

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 (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 |
| Author | 坂口, 甲 |
| Citation | 大阪市立大学法学雑誌. 64 巻 3 号, p.882- 805. |
| Issue Date | 2018-11 |
| ISSN | 0441-0351 |
| Type | Departmental Bulletin Paper |
| Textversion | Publisher |
| Publisher | 大阪市立大学法学会 |
| Description | |
| DOI | 10.24544/ocu.20191203-003 |

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（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——

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，63巻4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1款 後発的不能概念の登場
 - 第2款 主観的不能概念の登場
 - 第3款 後発的不能が果たす役割の拡大
 - 第2節 日本法の検討
 - 第1款 免責事由

論 説

- 第2款 履行請求権の限界
- 第3款 履行困難と履行遅滞
- 第4款 填補賠償と債務転形
- 第5款 危険負担
- 第6款 債権者の責めに帰すべき事由による不能
- 第7款 おわりに

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

債務者の免責事由および履行請求権の限界事由を定めた部分草案10条1項前段の規定の審議を見ていこう。

(ア) 第一委員会

■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。

1882年10月9日に行われた第一委員会の第126回会議の議事録からは、次の3点を指摘することができる。

1つ目は、一時的不能の効果である。後発的な客観的不能が一時的不能である場合には、不能が続いている範囲で債務者が給付する義務を負わないということ以上の変化を債務関係が被ることはない（S. 213）。

2つ目は、継続的不能の効果である。不能が継続的である場合には、客観的不能であることが前提とされる。したがって、その場合には、現行法と同様に債務者の解放が疑いなく生じなければならないだろう（S. 213）。

3つ目は、主観的不能と客観的不能とが同一視される場合を特定物債務に限定することである。原則として、後発的な主観的不能は後発的な客観的不能と同様に扱われなければならない。ただし、金銭債務についてはこの限りでない。しかし、例外は、金銭債務にのみ当てはまるわけではない。代替物または代替

可能な行為を目的とする債務も金銭債務と同視しなければならないことは、明らかだろう。代替不可能な行為が問題となっている場合に主観的不能が客観的不能としての性質を有することを考慮するならば、原則が当てはまる事例として残っているのは、特定物（ein individuell bestimmter Gegenstand）が給付されなければならない事例だけである。したがって、そのような事例でのみ、後発的な主観的不能が客観的不能と同じ効果を生じさせることが民法典の中に明示されることが望ましい。そのように取り扱うことによって、不能を常に客観的不能としてのみ理解するという用語法を貫徹することができる（S. 213）。

さらに、2日後の10月11日に開かれた第127回会議では、ある委員によって、前回の会議で行われた決議が再び取り上げられた（S. 217 f.）。a条が客観的不能に関する規定、b条が主観的不能に関する規定だと考えられる。

■決議 a 条 1 項 債務者の責めに帰することができない後発的事由によって給付が不能であるときは、債務者は給付を義務づけられない。給付が継続的に不能となったときは、債務者は債務から解放される。

■決議 b 条 特定物（ein (individuell) bestimmter Gegenstand）を給付しなければならない債務者がその責めに帰することができない後発的事由によって給付をすることができないときは、a条の規定を準用する。

決議 a 条 1 項前段は一時的客観的不能、同後段は継続的客観的不能を規律していると見られる。この決議によれば、債務者が一時的に債務から解放されることは、債務者が「給付を義務づけられない（nicht zur Leistung verpflichtet sein）」と表現されている。これは、1882年10月9日の審議（第126回会議）の結果を反映したものである。

第127回会議の審議でこれらの決議を再び取り上げた委員は、債務者を債務から解放する継続的不能がいかなる要件の下で認められるのかが明らかではないことを問題視した。この点について、多数派は、次のように述べた。事後的に不能が除去されるかもしれないにせよ、それどころか、事後的に不能ではなくなることが確実であるにせよ、その不能が継続的不能であるかどうかは民法

典または両当事者の意思に照らして判断されるのであり、そのことを決めるのは、問題となる事例の個別の事情である。このことは、客観的不能でも主観的不能でも異ならない (S. 218)。

(イ) 第一草案

第一委員会本会議での審議の後、さらに文言の変更が加えられ、部分草案10条1項前段は、第一草案237条となった。

■第一草案237条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が不能であるときは、債務者は給付を義務づけられない；給付が継続的に不能となったときは、債務者は債務から解放される。

特定物 (ein in sich bestimmter Gegenstand) を給付しなければならない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給付することができないときも、同様とする。

以上の審議過程から、第一草案237条1項について、以下のことが分かる。

第1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の効果は、部分草案から変更されていない。たしかに、部分草案10条1項前段では、債務者無責の不能により、債務者は債務から解放され、損害賠償責任も負わないとされていたのに対して、第一草案237条1項では、無責の不能による債務からの解放のみが規律されているように見える。しかし、議事録を見る限り、第一草案237条1項が部分草案10条1項前段の規律を離れて、損害賠償の免責事由を定めない方向へ方針を変更したというように理解することはできない。むしろ、無責の不能の効果の1つとして損害賠償責任を免れさせる効果も当然に認められていたと考えられる。このことは、後述する第二委員会の審議 (本款2(1)ア(エ)を参照) や部分草案17条1項の審議 (本款2(1)イを参照) も併せて考慮すれば、より明らかである。

第2に、第一草案237条1項後段は、無責の継続的不能の場合にのみ債務者が債務から解放されるものとした。たしかに、この規定は、一見すると、債務者からの債務の解放をその免責事由と連結していないように理解することがで

きる。しかし、部分草案からそのように立場を変更したことは、議事録からは読み取ることができない。

第３に、第一草案237条１項前段は、後発的一時的不能について定める規定である。この場合には、無責の不能が続いている限りで、債務者は給付を義務づけられない。これは、債務者の給付義務が一時的に停止することを意味する。その限りで、債務者は、履行請求権に拘束されることも、遅滞の責めを負うこともない。

第４に、部分草案10条１項前段では、金銭債務の例外を除いて、客観的不能と主観的不能とは区別されていなかったにもかかわらず、第一草案237条２項では、無責の主観的不能によって債務者の債務が停止したり、債務者が債務から解放されたりする範囲が、特定物債務に限定された。その結果、代替物や代替可能な行為を対象とする債務の主観的不能では、債務解放効が生じない。これにより、履行請求権の限界事由（債務の停止事由および債務解放事由）としての無責の不能の範囲も、したがってまた、債務者の免責事由としての無責の不能の範囲も、大きく制限されることになった。

第５に、履行請求権を永続的に排除する債務解放事由としての無責の継続的不能の存否は、個別の事案の性質に応じて判断される。事後的に客観的不能の原因が消滅することが確実である場合にさえ、事案の個別の事情と民法典の規律および両当事者の意思に照らして、継続的不能と判断される可能性が認められている。したがって、特定物の滅失を典型例とする物理的不能でのみ債務からの解放を認めるような硬直的な継続的不能概念は前提とされていない。

（ウ）帝国司法庁準備委員会

帝国司法庁準備委員会では、1891年9月5日の審議において、編集上の観点から、第一草案237条１項について、草案が区別している一時的不能と継続的不能を統一的な表現で包括する文言が選択されるべきだとされた。また、同２項がいわゆる主観的不能の事例のみを念頭に置いていることもより明確に強調されるべきだとされた。その結果、準備委員会決議草案237条は、次のように規定された（S. 228）。

■準備委員会決議草案237条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が〔客観的〕不能となったときは、債務者は給付義務から解放される。

種類のみによって定められたわけではないものを給付しなければならない債務者が、その責めに帰することができない事由によって給付を実現することができなくなり、給付が〔客観的〕不能とはならないときも、同様とする。

(エ) 第二委員会

① 客観的不能（第一草案237条1項）に関する審議

第二委員会の審議では、少数派により、第一草案237条1項を削除することが主張された。少数派は、次のように述べた。客観的に不能となった給付を債務の内容通りに実現することができないことは、自明のことであり、そのことを知るために民法典を調べようとする者はいない。また、債務者の責めに帰することができない事由によって客観的不能が生じた場合に、同条1項が損害賠償義務を排除するという点も、トートロジーである。なぜなら、同規定が言っているのは、債務者が損害賠償義務を負わない場合に損害賠償義務が発生しないということにすぎない。この規定の表現はうまくいっていない。なぜなら、第一草案237条1項が債務者の責めに帰することができない事由によって「債務から解放される」と述べているのに対して、債務関係の内容に照らして見れば、債務はそのような不能の事例にまで最初から及んでいない。この場合に、債務者が「解放される」ことができる債務は、そもそも存在したことがないのである。

以上のように述べたうえで、少数派は、第一草案224条に第3項を付け加えることを提案した²¹⁹⁾。同224条は、第2編「債権総則」、第2章「債務関係の内容」、第1節「給付の義務付け」の冒頭規定である。

■第一草案224条 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

219) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 314 f.; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 528.

