

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	ドイツ法における後発的不能論の成立と展開(3)：プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで
Author	坂口, 甲
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 63 巻 4 号, p.1174-1117.
Issue Date	2017-12
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	10.24544/ocu.20190109-001

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈論 説〉

ドイツ法における後発的不能論の 成立と展開（3）

——プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで——

坂 口 甲

目 次

- 第1章 はじめに
- 第2章 18世紀の自然法とプロイセン一般ラント法
- 第3章 19世紀のパンデクテン法学とドイツ民法典の成立
 - 第1節 19世紀前半の議論状況
 - 第2節 サヴィニーの不能論（以上、63巻2号）
 - 第3節 モムゼンの不能論（以上、63巻3号）
 - 第4節 モムゼンの不能論の受容
 - 第1款 ヴイントシャイトの不能論
 - 第2款 ドレスデン草案
 - 第5節 ドイツ民法典
 - 第1款 部分草案
 - 第2款 ドイツ民法典の成立
 - 1. 債務者の責めに帰すべき事由による不能（以上、本号）
 - 2. 債務者の責めに帰することができない事由による不能
 - 3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能
 - 第3款 小 括
- 第4章 ドイツ法のまとめと日本法の検討
 - 第1節 ドイツ法のまとめ
 - 第2節 日本法の検討

一一七
四

第4節 モムゼンの不能論の受容

第1款 ヴイントシャイトの不能論

モムゼンの後発的不能論の骨格部分は、1865年に刊行されたヴィントシャイトのパンデクテン教科書第2巻第1分冊の中に受容された。ここでは、その点を確認していこう¹⁶⁹⁾。

1. 客観的不能と主観的不能

(1) 客観的不能と主観的不能の区別

ヴィントシャイトも客観的不能と主観的不能の区別を支持する。そのうえで、「後発的不能の場合には、それが客観的不能であるか主観的不能であるかは重要でない」と述べる (§ 264 (S. 47))。履行困難という障害類型に主観的不能という言葉を当てたサヴィニーの不能論では、この区別は特に重要であった。なぜなら、後発的客観的不能とは異なり、後発的主観的不能は事変とは結び付かず、債務者が免責される余地がなかったからである。これに対して、ヴィントシャイトは、後述するように、モムゼンの不能論に従い、いずれの場合にも債務者が免責される余地を認めたので、両者の区別は重要ではないことになる。

(2) 主観的不能の意味

主観的不能が履行困難を意味していることは、モムゼンの不能論と共通していると考えられる¹⁷⁰⁾。なぜなら、履行困難を含むことが容易に想起される遅

169) この第1款では、Windscheid, Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101) からの引用箇所は、本文中にセクションの番号と頁数で示す。

170) ヴイントシャイトは、モムゼンの論文 (Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83)) の書評の中で、「不能が主観的なものにすぎないにもかかわらず債務者が解放されるのは、債務者が契約を締結したことの基礎となった事情が債務者の責めに帰することのできない事情により変動したことにその不能が起因しているからである (der Schuldner ist trotz der bloßen Subjectivität der Unmöglichkeit frei, weil sie auf einer von ihm unverschuldete Veränderung der factischen Verhältnisse beruht, auf Grund deren er contrahirt hat)」と述べる (Bernhard Windscheid, Besprechung zu Friedrich Mommsen, „Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 2, ↗

滞が不能とされているだけでなく、金銭債務者が弁済できないこと（Zahlungsunfähigkeit）も不能に含まれているからである（§ 277 (S. 72)¹⁷¹⁾。モムゼンによれば、主観的不能の存否を判断する際に、債務者が履行困難を克服することが容易かどうかは考慮されない。ヴィントシャイトがこの点をどのように考えていたかは、判然としない¹⁷²⁾。

2. 免責事由

(1) 免責事由としての不能

ヴィントシャイトは、次のように述べて、無責の不能を明確に免責事由に位置づけた。すなわち、「原告は債権を援用し、その債権の成立を証明しなければならない。被告は、この債権が給付の不能によって消滅したことを主張して対抗する。しかし、何らかの給付の不能が発生していれば、いかなる場合にも債権が消滅するわけではない。したがって、被告は、不能が必要な形で（in der erforderlichen Weise）生じたことを証明しなければならない」（§ 265 (S. 52) Fn. 17)。ここで「必要な形で」というのは、具体的には、「債務者に敗訴判決を命じるのに必要な種類の有責性なしに」（§ 265 (S. 51 f)）という意味だと考えられる。ヴィントシャイトは、次のようにも言う。後発的不能において「債務者に有責性がないときは、債務者は解放される」（§ 264 (S. 47)）。

↘1855, S. 110)。

171) 遅滞、特に金銭債務者が弁済できない事例は、中世における典型的な履行困難事例であった。当時の議論では、この場合に債務者が免責されるかどうか争われた（Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 47 f.; HKK/Lohsse, a.a.O. (Fn. 103), §§ 286-292, Rn. 23 f.)。

さらに、客観的不能と主観的不能の区別が扱われる際に、客観的不能に当たる自然の障害（impedimentum naturale）と、履行困難に当たる与える能力（facultas dandi）との区別に言及されていることも、ヴィントシャイトが主観的不能を履行困難と見ていたことの根拠として挙げることができるだろう（Windscheid, Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101), § 264 (S. 46) Fn. 1. 自然の障害と与える能力の区別については、本章第2節第1款2を参照）。

172) ヤコプスは、次のように主張する。すなわち、ヴィントシャイトにとって、給付を妨げる障害を克服することが債務者にとって主観的に不能であったかどうかは決定的ではなく、ひとたび存在していた給付可能性を債務者が喪失したことが必要であり、また、それだけで十分である（Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 142)。

また、彼は、従来の事変概念が無責の不能に置き換えられたことも明らかにしている。すなわち、「債務者が事変について責めを負わないという法命題……〔は、〕……不能に関して債務者に有責性がない場合に債務者が責任を負わないという消極面を言っているにすぎない」（§ 264 (S. 47)）。

(2) 遅滞の免責事由

さらに、遅滞の免責事由としても、無責の不能が挙げられている。すなわち、「適時に給付することが債務者にとって不能になったと債務者が主張する場合、その障害が後発的に生じたときは、債務者がその障害について有責かどうかを区別されなければならない」（§ 277 (S. 72)¹⁷³⁾。

(3) 無責の不能を免責事由とする理由

ヴィントシャイトが無責の不能を免責事由に据えた理由は、明らかではない。モムゼンが主張するような履行可能不能二分論をヴィントシャイトが前提としていたことを裏付ける証拠も見当たらない¹⁷⁴⁾。

173) Windscheid, a.a.O. (Fn. 170), S. 112 f. も参照。

ヴィントシャイトは、モムゼンとは異なり、金銭債務者が弁済できないことも、それが無責の事変 (unverschuldete Unglücksfälle) により招来されたときは、無責の事変を免責事由と見なければならないとする (Windscheid, Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101), § 277 (S. 72))。

174) ヴィントシャイトは、債務転形事由として、不能のほかに履行拒絶 (Weigerung) を挙げている (本款 3(1)を参照)。したがって、彼も、履行拒絶 (履行可能) と履行不能の二分論を前提としていたと見る余地がないわけではない。そのような二分論が前提とされていたとすれば、履行拒絶事例において、債権者が債務者に対して現実的履行を訴求し、債務者有責の判決が出されたにもかかわらず現実的履行が実現されない場合、債務者の有責性の存否を吟味するまでもなく債権の内容が填補賠償へ転形することになるだろう (本章第3節第6款3を参照)。たしかに、ヴィントシャイトは、債務者が債権者の請求に従わないときは、債権者は、債務者を裁判に訴える (den Richter anrufen) ことができると述べたうえで、敗訴判決を受けた債務者がそれでもなお給付を拒絶するときに、債務者が一定の不利益を受けるかどうかを論じる。しかし、債務者が有責に履行拒絶したかどうかを改めて吟味することなしに債務者が填補賠償債務を負担することは、その不利益の例として挙げられていない。むしろ、その不利益の例として最も争いが少ないものの1つとして挙げられているのは、保証人が保証債務の存在自体を否定した (leugnen) 場合に、その保証人が分別の利益も検索の抗弁も失うという事例である (Windscheid, ⚡

3. 債務転形論

(1) 概 要

ヴィントシャイトも債務転形論を主張する。すなわち、債権は、その存在を失わずに、転形することがある。そのような転形（Umgestaltung）は、その内容、すなわち、債権によって債務者が義務付けられている給付に関して生じうる¹⁷⁵⁾。内容の転形（Änderung）として考えられるのは、何かが給付の内容に付け加わること、何かが給付の内容から取り除かれること、または、従来の給付内容が別の給付内容になることである。このような内容の転形は、訴訟の開始および判決、債務者の履行拒絶、給付の不能、遅滞の結果として生じる（§ 327 (S. 219 f.)¹⁷⁶⁾。

そのうち、後発的不能については、次のように述べられている。「債務者に有責性（Schuld）があるときは、債務者は、金銭的等価物の給付、詳しく言えば、債権者の利害関係分の給付を義務付けられる」。「その際に生じる法的関係は、給付の不能が生じたことによって既存の債権が消滅し、同時に、債務者の有責性（Verschuldung）によって債務者に対する別の債権が基礎づけられるというように考えられるべきではない。むしろ、現に存在する債権はこれまでの債権である。それは、これまでの債権に認められる法的性質（rechtliche Bestimmtheiten）がすべて失われまいという点で、実用的（praktisch）であることが明らかである。たとえば、物的担保（Pfand）、保証、破産時の優先権、遅滞、相続人への移転などである。不能が単に主観的であるときは、債権の内容に法的には何ら変化が生じない。債務者は、依然として、本来の給付を義務付けられる。金銭的等価物を債務者に請求することができるのは、非常手

↘Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101), § 262 (S. 41), § 263 (S. 43 f.))。したがって、ヴィントシャイトがモムゼンの履行可能不能二分論を前提としていたとは考えにくい。

175) 債務転形は、給付の内容に関して生じうるほか、債権の主体に関しても生じうる（Windscheid, Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101), § 328 (S. 222)）。

176) 本文中に挙げた債務転形事由のほか、利益（Gewinn; commodum）が生じた場合に、これが債権の内容になるかどうか、つまり、債務が転形するかどうかの問題とされている。

段にすぎない。しかし、不能が客観的であるときは、本来の給付に向けられた債権は、現在の状態であればその債権が存在できなかったと考えられるのと同様に、存続することができない。それは、転形された内容でもって存続する」(§ 264 (S. 47 f))。

(2) 特 徴

(1)で紹介したところから分かるように、ヴァイントシャイトは、サヴィニーのように故意や過失を転形事由とするのではなく、明確に不能を転形事由に据えた。そのうえで、後発的不能に関して言えば、有責な主観的不能では転形が生じず、有責な客観的不能では転形が生じるとする。その結果、給付が債務者の責めに帰すべき事由によって客観的に不能となれば、その時点で債権の本来の内容が填補賠償請求権へ転形する。これは、「履行されなければならない時」に転形が生じるとするモムゼンの転形論とはまったく異なる¹⁷⁷⁾。しかも、モムゼンが証明責任の観点から債務転形論を主張したのに対して、ヴァイントシャイトは、転形前の債権が有している法的性質が填補賠償請求権になった後も失われないことが実用的であることを理由にそれを主張した¹⁷⁸⁾。

(3) 債務転形（履行請求権の限界）と免責事由との関係

ヴァイントシャイトによれば、債権者が債務者に対して現実的履行を求めて訴えを提起した場合、債務者は、履行が客観的に不能であることを証明すれば、現実的履行を命じる敗訴判決を免れる。しかし、その不能が債務者の責めに帰

177) ヴァイントシャイトは、モムゼンの論文 (Mommson, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83)) の書評の中で、履行の不能が生じた後も債権者が債務の本来の内容を請求できるのは、正しくないと明言する。債務の本来の内容は履行することができないのだから、債権者は本来の内容を請求することができず、その代わりに、金銭等価物を請求することになるという (Windscheid, a.a.O. (Fn. 170), S. 128)。

178) モムゼンとは異なり (本章第3節第4款3(2)アを参照)、ヴァイントシャイトによれば、債務不履行を理由に債務者に対して損害賠償を請求する債権者は、債務者の故意または過失を証明しなくてよい。むしろ、債務者が免責事由を証明しなければならない。なぜならば、給付の「金銭等価物は、……債務から直接に出てくるもの (die unmittelbare Folge seiner Obligation)」だからである (Windscheid, a.a.O. (Fn. 170), S. 128; Albers, a.a.O. (Fn. 92), 2. Kap. II. 2. b.)。

することができない事由によって生じたことを債務者が証明できなければ、債権者は損害賠償を命じる敗訴判決を免れない¹⁷⁹⁾。この場合には、債権の内容は填補賠償へ転形する¹⁸⁰⁾。

これに対して、履行が客観的に不能であることを債務者が証明できなければ、次のようになる。一方で、債務者がその責めに帰することができない事由によって主観的不能が生じたことを証明すれば、現実的履行を命じる敗訴判決を免れる。この場合には、債務者は債務から解放されるから（§ 264 (S. 47)）、債権の内容を実現する義務も損害を賠償する義務も負わない。他方で、債務者がそれを証明できなければ、現実的履行を命じる敗訴判決を免れない。この場合、客観的不能は生じていないから、填補賠償債権への債務転形は生じない¹⁸¹⁾。

以上のように、ヴィントシャイトは、客観的不能だけではなく、無責の主観的不能を履行請求権の限界事由に据えた。彼が損害賠償責任の免責事由としたのは、無責の不能である。したがって、ヴィントシャイトの不能論では、履行請求権の限界事由を客観的不能としたサヴィニーの不能論と、履行請求権の限界事由および免責事由を無責の不能としたモムゼンの不能論が融合している。

