならない。契約において合意した内容や結果を実現させなければならないものとして、給付義務を捉える。その原則を凌駕することになるのが、「給付義務の限界」に関する各規

定である。BGB 275条 2項においては、債務者の給付義務からの解放の判断にあたって、債務者が給付障害を克服するためにどの程度の努力や負担を要するかという問題は、債務者の帰責性の有無が考慮され、債務関係の内容に基づいて確定される。債務者の帰責性の有無については、あくまで給付義務からの解放の判断における考慮要素の1つであると位置づける。したがって、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においても、上記の結果との関係性から、債務者に対して給付障害を克服する努力や負担が要求されるため、債務者は当然に給付義務からは解放されない。

以上のような理解は、BGB 275条 3項において債務者の帰責性の考慮を肯定するにあたって、次のようにあらわれている。

債務者の給付義務からの解放を認める理解においては、債務者の給付義務および帰責性は、債務者が給付障害のリスクを引き受けているかどうかが決定的な基準となる。したがって、BGB 275条 3項においても、債務者が給付障害のリスクを引き受けていない以上は、その給付障害は債務者の責めに帰すべきでなく、債務者は給付義務から解放されなければならない。逆に、債務者が給付障害のリスクを引き受けているのであれば、その給付障害は債務者の責めに帰すべきであり、それを考慮することになる。結果、債務者の責めに帰すべきでない給付障害の場合と比して、債務者は給付義務から解放されにくくなる。

BGB 275条 3項における債務者の帰責性の考慮は、第二の点において述べたように、まさに当該規定において「給付義務の限界」のハードルが低くなってしまうことに対する懸念によるものであった。その懸念を、債務者の帰責性の考慮、とりわけ債務者の責めに帰すべき給付障害の場合に考慮することにより、払拭しようとするものである。

これに対して、債務者は当然に給付義務から解放されないとする理解においては、給付障害に関する債務者の帰責性は、債務者の給付義務からの解放の判断における考慮要素の1つである。その考慮について、当

該給付障害について責めに帰すべきでない債務者は、その障害の克服の必要性に直面したときはより容易に保護を受けるに値する。他方で、当該給付障害について責めに帰すべきである債務者は、責めに帰すべきでない債務者に比して、それほど保護に値するとはいえない。

このように、債務者の帰責性の有無は、「給付義務の限界」の判断に際して、まさに「債務者にどこまでの負担を義務づけるか」という点において大きな役割を果たすものであると理解するのである。その理解からすれば、BGB 275条3項においても、債務者の帰責性の有無の考慮を求めることは必然となる。

## 2 「不能」の判断における債務者の帰責性の考慮

先に債務法現代化を果たしたドイツにおける議論の分析をふまえると、日本の改正民法は、何を読み取り、今後議論すべきであるといえるであろうか。

少なくとも、改正民法の規定における「不能」については、そこに含まれることになる場面ごとに判断基準を構築していく必要があると考えられる。この一元化された「不能」には、すでに述べたように、様々な場面が含まれることになる。それは、いかなる場面において「債権者の履行請求が認められない」という観点から「履行請求権の限界」として再構成されたことによるものであり、「不能」という文言を用いた「履行請求権の限界」の問題である。想定されている各場面においては、債権者がもはや履行を請求することができないという結論を導くための正当化根拠が異なる。ドイツは、まさにこの点を意識して、給付義務の排除の場面を個別規定により対処している。改正民法においては、それを「契約」などに照らして判断することにより正当化する。そうであれば、その判断においては、先に述べたように、各場面に応じてどのような要素がどのようなかたちで考慮されるべきかについて検討することが求められる。<sup>(68)</sup>

このような理解からすると、たとえば、その「不能」の一場面とされる「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面」の判断においては、債務者の費用負担における帰責性の有無を考慮する余地がある。従来「不能」の場面において、一般的に債務者の帰責性を考慮することはなかった。たとえば物理的不能の場合に「履行請求権の限界」を画するのは、「不可能なことはできない」という観点である。その正当化根拠からすると、「履行請求権の限界」の判断に際して、不能を生じさせたことに対する債務者の帰責性の有無を考慮する余地はない。他方で、事実的不能の場合に「履行請求権の限界」を画するのは、給付の不均衡性という観点である。「不可能なことはできない」場面ではないにもかかわらず、契約に照らして「給付の不均衡性」から債権者による履行請求を認めるべきではないと判断する枠組みである以上、債権者の履行請求を妨げる状況の発生に関する債務者の帰責性の有無については、費用負担との関係において考慮する余地が十分に<sup>(68)</sup>ある。このことは、債務者が自ら履行をしなければならないような場面においても妥当する。たしかに、ドイツにおける議論と同様に、その特殊な点を考慮することを求められる可能性は否定できないものの、「不可能なことはできない」場面ではないにもかかわらず、契約に照らして債権者による履行請求を認めるべきではないと判断する枠組みであることは変わらないからである。