履行についても責任を負う。708条、709条の規定は準用する。

債務者は、履行に関して、法定代理人の有責性（Verschulden）および給付を実現するために利用する者の有責性について責任を負う。

■提案 債務関係の内容に照らして債務者が責めを負うべき事由によって不履行が生じるときは、債務者は、有責性がなくても、その不履行について責任を負う。特に、種類のみによって定められたものが給付されなければならない場合において、何らかの事由によって、給付が〔客観的に〕不能とはならず、債務者が給付を実現することができないときは、債務者はその事由について責任を負う。

少数派は、次のように説明する。第一草案224条の規定は、債務者が故意および過失について責任を負わなければならないということしか言っていない。しかし、不可抗力だけがその責任を排除する債務関係が存在し、完全な保証引受けまでその責任を拡張するのは両当事者の自由である。第一草案224条を提案のように補充しなければ、そのような責任の拡張が許されているのかが明らかではないように思われる。少なくとも、債務者が負う責任の範囲を有責性よりも拡張できることを明示的に規定することが、目的に適っている²²⁰⁾。

これに対して、第二委員会は、準備委員会決議草案237条をそのまま維持するシュトルックマンの提案を採用した（S. 230）。多数派は、民法典の明確性と実際の使いやすさのために、同条1項には特別な表現が用いられなければならないとする。特に、1項の規定は、2項の規定を適切に導く役割を果たしている。1項が定めている客観的不能の事例は、2項が定めている主観的不能の事例と対置されており、この点で1項の規定には用語上重要さがあるという。また、多数派は、第一草案224条を補充する少数派の提案は規定する必要がないと述べる。すなわち、第一草案224条1項2文および237条1項の規定が任意規定であることは見誤りようがないのであるから、債務者の債務不履行責任が有責性を理由とする責任を超えて拡がりうるものであることは、自ずと明らか

220) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 315; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 528 f.

である²²¹⁾。

② 主観的不能（第一草案237条2項）に関する審議

少数派は、第一草案237条2項に定められた法命題を同224条に明文化すべきであると、次のように主張した。種類債務の債務者は、その履行が主観的に不能である場合、責めを負うべき有責性（ein ihm zur Last fallendes Verschulden）がなくても責任を負わなければならない。しかし、第一草案237条2項に定められたこの法命題は、同規定を反対解釈しなければ明らかとはならない。

これに対して、多数派は、第一草案237条2項のほか特別な準則を置く必要はないとして、次のように主張した。第一草案237条2項は、債務者にとっての解放効に関して、主観的不能が例外的に客観的不能と同視される事例を定めることによって、重要な原則を言い表している。この定めから次に出てくるのは、それ以外の主観的不能の事例では、債務者の解放が認められないということである²²²⁾。

（オ）第二草案・連邦参議院

第一草案237条は、その後も表現の修正が重ねられるとともに、1項と2項が別々の条文に分離された。主観的不能（subjektive Unmöglichkeit）に代えて、主観的不能（Unvermögen）という表現が法文中に登場するのもこの過程である（S. 231 ff.）。1895年10月7日には、法務委員会で連邦参議院における審議が開始された²²³⁾。同委員会では、ハンブルク市が第二草案に対して行ったコメントが取り上げられた（S. 234）。第二草案の該当規定を掲げておこう²²⁴⁾。

221) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 315; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 529.

222) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 315 f.; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 529.

223) Werner Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB - Einführung, Biographien, Materialien, Berlin/New York 1978, S. 62.

224) ハンブルク市の代表者は、法務委員会の委員には含まれていない（Schubert, a.a.O. (Fn. 223), S. 62）。また、いわゆる修正第二草案（連邦参議院提出草案）（Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich - Zweite Lesung）は、➤

■第二草案232条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が不能となったときは、債務者は給付義務から解放される。

■第二草案235条 まだ可能な給付を実現することが債務者にとって主観的に不能であること（Unvermögen）は、客観的不能（Unmöglichkeit）と同視される。債務として負担したものが種類のみによって定められているときは、債務者は、種類の中から給付することが可能である限り、債務者に有責性（Verschulden）がない場合でも、その主観的不能について責任を負う。

ハンブルク市がそのコメントの中でした提案は、第一草案237条2項を復活させるべきであるという内容であった（S. 234）。同条2項を再度掲げておこう。この規定は、主観的不能を想定した規定である。

■第一草案237条2項 特定物を給付しなければならない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給付することができないときも、同様とする。

提案理由が強調するのは、債務者の主観的不能が債務者の債務に影響を与えないという原則である（S. 234）。ハンブルク市の提案は、修正委員会（Revisionskommission）においても審議された。その議事録には、次のように記録されている。「〔第一〕草案〔237条〕2項は、債務者が〔債務から〕解放されるという効果に関して、主観的不能が例外的に客観的不能と同視されるべき事例を挙げることによって、重要な原則を表現している。そして、このことから明らかとなるのは、それ以外のどの主観的不能の事例においても、同様の効果は生じないということである」（S. 235）（強調は原文通り）。

以上の点から提案理由を付度すれば、次のように理解できるだろう。第一草案237条2項は、主観的不能が債務者を債務から解放しないという原則の例外を定めていた。これに対して、第二草案235条は、1文で主観的不能と客観的不能を同視する規定を置いたうえで、2文で種類債務の場合には主観的不能が

↘1895年10月22日付の連邦参議院印刷物として初めて刊行された（Jakobs/Schubert (Hg.), aa.O. (Fn. 203), S. 17）。

論 説

債務者を債務から解放しないという趣旨を定めた。その結果、第二草案では、主観的不能も原則として債務者を債務から解放し、種類債務の場合に例外的にそれが債務者を債務から解放しないと読まれるおそれがある。このように主観的不能に関する準則の原則と例外が逆転していることがハンブルク市によって問題にされたと考えられる。

しかし、連邦参議院では、最終的にはハンブルク市の提案は受け入れられなかった。第二草案の文言に賛成する理由は、2つに分かれる。1つは、ハンブルク市の提案と第二草案の規定は文言こそ異なるものの、実質的には一致しているという参事官(Referent)の意見である。もう1つは、第二草案235条1文(原文では修正第二草案269条2項)にも、第二草案232条と同様に、債務者の責めに帰することができない事由があてはまるというシュトルックマン政府委員の意見である(S. 235)。参事官の意見では、第二草案は第一草案と同じ内容を定めているはずであるから、主観的不能が客観的不能と同視されるのは、特定物債務の場合に限られるだろう。したがって、債務者の責めに帰することができない事由による主観的不能の事例で債務者が債務から解放されるのは、特定物債務の場合に限られる。これに対して、シュトルックマンの意見によれば、第一草案と第二草案はもはや同じ内容を定めてはいないと考えられる。主観的不能の場合に債務者に有責性がなくても債務者は給付義務から解放されないけれども、債務者の責めに帰することができない事由があれば、債務者は給付義務から解放されることになる。したがって、債務者に免責事由が認められれば、特定物債務が種類債務かにかかわらず、主観的不能も客観的不能と同様に扱われることになるだろう。

(カ) ドイツ民法典

以上の審議を経て、1900年のドイツ民法典275条および279条が成立した。

■ドイツ民法典275条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が客観的に不能となるときは、債務者は給付義務から解放される。

給付について債務者に後発的に生じた主観的不能は、債務関係の成立後に生

じた客観的不能と同視する。

■ドイツ民法典279条 債務として負担したものが種類によってのみ定められているときは、債務者は、給付が種類の中から可能である限り、債務者に有責性がない場合にも、給付の主観的不能について責めを負わなければならない。

（キ）小 括

以上の立法過程から、1900年のドイツ民法典275条および279条について、以下のことが分かる。

第1に、1900年のドイツ民法典275条が履行請求権の限界事由および損害賠償責任の免責事由を定める規定であることは、終始一貫している。

第2に、一時的不能と継続的不能の区別である。第一草案ではこの区別が行われていたのに対して、1900年のドイツ民法典275条では文言上はその区別が見出されない。しかし、その区別が実質的に廃止されたわけではなく、「債務者は給付義務から解放される」という文言の中にその区別が解消されているにすぎない。すなわち、「給付義務から解放される」という文言には、給付義務から一時的に解放される場合も、永続的に解放される場合も含まれる。したがって、第一草案におけるのと同様に、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一時的に不能であるときは、不能が続いている限りで、履行請求権は停止し、債務者は損害賠償責任を負わない。

第3に、原則として主観的不能も客観的不能と同様に扱われる。第一草案では、主観的不能については、特定物債務においてのみ両者は等しく扱われるものとされ、種類債務については債務者が免責される余地はないものとされた。このような立法方針を強調する準備委員会草案を、第二委員会も一旦は承認した。ところが、第二委員会の終了後から第二草案が編集されるまでの間に、免責が認められるという点で主観的不能と客観的不能の取扱いに差を設けない方向へ立法方針が転換されたものと見られる²²⁵⁾。たしかに、このことは連邦参

225) このような方針の転換は、第二委員会で追認された (Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 529)。