4. 危険負担

(1) 危険負担の債権法上の位置づけ

ヴィントシャイトのパンデクテン教科書が出版される前に刊行されていた¹⁹

179) 債務者が客観的不能を証明した場合に、債権者が請求内容を損害賠償請求へ変更する必要があったかどうかは、不明である。

180) Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 230 f.; Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 121 も参照。

181) この場合において、現実的履行を命じる判決が執行できないときに、債権者が金銭評価手続で填補賠償を請求できたかどうかは明らかでない。ヴィントシャイトが「実体法上の権利の構造を、訴訟と離れて、自足的なものとして構成しようとした」点を考慮すれば（奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社・1979年・初出1957年）56頁）、金銭評価手続で填補賠償を請求できるとするためには、執行不能を理由に主観的に不能な本来的請求権が転形すると考えなければならないだろう。ヴィントシャイトは、次のようにのみ述べる。主観的不能について債務者に有責性が認められる場合に、「債務者から金銭等価物を取り立てることは、非常手段（Notbehelfe）にすぎない」（Windscheid, Pandektenrecht 1865, a.a.O. (Fn. 101), § 264 (S. 48) Rn. 7)。

世紀半ばの代表的なパンデクテン教科書では、弁済や相殺などと同様に債務の消滅原因として給付の不能が挙げられ、給付の不能の中で危険負担が論じられていた¹⁸²⁾。これに対して、ヴィントシャイトは、第1章「債権一般」、第5節「債権の成立」、A「法律行為」、2.「契約」、d.「契約の性質」の中で、双務契約に関する特則として危険負担を論じた (§ 321 (S. 203 ff))¹⁸³⁾。このようにして、危険負担の体系的位置は、債務の消滅原因から双務契約の性質の個所へ移された。

(2) 危険負担と不能との連結

危険負担の原則は、次のように説明される。契約締結当事者の一方の債務が債権者を満足させることなく消滅した場合には、もはや拘束されない当事者は、その債務を履行する必要がないのだから、反対給付を請求することもできない (§ 321 (S. 204))。これだけを見れば、ヴィントシャイトが危険負担を不能から切り離したような印象を受ける。しかし、売買契約における危険負担を論じる個所では、次のように述べられている。売主にとってその有責性 (Schuld) なく目的物の給付が不能となったときは、買主は売買代金を支払わなければならない¹⁸⁴⁾。したがって、ヴィントシャイトのもとでも、モムゼンの見解と同様に、危険負担は不能に結び付けられていたと言うことができる。

182) Puchta, aa.O. (Fn. 85), § 302; Ludwig Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 2. Aufl., München 1855, § 275. なお、プフタの場合、本文では小見出しが「債務の内容の前提が脱落することによる債務の消滅」となっているのに対して、目次ではそれが「給付の不能、主たる債務の無価値化、消滅」となっている。

183) 危険負担の体系的位置が債務の消滅原因から双務契約の性質へ変更されたのは、19世紀の半ばを過ぎて、サヴィニーにより、双務契約の牽連性に相当する見解が主張され、それにヴィントシャイトが賛同した (Windscheid, Pandektenrecht 1865, aa.O. (Fn. 101), § 312 (S. 204) Fn. 16) ことに起因するものだろう。サヴィニーは次のように述べる。双務契約の本質は、「2つの債務が不可分に結合していると考えなければならない点に」ある。「その結果、他方のためにのみ一方が存在し、他方とともに一方が存在すると考えなければならない。それ故に、その両方が同一の法関係の半分ずつを構成する」(Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 2, aa.O. (Fn. 88), S. 12 f.)。

184) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2/2, Düsseldorf 1866, § 390 (S. 82), § 389 (S. 80).

第2款 ドレスデン草案

モムゼンの不能論は、ドイツ民法典における債務法の内容形成に強い影響を与えたドレスデン草案（ドイツ一般債務法の第二草案）にはほぼ忠実に受容された。以下では、ドレスデン草案の議事録を手がかりとして、後発的不能に関する規定の成立過程を辿ってみよう¹⁸⁵⁾。

1. 債務者の責めに帰すべき事由による不能

(1) 第一読会

債務者の責めに帰すべき事由による後発的不能の原始規定に当たるのが、準備委員会提案276条である。

■準備委員会提案276条 債務者が自ら負担する債務を有責（Verschuldung）に履行せず、または、適切に履行しないときは、債権者に対して損害賠償を給付しなければならない。

この提案は、1863年9月10日の第64回会議で審議された。議事録には、次のように記録されている。「債務不履行の効果が問題となる事例では、債務の履行が可能であるのに債務者に履行する意思がないのか、それとも、不履行の原因が給付の不能にあるのかを区別しなければならない」。準備委員会提案276条から280条は、「債務者が負担する債務を給付が不能であるために履行できない事例にのみ関連する」。準備委員会提案は、「債務者に単に履行する意思がない事例についてまで債務不履行の効果を定めることを一般的にしなかった」。「債務関係に関連して、不履行の効果に関する規定について出発点とされるのは、債務の内容が債務に基づく請求と原則として完全に一致し、かつ、債務の変更が遅滞の発生によって初めて生じるということである」（S. 855）。

報告者（ジーベンハール（Eduard Siebenhaar））によれば、準備委員会提案276条の文言は、二つの意味で解釈される可能性がある。「なぜなら、その文

185) Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Dresden 1864. この第4節第2款では、本書の引用箇所は、本文中にその頁数をもって示す。

言は、不履行の事例において、本来の給付に向けられた債務が損害賠償の給付に向けられた債務へあたかも転形すると解することもできるからである。しかし、事情はそうではない。むしろ、請求は、何よりもまず、債務者が本来負担する債務の履行へと常に向けられていなければならない。これに対して、損害賠償の給付に向けられた債務は、本来の債務が履行されるに至らなかった場合に限って生じる」(S. 858)。

準備委員会提案276条は、編集委員会の審議等を経て、第一草案281条となった。

■第一草案281条 債務者が自ら負担した債務を有責に (aus Verschuldung) 履行しないときは、履行に向けられた債務を害することなく、債権者に損害賠償を給付しなければならない。

この第一草案281条は、第1章「債務関係総則」、第3節「債務関係の効力」、第2款「債務不履行の効果」の冒頭規定である。

(2) 第二読会

1866年1月29日の第287回会議では、第一草案281条に対して、以下の修正案が提出された (S. 4164)。

■修正案 債務者が自ら負担した債務を有責に (aus Verschuldung) 全部または一部履行しないときは、債務不履行により——282条の通り——債権者に対して〔損害賠償を〕給付しなければならない (以下略)。

ア 修正案に対する反対意見

この修正案に対して、委員の1人は、「履行に向けられた債務を害することなく」という文言が削除されていることを理由に、異議を唱えた。なぜなら、2つの実際的な理由から、この文言を重視すべきだからであるという。

第1に、かつての支配的な実務では、債権者が履行を求めて訴えを提起した場合、被告に有責性 (Verschuldung) があつたとしても、被告が自分にとって給付が不能となったことを証明したときは、訴えは退けられたところ、この

ような実務に逆戻りすることは、回避すべきである。すなわち、当該文言を削除したとすれば、後発的不能が存在する場合には、債権者は履行ではなく直ちに損害賠償を求めて訴えを提起しなければならないと、本条から推論される可能性がある。

第2に、被告の責めに帰すべき事由によって不能となったことが訴求されている場合には、それにもかかわらず、履行を求める訴えが形式的には許されるべきである。なぜなら、債務者の有責性によって債権者がより不利な状態に置かれることは、許されないからである。原告の請求が直ちに損害賠償に向けられなければならないとすれば、原告は、それを証明するという困難な状態に陥るだろう。

修正案とは異なり、被告の責めに帰すべき事由によって給付が不能であるにもかかわらず、被告に給付が命じられ、給付の有責な不能を理由とする損害の賠償（Regulierung）を執行の問題として取り扱うならば、原告は衡平に合致した状態に置かれる。第一草案281条の文言は、たしかに、この意図を厳密には表現していないけれども、少なくとも、前述の手続を今後も維持する手がかりを与えている（S. 4165）。

イ 修正案の提案者による反論

これに対して、修正案の提案者は、次のように述べた。修正案に反対する委員は、債務者の有責な給付の不能が債務関係の存続に影響を与えないことを出発点に置いている。債務の内容を形成する給付が債務者の有責性によって不能となったにもかかわらず、債務者の債務が存続し、債務者は、当然のことながら、自己の有責性によって解放され得ない。同委員が修正案の中になんと言っている文言が表現しているのは、このことのみである。給付の不能が生じたにもかかわらず、債権者が訴えを履行に向けることが許され、したがって、債務者に履行を命ずる判決が下され、損害の証明を執行手続へ押しやるべきなのか、それとも、債権者が惹起された損害の賠償へ請求を直ちに求めるべきなのかは、別の問題である。修正案の提案者は、後者が正しいと考えているが、このことはここでの問題ではない。これに対して、債務者に有責性のある給付の不能が

債務者の債務を変動 (alterieren) させず¹⁸⁵⁻¹⁾、その有責性が債務者を解放しないという法命題を維持することには、異論はない。ただし、履行の不能が生じた後に、履行に向けられた債務 (Verbindlichkeit zur Erfüllung) が存続すると言うことはできない (S. 4165 f.)。

ウ 審議結果

最終的に、第一草案281条の文言は、ザクセン民法典721条 (注194に対応する本文を参照) に倣って変更された。変更後の規定が、ドレスデン草案273条1文に相当する。これは、第1章「債務関係総則」、第3節「債務関係の効力」、第3款「債務不履行の効果」の冒頭規定である。

■ 第二草案 (ドレスデン草案) 273条¹⁸⁶⁾ 債務の履行が債務者の有責性 (Verschuldung) によって全部または一部不能となったときは、それにもかかわらず、その債務は存続し、かつ、債権者は、債務不履行によって自己に直接的または間接的に惹起された財産的喪失 (Vermögensverlust) および逸失利益に関して、223条および224条の規定に従い¹⁸⁷⁾、損害賠償を請求することができる。(第2文略)

(3) 小 括

ドレスデン草案273条の審議過程からは、以下のことが分かる。

ア 履行可能不能二分論

ドレスデン草案では、モムゼンによって重視された履行可能不能二分論が正しく理解されたうえで、履行が可能な場合、すなわち、履行が可能であるにも

185-1) 債務者に有責性のある給付の不能によって債務者の債務が損害賠償債務に「転形」(alterieren) しないとすれば、前後の文脈との間に矛盾が生じる。ここでは、有責性がある場合には債務者が債務から解放されず、損害賠償責任を免れないことを指して、債務者に有責性のある給付の不能が債務者の債務を「変動」(alterieren) させないと言っていると考えられる。

186) 第二草案 (ドレスデン草案) の規定は、Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 2, Bernhard Franke (Hg.), Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, Aalen 1973 による。

187) ドレスデン草案223条・224条は、不法行為に関する規定であり、財産的喪失および逸失利益の算出方法が定められている。

かかわらず債務者に履行する意思がない場合は、債務不履行の効果として規律されないこととされた。つまり、債務不履行は履行が可能な場合と不能な場合とに二分され、履行が可能な場合——債務者の履行拒絶——は規律されないことになった。その結果、債務者の責めに帰すべき事由による債務不履行の規定は、債務者の責めに帰すべき事由による不能の規定としてのみ現われることになった。その結果が、ドレスデン草案273条に他ならない。

イ 債務転形論

（ア）二つの立場の整理

ドレスデン草案の審議過程では、債務転形をめぐる二つの立場が主張された。

1つは、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能によって、本来の履行に向けられた債務が損害賠償債務へ転形することを認める立場である。この立場の論者は、履行の不能が生じた後に、履行に向けられた債務が存続することはないと述べており、不能を履行請求権の限界事由に位置づけている点に特徴がある。債務者の責めに帰すべき事由による不能によって転形が生じるのは、債務者に帰責事由があるからに他ならない。ここでいう不能が客観的不能であるとするならば、この立場はサヴィニーの見解に相応する。

もう1つは、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能によって債務が転形することはなく、「本来の債務が履行されるに至らなかった（als zu der Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit nicht zu gelangen sei）」時に転形するという立場である。この立場によれば、債務者の責めに帰すべき事由による不能が生じていても、債権者は、債務の本来的内容の現実的履行を求めて訴えを提起することができる。その現実的履行を命じる有責判決が実現されないときは、「本来の債務が履行されるに至らなかった」ことになり、本来的債務は損害賠償債務へ転形する。損害額の確定は、金銭評価手続に委ねられる。これは、モムゼンの見解に他ならない。

（イ）モムゼンの債務転形論の採用

ドレスデン草案は後者の立場を採用した。その理由は、債務者の責めに帰す

べき事由によって不能が生じているにもかかわらず、以下の2つの意味で債権者が不利な立場に置かれるべきではないからである。

第1に、履行が不能となっているというだけで債権者が本来の債務内容に向けられた履行請求権を失うとするならば、本来的履行を求める債権者の訴えは退けられなければならないことになる¹⁸⁸⁾。

第2に、債務者の責めに帰すべき事由によって履行が不能となったというだけで債務転形を認めてしまえば、債権者は損害賠償を訴求しなければならず、その結果、債務者の有責性について証明責任を負うことになる。