以上のような理解からすると、債権者の履行請求を妨げる状況の発生に関する債務者の帰責性の有無については、債務者が自ら提供しなければならない給付の場面においても、同様に考慮する余地があると考えら

---

(68) この点については、大原寛史「民法改正法案における『履行請求権の限界』と『不能』——『債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面』を中心に」神戸学院法学46巻3=4号497頁以下(2017年)、同・前掲注(64)私法107頁を参照。

(69) 大原・前掲注(64)私法107頁を参照。

れる。その考慮にあたっては、ドイツにおける議論の次の点を意識する必要がある。すなわち、BGB 275条3項による債務者の給付義務からの解放の判断基準が同条2項のそれと比して著しく低いものであってはならないという理解については、ニュアンスや程度の相違はあるものの、債務者の帰責性の考慮の肯定否定の立場を超えて共有されていたということができる点、および、肯定する見解は、まさにその理解に対応するかたちで債務者の帰責性を関連づけ、機能させようとしている点である。

もっとも、日本における改正民法は、ドイツのように明文により個別の規定を設けているわけではない。あくまで、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」という文言の解釈のもとでなされることになる。事実的不能の場面においては、ドイツにおいてはBGB 275条2項という明文の規定があり、そこにおける債務者の給付義務からの解放基準は、改正民法において「不能」の一場面として把握されることになる「債権者の利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面」である<sup>(70)</sup>ということができた。しかしながら、債務者が自ら提供しなければならない給付の場面については、その特殊性ゆえか、これまで正面から検討がされてきたとはいえない。そうであるとすると、その「不能」の判断において、ドイツにおけるような考慮要素および判断基準がそのまま妥当するののかという点については、なお検討が必要で

---

(70) もっとも、本稿においては検討の直接の対象とはしていないものの、この類型について「不能」と評価すること自体の是非も問題となりうる。この点につき懐疑的な態度をとるものとして、山本・前掲注(3)8頁以下、否定的な態度をとるものとして、坂口甲「ドイツ法における後発的不能論の成立と展開(1)(4・完)——プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで」法学雑誌63巻2号524頁以下、3号820頁以下、4号1174頁以下、64巻3号882頁以下(2017年・2018年)、とりわけ(4・完)827頁以下、信義則を根拠とする給付拒絶の問題として捉えなおすものとして、山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号129頁以下(2017年)、とりわけ187頁以下を参照。この点については、別稿において検討することを予定している。



<sup>(71)</sup>  
ある。

そうであるとしても、まさにドイツにおける議論が意識をしていた「給付義務の排除」という観点から、その基準として、BGB 275条3項が同条2項に比して著しく緩やかなものとなつてはならないという発想は、日本の改正民法においても、その解釈にあたって有益な示唆を与えるものであるといえることができる。すなわち、一元化された「不能」の解釈において「履行請求権の限界」の各場面が把握されることとなつても、その各場面に対応するかたちで考慮要素が検討されなければならない。そのうえで、契約などに照らして債権者による履行請求を認めるべきではないという判断を導くにあたっては、履行を妨げる状況の発生に関する債務者の帰責性の有無を考慮することにより、「履行請求権の限界」の判断をめぐる各場面において不当な差が生み出されることの回避に資するといえる。債務者の帰責性の考慮の程度およびその理論的正当化については、ドイツの議論においてもみられるように、給付義務およびその発生原因である契約の理解との関係性をふまえて検討することが求められる。

もっとも、そのように理解するとしても、ドイツにおける議論において、BGB 275条3項においては債務者の帰責性の考慮を否定する立場が強く主張していたように、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるときは、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるため自らの給付義務から解放されない、さらにはより一層の努力を義務づけられる、強制されるという懸念については、日本の改正民法の解釈においても、債務者の人格的拘束の程度を考慮する観点からすると、注意が払われなければならないといえる。まさにドイツにおける

---

(71) この点について、BGB 275条3項における考慮要素および判断基準をめぐる議論が日本においてどのように理解することができるかについて若干の検討を試みるものとして、大原・前掲注(8)期待不可能性(2・完)156頁以下を参照。

否定的な立場が懸念するように、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるからといって、常に給付義務から解放されず、給付にあたって一層の負担を義務づけられる、給付を強制されるという結論を導くべきではない。あくまで、「契約その他債務の発生原因及び取引上の社会通念」のもとで、「不能」の判断の一要素として位置づけられ、債務者の帰責性との関連を意識したうえで考慮がされなければならないであろう。

### 3 残された課題

本稿の検討において、以上のように理解することができたとしても、課題は多く残されている。とりわけ、「不能」の各場面において実際にどのような相違が問題として生じるか、債務者の帰責性をはじめとする各考慮要素がどのようなかたちで機能することにより、それを解消することができるのかについては、未検討である。その検討に際しては、本稿の検討における BGB 275 条 2 項と 3 項との関係性、さらにはその議論においてみられた各論者の契約における義務の負担および帰責性の理解をめぐる相違が 1 つのアプローチとなりうると考えられる。別稿において検討することを予定している。