しかし、主観的不能について、免責の余地を認めない立場から、免責の可能性を認める立場へ立法方針が転換されたかどうかという点に関しては、本稿の見方と

議院で特に問題に付され、第二草案が第一草案から内容面で逸脱していないことが確認されている。しかしながら、すでに第二委員会では、種類債務の特別扱いの実質的内容が保証責任であることが少数派によって強調され、債務者の責任が拡張されているだけであって、不可抗力による免責の余地があることは認識されていた。多数派もこの点に関する少数派の意見を否定しているわけではない。さらに、連邦参議院のシュトルックマンの意見もこのような立場の延長線上にあると考えられる。したがって、ドイツ民法典275条は、債務者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ときは、種類債務と特定物債務の区別なく、債務者が債務から解放され、損害賠償責任を免れることを定めていると理解することができる²²⁶⁾。そして、同279条は、種類債務について債務者が責任を負う範囲を有責性が認められる場合よりも拡張した保証責任の規定であると解される²²⁷⁾。このことは、種類債務の免責可能性を一

は異なり、そのような転換を否定する見解がドイツでは主張されている。

そのような立法方針の転換を否定するのは、ヤコプスである。すなわち、編集委員会は、第一草案237条1項が特定物債務の主観的不能に適用され、その限りで、主観的不能が客観的不能と同視されると考えた。それ故にこそ、編集委員会は、原則として主観的不能と客観的不能を等しく扱うこと、例外的に種類債務の主観的不能についてのみ取扱いを異にすることを定めておけば、第一委員会および第二委員会の立場から実質的に乖離することはないと考えることができたという (Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 149)。

フーバーも、ヤコプスと同様に、原則と例外が入れ替えられることによって、実質的には何も変更されていないという。しかし、同時に、フーバーは、1900年のドイツ民法典275条2項の適用範囲が明示的に特定物債務に制限されなくなったことによって、同275条1項が種類債務や金銭債務にも適用できるようになったことを正当に指摘する (Huber, a.a.O. (Fn. 35), S. 71; ders, a.a.O. (Fn. 165), S. 230 f.)。

226) 本稿の立場とは異なり、北居功『契約履行の動態理論Ⅱ弁済受領論』(慶應義塾大学出版会・2013年・初出1996年)91頁は、1900年のドイツ民法典279条の起草過程の検討を基礎として、同279条は、種類債務者が種類債務の主観的不能によって給付義務から解放されないことを定めているとする。ヴェルトヴァインも、客観的不能と主観的不能を等しく扱うというモムゼンの見解は、種類債務の主観的不能には適用されなかったという理解を前提としたうえで(前掲注116を参照)、1900年のドイツ民法典275条および279条もその点に変更を加えていないとする (Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 242)。

227) フーバーは、金銭債務の無責の主観的不能によって債務者が遅滞の責任から原

切否定することとは、同義ではない（本款2(1)イ（オ）も参照）。

イ 履行遅滞と無責の不能

（ア）第一委員会

次に、履行遅滞の免責事由について確認してみよう。第一委員会で審議の対象となったのは、部分草案17条1項である。これは、1900年のドイツ民法典285条に相当する規定である。

■部分草案17条1項 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。（第2文省略）

第一委員会（1882年10月16日の第129回会議）では、クルバウムによって、17条1項のうち、債務者の一時的不能に関する部分を削除することが提案された。なぜなら、「削除が提案されている規定は、すでに行われた決議により自明のことだからである」（S. 298 f.）。すでに行われた決議とは、部分草案10条1項前段について1882年10月9日に行われた決議を指すと考えられる（本款2(1)ア（ア）を参照）。

しかし、多数決により、この提案は否決された。多数派によれば、この規定が疑いもなく自明であるとは言えず、その実際上の重要性にもかかわらず削除したほうがよいとは言えないという。しかし、部分草案の文言を変更する必要性はあるとされた。すなわち、部分草案17条が前提としているところによれば、責めに帰することができない事由によってもはや給付することができない債務者は、不能が客観的であるか主観的であるかを問わず、責任を免れる。これに対して、すでに決議されているところによれば（本款2(1)ア（ア）を参照）、責めに帰することができない事由によってもはや給付することができない債務者が責任を免れるのは、客観的不能が存在する場合だけである。ただし、債務

、則として解放されないことを明確にするためにこそ、279条の規定が置かれたとする（Huber, a.a.O. (Fn. 35), S. 629 f.; ders., a.a.O. (Fn. 165), S. 230 f.）。

者が特定物を給付しなければならないときは、主観的不能も客観的不能として扱われる（S. 299）。

さらに、多数派は述べる。部分草案17条の基礎に置かれている考え方によれば、「一時的な不履行というのは、履行期が遵守されないということであり、給付の一部分、すなわち、適時に給付することが不能となったものと考えられる。しかし、債務者がそのような不能について責めを負うのは、一般原則（〔部分草案〕1条、10条、11条1項）に基づいてのみである。したがって、この原則に基づき不能または債務者の責めに帰すべき事由なしに履行期が遵守されず、債務者が責めを負わないときは、債務者は遅滞にも陥るはずもないだろう」。「債務者が全部または一部の不履行が生じた場合に責めを負うのは、有責性（Verschulden）についてのみである。ただし、債務者が特に保証を引き受けたとき、または、原始的な主観的不能のように民法典により給付しなければならないときは、この限りでない。しかし、この原則は、部分草案17条が該当する規定の定めによって反対解釈されても誤解を与えないほどに明確には強調されていない。〔主観的不能と客観的不能の効果を区別しない〕原則が拒絶されるのであれば、17条によって定められている規定も退けられなければならない。なぜなら、遅滞についてだけ例外が妥当する理由は見出されないからである」（S. 300 f.）。

（イ）第一草案

こうして、部分草案17条1項は、第一草案246条となった。同246条が準用する同237条の規定も再度掲げておく。

■第一草案246条 237条、241条の規定に基づき債務者の責めに帰することができない事由によって債務者が給付する義務を負わないときは、債務者は遅滞に陥らない。

■第一草案237条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が不能であるときは、債務者は給付を義務づけられない；給付が継続的に不能となったときは、債務者は債務から解放される。

特定物を給付しなければならない債務者がその責めに帰することができない

ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（4・完）（坂口）

事由によって給付することができないときも、同様とする。

この第一草案246条については、以下の点を指摘することができる。

第一草案では、債務者の免責事由を債務者の責めに帰することができない事由による不能とする立場が採られており、同237条の規定を遅滞について特に定めたのが同246条の規定である。遅滞とは一時的な不能であるから、債務者の無責により一時的不能が生じた場合には、不能が続いている間に限り、債務者は免責される。同じことは、同237条の前半部分で規定されている。

第一委員会の審議から明らかであるように、部分草案とは異なり、第一草案では、債務者の責めに帰することができない主観的不能により免責が認められるのは、特定物債務の主観的不能に限定された。したがって、特定物債務を除く債務の履行が主観的に一時的に不能となった場合には、そのことについて債務者に帰責事由がなくても、債務者は一切免責されない。

（ウ）帝国司法庁準備委員会

帝国司法庁準備委員会で、ヤクベツキー（Karl August Ritter von Jacubezky）は、次のように提案した（S. 302）。

■提案 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、債務者は遅滞に陥らない。

1891年9月7日の審議では、この提案がそのまま受け入れられ、準備委員会決議草案246条となった（S. 302）。その理由は、不明である。

（エ）第二委員会

第二委員会では、シュトルックマンが準備委員会決議草案246条と同じ文言を提案し、ヴォルフゾン（Isaac Wolffson）が以下の提案を行った。

■提案 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237条にしたがって給付する義務を負わないとき、または、債権者が給付前にすべき行為を行わなかったとき、もしくは、給付と同時にすべき行為をするための準備をしないときは、債務者は遅滞に陥らない。

シュトルックマンの提案もヴォルフゾンの提案も実質的な変更を意図したのではなく、第一草案を分かりやすくしたり明確に補充したりするものにすぎないという²²⁸⁾。

委員の一人は、シュトルックマンの提案に対して、次のように疑念を示した。第一草案246条では、少なくとも、種類債務において無責の一時的な主観的不能が発生した場合に遅滞が生じるかどうか曖昧なままにされている。事柄に即してみれば、取引上の利益を考慮して、この問いには必ず肯定の回答が与えられなければならない。特に、金銭債務において無責の支払不能が継続している間に遅滞を排除することは考えられない。第一草案の文言によれば、237条の参照指示と、同条2項から種類債務について読み取ることができる反対解釈とによって、この判断は非常に明確にされている。これに対して、第一草案237条2項から、種類債務において債務者が無責の主観的不能につき特別な保証引受けがなくても責任を負わなければならないという命題を導き出すことは困難である。反対解釈から認識することができるのは、特定物債務の場合とは異なり、種類債務の場合には、無責の主観的不能によって債務者が解放されないという考え方だけである。しかし、債務者が有責性（Verschulden）と同様に主観的不能について責任を負うべきであるという結論は、債務関係が存続するということから直ちには出てこない。第一草案224条²²⁹⁾から出てくるのは、種類債務についても、原則として、有責な不履行についてのみ責任を負うという帰結である。その結果、準備委員会決議草案246条に相当するシュトルックマンの提案では、「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」に遅滞が排除されるとされているところ、これでは、種類債務に

228) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 325; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 536.