2. 債務者の責めに帰することができない事由による不能

次に、債務者の責めに帰することができない事由による不能について、審議の内容を見てみよう。

(1) 免責事由・履行請求権の限界事由

ア 免責事由

損害賠償責任の免責事由を規律するのが、準備委員会提案280条である。

■準備委員会提案280条 事変によって債務者が債務を履行することができないときは、債務者は債務から解放される。

(ア) 本条の規律内容

1863年9月10日の第64回会議において、委員会は次の点で合意した。すなわち、「事変による履行不能の効果として、本条では、債務者の債務からの解放

188) 履行不能の場合に、本来的履行を求める債権者の訴えが退けられることが債権者にとって不利だということの意味は、二様に理解することができる。

第1に、ここでの履行不能がサヴィニーのように客観的不能のみを意味しているとすれば、債務者の責めに帰すべき事由によって主観的不能が生じたときは訴えが認容されるにもかかわらず、たまたま客観的不能が生じたときは訴えが棄却されることになってしまう。この意味で、債権者にとって不利だと考えられる。

第2に、ここでの履行不能がモムゼンのように客観的不能のみならず主観的不能も意味しているとすれば、債権者の訴えが退けられることにより、何らかの原因で主観的不能——履行困難——に陥っている債務者に対して強制執行を試みる余地がなくなってしまう。この意味で、債権者にとって不利だと考えられる。

が定められているわけではなく、むしろ、ヘッセン草案144条において規定されていると同様に、債務者が事変による不能から生じた損害について債権者に対し責任を負わないことが定められている」（S. 861）。

■ヘッセン草案144条1項¹⁸⁹⁾ 履行が事変によって不能となるときは（360条）、義務者は、これにより権利者に生じる損害について責めを負わない。ただし、法律または契約により義務者が特にこれについても債務を負担していたときは、この限りでない。

（イ）事変の意味

事変の概念をどのように定義するかについては、全会一致で次のように合意された。すなわち、「事変の概念を積極的に規定することはできない。本条において、事変という表現は、単に有責性（Verschuldung）に対置されるものである。その表現は、給付の不能が生じる事例のうち、当該債務関係の性質に照らして債務者が責めを負うべき有責性（Verschulden）なくしてそれが生じる事例すべてを包含している。この表現の客観面は、問題となる出来事が給付の不能を惹起したものでなければならないという点のみである。しかし、特に考慮されるのは、主観面、すなわち、債務者が責めを負うべき有責性（Verschuldung）が欠如していることである。ある出来事が債務者との関係で事変と扱われるかどうかは、もっぱら主観面に左右される。その結果、次のように定めることが合意された」（S. 862）。

■「債務者の責めに帰することができない有責性（Verschuldung）によって債務者が債務を履行することができないときは」

（ウ）第二読会における文言および規定の位置の変更

本条は、第一草案287条を経て、第二草案388条となった。第二読会で、「債

189) ヘッセン草案144条は、第4部「債務」、第1編「債務総則」、第2章「債務の成立」、第6節「契約の効力」の中に置かれている。

ヘッセン草案の規定は、Entwurf eines bürgerlichen für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven, 4. Abt., 2. Buch, I Gesetzesentwurf, Darmstadt 1853による。

務者の責めに帰することができない有責性」という文言が再び「事変」に戻された。これは、事変の定義が別の条文に定められることになったからである (S. 4275)¹⁹⁰。第一草案287条は、前出の第一草案281条と同じく、「債務不履行の効果」の中に定められていた。しかし、同規定は、第二読会において規定の位置が変更され (S. 4275)、第二草案では、第1章「債務関係総則」、第5節「債務関係の消滅」、第7款「債務の内容の消滅」の冒頭に置かれた。

■第二草案 (ドレスデン草案) 388条 事変によって債務の履行が債務者にとって不能となったときは、債務者は債務から解放され、このことによって生じる損害について債権者に対し責任を負わない。(第2文省略)

イ 証明責任

次に、有責性の証明責任について確認しておこう。このことを定める規定は、準備委員会提案182条である。

■準備委員会提案182条 義務者が債務関係により負担した注意を払っていたにもかかわらず、これによって損害を防ぐことができず、または、損害が不可抗力その他の事変の結果であると主張するときは、この主張の証明は義務者が負担する。

本提案は、1863年5月8日の第37回会議で審議された。報告者であるジーベンハールは、次のように説明する。本条は、実体法上の態度決定と証明責任に関する態度決定の二つを含んでいる。実体法上の態度決定というのは、軽過失を超えてまで何人も拘束されることはなく、それを超える場合はすべて事変と判断されるという点にある。証明責任に関する態度決定というのは、債務として負担した給付が義務者にとって不能となる事例において、不能の原因が事変にあると証明されるだけでは不十分であり、契約通りの注意が払われていたに

190) これは、第一草案91条 (第二草案94条) である。

■ドレスデン草案 (第二草案) 94条1項 停止条件が条件未成就の間に、契約通りに給付することが義務者の責めに帰すべき有責性なしに (事変によって) 完全に不能となるときは、契約は締結されなかったものとする。

もかかわらずこの事変が生じた経緯も証明されなければならないという点にある（S. 482 f.）。

別の委員は、履行を訴求する権利者は、請求権それだけを証明すれば足りるという規定を冒頭に置くように提案した。しかし、大多数の委員は、それは自明であるから規定する必要はないと主張した（S. 483）。

さらに、1863年9月12日の第65回会議では、本条の実体法的内容はすでに準備委員会提案278条から280条で規律されているとして、本条の内容を証明責任の確定に限定すべきであると主張された。この提案が賛成多数で承認された（S. 873 f.）。

本条は、最終的に、第二草案394条となった。

■第二草案（ドレスデン草案）394条 債務者が事変によって債務の履行が自らにとって不能となったと主張するときは、債務者がこの主張を証明しなければならない。（第2文省略）

ウ 履行請求権の限界事由

次に、履行請求権の限界事由の定めに対応する規定に移ろう。前出の準備委員会提案280条により、事変によって債務が履行不能となり、債務者が債務から解放される場合に、債務の運命がどうなるかを定めるのが同376条である。

■準備委員会提案376条 債務の履行が不能となったときは、280条に従い、債務は消滅する。

1863年11月23日の第96回会議では、280条と376条との関係が問題とされた。報告者であるジーベンハールは、債務者の債務からの解放を規律する280条の規定を不履行の効果として定めることは体系的に整合しないと主張したものの、多数派は原案に賛成した（S. 1332 f.）。

1866年2月9日の第293回会議において、本条に相当する第一草案411条は削除された。しかし、同時に、準備委員会提案280条に相当する第一草案287条が、同411条の後を埋めるように、債務関係の効力を定める節から債務関係の消滅

を定める節へ移された（この点については、上記アを参照）（S. 4275）。

エ 履行遅滞と無責の不能

最後に、履行遅滞と免責事由である不能との関係について見ておこう。

（ア）第一読会

① 報告者の提案——有責性の程度を考慮しない提案

履行遅滞の免責事由を定めるのは、準備委員会提案287条である。

■準備委員会提案287条 次の各号のいずれかに該当するときは、債務者は遅滞の責めを負わない。

- （1）債権者の有責性、不可抗力その他の債務者から独立して債務者には克服できない外部事情によって適時の履行が妨げられたとき。
- （2）債務の存在、額または履行期について、債務者が免責可能な錯誤に陥っていたとき。
- （3）債務の存在もしくは額、または、債権者の権利について債務者が疑いを抱く正当な理由を有していたとき。

1863年9月7日に行われた第63回会議では、次のように報告された。

本条は、遅滞が過失を不可欠の要件としているという一般的な見解に従っている。1号では、程度に応じて判断されるべき過失——重過失、軽過失、最軽過失の区別——を問題とはしていない。むしろ、1号に関連する事例は、事変と解釈すべきだろう。これに対して、2号の事例では、少なくとも主観的な過失が問題となっている。

本条は、債務の履行が完全に妨げられている事例には結び付けられていない。

一
五
七

ここで問題となっているのは、適時の履行が妨げられている事例のみである。それは、履行に向けた債務に何ら変動（alterieren）を来さない。ジーベンハール（Referent）は、次のような具体例を挙げる。債務者が債務を履行するために確定額の金銭を債権者に持参しに行く途中で強盗に襲われ、その金銭を奪われたときは、それによって適時の履行が妨げられる限りで、遅滞の責めを負わない（S. 889）。

② 修正提案——有責性の程度を考慮する提案

準備委員会提案287条1号について、別の委員は次のような提案を行った（S. 890）。

■委員提案 債務者の責めに帰すべき有責性なしに、債務者が適時の履行を妨げられるとき。

これを提案した委員は、次のように説明する。この提案は、その表現の点だけでなく、実質的にも準備委員会提案とは異なる。準備委員会提案は、ローマ法と一致している。ローマ法では遅滞が過失による不履行（culpa）の下位類型としてではなく、独立の制度として扱われていることが知られている¹⁹¹⁾。この区別は、実用的な結果をもたらす。すなわち、遅滞の場合には、過失による不履行の場合とは異なり、その程度は区別されず、様々な債務関係が等しく扱われる。しかし、遅滞の場合に特別な要件、とりわけ催告が必要とされることによって、理論上も法律上も遅滞を独立に扱うことが正当化されるということ認めることができるとしても、少なくとも、有責性の点で遅滞と過失による不履行（culpa）とを別異に取り扱う十分な根拠はないだろう。本来、債務者の遅滞は債務の有責な不履行の一事例にすぎず、全面的な不履行の場合と同様に履行の遅延についても債務者の責めに帰すべき事由があるかどうかを問うことは、当然のことである。すなわち、個々の債務関係を基準として債務者が負担すべき程度の注意が考慮されなければならない。このような理解を前提とすれば、提案の文言は、前出の準備委員会提案280条に関して決議された文言に従う（S. 890）。

③ 審議結果

準備委員会提案の修正を求めるこの提案は、7対1の賛成多数で承認された（S. 891）。

④ 証明責任

1863年9月21日の第69回会議において、遅滞を排除する事由は債務者が証明

191) 当時の普通ローマ法における遅滞責任の位置づけについては、前掲注103を参照。

しなければならないとされた (S. 947)。

⑤ 第一草案

準備委員会提案287条の2号や3号などの審議も経た結果、第一草案299条は、次のように定められた。

■第一草案299条 債務関係の性質に照らして債務者の責めに帰すべき有責性なしに履行が妨げられたとき、特に、債務者が債務の存在、額もしくは履行期、もしくは、債権者の権利について正当な疑いを抱いたとき、または、免責可能な錯誤に陥っていたときは、債務者は遅滞に陥らない。債務者がこれらの事由によって遅滞の責めを負わないと主張するときは、このことを証明しなければならない。

(イ) 第二読会

① 修正提案——遅滞の免責事由として不能を取り入れる提案

この第一草案299条について、1866年1月29日の第287回会議で審議が行われた。この審議で、次のように規定することが提案された。

■委員提案 債務者が債務の存在、額もしくは履行期、もしくは、債権者の権利について正当な疑いを抱いたとき、もしくは、免責可能な錯誤に陥っていたとき、または、債務関係の性質に照らして債務者が責めを負うべき有責性なしに履行が一時的に不能であるときは、債務者は遅滞に陥らない。(第2文省略)

提案者は、次のように説明する。給付の不能によって債務者の支払いの遅れが免責されるのは、不能が法的に見て真正な不能 (wahre Unmöglichkeit) と認められる場合に限られる。特に、単なる事実的障害が原因となる主観的不能は、法的な意味における不能ではない。たとえば、債務者が催告を受けた時に金銭も信用もないと債務者が主張したり、借りた金銭が盗まれたとか金銭が強奪されたとか主張したりしても、債務者はこれによって免責されないだろう。第一草案299条の文言に照らして、債務者の責めに帰することができない障害を免責事由と考えるのは、行き過ぎである。むしろ、免責事由として考慮することができるのは、法的に承認される不能を基礎づける障害のみである。した

がって、債務不履行の効果の総則とまったく同様に、また、プロイセン一般ラント法第1部第16章26条¹⁹²⁾の適切な定め方に類する形で、第一草案287条の基礎にあるのと同じ原則を同299条の事例においても適用することにより、「不能」という表現を用いることが最も良いだろう（S. 4175 f.）。

② 審議結果

この提案は、特に議論なしに承認された（S. 4176）。

③ 第二草案

以上の審議の結果、第二草案284条は、次のように規定された。本条は、第1章「債務関係総則」、第3節「債務関係の効力」、第3款「債務不履行の効果」に置かれた。

■第二草案（ドレスデン草案）284条 債務者が債務の存在、額もしくは履行期、もしくは、債権者の権利について、正当な疑いを抱いていたとき、もしくは、免責可能な錯誤に陥っていたとき、または、債務関係の性質に照らして債務者が責めを負うべき有責性なしに履行が一時的に不能であるときは、債務者は遅滞に陥らない。債務者がこれらの事由によって遅滞の責めを負わないと主張するときは、このことを証明しなければならない。

(2) 危険負担

危険負担に関する総則的規定は、準備委員会提案には存在しなかった。後に危険負担に関する規定が追加されるのが、前出の同280条である。同条を再掲しておく。

■準備委員会提案280条 事変によって債務者が債務を履行することができないときは、債務者は債務から解放される。

第64回会議において、バイエルン草案およびヘッセン草案に倣い、双務契約

192) プロイセン一般ラント法第1部第16章「権利および債務が停止する態様について」26条は、次のとおりである。

■プロイセン一般ラント法第1部第16章26条 不能が履行の完全な不実現を免責する限りで、債務を適時に履行することができない者にとってもそれは有利に働く。

において債務者にとって債務の履行が不能となった場合に、債務者が反対給付請求権を有しない旨の規定を280条に追加することが提案され、この提案が採用された (S. 862 f.)。さらに、ヘッセン草案144条3項の規定も設けられるべきことが提案され、賛成多数で承認された (S. 863)。

バイエルン草案とヘッセン草案の関連規定は、次のとおりである。

■バイエルン草案119条3項¹⁹³⁾ 双務契約においては、事変によって債務から解放された当事者は、反対給付請求権を失う。

■ヘッセン草案144条 履行が事変によって不能となる時は (360条)、義務者は、これにより権利者に生じる損害について責めを負わない。ただし、法律または契約により義務者が特にこれについても債務を負担していたときは、この限りでない。

これに対して、義務者は、反対給付が保証 (zusichern) されている場合であっても、それを請求することができない。

義務者が反対給付をすでに受領していた場合において、債務として負担する給付が事変によって不能となったときは、義務者は、誠実な占有者に対して、相手方の損害によって利得しないように、受領していたものを直ちに返還しなければならない。

こうして準備委員会提案280条は、ドレスデン草案388条となった。条文を再掲しておく。

■第二草案 (ドレスデン草案) 388条 事変によって債務の履行が債務者にとって不能となったときは、債務者は債務から解放され、このことによって生じる損害について債権者に対し責任を負わない。ただし、債務が双務的であるときは、債務者は反対給付請求権を有せず、反対給付をすでに受け取っているときは、受け取ったものを返還しなければならない。

193) バイエルン草案119条3項は、第2編「債務関係法」、第2章「債務関係の効力」、第2節「不履行による債務者の責任」の中に置かれている。

バイエルン草案の規定は、Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 3, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864 mit Motiven, Aalen 1973 による。

（3）小 括

ア 免責事由・履行請求権の限界事由

債権者が本来的債務の履行を求めて訴えを提起した場合、債務者は、事変により債務の履行が不能となったことを証明することによって、債務から解放される。事変とは、債務者の責めに帰すべき事由がないことを意味する。事変による不能の効果は、準備委員会提案280条では債務からの解放、すなわち、債務者が賠償責任を免れることであり、同376条では債務の消滅、すなわち、債務者が現実的履行の請求を免れることであった。最終的には、同376条の後継規定は削除され、同280条に相当するドレスデン草案388条の規定が、免責事由だけではなく、履行請求権の限界事由も規律するに至ったものと見ることができ

る。ドレスデン草案では、履行遅滞という元来過失とは無関係の不履行類型が過失による不履行（culpa）のもとに包摂され、過失が履行遅滞の成立に必須の要件とされた。これに伴い、履行遅滞の免責事由の一つとして、無責の一時的不能が据えられた。なぜなら、ドレスデン草案273条の審議過程から明らかであるように、過失の存否が問題となるのは、不能類型に限られるからである。ここでは、言うまでもなく、履行可能不能二分論が前提とされている。

第二読会では、金銭債務の免責可能性が問題となり、債務者の責めに帰することができない客観的不能でなければ債務者は免責されないと主張された。第一読会でジーベンハールが免責される可能性を認めていた金銭の強奪事例も、第二読会では免責の余地がない例として挙げられている。もっとも、ドレスデン草案284条の規定の文言からは、金銭債務の免責可能性が事実上排除されていることは、直ちには読み取ることができない。

イ 危険負担

危険負担に関する総則的規定であるドレスデン草案388条は、当初は事変による債務者の免責のみを定める規定であった。審議の過程で、債務者を賠償責任から免責する規律に、危険負担の規律が付け加えられた。このことから、危険負担が債務者の免責事由と連結していることがはっきりと分かる。

3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

(1) 片務契約に固有の準則の追加

最後に、債権者の責めに帰すべき事由による不能に関する規定の成立過程を確認しておこう。出発点となるのは、準備委員会提案279条である。

■準備委員会提案279条 債務が双務的である場合において、一方当事者の履行が相手方の有責性（Verschulden）によって不能となったときは、一方当事者は反対給付請求権を失わない。

1863年9月10日に行われた第64回会議では、本条について、ザクセン民法典をモデルとして、債務が片務的である事例も考慮すべきであるとの提案が行われた（S. 866）。

■ザクセン民法典721条¹⁹⁴⁾ 債務の履行が義務者の有責性によって全部または一部不能となったときは、それにもかかわらず、その債務は存続し、権利者は損害賠償を請求することができる。権利者が不能を有責に惹起したときは、事情がそうである限りで、債務は履行されたものとする。

■ザクセン民法典1014条 片務契約の債務者が給付の不能によって債務から解放されるときは、それにもかかわらず、債務者は契約によりすでに生じた反対請求権を行使することができる¹⁹⁵⁾。

委員会は、この提案に同意し、279条に含まれる原則を採用したうえで、ザクセン民法典中のこれらの一揃いの規定を法典に組み込むことを決議した（S. 866 f.）。

194) ザクセン民法典の規定は、Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, Leipzig 1863 による。

ザクセン民法典721条は、第3編「債権法」、第1章「債権総則」、第2節「債権の履行」、第5款「有責性の影響」の冒頭規定である。同1014条は、第3編第1章第5節「債権の消滅」、第6款「債権の内容の脱落」に定められている。

195) たとえば、無償の委任契約において委任者が有責に不能を惹起したときは、受任者は債務から解放されるものの、すでに取得した反対請求権を失わない（Eduard Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrecht, Leipzig 1872, S. 568）。反対請求権としては、たとえば、費用償還請求権が考えられるだろう。

（2）債権者個人に生じた事変の取扱い

ア 第一読会——「債権者個人に生じた事変」の追加

（ア）報告者の提案

2日後の9月12日に開催された第65回会議で、報告者（ジーベンハール）は、次のように問題を提起した（S. 873）。

債務者の給付が事変によって不能となったときは、債権者は、反対給付を履行することから解放される。このことが正当化できるのは、物の譲渡や利用に関する債務関係において、その物を事変が襲う場合のみである。これに対して、一方当事者の側で事変が生じる場合には正当化できない。たとえば、債務者が対価と引き換えに自分自身の労務提供（Dienste）を約束したが、給付を行う前に、債権者が死亡した場合がそうである。この場合、損害は労働者（locator）ではなく、使用者（Gegner）が負担する。それ故に、労働者が給付の準備をしていたにすぎないときは、給付は不能となったにもかかわらず、約束された報酬がその労働者に与えられなければならない。ザクセン民法典870条第2文もこのことを定めている¹⁹⁶。したがって、上記の命題は以下のよ

196) ザクセン民法典870条は、第3編「債権法」、第1章「債権総則」、第3節「債権の成立」、第2款「契約」、第12目「危険の移転」の最終規定である。次のように定められている。

■ザクセン民法典870条 反対給付と引き換えに物の使用が委ねられ、または、反対給付と引き換えに自らの労務（persönliche Leistungen）が約束された場合において、物の使用または自らの労務を約束した相手方にとって給付が不能となるときは、相手方は反対給付から解放される。物の使用または自らの労務が約束された相手方が自らに生じた事変により物または労務（Dienste）を使用することができないときは、それにもかかわらず、反対給付を履行しなければならない。

ザクセン民法典やドレスデン草案に出てくる「使用者個人に存在する障害原因（der in der Person des Dienstherrn liegende Hinderrungsgrund）」という表現は、使用者の物から生じる障害（die durch seine Sachen bedingten Störungen）と対になるものではなく、それを含むものである。すなわち、それは、「債権者側の障害（Hindernisse auf seiten des Gläubigers）」の同義語であったと指摘されている（Eduard Picker, *Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht*, Teil 2, JZ 1985, S. 696 Fn. 87）。この点については、小野秀誠『危険負担の研究』（前掲注67）147頁注4も参照。

うに制限されなければならない。すなわち、給付を不能にさせる事変が債権者 (Gegner) 個人に生じたときは、その事変は債務関係を消滅させる性質をもたず、債権者は、事変が生じたにもかかわらず、反対給付を履行する義務を負い続ける。

(イ) 提案の審議

このような場合には、給付を妨げられないことについて債務者が有している利害関係分として反対給付を請求することができるのだから、このことは一般に承認されているとして、委員会は、次のように文言を変更することを全会一致で決議した。すなわち、「相手方の有責性によって不能となった」の部分が、「相手方の有責性または相手方個人に生じた事変によって不能となった」へと修正された (S. 873)。

以上の審議の結果、第一草案291条は、次のように定められた。

■第一草案291条 債務の履行が債権者の有責性 (Verschuldung) または債権者個人に生じた事変 (ein in dessen Person eingetretener Zufall) によって不能となったときは、事情がそうである限りにおいて、債務は履行されたものとする。債務者は、片務契約の場合には、契約の効果として債務者のために生じた反対請求権を失わず、双務契約の場合には反対給付請求権を失わない。

イ 第二読会——「債権者個人に生じた事変」の削除

(ア) 委員提案

1866年1月29日に開かれた第287回会議では、第一草案291条について、「または債権者個人に生じた事変によって」という文言を削除するか、あるいは、「債権者個人に有責性なく生じた事後的障害によって」というように文言を変更する旨の提案が出された (S. 4170)。

提案者は、次のように説明する (S. 4171 f.)。

債権者個人に生じた事変によって履行が不能となった場合に、債権が履行されたものとして扱われることは、一般には正しいとは認められていない。給付の不能の原因が債権者の有責性にある場合、または、債権者が給付を受領する

意思がない場合には、債務者が給付をした場合のように、債務者には反対給付を請求する権利がもちろん認められなければならない。同様に、債権者個人に生じた障害が給付を事実上不能にさせる場合にも、債務者には反対給付請求権が認められなければならないだろう。このことがよく問題になるのは、特に、賃貸借、雇用、請負および出版契約である。

事情が異なるのは、債権者個人に生じた事変が給付の法的な不能を基礎づける場合である。たとえば、他人物買主が契約締結後に相続または贈与によって目的物の所有者になった場合、あるいは、地役権が設定されることが約束されたところ、その設定前に要役地が追奪された場合である。これらの場合には、債権者個人に原因のある履行不能は、事変による不能と同じである。この種の事例には、第一草案291条の規定ではなく、事変による不能によって債務者が債務から解放される旨を定める同287条の規定が適用されなければならない。

第一草案291条に総則的規定を維持しようとするのであれば、少なくとも提案したように制限を加えなければならない。しかし、最も良いのは、「または債権者個人に生じた事変によって」という文言を削除することである。なぜなら、賃貸借、雇用、請負、出版契約に関する各則に特則が定められており、それで十分だからである¹⁹⁷⁾。

197) 賃貸借契約は第一草案613条（第二草案561条）、雇用契約は第一草案681条（第二草案625条）、請負契約は第一草案702条（第二草案646条）、出版契約は第一草案725条（第二草案667条）がそれぞれに相当する規定である。ここでは、第二草案の規定を掲げておく。

■第二草案（ドレスデン草案）561条 賃借人は、その有責性または自己に生じた事変により賃貸期間中に目的物を使用することができず、または、目的物を制限的にしか使用することができないときは、賃借人が目的物を契約通りに使用できるように賃借人が準備し、特に、賃借人自らが使用したり第三者に使用させたりしていないことを前提として、賃借人は、すべての反対給付を支払う債務を負い続ける。

■第二草案（ドレスデン草案）625条 使用者の有責性または使用者個人に生じた事変により労務を給付することができず、または、一部しか給付することができないときは、労務者が労務を給付する準備をしていた間は、使用者が

(イ) 提案の審議

この提案に対しては、各則の規定がすべての事例に対応しているか疑問が残るとして、総則にも同様の規定を残すべきだとの意見が出された。しかし、委員会は、3対2の僅差による賛成多数で、「または債権者個人に生じた事変によって」という文言を削除することを決議した (S. 4172)。

こうして、ドレスデン草案278条は、次の文言になった。

■第二草案 (ドレスデン草案) 278条 債務の履行が債権者の有責性 (Verschuldung) によって不能となったときは、事情がそうである限りにおいて、債務は履行されたものとする。債務者は、片務契約の場合には、契約の効果として債務者のために生じた反対請求権を失わず、双務契約の場合には反対給付請求権を失わない。

(3) 小 括

ア 要 件

債権者の責めに帰すべき事由による不能の要件をめぐることは、2つの立場が対立した。1つは、債権者の有責性 (Verschuldung) を要するとする立場であり、もう1つは、債権者に有責性がある場合だけでなく、債権者個人に生じた事変による場合も含むという立場である。最終的には、モムゼンの主張と同様に、契約総則の規律としては債権者に有責性を要するという立場が採られ、

ㄨ は、労務者に対して、約定賃金の支払いとともに、賃金には含まれていない費用も償還する義務を負う。労務者がその期間中に他に収入を得たときは、使用者は相応の控除をすることができる。賃金の一部が労務を給付するための費用の代償とされており、その費用が労務の給付が行われなかったことにより支出されなかったときも、その部分の賃金を同様に控除することができる。

■第二草案 (ドレスデン草案) 646条 仕事が注文者の有責性または注文者個人に生じた事変により完成されなかった場合において、請負人が仕事を完成するために準備をしていたときは、請負人は、既履行の役務に相当する部分の報酬、報酬には含まれていない費用の賠償、および、仕事が完成していれば得られたであろう利益の補償を請求することができる。

■第二草案 (ドレスデン草案) 667条 出版契約の履行が出版者個人に生じた事変により執筆者にとって不能となるときは、執筆者がその著作物のために他の出版者を同じ条件で見つけたときに限り、出版者は謝礼の支払債務を免れる。