229) 第一草案224条は、次のとおりである。

■第一草案224条 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、故意だけではなく、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。

債務者は、履行に関して、法定代理人の有責性（Verschulden）および給付を実現するために利用する者の有責性（Verschulden）について責任を負う。

においては無責の一時的な主観的不能によって遅滞が排除されるという推論を否定することができない²³⁰⁾。

このように述べたうえで、この委員は、次のように提案を行った²³¹⁾。

■提案 [シュトルックマンの] 提案1を以下の条件付きで認める。すなわち、種類債務において債務者が無責の主観的不能についても責任を負わなければならないということを（224条または237条に規定を追加することによって）明確にできるかどうか、できるとしてどのようにできるかを審査するように編集委員会に委託する。

場合によっては、246条を次のように規定する。

債務者が237条の規定により給付義務を負わないときは、債務者は遅滞に陥らない。

債務者の責めに帰することができない錯誤によって債務者が給付を義務づけられていないとされるときも、同様とする。

別の委員は、この提案の基礎にある懸念を争った。しかし、第二委員会、この提案を承認した（S. 303）。

（オ）ドイツ民法典

その後の編集過程では、シュトルックマンが第二委員会で提案した準備委員会決議草案246条の文言が維持された。第二草案279条で若干の文言の変更が行われ、それが1900年のドイツ民法典285条となった（S. 303）。

■ドイツ民法典285条 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実現されないときは、債務者は遅滞に陥らない。

このドイツ民法典285条の起草過程から、以下の点を指摘することができる。第一草案までは、履行請求権の限界事由および免責事由の一般規定である1900年のドイツ民法典275条（第一草案237条）と同様に、債務者の責めに帰す

230) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 325; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 536 f.

231) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 325; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 537.

ることができない事由による不能が遅滞の免責事由として定められていた。ところが、帝国司法庁準備委員会において、突如として、債務者の責めに帰ることができない事由が遅滞の免責事由に据えられた。第二委員会の議事録によれば、両者は文言こそ一致しないものの、第一草案の内容を実質的に変えるものではないと説明されている²³²⁾。

第二委員会では、種類債務の一時的な主観的不能について債務者が一切免責されないことを明確にすることが提案され、その提案が承認された。それにもかかわらず、その後の編集過程でこの決議は条文の文言に反映されなかった。このことは、第二草案の編集過程で、第一委員会の決議が放棄され、主観的不能も客観的不能と同様に扱う方向へ舵が切られたと見る筆者の推論に合致する（本款2(1)ア(キ)を参照）。そのうえで、種類債務については債務者の責任を保証引受けへ拡張する規定（ドイツ民法典279条）が置かれたことは、先述したとおりである（本款2(1)ア(カ)および(キ)を参照）。

ウ 金銭債務の特則

（ア）第一委員会——金銭債務の主観的不能の場合における免責の峻拒

部分草案11条1項では、金銭債務の債務者は、その責めに帰ることができない事由によって無資力になったとしても、免責を主張することができないものとされていた。

■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。

1882年10月9日の第一委員会第126回会議において、ヴィントシャイトは、部分草案11条1項を削除する提案を行った²³³⁾。さらに、ブランクは同規定を

232) フーバーによれば、債務者の責めに帰ることができない事由によって一時的な不能が生じる場合には、1900年のドイツ民法典285条によるまでもなく、同284条の遅滞それ自体が成立しないという。なぜなら、その場合には、同275条により、障害が除去されるまで債務が停止し、履行を求める「訴えに対する抗弁」(„Einwendung gegen die Klage“)が基礎づけられ、履行請求権の貫徹可能性が奪われるからである (Huber, a.a.O. (Fn. 165), S. 223)。

233) ヴィントシャイトの提案は、「給付が債務者の過失 (Schuld) なしに不能となったときは、債務者は債務から解放される」とする提案を前提としたものである。

削除したうえで、次のように規定することを提案した。

■提案 債務が金銭給付に向けられているときは、債務者は、有責性なく金銭を有していないことによっては、解放されない。（以下略）

第一委員会は、部分草案11条1項については、すでに同10条1項の決議で解決済みだと判断した（S. 214）。同10条1項の審議では、債務者の主観的不能については、特定物債務の場合にだけ債務者が債務から解放されると決議されたことはすでに確認したとおりである（本款2(1)ア（ア）を参照）。したがって、金銭債務の主観的不能によって債務者が債務から解放されることはないものであり、このことは、部分草案11条1項と一致する。こうして、部分草案11条1項に相当する規定は削除された。

（イ）1900年のドイツ民法典——金銭債務の主観的不能の場合における免責可能性の肯定

すでに述べたように、第二委員会後の編集過程において、特定物債務の主観的不能だけを客観的不能として扱う規定が削除され、種類債務の債務者の責任を加重する規定が置かれることになった。ところが、金銭債務の債務者の責任を加重する規定は置かれなかった。それと同時に、むしろ、客観的不能と主観的不能を同様に扱う規定が置かれた（本款2(1)ア（オ）を参照）。その結果、1900年のドイツ民法典では、金銭債務者の主観的不能についても同275条の原則通りに債務者の免責が認められたようにも見える。もちろん、部分草案10条1項および17条1項の審議過程（本款2(1)アおよびイ）を一瞥すれば分かるように、金銭債務を種類債務と同様に扱う第一委員会の立場自体は放棄されていないと考えられる。しかし、種類債務の主観的不能について免責可能性を一切認めなかった第一委員会の立場自体が最終的に放棄された。したがって、金銭債務の主観的不能についても、債務者が履行請求権から一時的に解放され、免

↘ (Jakobs/Schubert (Hg.), aa.O. (Fn. 203), S. 214 Fn. 8, S. 212)。したがって、第一委員会の立場とは異なり、部分草案11条1項を削除することによって、金銭債務の無資力による不履行についても免責の可能性を認めることが意図されていたと考えられる。この点については、前掲注173も参照。

責される余地はあると考えられる²³⁴⁾。

エ 無責の不能の証明責任

(ア) 第一委員会・第一草案

無責の不能の証明責任を定める規定は、債務関係の効力に関する部分草案200 b条である。この規定の第一委員会における審議（1882年9月22日の第119回会議）から見てみよう（S. 285）。該当の規定は、1900年のドイツ民法典282条に相当する。

■部分草案200 b条 債務関係により義務づけられる者は、その性質または内容に従って負担する注意を尽くしたことを証明しなければならない。

ヴィントシャイトは、本条の代わりに、以下のように規定することを提案した。

■提案 給付の不能を主張する債務者は、不能が自らの有責性（Verschulden）なく生じたことを証明しなければならない。

多数派の委員は、この提案を承認した。提案の内容は基本的に200 b条と変わらないものの、提案の方が誤った解釈や適用を減らすことができる点で、優れているという²³⁵⁾。さらに、200 b条の規定は、不法行為に関する部分草案1条で提案されていた証明準則²³⁶⁾を削除したこととも調和しないという（S. 285 f.）。

234) フーバーは、金銭債務の主観的不能にも1900年のドイツ民法典275条が適用されることを正当にも肯定する（Huber, a.a.O. (Fn. 35), S. 70）。同規定が金銭債務の主観的不能に適用可能かどうかに関する20世紀のドイツ法上の議論状況については、Ibid., S. 629 ff. を参照。

235) 特に200 b条が与えかねない誤解として挙げられている例は、次の2つである。1つは、請負契約で仕事の成果が引き渡された後で、仕事に瑕疵や欠陥が発見された場合に、債務者の責めに帰すべき事由がないことを債務者が常に証明しなければならないという誤解であり、もう1つは、給付の不能の原因が事変にあることを証明した債務者が、それに加えて、事変が避けられないものであったことまで常に証明しなければならないという誤解である（Jakobs/Schubert (Hg.), a.a.O. (Fn. 203), S. 285 f.）。

236) 不法行為に関する部分草案1条では、加害者が免責事由を証明しなければならないものとされていた。この証明準則は、1882年9月4日（第111回会議）の第一

ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（4・完）（坂口）

その後、1882年10月13日に開催された第128回会議では、上記の提案のうち、「自らの有責性なく」の部分で「債務者の責めに帰することができない事由によって」に修正する提案が出され、これが承認された。編集委員会を経て、本条は第一草案239条となった（S. 286）。

■第一草案239条 債務者によって給付の不能が主張される時は、債務者の責めに帰すべき事由によって給付が不能となったのではないことを債務者が証明しなければならない。

（イ）帝国司法庁準備委員会・第二委員会

帝国司法庁準備委員会では、シュトルックマンの提案により、第一草案239条は削除された。なぜなら、本条の内容は第一草案237条から当然に出てくるからであるという。しかし、第二委員会では、本条の削除が退けられた（S. 287）。議事録によれば、第一草案239条が規定する証明準則は、正しく解釈すれば自ずと明らかになるけれども、実用性の観点からその準則を民法典の中に置くべきである。なぜなら、民法典に規定があれば、判例がこの準則を頻繁に用いることができるようになるからであるという²³⁷⁾。

（ウ）ドイツ民法典

その後、本条は、文言の修正をたびたび受けたうえで、1900年のドイツ民法典282条に結実した（S. 287）。

■ドイツ民法典282条 給付の不能の発生が債務者の責めに帰すべき事由によ

委員会決議により削除された（Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, Berlin/New York 1983, S. 883）。

■部分草案1条 ある者が故意または過失による違法な作為または不作為により他人に損害を加えたときは、その者は、その他人に対して、損害を賠償する義務を負う。

その者の有責性に帰することができないことは、損害を惹起した者が証明しなければならない。

237) Protokolle, a.a.O. (Fn. 211), Bd. 1, S. 317; Mugdan (Hg.), a.a.O. (Fn. 211), Bd. 2, S. 530.