債権者個人に生じた事変に関する規定は、契約各論——賃貸借、雇用、請負、出版契約——に個別的に置かれることになった。

イ 効 果

要件面では、モムゼンの見解と同様に、債権者の有責性を要するという立場が採られたにもかかわらず、債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果は、モムゼンの立場とは異なり、損害賠償とはされなかった。その効果は、双務契約に固有の効果に限れば、一貫して、反対給付請求権の存続として規定された。これは、債務者が給付を妨げられないことについて有している利害関係分が反対給付にあるからに他ならない。

4. 小括——モムゼンの不能論との関係の整理

以上で見てきたように、ドレスデン草案における不能の規律は、その大部分がモムゼンの不能論を忠実に再現したものとなっている。すなわち、履行可能不能二分論、債務転形論、免責事由、履行請求権の限界事由、危険負担の位置づけ、さらには、債権者の責めに帰すべき事由による不能の要件は、モムゼンの不能論とほぼ異ならない。債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果が反対給付請求権の存続とされている点はモムゼンの見解と異なるものの、モムゼンも損害賠償の利害関係分は反対給付請求権にあるとしており、両者の差は必ずしも大きなものではない。

第5節 ドイツ民法典

前節で確認したように、モムゼンの不能論は、ドレスデン草案にはほぼそのままの形で受容された。以下では、このドレスデン草案の影響を受けたキューベル草案（部分草案）を端緒とするドイツ民法典の起草過程を追ってみよう。

第1款 部分草案

1. 債務者の責めに帰すべき事由による不能

まずは、1882年にキューベル（Franz Philipp von Kübel）によって債務法の総則としてまとめられた草案のうち、「債務不履行の効果」に関する部分草

案を見てみよう¹⁹⁸⁾。同1条は、次のように定める。

■部分草案1条 債務者が全部もしくは一部不能な給付を約束したことにより、または、給付が債務者の責めに帰すべき事由によって全部もしくは一部不能となったことにより、債務者がその債務を履行することができず、または、完全には履行することができないときは、それにもかかわらず、債務は存続し、債権者は、不履行によって直接または間接に生じた損害の賠償を請求することができる。

(1) 不能となった債務の存続

債務不履行の効果に関する理由書の冒頭で、キューベルは、債権の対象と履行の対象が同一であることに、債務者も債権者も拘束されることを確認する。すなわち、「債務者が現実的履行をする代わりに別のもの、たとえば、利害関係分を債権者に押し付けることができないのと同様に、債権者は、債務者に対して現実的履行の代わりに利害関係分を自由に請求できるわけではない。すべて債務関係は、その対象になっているのと同じ給付について権利を認め、義務を負わせるにすぎない。したがって、現実的履行の代わりにまたはそれと並んで、別のものまたは追加のものを請求する権利が債権者に認められるためには、特別な理由が存在しているか発生しなければならない」(S. 857)。

それでは、どのような場合に特別な理由が認められるのだろうか。そのことを定めるのが部分草案1条である。後発的不能に限れば、次のようにまとめることができる。すなわち、給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となったときは、債務は存続し、債権者は損害賠償を請求することができる。キューベルによれば、ここで言う不能には、客観的不能も主観的不能も含まれる。モムゼンは、主観的不能の原因として、「債務者の個人的な事情」と「債務の内容と債務者との関係」を挙げていたところ、キューベルはこの2つの類

198) この第1款では、特に断りのない限り、Werner Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 Allgemeiner Teil, Berlin/New York 1980 からの引用箇所は、本文中に頁数のみを示す。

型があることを確認したうえで、このような類型を民法典に取り込むことは適切でないとする。むしろ、「そもそもまたいかなる点で、債務者にとっての不能、すなわち、主観的不能が認められるべきかという問題において主として重要なのは、問題となっている個々の債務関係の内容（Modalitäten）である」（S. 858）。

（2）債務転形

債務の本来的内容と填補賠償請求権との関係については、次のように述べられている。「当該債務関係は、その成立とともに、現実的履行の請求権と義務、さらには、債務者の責めに帰すべき事由によって現実的履行が不能となる場合における不可避的な利害関係分を求める請求権も生み出す……。もちろん、客観的不能が生じた場合には、債権の本来的内容はもはや存在しない。すなわち、本来的内容を求める債権は、もはや存続できない。しかし、このような場合でも、債権者が利害関係分の請求によって行使しているのは、履行請求権である。なぜなら、債務者の有責性によって、給付の対象のみが転形し（verändern）、義務の発生原因は変わらないからである」（S. 862）。

サヴィニー以来の債務転形論では、本来の債務それ自体が填補賠償債権へ転形すると考えられてきた。しかし、キューベルによれば、債権の中には、初めから本来の履行請求権と損害賠償請求権とが併存しており、現実的履行が不能となった場合には、債権の中で、本来の履行請求権が消滅し、陰に隠れていた損害賠償請求権が表に出てくる。このような意味で、債権の内容が本来の履行請求権から損害賠償請求権へ転形する¹⁹⁹⁾。

（3）履行請求権の限界事由としての客観的不能

それでは、現実的履行が不能となった場合には、債権者は、もはや現実的履行を請求できなくなるのだろうか。キューベルは、続けて述べる。「客観的不能が生じたことを債権者が知るに至り、または、そのことが証明された場合に

199) 填補賠償請求権だけでなく、本来の履行請求権と並んで成立する損害賠償請求権も、債務関係の成立とともに発生する（Werner Schubert (Hg), aa.O. (Fn. 198), S. 764）。

まで、債権者が債務者に対して本来的内容の給付を命じる有責判決を求めることができるかどうかは、訴訟法上の問題である。利害関係分に関する請求への変更（Umwandlung）には、何ら障害がない（ライヒ民事訴訟法240条3号および491条2項²⁰⁰⁾」（S. 862）。

キューベルによれば、客観的不能が生じた場合には、債権者は現実的履行を請求することができない。したがって、一時的な客観的不能が生じれば履行請求権は停止し、継続的な客観的不能が生じれば履行請求権は排除されると考えられる。この場合、債権者は、損害賠償請求に訴えを変更することができる。このことから、キューベルの見解では、客観的不能が——後述するように、無責の不能と並んで——履行請求権の限界事由に位置づけられていたことが分かる。これは、ヴァイントシャイトの債務転形論と一致する（ヴァイントシャイトの見解については、本章第4節第1款3を参照）。

2. 債務者の責めに帰することができない事由による不能

(1) 履行請求権の限界事由・免責事由

ア 無責の不能による債務からの解放

まず、「債務不履行の効果」に関する部分草案10条1項前段から見てみよう。

■部分草案10条1項前段 債権者の有責性（9条）にかかわらず、債務者の責めに帰することができない事由により、債務者にとって給付が不能となったときは、このことが当てはまる限りで、債務者は、債務から解放され、このことから生じる損害について債権者に対し責任を負わない。

200) ライヒ民事訴訟法の該当規定は、以下のとおりである（ライヒ民事訴訟法の規定は、Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877, Würzburg 1877による）。

■ライヒ民事訴訟法240条3号 後発的に生じた変化を理由として、もともと請求していた対象の代わりに、他の対象または利害関係分が、請求原因の変りなく請求されるときは、訴えの変更とは扱われない。

■ライヒ民事訴訟法491条2項 240条2号・3号の事例を除いて、新たな請求をすることが許されるのは、請求が補正されるべき場合であって、当該当事者がその請求を第一審で主張することができなかつたことに有責性（Verschulden）がないことが同時に疎明されたときに限られる。

（ア）規律内容

部分草案10条1項前段によれば、債務者の責めに帰することができない事由によって不能が生じた場合には、債務者は債務から解放され、同時に損害賠償責任も負わない。

キューベルは、次のように説明する。「私法上の意味における事変が生じると、債務者の履行義務または履行利益の給付義務が問題となる限りで、具体的債務関係における債務者の責任は停止する（aufhören）。一般に明らかにされているところによれば、債務とそれに対応する債権は、債務者にとって給付が事変によってまたはその有責性（Schuld）なしに不能となるときは、その限りで、消滅する……。したがって、重要なことは、当該事例において債務者がどの範囲で責任を負わなければならないかという点のみである。つまり、故意と重過失のみなのか、軽過失も含むのか、あるいはそれを超えて、履行を妨げたり不能にしたりしたあらゆる事情か、それとも、債務者の過失なしに生じたり影響を与えたりする特定の事情および出来事かである。草案は、……このことを次のように表現した。債務者の責めに帰することができない事由により債務者にとって履行が不能となったときは、その限りで、債務者は、債務から解放される。したがって、この場合には、債務者は、債権者に対して、不能となった給付について、損害賠償を給付する必要もない」。「不能の種類、不能を生じさせた事情の性質は重要ではない。……不能が客観的か主観的か、物理的か法定的かということは、それ自体としては、重要ではない」（S. 873 f.）。

（イ）証明責任

次に、証明責任について確認しておこう。「債務関係の効力」の「総則」に関する部分草案200b条は、以下のとおりである。

■部分草案200b条 債務関係により義務を負う者は、債務関係の性質および内容によりその者が負担すべき注意を尽くしたことを証明しなければならない。

キューベルは、この草案の理由の中で、次のように述べている。「権利者は、債権の成立、すなわち、債務関係の成立のみを証明すればよい。その際、被告

がどのような義務を負っているのかにとって決め手となる債権の具体的な内容が詳細に明らかにされなければならない。債権の消滅（Aufhebung）を招来する事実の主張および立証は、義務者が負担する。そして、このような事実として認められるのは、履行のほか、特に、履行または不適切な履行（不適時な履行）が不能となったという事実である。しかし、債務関係の概念によれば、義務者は、履行を実現するために、債務関係の性質および内容に照らしてあらゆることをしていなかった、すなわち、あらゆる努力と注意を払っていなかった場合には、その不能についても責めを負わなければならない。したがって、義務者の外にある何らかの事情が履行を妨げたとしても、義務者は、この事情が存在し、それが履行可能性に影響を与えていることが義務者の責めに帰することができないこと、すなわち、義務者が債務として負担した注意を尽くしたにもかかわらずその事情が生じたことを証明しなければならない。まったく同じことは、不履行を理由とする損害賠償請求権が問題となる場合にも当てはまらなければならない。債務関係にのみ由来するこの損害賠償請求に対しても、債務者は、権利者の履行請求権が消滅したこと、すなわち、損害賠償請求権も基礎づけられないことを証明しなければならない」(S. 764)。

イ 履行遅滞と無責の不能

次に、履行遅滞の免責事由を定める部分草案17条1項を見てみよう。

■部分草案17条1項前段 債務者の責めに帰することができない事由により、催告に従うこと、もしくは、給付のために定められた期間を遵守することが債務者にとって一時的に不能であるとき……は、債務者は遅滞に陥らない。

部分草案17条1項前段は、遅滞の免責事由として、債務の内容に関する債務者の不知と並び、債務者の責めに帰することができない事由による一時的不能を挙げる。

キューベルは、次のように述べる。「ある事情により債務者にとって履行をすることがそもそも完全に不能となるときは、その事情は遅滞も排除する。付言すれば、遅延が生じた場合における免責事由として認められるのが外部的ま

たは客観的な一時的履行障害に限られるとか、債務者の個人的な障害がそこから除かれるとかいった理由は存在しない。履行の完全な不能が生じたことについて債務者が責めを負うのか、それとも、債務者がそれによって解放されるのかという問題にとって決定的なのは、不能が客観的であるか主観的であるかを区別せずに、有責性（Verschuldung）が存在するのかもしれないのである。そうである以上は、遅滞の問題についても同じ基準を認めなければ、首尾一貫しない」（S. 884）。

ウ 金銭債務の特則

部分草案では、金銭債務の債務者は、例外的に、無責の不能を証明しても債権から解放されないとされた。このことを定めるのが同11条1項である。

■部分草案11条1項 無責で生じた支払不能は、10条の不能としない。

キューベルは、無責の支払不能による免責を認めない理由を、主として次のように説明する。すなわち、金銭債務の性質と信用の意味を考慮すれば、金銭以外の財産を換価したとしても金銭を債権者のために用意することができないほどに債務者に現実に財産も信用もないかどうかは初めて明らかになるのは、強制執行によってである。したがって、債務者が無責の支払不能を主張する場合であっても、まずは債権者の請求を容れて、債権者に強制執行の可能性を認める必要がある。さらに、ひとたび金銭債務で無責の不能による免責を認めれば、あらゆる債務について、債務として負担した給付を実現するための費用を債務者が負担できないことを理由とする免責を認めなければならなくなるだろう（S. 885 f.）。

ただし、次のような事例は、本条で想定されている事例ではないという。すなわち、債務者が債権者のところへ金銭を支払いに行く途中で強盗に遭う事例である。もちろん、債務者は、この強奪について遅滞非難の免責を主張することができる。なぜなら、強奪により、履行に一時的不能が生じているからである。しかし、債務者は、債権者に弁済するために別の金銭をただちに用意しなければならない。事情によっては、そのために、債務者には相当な期間が許与

されなければならないだろう (S. 886 f.)。

エ 小 括

部分草案によれば、事変による不能、すなわち、債務者の責めに帰することができない事由による不能が生じた場合には、債務者は債務から解放され、したがってまた、損害賠償責任も負わない。ここでの不能が主観的なものか客観的なものかは問わないし、一時的なものか継続的なものかも重要ではない。決定的なのは、債務者に責めに帰すべき事由があるかどうかである。

この原則の例外となるのが、金銭債務である。すなわち、債務者の支払不能については、免責は認められない。もっとも、これは、金銭債務について一切の免責が認められないという趣旨ではなく、信用力の欠如を理由とした免責は認められないという趣旨である。したがって、信用力とは無関係の事情によって金銭債務の履行が遅滞に陥った場合には、債務者は、原則通り、無責の不能を主張立証して責任を免れることができる。

本款1(3)で述べたように、キューベル自身は、客観的不能が認められる場合には債務者の責めに帰すべき事由があったかどうかを問わずに、本来的債務が消滅するとしている。したがって、履行請求権の限界事由と免責事由の同一性は、キューベルの見解では、貫徹されていない。キューベルは、ヴィントシャイトの見解を念頭に置いて、部分草案を起草したと見られる。

(2) 危険負担

次に、危険負担の体系的位置を確認しておこう。「債務不履行の効果」に関する部分草案10条では、次のように提案された。

■部分草案10条 債権者の有責性(9条)にかかわらず、債務者の責めに帰することができない事由により、債務者にとって給付が不能となったときは、このことが当てはまる限りで、債務者は、債務から解放され、このことから生じる損害について債権者に対し責任を負わない。双務契約において、給付が全部不能であるときは、債務者は反対給付請求権を失い、一部不能であるときは、債権者は債務として負担する反対給付の割合的な減額請求権を有する。

債務者が反対給付をすでに受け取っているときは、これを債権者に返還しな

ければならず、一部不能であるときは、割合的な額を返還しなければならない。
6条の規定を準用する。

条文を一読すれば分かるように、危険負担の規定は、ドレスデン草案と同じく、債務者の債務からの解放、したがってまた、損害賠償責任の免責事由と直接に連結される形で置かれた。これは、危険負担が不能ではなく、事変の問題として扱われていることを意味している。

3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

最後に、債権者の責めに帰すべき事由による不能について、「債務不履行の効果」に関する部分草案の提案を確認しておこう。

■部分草案9条 債権者の有責性（Verschulden）によって給付が不能となったときは、事情がそうである限りで、債務は履行されたものとみなす。債務者は、すでに生じた反対請求権を失わず、双務的な債務については、反対給付の権利を失わない。

キューベルのこの草案およびその説明をモムゼンの見解と比較すれば、以下の共通点と相違点が浮かび上がってくる。

(1) 相 違 点

相違点としては、以下の2点を指摘することができる。

ア 受領遅滞と債権者の責めに帰すべき事由による不能との関係——履行可能不能二分論の後退

第1に、受領遅滞と債権者の責めに帰すべき事由による不能との関係が問題となる。

キューベルは、本条が適用される場合を2つ挙げる。1つは、債権者が単に受領遅滞にあるのではなく、断固としてかつ終局的に受領を拒絶する場合である。もう1つは、債権者個人に生じた事実的障害によって、債務者にとって現実の給付が不能となる場合、または、債務者によってすでに行われた給付の利用が債権者にとって不能となる場合である（S. 873）。

すでに述べたように（第3章第3節第1款3(2)ア（ア）を参照）、モムゼン

は、債務不履行の原因が債権者にある場合にも履行可能不能二分論を適用し、受領遅滞を受領が可能な場合に分類した。したがって、受領遅滞が成立するのは、債務者が受領を拒絶する場合であると考えられる。その結果、モムゼンによれば、受領遅滞責任について無責の不能を理由とする免責の余地はないはずである。すなわち、モムゼンの見解では、受領遅滞と債権者の責めに帰すべき事由による不能は峻別されていた。

たしかに、キューベルの見解でも、受領遅滞の要件のうち客観的要件は債権者の受領拒絶とされており²⁰¹⁾、モムゼンとの共通項が見られる。ところが、キューベルの見解では、受領遅滞についても、債権者の責めに帰することができない事由による受領不能(事変)がその免責事由に据えられた(S. 912)。その結果、モムゼンでは受領可能に位置づけられた受領拒絶(受領遅滞)が、キューベルでは受領不能に位置づけられたことになる。この点から、キューベルがもはやモムゼンの履行可能不能二分論を貫徹していないことが分かる。

イ 債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果

第2に、効果である。モムゼンは、債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果として、債務者の債権者に対する損害賠償請求権を認めた。これに対して、部分草案9条によれば、その効果として、双務契約に限れば、債務者の債権者に対する反対給付請求権が存続するものとされた(S. 873)。これは、ザクセン民法典およびドレスデン草案に倣った結果である²⁰²⁾。本条に関するキューベルの説明で特徴的なのは、他の条文の説明とは異なり、パンデクテン法学者の著作が一切挙げられておらず、ザクセン民法典およびドレスデン草案のみが引用されていることである(S. 873)。このことから、債権者の責めに

201) 「債務不履行の効果」に関する部分草案29条は、次のように定める。

■部分草案29条 債権者または債権者から給付の受領を授けられた者に、債務者または債務者の名において給付することが許される者によって、債務のとおり給付が提供されたにもかかわらず、受領が拒絶されたときは、その拒絶が正当な理由により免責されない限り、債権者は遅滞に陥る。

202) ザクセン民法典721条およびドレスデン草案278条が該当する規定である(ザクセン民法典721条については、第3章第4節第2款3(1)(注194に対応する本文)、ドレスデン草案278条については、第3章第4節第2款3(2)イを参照)。

帰すべき事由による不能に関する規律は、直接的には、当時の立法に由来すると見ることができる。

（2）共通点

キューベルの説明には、モムゼンの主張との共通点も認められる。すなわち、債権各論の特則において規律されるべき事例は、総則の準則のもとに包括することはできないとし、賃貸借、雇用、請負、出版契約およびドレスデン草案の規定をその例として挙げる（S. 873）。このように債権者の責めに帰すべき事由による不能に関する規律の特則を重視する態度は、ドレスデン草案を通じて、モムゼンの見解に連なっている。

第2款 ドイツ民法典の成立

以下では、ここまでと同様に、債務者の責めに帰すべき事由による不能、債務者の責めに帰することができない事由による不能、債権者の責めに帰すべき事由による不能の3つに分けて、後発的不能に関する規定が1900年のドイツ民法典に規律されるに至る過程を明らかにする²⁰³⁾。

1. 債務者の責めに帰すべき事由による不能

（1）債務不履行による損害賠償

債務不履行の効果について定める規律の冒頭規定であった部分草案1条（1900年のドイツ民法典280条に相当）の審議から見ていこう。

■部分草案1条 債務者が全部もしくは一部不能な給付を約束したことにより、または、給付が債務者の責めに帰すべき事由によって全部もしくは一部不能となったことにより、債務者がその債務を履行することができず、または、完全

203) この第2款では、Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin/New York 1978からの引用箇所は、本文中に頁数のみを示す。

この第2款を執筆するにあたって、児玉寛・大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覧」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会・1999年）v 頁以下を参照した。

には履行することができないときは、それにもかかわらず、債務は存続し、債権者は、不履行によって直接または間接に生じた損害の賠償を請求することができる。

ア 債務転形

第一委員会における1882年10月2日の審議（第123回会議）では、プランク（Gottlieb Planck）によって、次の提案が行われた（S. 259）。

■プランクの提案 債務として負担した給付が債務者の責めに帰すべき事由によって全部または一部不能となるときは、その時に債務者の債務は不履行によって債権者に生じた損害の賠償債務へ転形する（以下省略）。

議事録によれば、次のことが分かる。この提案は、債務者有責の不能が生じた時に債務が転形するという立場である。部分草案1条のように、履行が不能となったにもかかわらず債務が存続することが正しいとすれば、損害賠償債務の内容は少なくともそれとは異なるのだから、文言通りに理解すると、一種の矛盾あるいは少なくとも不正確さが現れるというのが提案理由とされている（S. 261）。しかし、多数派は、債務転形という表現に懸念を表明する。すなわち、本来の債務が転形する（Verwandlung）という表現を用いると、逆に、旧債務が消滅し、新債務が旧債務にとって代わるような印象を与える。より懸念すべきなのは、転形時を定めることである。これによって部分草案2条の規定が先取りされてしまうことは、不適切だからである²⁰⁴⁾（S. 261）。

こうして、第一委員会の多数派は、給付が不能となった後も部分草案1条のように債務が存続するのか、プランクの提案のように給付が不能となった時に

204) ここで懸念されているのは、転形時を定めることによって、損害賠償額の算定基準時が転形時とされてしまうことだと考えられる。債務不履行の効果に関する部分草案2条は、以下のとおりである（丸括弧は原文のとおり）。

■部分草案2条 債務者が給付すべき損害賠償には、（不法行為に関する）第1章第2節第3款の14条2項、15条3項、18条の規定を準用する。価額の算定については、履行地、給付のために履行期が定められているときは、履行期、それが定められていないときは、債権者が債務者に給付を請求する時を基準とする。

債務が転形するのかを明文化せず、債務者が損害賠償義務を負うことだけを明文化することに決した（S. 260 f.）。

イ 主観的不能と金銭債務

部分草案1条のうち、後発的不能に関しては、主観的不能と客観的不能を効果面で区別しないことが決議された。すなわち、債務者は、後発的な主観的不能の事例においても、その発生が債務者の有責性（Verschuldung）その他の責めに帰すべき事由に帰せしめることができる場合に限り、責任を負う（S. 260）。

事案によって後発的な主観的不能が生じるのは、たとえば、債務者が引渡しを約束した物がその後債務者の過失（Schuld）なしに盗まれた場合において、過度の（unverhältnismäßig）金銭的犠牲を払ってはじめてそれを再入手することが可能であるときである。もちろん、債務者が後発的主観的不能について、一般的にせよ特定の点にせよ保証を引き受けることは排除されない。そのような保証約束が行われているかどうかは、具体的法律行為の解釈問題である。このことは推定されない。しかし、金銭債務の債務者が支払能力を保証したことだけは推定される。部分草案11条1項は、このことから正当化される（S. 261）。

ウ 第一草案

部分草案1条は、原始的不能と債務転形に関する規律を削除して、第一草案240条1項となった。この240条1項は、後発的に生じた債務不履行による損害賠償責任を定める一般規定である。

■第一草案240条1項 債務者が債務として負担する給付が債務者の責めに帰すべき事由によって全部または一部不能となったために、債務者が債務を履行することができないときは、債務者は、債務不履行によって生じた損害を債権者に賠償する義務を負う。

エ ドイツ民法典280条1項

第一草案240条1項の規定は、帝国司法庁準備委員会における審議の結果

いったん削除されたものの²⁰⁵⁾、第二委員会で復活した (S. 269 f.)。その後、第二草案で第一草案240条1項の規定から、全部不能と一部不能を区別する文言が削除された (S. 271)。これを削除した理由は、不明である。こうして、1900年のドイツ民法典280条1項が成立した。

■ドイツ民法典280条1項 給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となるときは、債務者は、不履行によって生じた損害を債権者に賠償しなければならない。

(2) 填補賠償請求と不能の証明

ア 填補賠償の請求

1882年10月4日の第一委員会第124回会議の議事録には、填補賠償の請求に関して、興味深いやり取りが記録されている。まず、提案の内容を確認しておこう (S. 265)。

■提案 債務者にとって給付が全部または一部不能であると債務者が債権者に表示したのに対して、債権者が不履行による損害賠償を請求すると表示したときも、〔部分草案1条と〕同様とする。

多数派は、この提案を退けた。その理由の中で、次のように述べられている。「この提案は、当事者間の法律関係について確定的不能 (definitive Unmöglichkeit) が認められるべきかどうかという問題の解決を裁判外で迅速に行うことを意図している。債権者が客観的不能を証明しなければならないところ、この目的のために、債権者は、裁判外で債務者がする自白に頼ることができる。〔しかし、〕これによって、現実的履行を求める権利は何も変化を被らないだろう。単なる主観的不能の場合には、それを除去することが常に考えられうる。したがって、主観的不能が一時的に存在することを債務者が自白する

205) これは、第一草案240条1項の内容が同224条から明らかであるという理由による。

■第一草案224条1項 債務者は、債務関係により負担する給付を完全に実現する義務を負う。債務者は、故意だけでなく、過失による (fahrlässig) 債務不履行についても責任を負う。708条、709条の規定は準用する。

というだけでは、債権者の権利に影響を及ぼす要件の充足は認められない」(S. 265)。

以下の2点に注目すべきだろう。第1に、債権者が債務不履行による損害賠償（填補賠償）を請求する場合に客観的不能を証明しなければならないのは、債権者自身である²⁰⁶⁾。第2に、履行が主観的・一時的に不能であると債務者が主張するだけでは、債権者が填補賠償を請求することはできない。すなわち、債権者が填補賠償を請求するためには、履行が確定的に不能でなければならない。それは、履行が客観的・継続的に不能な場合であると考えられる。

しかし、このような多数派の立場をモムゼンの不能論および金銭評価手続と比較すれば、次の点が問題となる。第1に、客観的不能の証明責任を債権者に負担させることは、債権者に困難を強いることになる。第2に、客観的・継続的不能の場合にのみ填補賠償を請求することができるという硬直的な立場は、債権者の保護を制約することになる。この2つの問題点に対するドイツ民法典の解決策を、次のイおよびウで確認していこう。

イ 金銭評価手続の廃止と代替制度の創設

（ア）金銭評価手続の廃止

金銭評価手続を用意していた普通民事訴訟法のもとでは、填補賠償を請求する債権者は、不能の証明責任を負担する必要がなかった。しかし、1877年に制定され、1879年に施行されたライヒ民事訴訟法（CPO）は、この制度を廃止した²⁰⁷⁾。同法778条は、次のように定める。

■ライヒ民事訴訟法778条 〔強制執行の方法を定める〕この節の規定によつて、債権者が利害関係分の給付を求める権利は影響を受けない。

206) 第一草案の理由書によれば、「給付の全部もしくは一部の不能が確定する場合に限り、または、〔第一草案〕243条に基づいて、債権者は、不履行を理由とする利害関係分を請求することができる。給付が客観的に不能であることは、必要な場合には、債権者が証明しなければならない」(Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig, 1888, S. 49 (以下では、本書を „Motive“ と略称する))。

207) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 73.