るかどうか争いがあるときは、証明責任は、債務者が負担する。

一見すると、この条文は、履行不能による損害賠償請求訴訟において、債務者に帰責事由がないことの証明責任を債務者に負担させる準則のように読まれかねない。しかし、ドイツ民法典の起草過程を振り返れば明らかであるように、本条は、債務不履行による損害賠償請求訴訟において、免責事由である債務者の責めに帰することができない事由による不能の証明責任を債務者に負わせている規定に他ならない。このことは、1900年のドイツ民法典275条からすでに明らかであり、本条はその証明責任を確認的に規定しているにすぎない。

(2) 危険負担

ア 第一委員会

ここでは、危険負担について、部分草案10条から第一草案成立までの審議過程を追うことにしよう。出発点となるのは、次の規定である²³⁸⁾²³⁹⁾。

■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。

238) 部分草案10条の審議過程については、北居功・前掲書（前掲注226）36頁以下で、危険負担に関する準則の内容を検討するという視点から詳密に紹介・分析されている。

239) 部分草案には、一部不能における代金減額権を補完する解除権の規定が存在した。同12条がそれである。一部不能によって残部がもともと意図されていた契約内容とは見られない場合に、債権者を契約に拘束しておくことが契約の趣旨と債権者の意図に反することから、12条の規定が提案されていた（Werner Schubert (Hg), aa.O. (Fn. 198), S. 877）。しかし、この規定は、契約の解除が認められるためには債務者の帰責事由が必要であるという観点から、第一委員会において削除された（Jakobs/Schubert (Hg), aa.O. (Fn. 203), S. 216 f.）。

■部分草案12条 一部不能の発生が契約締結時に予見されていたとすれば債権者が契約を締結していなかったであろうときは、債権者は、10条に定められた代金減額権に代えて、双務契約を解除することができる。

ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（4・完）（坂口）

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。

1882年10月9日に行われた第126回会議では、前述したように（本款2(1)ア（ア）を参照）、債務者が履行の請求および損害賠償責任を完全に免れるための要件としての無責の不能は、無責の継続的不能でなければならないとされた。これに合わせて、反対給付請求権が消滅するための要件も無責の継続的不能とされるべきことが決議された。また、部分草案10条2項については、不当利得の規定を準用することが決議された（S. 212）。さらに、部分草案起草過程において売買の危険負担について行われた1876年9月25日の決議が援用されたうえで、次のように記録されている。「債権者は、法上当然に、解除を表示するまでもなく、反対給付を実現する義務から解放される。すなわち、契約は、全部不能の事例では全部消滅する。このことは、当時の決議から明らかになる。すでに反対給付の履行を受けた売主は、給付されたものを不当利得の規定により返還しなければならない。この点についても、部分草案の立場を変更すべきではないだろう。なぜなら、債権者に解除権を与えることによって、債務者に利息および果実の返還義務を負わせたり、〔給付されたものの〕滅失および損傷などの責任を負わせたりして、債務者を不利な地位に置くことは、特に不当だからである」（S. 213 f.）。

イ 編集委員会

部分草案10条は、編集委員会決議暫定集成189条となった（S. 219）。

■編集委員会決議暫定集成189条 債務者の責めに帰することができない事由が債務関係の成立後に生じたことによって給付が不能となったときは、債務者は給付を義務づけられず、給付が継続的に不能となったときに限り、債務者は債務から解放される。

特定物を給付しなければならない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給付することができないときも、給付は不能とする。

双務契約において、全部不能のときは、債務者は反対給付の権利を失い、一

論 説

部のみ不能であるときは、債権者は、96条の規定により反対給付を割合的に減額する権利を有する。本項1文の規定により与えられるべきではない反対給付を債務者がすでに受領していたときは、債権者は、不当利得の返還に関する規定により、給付したものの返還を請求することができる。不能が債権者の責めに帰すべき事由によって生じたときは、債務者は、節約された費用を差し引いて、または、その費用の償還と引き換えに、反対給付の権利を失わない。

編集委員会では、クルbaumが提案する体系に基づき、編集委員会決議暫定集成189条1項・2項と3項とが分離されることになった。すなわち、履行請求権の限界と免責事由を定める189条1項・2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、危険負担を定める189条3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」に置かれた (S. 219, 28 f.)。

ウ 第一草案

その後、さらに字句の変更が加えられ、編集委員会決議暫定集成189条3項は、第一草案368条となった (S. 226)。同条2項は債権者の責めに帰すべき事由による不能に関する規定であるから後で紹介することとし、ここでは1項のみを掲げておく。

■第一草案368条1項 双務契約上の債務者が、給付の不能が生じたことによって給付義務から解放される場合において、全部不能のときは、債務者は反対給付の権利を失い、一部のみ不能であるときは、債権者は、392条の規定により反対給付を割合的に減額する権利を有する。本項1文の規定により与えられるべきではない反対給付を債務者がすでに受領していたときは、債権者は、不当利得の償還に関する規定により、給付したものの返還を請求することができる。

エ ドイツ民法典

第一草案368条1項は、その後も文言の修正が繰り返され、1900年のドイツ民法典323条1項および3項となった。2項は代償請求に関する規定である。

■323条1項 双務契約により一方当事者が債務として負担した給付が両当事

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、その一方当事者は反対給付請求権を失う。一部不能の場合には、472条、473条の規定により反対給付は縮減する。

■323条3項 前二項の規定により債務として負担しない反対給付が実現されているときは、給付されたものは、不当利得の返還に関する規定により返還を請求することができる。

履行請求権の限界事由、免責事由、危険負担は、いずれも事変の効果に位置づけられるものであり、部分草案10条は、このことを反映して、これらを一箇条の中に定めていた。しかし、第一草案では、前二者が債権総則に関する規定に、後者が契約に関する規定に置かれることになった。これにより、それらの制度相互の外形的な一体性は失われることになった。しかし、危険負担が債務者の免責事由と連結していることに実質的な変更が生じたわけではない。

3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

(1) 損害賠償の否定

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審議過程を確認しておこう²⁴⁰⁾。審議の対象となるのは、部分草案9条である。

■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。

1882年10月9日に開催された第一委員会第126回会議では、次の提案が行われた（S. 210）。

■提案 債権者の有責性（Verschulden）によって給付が不能となったときは、債権者は、給付の不能によって生じた損害を債務者に賠償しなければならない。

審議では、この提案は受け入れられなかった。たしかに、この提案は、「正

240) 1900年のドイツ民法典324条1項の審議過程については、小野秀誠「遅滞の危険・不能の危険」（前掲注67）63頁以下も参照。

しく理解すれば、同じ結論に至ることができる。債権者が損害賠償を義務づけられる場合に、債権者が債務者に対し反対給付について責任を負うことは否定できないだろう。「しかし、民法典がより理解しやすくなるのは、重要な結論が直接的に表現される場合である。それに加えて、当該債務関係に照らして債権者が責めを負うべき事情によって……給付の不能が生じることにより債務者が被る損害をすべて債務者に賠償する義務を債権者が負うと考えることはできないのだから、提案が行き過ぎであることは明らかである。さらに、提案は、双務契約だけではなく片務的に債務を負担する場合にも適用されるのだから、損害賠償を義務づける債権者の有責性それ自体を問題とすることは、好ましくない。1882年2月27日の決議でも²⁴¹⁾、そのような有責性は問題とされていない。債権者が選択債務において違法な行為 (rechtswidrige Handlung) によって給付を不能にさせたときに損害を賠償しなければならないのは、違法な行為を理由としてであって、債権者として自らが負担する義務の不履行を理由としてではない」(S. 211)。

以上のことから、債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果として損害賠償が認められなかった理由の第1は、債権者が賠償すべき損害の範囲の上限が反対給付の額だと考えられたからだということが分かる²⁴²⁾。そのような考

241) この決議が行われたのは、1882年3月1日(第64回会議)である(Jakobs/Schubert (Hg.), aa.O. (Fn. 203), S. 211 Fn. 2)。この日には、選択債務に関する規律が審議された。部分草案では、債務者または債権者の過失によって複数の給付の一部または全部の履行が不能となった場合に関する詳細な規定が置かれていた。しかし、そのような規律は、給付の不能と有責性の効果を扱う一般規定に委ねられることが決議された。すなわち、「債権者または債務者の有責性によって給付の不能が生じる場合におけるその効果は、有責性に関する一般規定により定まる」(Ibid., S. 160)。これは、編集委員会決議暫定集成6条、第一草案211条2項に相当する(Ibid., S. 163, 168)。これらの決議や草案の内容からは、選択債務において債権者の有責性により給付が不能となった場合に認められる債権者の損害賠償義務が、債権者の義務違反を理由とするものではないことは、読み取ることができない。

242) これに対して、理由書では、不法行為責任に関する規定による損害賠償は当然に留保されるという(Motive, aa.O. (Fn. 206), S. 208)。議事録が正確であれば、理由書は審議の内容を正確に反映していないことになる。