債権者は、利害関係分の給付を求める請求権を、訴えの方法で、第一審裁判所において行使しなければならない。

(イ) 第一委員会における代替制度の創設

債務転形が問題になった前出の第一委員会（1882年10月2日の第123回会議）では、「既判力のある敗訴判決を受けた債務者に対して債権者が相当の期間を定め、この期間が徒過して初めて、債務者の損害賠償債務が生じるものとする」との決議が行われた（S. 260）。

その理由は、次のように記録されている。1877年のライヒ民事訴訟法778条は、「物の引渡しまたは行為の給付を命ずる敗訴判決を受けた債務者を相手方として債権者が利害関係分の金銭評価（liquidieren）を〔裁判所に〕求める権利に関しては、民法を参照するように指示している。民法典が部分草案1条に加えて何も規定を置かないとすれば、民事訴訟法に定められた強制執行手続が使い尽くされるか、または、給付の不能が確定された場合に初めて、債権者は、損害賠償を請求したり利害関係分の金銭評価を請求（liquidieren）したりできることになるだろう。これは、現行法に合致しないばかりか、実務上の要請にも応えることができない。敗訴判決に従わない債務者を相手方として、それらの前提がなくても利害関係分の金銭評価を〔裁判所に〕請求する権限が債権者に与えられなければならない。しかし、敗訴判決に従わないことがようやく認められるのは、既判力のある判決が下された後、相当の期間内に債務者が給付をしない場合である。債務者が遅滞に陥っているだけでその期間の設定にとつて十分であると考える提案²⁰⁸⁾……は、債務者に対して不当に厳格であり、……現行法とも相容れない」（S. 261 f.）。

208) これは、ブランクの提案である（Jakobs/Schubert (Hg), aa.O. (Fn. 203), S. 259）。

■ブランクの提案 ……債務者が遅滞に陥った後に、給付を断固として拒絶し、もしくは、債務者にとって給付が不能となるとき、または、債務者の遅滞によって給付が債権者にとって無益になったとき、もしくは、債権者にとってその価値が著しく失われたときは、債権者は、債務者に対して給付のための期間を付与することなく、もはや履行を受ける意思がないことを債務者に対して直ちに表示することができる。

（ウ）第一草案

前述の決議を受けて、第一草案243条が起草された（S. 288）。

■第一草案243条 債務者が既判力のある敗訴判決を受けた後で、債権者によって設定された相当な期間内に給付を実現しないときは、240条から242条の規定を準用する²⁰⁹⁾。期間を設定する際には、債権者は、期間の徒過後にはもはや給付を受ける意思がないことを明らかにしなければならない。

第一草案243条とこれが準用する同240条（本款1(1)ウを参照）を見れば、次のことが明らかである。すなわち、同243条により、債権者は、敗訴判決を受けた債務者に対して定めた相当の期間が徒過するのを待って、債務者に対し債務不履行による損害賠償を請求することができる。これは、普通民事訴訟法が執行手続中に用意していた金銭評価手続の代わりとなる制度である。第一草案243条により、債権者は、債務が確定的に不能であることを証明しなくても、填補賠償を請求することができる。

（エ）帝国司法庁準備委員会

帝国司法庁準備委員会の1891年9月7日の審議では、第一草案243条の内容が基本的に承認された。ただし、同243条に定められた期間を、給付を命じる判決の中で債権者が定めることができるようにすることが目的に適っているとされた。その結果、準備委員会決議草案243条は、次のように定められた（S. 289）。

■準備委員会決議草案243条 債務者が既判力のある敗訴判決を受けたときは、

209) 第一草案241条および242条1項の規定は、以下のとおりである。なお、同240条1項については、本款1(1)ウを参照。

■第一草案241条 債務関係に照らして債務者が免責可能な錯誤に陥っていたことによって、不能が生じたときは、この不能は、債務者の責めに帰することができない事由によって生じたものとする。

■第一草案242条1項 債務者の責めに帰すべき事由によって給付が一部のみに不能となった場合において、不能とならなかった部分の給付が債権者にとって無益であるときは、債権者は、その部分〔の受領〕を拒絶し、または、その部分を返還して、債務全部の不履行による損害賠償を請求することができる。

債権者は、期間が徒過した後は給付を拒絶するという表示とともに、給付を実現するための相当な期間を債務者に対して設定することができる。債権者の申立てにより、この期間は判決の中で設定することができる。期間が徒過する前に給付が実現されないときは、債務者は、不履行による損害賠償を給付しなければならない。

給付の不実現が債務者の責めに帰することができない事由によるときは、期間設定を伴う債権者の表示は、効力を有しない。

給付が一部のみ実現されないときは、242条の規定²¹⁰⁾を準用する。

(オ) 第二委員会

第二委員会では、シュトルックマン (Hermann Carl Sigismund Struckmann) が準備委員会決議草案243条とほぼ同じ文言を提案したほか、いくつかの提案が出された。そのうち以下の提案3のみを掲げておく (S. 289)。

■提案3 [準備委員会決議草案243条] 2項を以下の文言に置き換える。

債務として負担した給付が債務者の責めに帰することができない事由によって不能となるときは、不履行による損害賠償を給付する義務は生じない。

第二委員会は、提案3に従って変更を施したうえで、シュトルックマンが提案した準備委員会決議草案243条に相当する文言を承認した (S. 290)。

第二委員会の議事録によれば、次のことが分かる²¹¹⁾。

210) 準備委員会決議草案242条の規定は、以下のとおりである (Jakobs/Schubert (Hg.), a.a.O. (Fn. 203), S. 284)。

■準備委員会決議草案242条 給付が債務者の責めに帰すべき事由によって一部のみ不能となった場合において、不能とならなかった部分の給付が債権者にとって無益であるときは、債権者は、その部分〔の受領〕を拒絶して、不履行による損害賠償を請求することができる。約定解除権に適用される426条から433条の規定を準用する。

211) Alexander Achilles, Albert Gebhard, Peter Spahn (bearb.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichs-Justizamts, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Rechts der Schuldverhältnisse Abs. I, Abs. II Tit. I, Berlin 1897, S. 322 (以下では、本書を „Protokolle“ として引用する); Benno Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Rechts der

まず、シュトルックマンの提案が第一草案の実質的な変更を意図しているのは、判決中で期間設定をすることができる点であるとされたうえで、それにより、債権者が損害賠償を獲得するまでの時間を短縮できることが目的に適っているという。

次に、提案3については、要領を得ない点もあるが、次のように記録されている。すなわち、「債権者によって設定された期間の経過中に債務者の責めに帰することができない事由によって給付が不能となったときは、債務者が給付義務から解放されなければならないという点で、草案に賛成することができる。これに対して、債務の履行を一時的にのみ妨げる事由を主張することまで債権者に認めれば、243条の規定の趣旨が著しく害される。債権者が既判力のある判決を取得したときは、債権者が履行期を明確に設定することができなければならない。給付請求権が損害賠償請求権へ転形する場合に、債務者の無責の障害を考慮することができないのは、定期行為における解除の場合（〔第一草案〕361条）と同じである。たしかに、債務者の責めに帰することができない事由による不能によって債務者が免責されることは、〔第一草案〕237条の規定からすでに明らかである。しかし、このことを明示的に規定することが望ましい。債務者が遅滞に陥らないまま期間が徒過した事例に〔第一草案〕251条の規定を拡張することが許されないことを明確にするためである」。

■第一草案251条 債務者は、遅滞中に事変によって生じた全部または一部の不能について責任を負うが、この事変によって生じた損害が適時に給付された場合にも生じていたであろうことを債務者が明らかにしないときに限る。

■第一草案361条1項 一方の契約当事者が特定の時期または特定の期間内に契約上の給付を実現しなければならないことが契約から明らかである場合において、特定の時期または特定の期間内に給付が実現されないときは、他方の契約当事者は、契約を解除し、または、契約から生じる権利を行使することができる。

↘Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 534.

(カ) ドイツ民法典

第二委員会の後の編集過程で字句の修正が加えられた (S. 290)。第二草案の成立後に、判決中で期間を設定することができるという規律が民事訴訟法改正草案230b条²¹²⁾に置かれることとされた。こうして、第一草案243条から1900年のドイツ民法典283条が成立した (S. 291)。

■ドイツ民法典283条 債務者が既判力のある敗訴判決を受けたときは、債権者は、債務者に対して、給付の実現のために、期間が徒過した後は給付の受領を拒絶するという表示とともに、相当な期間を定めることができる。この期間が徒過した後、給付が適時に実現されないときは、債権者は、不履行による損害賠償を請求することができる；履行請求権は排除される。債務者の責めに帰することができない事由によって給付が不能となるときは、損害賠償義務は生じない。

期間が徒過するまでの間に給付が一部のみ実現されないときは、債権者は、280条2項の規定に定められた権利も有する。

(キ) 小 括

ライヒ民事訴訟法は、普通民事訴訟法のもとで認められていた金銭評価手続を廃止した。しかも、填補賠償請求が認められるためには、履行が有責かつ確定的に不能でなければならないと考えられた (本款1(2)アを参照)。その結果、債務者が本来の給付の履行を命じる敗訴判決を受けたにもかかわらず、その給付が実現されないときは、債権者は、給付が確定的に不能となったことを証明しない限り、填補賠償を請求することができなくなった。このことは、金銭評

212) ライヒ民事訴訟法改正草案230b条1項の規定は、以下のとおりである (Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetze, Bd. 2, Berlin/New York 1990, S. 1336)。この規定は、ドイツ民事訴訟法255条に相当する。

■ライヒ民事訴訟法改正草案230b条1項 被告のために設定された期間が徒過する前に被告が請求の対象とされた請求権を満足させない場合に原告が不履行による損害賠償を求め、または、契約を解消する権利を有するときは、原告は、この期間を判決中で設定するように請求することができる。

価手続を利用することができた時期に比べて債権者の救済を大きく制約し、当時の現行法にも合致しないと考えられた。そこで、履行を命じる敗訴判決を受けた債務者が債務を履行しない場合に、債権者が確定的な不能を証明せずに填補賠償を請求できる制度が創設されることになった。これが、1900年のドイツ民法典283条である。

しかし、金銭評価手続の代替制度であるはずの同283条は、第一草案243条が起草された後に大きな修正を被ったことが分かる。すなわち、金銭評価手続および同243条では、給付を命じる敗訴判決を受けた債務者が金銭評価手続あるいは損害賠償を請求する手続の中で賠償責任を免れる余地はなかった。本款2で後述するように、債務者に対して給付を命じる敗訴判決が出されたと言うことは、債務者に免責事由がなかったと言うことを意味する。したがって、本来の給付の履行を求める訴訟で、債務者が不履行について免責されないことはすでに確定している。それにもかかわらず、1900年のドイツ民法典283条では、給付を命じる敗訴判決を受けた債務者がその後生じた無責の不能を理由に免責される余地が認められた。

ウ 填補賠償請求に関するその他の規定

填補賠償にとって重要な意味を持っていた金銭評価手続が廃止されたために、1900年のドイツ民法典では、債権者の填補賠償の請求がどのような場合に認められるのかを明らかにする詳細な規定が283条のほかにも用意された。以下では、そのうち代表的な規定の成立過程を簡単に確認しておこう。

（ア）一部不能と填補賠償——ドイツ民法典280条2項

① 第一委員会

1900年のドイツ民法典280条2項に相当する規定は、解除に関する規定の審議の中から生まれた。該当するのは、部分草案3条である。

■部分草案3条 双務契約において給付が全部不能であるときは、2条に定められた請求権〔損害賠償請求権〕に代えて、債権者は契約を解除することができるが、解除の時にすでに生じていた損害の賠償を求める権利は害されない。

論 説

一部のみが不能である場合にも、一部不能により給付が債権者にとって無益となったとき、または、その価値が債権者にとって著しく失われたときは、債権者にはこの解除権が認められる。

1882年10月6日の第125回会議において、ある委員から次のような提案が出された。すなわち、双務契約が存在するかどうかにかかわらず、まだ可能な部分の給付が債権者にとって無益であるときは、その部分の給付の受領を拒絶するか、すでに給付されたものを返還して、全債務の不履行を理由とする損害賠償を請求することができる。このような規定は、損害賠償について定める部分草案1条に置かれるべきである。ただし、解除の要件としての同3条2文において、一部給付が債権者にとって無益である場合が定められなければならない(S. 274)。

この提案は、委員会の多数派の賛同を得た。その結果、次の規定を部分草案1条に続けて定めることが決議された(S. 274)。

■決議 一部のみが不能である場合において、可能な部分の給付が債権者にとって無益であるときは、債権者は、その部分の給付〔の受領〕を拒絶し、または、その部分を返還して、全債務の不履行による損害賠償を請求することができる。

② 編集委員会

編集委員会決議暫定集成187条は、以下のとおりである。1項と2項のみを掲げておこう。

■編集委員会決議暫定集成187条 給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となった場合において、まだ可能な部分の給付が債権者にとって無益であるときは、債権者は、その部分〔の受領〕を拒絶し、または、その部分を返還して、全債務の不履行による損害賠償を請求することができる。

双務契約において、債務者の責めに帰すべき事由によって給付が全部不能となったときは、債権者は、不履行による損害賠償を請求するか、契約を解除するかを選択することができる。

編集委員会では、クルバウム（Karl Kurlbaum）が提案する体系に基づき、編集委員会決議暫定集成187条1項と2項は別々の条文に切り離された。1項は、第1章「債務関係総則」、第2節「債務関係の内容」、第6款「給付の不能」に、2項は、第2章「契約および一方的約束から生じる債務関係」、第5節「契約から生じる債務関係の内容」に規定された（S. 282, 28 f.）。

③ ドイツ民法典

編集委員会決議暫定集成187条1項に相当する規定が、第一草案242条となった（S. 282）。同242条は、第二委員会の編集会議で第一草案240条1項と連結された（S. 284）。こうして、1900年のドイツ民法典280条2項が成立した。

■ドイツ民法典280条2項 一部不能の場合において、一部の履行では債権者にとって無益であるときは、債権者は、まだ可能な部分の給付〔の受領〕を拒絶して、全部の債務の不履行による損害賠償を請求することができる。約定解除権に適用される346条から357条の規定を準用する。

（イ）双務契約における不能と填補賠償——ドイツ民法典325条

① 第一草案

1900年のドイツ民法典280条2項の成立過程で出てきた編集委員会決議暫定集成187条2項の規定は、クルバウムの提案により修正が施されて、第一草案369条1項および2項となった（S. 473 f.）。これにより、双務契約の一部不能の事例で残部の給付では債権者にとって無益である場合に債権者に全部の填補賠償請求を認める規定は削除された。編集委員会決議暫定集成187条1項の規定は、双務契約にも適用されたはずであるところ、これに相当する規定は、双務契約に関する第一草案369条にはないからである。

■第一草案369条 双務契約で給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となったときは、債権者は、不履行による損害賠償を請求するか、契約を解除するかを選択することができる。

給付が一部のみ不能である場合に債権者にこの解除権が認められるのは、不能となっていない部分の給付が債権者にとって無益であるときに限る。

② 帝国司法庁準備委員会

1891年10月8日の帝国司法庁準備委員会第60回会議では、第一草案369条1項について、危険負担に関する同368条1項の規定にしたがい、反対給付の割合的な減額を求める権利、および、既履行の反対給付を割合的に返還するように求める権利を債権者に認めることが必要だとされた。なぜなら、不能が債務者の責めに帰すべき事由による場合に、不能が事変による場合よりも債務者がより有利な地位に置かれることは許されないからである。このことが実際上の意味をもつのは、たとえば、買主が不能となった物よりも高い代金で売買契約を締結し、したがって、損害賠償請求権の額のほうが、減額された代金額よりも小さくなる場合である²¹³⁾。

さらに、第一草案369条2項については、履行を命じる敗訴判決を受けた債務者に対して債権者が期間を設定し、その期間が徒過した場合には、債務者が不能を有責に惹起したことが認められるとして（同243条）、その場合には、2項と同様のことが認められるべきであるとされた（S. 475）。

その結果、準備委員会決議草案369条は、次のように定められた（S. 476）。

■準備委員会決議草案369条 双務契約から生じる給付が債務者の責めに帰すべき事由によって全部または一部不能となったときは、債権者は、不履行による損害賠償を238条3項および242条の規定²¹⁴⁾にしたがって請求するか、契約を解除するか、または、368条に定められた権利を行使するかを選択することができる。ただし、給付が一部のみ不能である場合にこの解除権が債権者に認められるの

213) たとえば、売買契約において不能となった給付の価値が100、反対給付の価値が120である場合に、給付の4分の1が不能となったときは、買主の売主に対する損害賠償請求の額は25（ $100 \times 1/4$ ）であり、買主の売主に対する代金減額権の額は30（ $120 \times 1/4$ ）となる。この場合、売主の責めに帰すべき事由によって一部不能が生じたときには、買主は、25の額の損害賠償しか請求することができないのに対して、売主の責めに帰することができない事由によって一部不能が生じたときには、危険負担の準則が適用され、買主は、30の額の代金減額権を行使できることになる。

214) 準備委員会決議草案238条は、代償請求に関する規定であるが、3項は存在しない（Jakobs/Schubert (Hg.), a.a.O. (Fn. 203), S. 228）。同242条については、前掲注210を参照。

ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（3）（坂口）

は、不能とならなかった部分の給付が債権者にとって無益であるときに限る。

243条の場合に債務者が期間内に給付を実現せず、または、一部しか実現しないときも、同様とする。

③ 第二委員会・ドイツ民法典

第二委員会では、準備委員会決議草案369条1項と同じ提案が承認された（S. 477）。さらに、第一草案369条1項に続けて準備委員会決議草案369条2項と同じ規定を挿入する提案が行われた（S. 479）。同委員会後の編集会議において、一部不能の事例で残部の給付では債権者にとって無益である場合に債権者に全部の填補賠償請求を認める規定が復活した（S. 483）。こうして、第一草案369条は、第二草案276条を経由して、1900年のドイツ民法典325条となった。

■ドイツ民法典325条 双務契約により当事者の一方が債務として負担する給付がその者の責めに帰すべき事由によって不能となるときは、相手方は、不履行による損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる。一部不能の場合において、契約の一部の履行が相手方にとって無益であるときは、相手方は、280条2項の規定にしたがって全債務の不履行による損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる。相手方は、損害賠償の請求および解除権の代わりに、323条の場合に定められた権利も行使することができる。

283条の場合に、期間が経過するまでに給付が実現されず、または、その期間内に一部しか実現されないときも同様とする。

（ウ）遅滞と填補賠償——ドイツ民法典286条2項

1900年のドイツ民法典286条2項の出発点となるのは、部分草案28条の規定である。

■部分草案28条 双務契約において、債務者の遅滞により債務者が債務として負担する給付が債権者にとって無益となったとき、または、その価値が債権者にとって著しく失われたときは、債権者は、契約を解除することもできるが、解除の時にすでに生じていた損害の賠償を求める権利は害されない。（第2文省略）

1882年10月20日に行われた第一委員会の第131回会議では、部分草案28条が同3条2文等に関して行われた決議（本款1(2)ウ（ア）①を参照）に適合しなければならないことに何らの疑いもないことが確認された（S. 304）。すなわち、遅滞により給付が債権者にとって無益になった場合には、債権者が契約を巻き戻すことを認めたとうえで、全債務の不履行による損害賠償請求権が認められなければならない。

こうして、第一草案247条が成立した（S. 306）。この規定は双務契約に適用される規定ではないから、契約の解除という文言は使われていない。

■第一草案247条 給付が遅滞により債権者にとって無益であるときは、債権者は、給付〔の受領〕を拒絶し、かつ、すでに受領した部分を返還して、全債務の不履行による損害賠償を請求することができる。427条2項、3項、428条、431条および433条の規定は²¹⁵⁾、この場合に準用する。

第一草案247条は、文言の修正を受けたうえで（S. 306 f.）、1900年のドイツ民法典286条2項となった。

■ドイツ民法典286条2項 給付が遅滞により債権者にとって無益であるときは、債権者は、給付〔の受領〕を拒絶して、不履行による損害賠償を請求することができる。約定解除権に適用される346条から356条の規定を準用する。

（エ）双務契約における遅滞と填補賠償——ドイツ民法典326条

① 第一草案

最後に、双務契約において履行遅滞が発生した場合に債権者に填補賠償の請求を認める1900年のドイツ民法典326条の成立過程を見てみよう。直前の（ウ）で紹介した部分草案28条の審議の結果、第一草案369条3項が成立した。1項と2項の規定も再度掲げておく。4項の規定は省略する。3項で準用されている第一草案243条は、債権者が既判力ある判決を獲得した場合における填補賠償請求の規定である（本款1(2)イ（ウ）を参照）。

215) 第一草案427条2項、3項、428条、431条は、約定解除権の効果および消滅に関する規定である。

■第一草案369条 双務契約で給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となったときは、債権者は、不履行による損害賠償を請求するか、契約を解除するかを選択することができる。

給付が一部のみ不能である場合に債権者にこの解除権が認められるのは、不能となっていない部分の給付が債権者にとって無益であるときに限る。

243条に定められた場合、および、給付が債務者の遅滞により債権者にとって無益である場合にも、同様とする。

② 帝国司法庁準備委員会

帝国司法庁準備委員会における1891年10月8日の第60回会議の議事録からは、次のことが分かる。債務者が遅滞に陥っている場合には、債権者は、給付を実現するために相当な期間を債務者のために設定することができる。給付がこの期間内に実現されないときは、債権者は、履行および履行の遅延による損害賠償を請求する権利に影響を与えることなく、履行に代えて不履行による損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる。しかし、給付が遅滞により債権者にとってもはや利益とならないときは、期間を設定する必要はない。給付が期間内に一部しか実現されないときは、第一草案247条2項および369条1項2文の規定が準用されなければならない（S. 475）。

こうして、準備委員会決議草案369a条が確定された（S. 476）。

■準備委員会決議草案369a条 双務契約において債務者が遅滞に陥ったときは、債権者は、債務者のために相当な期間を設定することができる。給付がその期間内に行われないときは、債権者は、不履行による損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる。給付が遅滞により債権者にとって無益であるときは、期間を設定する必要がない。給付がこの期間内に一部しか行われないときは、247条2項および369条1項2文の規定²¹⁶⁾が適用される。

216) 準備委員会決議草案247条2項は、1900年のドイツ民法典286条2項に相当する規定である。同286条2項については、直前のウ)を参照。準備委員会決議草案369条1項2文については、本款1(2)ウ(イ)②を参照。

③ 第二委員会

第二委員会では、第一草案369条3項について、いくつかの提案が行われた。最終的に第二委員会が賛成した立場に当たるのが、準備委員会決議草案369a条と同じ提案（提案1）とこれに基本的な点で類似した提案（提案2）である（S. 478 f.）。

議事録には、次のように記録されている。すなわち、第一草案によれば、債権者は、債務者が遅滞にある場合に、遅れた履行とともに、履行の遅延による損害賠償を請求することができる（247条1項）。不履行による損害賠償を請求したり契約を解除したりする権利が債権者に認められているのは、243条の場合、すなわち、既判力のある判決を手に入れた場合を除いて、給付が遅滞により債権者にとって無益である場合に限られている（247条2項）。このことは、双務契約にもあてはまる（369条2項）。これに対して、提案1および2は、双務契約の場合に、ドイツ一般商法典354条から356条の規定²¹⁷⁾に倣って、債権者によって債務者のために設定された猶予期間が徒過した場合にも、債務者が遅滞中の債権者に不履行による損害賠償と解除との選択権を認めようとするも

217) ドイツ一般商法典（ADHGB）の該当する規定は、以下のとおりである。ドイツ一般商法典の規定は、Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 1, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861; Allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848, Aalen 1973による。

■ドイツ一般商法典354条 買主が売買代金の支払いについて遅滞にあり、物品がまだ引き渡されていないときは、売主は、契約の履行および遅れた履行による損害賠償を請求するか、履行に代えて、343条の規定にしたがって買主の計算において物品を売却し、損害賠償を請求するか、または、あたかも契約が締結されなかったように契約から離脱するかを選択することができる。

■ドイツ一般商法典355条 売主が物品の引渡しについて遅滞にあるときは、買主は、遅れた履行による損害賠償とともに履行を請求するか、履行に代えて不履行による損害賠償を請求するか、または、あたかも契約が締結されなかったように契約から離脱するかを選択することができる。

■ドイツ一般商法典356条 当事者の一方が前条の規定により履行に代えて不履行による損害賠償を請求するとき、または、契約から離脱するときは、そのことを相手方に通知すると同時に、取引の性質が妨げないときは、追履行のために当該事情にふさわしい期間を許与しなければならない。

のである（S. 479 f.）²¹⁸⁾。

④ ドイツ民法典

こうして、第一草案369条3項は、第二草案278条を経て、1900年のドイツ民法典326条となった。その規定は、以下のとおりである。

■ドイツ民法典326条 双務契約において、当事者の一方が債務として負担する給付について遅滞にあるときは、相手方は、期間が徒過した後は給付の受領を拒絶するという文言とともに、給付を実現するために相当な期間をその当事者のために設定することができる。給付が適時に行われぬ場合において、期間が徒過した後は、相手方は、不履行による損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる；履行請求権は排除される。期間が徒過するまでに給付が一部しか実現されないときは、325条1項2文の規定を準用する。

契約の履行が遅滞により相手方にとって無益であるときは、相手方には、期間の設定を要せずして、1項で定められた権利が認められる。

（オ）小 括

以上のように、1900年のドイツ民法典は、既判力を有する判決を債権者が取得した場合を規定する283条のほかにも、填補賠償が認められる場合を詳細に規定した。これらの規定は、部分草案には見られないものである。すなわち、一部不能が無益である場合には、債権者は、全部の債務に代わる損害賠償を請求することができる（280条2項、325条1項2文）。遅滞によって遅れた給付が債権者にとって無益である場合も、同様である（286条2項、326条2項）。さらに、量的な一部不能の場合および時間的な一部不能——履行遅滞——の場合にも、債権者が債務者のために給付を実現するために相当な期間を設定し、この期間が徒過したときは、債権者は、給付に代わる損害賠償を請求することができる（325条2項、326条1項）。双務契約に限って言えば、債権者が填補賠償を請求できる場合は、債権者が契約を解除できる場合と基本的に一致している。

218) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 644; Mugdan (Hg), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 640.

論 説

325条1項1文の不履行による損害賠償が填補賠償を意味するかどうかは、起草過程からは明らかではない。もっとも、同規定は、不履行による損害賠償と契約解除の選択権を債権者に認めていることから、ここに定められた損害賠償を填補賠償と解することが許されるだろう。しかし、債務者の責めに帰すべき事由による不能というだけで填補賠償や契約解除が認められるというのは、283条や326条の規律内容と整合しない。したがって、325条1項1文の不能は、填補賠償や契約解除を正当化できる範囲の不能に限定されなければならないと考えられる。

*本研究は、科学研究費補助金（課題番号 26780063）の成果の一部である。