え方に基づいて、債務者に生じたすべての損害を賠償すべきだという解決は行き過ぎであるとされた。しかし、反対給付の額によって賠償範囲が限界づけられなければならないという前提自体は、審議の中では論証されていない。第2の理由は、債権者の責めに帰すべき事由によって損害賠償が認められるという準則は、片務契約にも適用される。片務契約では債権者が債務を負担しないから、損害賠償を義務づける債権者の有責性を論じることができないという点にあった。

（2）節約された費用に関する規律の追加

第一委員会の本会議で多数派の賛同を得たのは、次の提案である。これは、部分草案10条に相当する規定の後に、同9条に相当する規定を置く提案である（S. 211）。

■提案 ただし、債権者の責めに帰すべき事由によって不能が生じたときは、債務者は、節約された費用が控除された反対給付請求権を失わず、または、節約された費用の償還と引き換えに、それを失わない。

債権者の責めに帰すべき事由による不能の規律の中に節約された費用に関する準則が登場したのは、この提案が初めてである。これは、ドイツ一般商法典396条および612条²⁴³⁾に範を得たものである（S. 211）。これらの規定は、運送

243) ドイツ一般商法典（ADHGB）の関連する規定を抜粋すれば、以下のとおりである。

■ドイツ一般商法典395条1項 運送人は、受取りから引渡しまでの間に運送物品の喪失または損傷によって損害が生じたときは、その喪失または損傷が不可抗力または物品の生来的性質……によって生じたことを証明しない限り、その損害について責任を負う。

■ドイツ一般商法典396条3項 物品が損傷したときは、損傷した状態で物品を売却した場合のその価値と、損傷を受けていない物品がそれを引き渡すべき場所および時期に有していたであろう取引上の一般的価値との差が、損傷により節約された範囲の関税その他の費用を控除したうえで、賠償されなければならない。

■ドイツ一般商法典612条1項 607条の規定により物品の喪失について賠償が給付されなければならないときは、喪失した物品の価値のみが支払われなければならない。この価値は、同じ種類および性質の物品が履行地において船か

営業における運送人の損害賠償責任について、損益相殺を定めたものと見られる。節約された費用に関する準則は、1883年6月22日の第一委員会における審議（第224回会議）で、拡充された（S. 220 f.）。

(3) 第一草案

部分草案9条から、前出の編集委員会決議暫定集成189条3項が成立した（本款2(2)イを参照）。債権者の責めに帰すべき事由による不能に関する準則は、前述したように（本款2(2)イを参照）、編集委員会において、危険負担に関する規定とともに債権総論から契約に関する規律群の中へ移された（S. 219）。

さらに、1883年6月22日に行われた第224回会議で、同189条3項の規定は、受領遅滞の場合に債権者へ対価危険が移転する旨を定める編集委員会決議暫定集成204条2項と統合された（S. 222）²⁴⁴⁾。

こうして、第一草案368条2項が成立した。

■第一草案368条2項 債権者の責めに帰すべき事由によって、または、債権者が遅滞に陥った後で給付が不能となったときは、債務者は、反対給付の権利を失わない。ただし、債権者は、給付をしないことにより債務者が節約した費用、および、給付をしないことにより債務者がその労働力を他の方法で利用することができたときは、債務者がその労働力を他の方法で利用することによって獲得したもの、または、獲得するのを故意に怠ったものの金銭的価値を控除することができる。

(4) ドイツ民法典

第一草案368条2項には字句の修正が重ねられ、1900年のドイツ民法典324条が成立した。

ゝ らの荷揚げの時に有している市場価格、または、船からの荷揚げが履行地で行われなときは、船が到着した時にその場所で有している市場価格によって定まる。

■ドイツ一般商法典612条3項 運送、関税その他の費用が物品の喪失により節約されたときは、それを物品の価値から控除する。

244) この経緯については、坂口甲「ドイツにおける債権者遅滞制度と債権者の協力義務(1)」法学論叢165巻4号105頁以下（2009年）を参照。

■ドイツ民法典324条 双務契約により一方当事者が債務として負担した給付が相手方の責めに帰すべき事由によって不能となるときは、その一方当事者は、反対給付請求権を失わない。ただし、その者は、給付からの解放により節約したものの、または、労働力を他の方法で利用することにより取得したものの、もしくは、取得するのを故意に怠ったものを計算に入れなければならない。

一方当事者が債務として負担する給付が、相手方が受領遅滞にある時に一方当事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時も同様とする。

第3款 小 括

部分草案から1900年のドイツ民法典に至るまでの審議過程から明らかになった主要な点をまとめておこう。

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関する部分草案1条およびその後継規定である1900年のドイツ民法典280条1項は、債務者の責めに帰すべき事由によって後発的不能が生じた場合における債務者の損害賠償責任を定めた規定である。ここで問題となる不能とは、客観的不能だけでなく主観的不能、継続的不能だけでなく一時的不能、全部不能だけでなく一部不能も含む幅の広い概念であり、債務不履行と重なり合う。このように柔軟な不能概念に立脚する立場は、部分草案以来の起草過程の中で変更されていないと見られる。

債権者が債務の本来の内容を履行するように請求した場合、債務者が自らの帰責事由によらずに不能が生じたことを証明できないときにはじめて、債務者は、履行の請求も損害賠償責任も免れない（部分草案10条、1900年のドイツ民法典275条を参照）。このような意味で、債務者の責めに帰すべき事由による不能とは、基本的には、債務不履行について債務者の免責事由が認められない場合一般を指していると言うことができる。部分草案1条および1900年のドイツ民法典280条1項は、不能という特殊な不履行類型における損害賠償責任を定

めた規定ではなく、債務不履行に関して債務者に免責事由が認められない場合に、債権者が債務者に対して損害賠償を請求することができるという当然のことを定めているにすぎない²⁴⁵⁾。

(2) 填補賠償

ア 部分草案

部分草案1条は、どのような場合に債権者が債務者に対して給付に代わる損害賠償を請求できるのかを明らかにしてはいない。その規定が下敷きとしているモムゼンの不能論では、特に金銭評価手続において給付に代わる損害賠償が認められていた（金銭評価手続については、第3章第3節第4款1(2)を参照）。金銭評価手続のもとで填補賠償が認められる限り、填補賠償請求権の要件を民法典の中に書き込むことは、必ずしも重要な立法課題とはならないだろう。しかし、1879年に施行されたライヒ民事訴訟法によって金銭評価手続が廃止されたために、填補賠償を請求できる場合を実体法に明示的に定める必要性が出てきた。部分草案では填補賠償請求を規定する条文は提案されなかったものの、キューベルの解説によれば、客観的な継続的不能が生じた場合に填補賠償が認められるとされた。

イ ドイツ民法典

(ア) 填補賠償の根拠規定の新設

これに対して、1900年のドイツ民法典では、債権者が填補賠償を請求するための根拠となる規定が数多く用意された（280条2項、283条、286条2項、325条、326条など）。注意しなければならないことは、これらの規定が給付の不能を理由に填補賠償を認めているわけではないということである。むしろ、一定の手続を経たうえでもはや債務が履行される見込みがないことが確定した場合や、債権者にとって一部の履行や遅れた履行が無益である場合に、債権者が本

245) 1900年のドイツ民法典325条1項1文は、部分草案1条とは無関係に解除に関する審議において成立し、双務契約の特則として、債務者の責めに帰すべき事由による不能を定める。この規定が同280条1項とは異なり、填補賠償を定めた規定であると考えられることについては、第3章第5節第2款1(2)ウ（オ）を参照。

来の給付に代わる損害賠償を請求することが認められている。填補賠償が認められるかどうかを不能概念によって画することができないのは、当然のことだろう。なぜなら、1900年のドイツ民法典における不能概念は、客観的不能と主観的不能はもちろん、継続的不能も一時的不能も、全部不能も一部不能も含まれる柔軟で広範な概念であって²⁴⁶⁾、填補賠償を正当化する役割を果たすことなどできないはずだからである。

（イ）金銭評価手続の代わりとなる制度——1900年のドイツ民法典283条

金銭評価手続の代替手段となることが期待されて定められたのは、1900年のドイツ民法典283条の規定である。この規定によれば、債権者の填補賠償請求は、次のように実現される。まず債権者が本来的債務の現実的履行を求めて訴えを提起し、債務者がその帰責事由によらない不能を証明できないときは（同275条、282条）、債務者に本来的履行を命じる有責判決が下される。この場合、債権者は、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、給付を実現するための相当な期間を設定することができる。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。

1900年のドイツ民法典283条の規定が金銭評価手続とまったく同じ役割を果たすためには、債権者が同規定により設定された期間の徒過を証明するだけで、直ちに利害関係分（填補賠償）の強制執行の手続に入ることができなければならないはずである。しかし、同民法典には利害関係分を確定する手続が用意されていないのだから、それは無理だろう。したがって、債務者が債権者の請求に任意に応じないときは、債権者は、期間経過後に改めて訴えを提起して填補賠償を請求するほかない。このような意味で、同283条は、金銭評価手続の代替手段としては不十分な方途しか債権者に用意しなかったと見ることができる。その結果、同規定は、以下の点にその存在意義を見出すほかない。一時的不能

246) ただし、履行拒絶が不能概念に包摂されていたかどうかは、不明である。履行可能不能二分論を前提とすれば、履行拒絶は不能と対置される。これに対して、履行可能不能二分論を前提としないのであれば、不能概念の中に履行拒絶を取り込むことは、理論的には排除されない（履行可能不能二分論については、第3章第3節第6款3を参照）。

であれ主観的不能であれ、債務者の債務の履行が妨げられた場合に、債務者が免責事由を証明することができないために現実的履行を命じられ、その判決が確定したときは、所定の手続のもとで一定期間が徒過した後に、債権者は、填補賠償を請求することができる。填補賠償の請求が認められるために、給付が継続的に不能であるとか、客観的に不能であるとかという事実を債権者が証明する必要はない²⁴⁷⁾。

(3) 債務転形

部分草案は、規定の文言に着目する限り、モムゼンの不能論をほぼ忠実に再現したドレスデン草案と同様に、債務者の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合には、本来的債務が転形せずに存続することが定められた（部分草案1条）。ただし、部分草案を起草したキューベル自身の見解は、モムゼンの不能論から逸脱し、ヴァイントシャイトの見解と一致した（ヴァイントシャイトの債務転形論については、第3章第4節第1款3を参照）。これに対して、部分草案1条を引き継いだ1900年のドイツ民法典280条1項は、債務者の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合に、本来的債務が転形するのか、存続するのかを明らかにしないこととした。

念のために付言すれば、債務者の責めに帰すべき事由によって不能が生じても本来的債務が存続するという立場は、必ずしも債務転形それ自体を否定していることを含意しない。それは、モムゼンの債務転形論を想起すれば、明らかである（モムゼンの債務転形論については、第3章第3節第4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

部分草案10条1項も、その後継規定である1900年のドイツ民法典275条も、債権者の債務者に対する本来的債務の履行請求が認められない場合を定めた規定である。すなわち、債権者が債務者に対して現実的履行を請求した場合、債務者は、その帰責事由によらずに履行が不能となったことを主張・立証すれば、請求を免れることができる。後発的不能について、客観的不能と主観的不能は

247) Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 49 f. も参照。

区別されないから、給付が客観的に不能であるにせよ、給付が困難（主観的不能）であるにせよ、債務者は、帰責事由がないことを証明できれば、給付義務から解放される。給付が債務者の帰責事由によらずに一時的に不能である場合——履行遅滞の場合——には、債務者は給付義務から一時的に解放され、履行請求権は停止する。

（2）損害賠償責任の免責事由

部分草案10条1項では、債務者の帰責事由によらない不能によって債務者が債務から解放され、1900年のドイツ民法典275条では、それにより債務者が給付義務から解放される。これは、自らの責めに帰することができない事由によって後発的不能が生じたことを証明した債務者が、履行請求のみではなく、損害賠償請求も免れるということの意味する。すなわち、これらの規定は、履行請求権の限界事由だけではなく、損害賠償責任の免責事由も定めた規定である。

部分草案10条1項および1900年のドイツ民法典275条が損害賠償責任の免責事由も定めていることは、他の規定からも窺われる。履行遅滞の免責事由を定める部分草案17条1項は、債務者が履行遅滞に陥る場合を定める規律群の後ろで、同10条1項の内容を注意的に再度規定している。1900年のドイツ民法典も、債務者が遅滞に陥る場合を規律する284条の後ろに位置する285条に履行遅滞の免責事由を定め、275条の趣旨を繰り返し注意的に規定している。さらに、債務不履行による損害賠償の一般規定に相当する280条の後ろに位置する282条では、債務者の責めに帰することができない事由による不能の証明責任が債務者にあることが確認されている。

（3）危険負担

部分草案でも1900年のドイツ民法典でも、債務者の帰責事由によらずに履行が不能となった場合、すなわち、債務者が免責される場合に、危険負担が問題となる。たしかに、1900年のドイツ民法典では、免責事由に関する規定が債権総則に残され（275条）、危険負担に関する規定が契約に関する規律群の中へ移されたために（323条）、両者の連結が外形的には切り離されている。しかし、このことによって、免責事由が認められる場合に危険負担が問題となることま

で変更されたわけではない。

ところが、それと同時に、1900年のドイツ民法典では、債務者の責めに帰すべき事由がある場合にも、債権者は、危険負担により認められる権利を主張できるものとされた(325条1項3文)。この規定は、債務者に帰責事由のある場合のほうが帰責事由のない場合よりも債務者が有利に扱われることがないようにするという観点から導入されたものである。危険負担が免責事由(事変)と結びついているのは、損害——対価危険——を誰が負担すべきかが一義的に明らかでないのが事変によって損害が生じた場合だからである。これに対して、債務者の帰責事由がある場合には、不能によって生じた損害を債務者が負担すべきことは明らかである。したがって、債務者の帰責事由によって損害が生じた場合に危険負担が問題となる余地はない。このように考えるならば、1900年のドイツ民法典325条1項3文は、債務者の帰責事由がある場合とない場合における救済の均衡を図ることを目的とした規定であり、危険負担制度それ自体を定めた規定ではないと理解すべきだろう。

3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

(1) 要件

債権者の責めに帰すべき事由による不能について定める部分草案9条は、ザクセン民法典に倣ったドレスデン草案と同様に、双務契約だけではなく片務契約にも適用されることを前提としていた。しかし、1900年のドイツ民法典324条では、適用範囲が双務契約に限定された。

また、部分草案9条では、債務者の責めに帰すべき事由として有責性(Verschulden)の用語が用いられ、有責性を超えて債権者が責任を負うべきことを定める準則は、契約各則に委ねられた。これに対して、部分草案9条が成立してから1900年のドイツ民法典324条が成立するまでの間には、この点に関する新たな議論は見られない。ただし、1900年のドイツ民法典275条の審議過程から明らかであるように、債務者の責めに帰すべき事由には保証引受けが含まれ、債務者の有責性(故意および過失)よりも範囲が広いことが確認されている。したがって、有責性に代えて「債権者の責めに帰すべき事由

（Umstand, den [der Gläubiger] zu vertreten hat）」が要件とされているドイツ民法典324条の規定も、有責性よりも広い帰責事由を前提としていることは明らかであろう。もっとも、それが債務者の責めに帰すべき事由よりも広いかどうかを明らかにするには、契約各則の成立過程も検討する必要がある、今後の課題とせざるを得ない。

（2）効 果

効果面では、部分草案9条も1900年のドイツ民法典324条も、債務者の債権者に対する反対給付請求権が存続する旨を定める。1900年のドイツ民法典324条が反対給付請求権の存続を認めた理由は、次の2点である。第1に、債務者が帰責事由のある債権者に対して請求できる金額の上限は、反対給付の額に限られるべきだとされたからである。第2に、債務者に債権者に対する損害賠償請求権を認める内容の規律は片務契約にも適用されるどころ、片務契約では債権者は義務を負っておらず、したがってまた、債権者の有責性も問題となりえないからである。

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

1900年のドイツ民法典が成立するまでの間に後発的不能をめぐって展開されてきたドイツ法における議論をここで整理しておこう。

第1款 後発的不能概念の登場

ドイツ法においては、17世紀の終わりから18世紀にかけて、与える債務と為す債務の区別なく、あらゆる種類の債務について履行の強制可能性を承認する見解が徐々に浸透していった。債権者が裁判を通じて債務の本来的内容の履行を債務者に強制できるようになると、どのような場合に債務者が履行の強制を免れることができるかが問題となる。18世紀の自然法では、特定物の滅失あるいは事変による特定物の滅失によって債務が消滅し、したがって、履行の強制

を免れるという考え方（物の滅失構成）が支配的であった。しかし、物の引渡しや物の返還を目的としない債務については、特定物の滅失や事変による特定物の滅失を問題にすることができないから、物の滅失構成では、そのような債務の履行の強制可能性を限界づけることができない。そこで、遅くとも18世紀には、「不能な債務は生じない」という原始的不能の準則を後発的な債務不履行にも転用する見解（不能構成）が少しずつ定着し始めた。このような新しい考え方をいち早く立法に取り込んだのが、18世紀末に成立したプロイセン一般ラント法である。同法は、為す債務についても履行の強制を認めると同時に、後発的不能を債務解放原因とした。こうして、後発的不能という不履行類型は、弁済などと並ぶ債務の消滅原因として重要な役割を与えられることになった。これは、現在の用語法で言えば、履行不能によって履行の強制を免れることができるという意味で、後発的不能が履行請求権の限界事由に据えられたということに対応する。

第2款 主観的不能概念の登場

1. 履行困難としての主観的不能

19世紀に入ると、サヴィニーによって、後発的不能の範囲は大きく拡張された。特定物の滅失を典型例とする不能が客観的不能と呼ばれ、金銭債務の不履行を典型例とする債務者の履行困難が主観的不能と呼ばれた。こうして、後発的不能という不履行類型には、履行不能のほかに、履行困難が加わることとなった。

2. 後発的主観的不能の効果——原則

後発的な主観的不能、すなわち、後発的な履行困難に特に重要な役割を与えたのは、モムゼンである。すなわち、モムゼンは、後発的な主観的不能に後発的な客観的不能と同様の効果を認めた。債務者にとって履行の困難を容易に克服できるかどうかという事実的側面は、主観的不能の効果の発生にとって重要なことではない。主観的不能によって債務者が債務を免れるかどうかにとって決定的なのは、客観的不能の場合と同様に、債務関係に照らして債務者の帰責

事由があるかどうかである。債務者に帰責事由がないと判断されれば、債務者は債務を免れ、したがって、損害賠償責任も負わない。

後発的不能において客観的不能と主観的不能とを同様に扱うというモムゼンの立場、すなわち、客観的不能の場合にも主観的不能の場合にも債務者の免責事由が認められる限りで債務者が債務を免れるとする立場は、ドレスデン草案にそのまま受容された。これに対して、ヴィントシャイトは、主観的不能の場合にはモムゼンと同様に債務者の免責事由を債務者が債務から免れるための要件とする一方、客観的不能の場合には免責事由の存否とは無関係に債務者が債務から免れるとする見解を主張した。ヴィントシャイトの見解は、キューベルに受け継がれた。しかし、キューベルが起草した部分草案の文言には、彼自身の見解は明確には現れず、むしろ、その文言はモムゼンの立場と一致した。ドイツ民法典の起草過程では、主観的不能の場合に債務者の免責事由が認められるときであっても債務者が債務から解放されないことを原則とする立場が主張された。しかし、最終的にはこの立場は放棄されたと見られ、後発的不能において客観的不能と主観的不能を等しく扱う考え方が1900年のドイツ民法典275条に採用された。種類債務の主観的不能を定める同279条は、種類債務の債務者が主観的不能について有責性（Verschulden）が存在しないというだけでは免責されないことを規定しているだけであって、種類債務の債務者の免責可能性（同275条）を否定する趣旨ではない。

3. 後発的主観的不能の効果——例外

客観的不能と主観的不能を等しく取り扱うという原則の例外を形成したのが金銭債務の主観的不能である。すなわち、事変により債務者が無資力になったとしても、債務者は債務から解放されず、したがって、損害賠償責任からも免責されないと考えられた。これに対して、債務者の資力とは関係のない事情により一時的に金銭債務の主観的不能（履行遅滞）が生じた場合には、債務者には免責の余地があるものと考えられた（モムゼンの見解、ドレスデン草案、部分草案）。しかし、1900年のドイツ民法典には、金銭債務に関する同様の準則は置かれなかった。ただし、金銭債務について履行遅滞に陥った債務者の免責

を認める解釈を同279条および275条の規定から導く余地があった。

第3款 後発的不能が果たす役割の拡大

1. 履行請求権の限界事由と免責事由

(1) 履行請求権の限界事由と債務転形

ア 履行請求権への債務者の拘束と債権者の拘束

19世紀に入っても、どのような場合に債務者が履行請求権から解放されるのかについては、物の滅失を基準とする伝統的立場（物の滅失構成）と後発的不能を基準とする革新的立場（不能構成）が混在していた。物の滅失に代えて後発的不能を基準とする見解が唱えられたのは、すでに述べたように、18世紀末にかけて債務者が与える債務だけでなく為す債務についてもその本来的内容の履行を強制されうようになったからである。そして、このように債務者が本来的債務に拘束されるという立場が定着してくると、今度は、債権者がそれに拘束されるかどうかの問題となった。すなわち、18世紀末から19世紀初頭にかけては、債務者が債務不履行に陥った場合に、債権者が填補賠償の請求ではなく、本来的債務の履行の請求を強制されるかどうかが問われた。その時期には、とりわけ為す債務の不履行が債務者の帰責事由によって生じた場合には、債権者が現実的履行の請求とそれに代わる損害賠償の請求とを選択できるという見解が主張されていた。

イ サヴィニーの見解——不能時債務転形論

このような状況の中で、サヴィニーは、この2つの問題に次のように答えた。まず、どのような場合に債務者が本来的債務から解放されるのかという問いに対しては、サヴィニーは、客観的不能が生じた場合であると答えた。次に、債権者が填補賠償の請求ではなく、本来的債務の履行を請求するように強制されるのかという問いに対しては、サヴィニーは、強制されると答えた。このように債務者だけではなく債権者も本来的債務に強制されることになると、どのような場合に債権者が本来的債務から解放されるのかという問いが出てくる。この問いに対して、彼は、次のように答えた。すなわち、債務者の過失によって

客観的不能が生じた場合には、債権者は、履行に代わる損害賠償を請求することができる。しかも、サヴィニーは、客観的不能が過失によって生じた場合に、本来的債務は消滅せずに、損害賠償債務に転形するという。この見解によれば、客観的不能が発生した時に転形が認められる。以下では、この立場を「不能時債務転形論」と呼ぼう。不能時債務転形論は、コッホやプフタラによって受容された。

ウ モムゼンの見解——請求時債務転形論

これに対して、モムゼンは、サヴィニーとはまったく異なる見解を主張した。まず、債務者が履行請求権から解放されるのは、債務者の責めに帰することができない事由によって履行が不能となった場合である。すなわち、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、無責の不能の主張・立証に成功して初めて請求を免れることができる（無責の不能については、第3章第3節第3款を参照）。ここでいう不能には、客観的不能のみならず、主観的不能も含まれる。債務者が無責の不能の証明に失敗すれば、債務者は、現実的履行を命じる敗訴判決を受ける。その履行が強制執行に適さないか、あるいは、強制執行が奏功しない場合には、債権者は、金銭評価手続と呼ばれる執行手続で履行に代わる損害賠償を請求することができた（金銭評価手続については、第3章第3節第4款1(2)を参照）。モムゼンによれば、この時点で初めて本来的債務は損害賠償債務に転形する。この見解によれば、履行が不能となっただけでは債務は転形せず、債権者が履行に代わる損害賠償を請求した時に債務が転形する（詳しくは、第3章第3節第4款3(2)を参照）。以下では、この立場を「請求時債務転形論」と呼ぶことにしよう。請求時債務転形論は、ドレスデン草案に受容された。1900年のドイツ民法典は、債務転形論を採用かどうかは留保しているものの、モムゼンと同様の立場を法典化するとともに（275条）、金銭評価手続に代わる制度を新設した（283条）。

(2) 免責事由

18世紀から19世紀の前半にかけて、損害賠償責任の免責事由は、事変（casus）、すなわち、債務者に故意または過失がないことであった。ところが、モムゼン

は、事変ではなく、債務者の責めに帰することができない事由による不能（無責の不能）を損害賠償責任の免責事由とした。すなわち、履行可能不能二分論（第3章第3節第6款3を参照）が前提とされた結果、債務者に帰責事由があるかどうかの問題となるのは、履行が不能である場合に限定されたわけである。無責の不能を免責事由とするモムゼンの見解は、ヴィントシャイト、ドレスデン草案を経て、1900年のドイツ民法典に流れ込んだ（275条、282条、285条）。ただし、ヴィントシャイトと1900年のドイツ民法典が、モムゼンの不能論の基礎にある履行可能不能二分論まで受容したかどうかは、必ずしも明らかではない。ヴィントシャイトの主張や部分草案以降の立法史料では履行可能不能二分論にまったく言及されていないばかりか、履行可能不能二分論の前提とされた金銭評価手続そのものが廃止されたことも考慮すれば、履行可能不能二分論は受容されなかったものと推測される。

（3）履行請求権の限界事由と免責事由との関係

以上のことから、履行請求権の限界事由と免責事由との関係については、2つの立場があることが明らかである。1つは、サヴィニーに代表されるように、履行請求権の限界事由を客観的不能とし、免責事由を事変とする立場である。このように両方の事由を異なるものとして把握しようとする考え方を、履行請求権の限界事由と免責事由の「二元的構成」と呼ぶことにしよう。もう1つは、モムゼンや1900年のドイツ民法典に代表されるように、履行請求権の限界事由も免責事由も無責の不能とする立場である。このように両方の事由を統一的に把握しようとする考え方を、「一元的構成」と呼ぶことにしよう。

2. 危険負担

（1）伝統的見解

18世紀の終わりには、危険負担は、事変による債務不履行によって発生した損害の負担者を決定するための制度として理解された。当時の一般的理解によれば事変とは債務者の免責事由に他ならないから、債務者が免責される場合に初めて危険負担が問題となった。

（2）後発的不能と危険負担との連結

このように、危険負担は、もともと事変を中心的要件とする制度であり、後発的不能と連結する制度ではなかった。ところが、18世紀の末に、プロイセン一般ラント法において初めて、危険負担は、事変によって不能が生じた場合における損害の負担者を決める制度へ変容した。しかし、19世紀初頭のパンデクテン法学の大勢は、危険負担を不能と結びつけずに論じる伝統的な立場を崩さなかった。これに対して、サヴィニーは、プロイセン一般ラント法と同じ道を歩んだ。コッホ、プフタ、モムゼンらのパンデクテン法学者だけではなく、ドレスデン草案もこの新しい立場に与した。もっとも、危険負担が後発的不能と結びついても、危険負担が問題となるのは債務者が免責される場合（事変による不能、無責の不能）に限られることに変わりはない。なぜなら、債務者が免責されない場合には、債務者が不能によって生じた損害を負担すべきことが明らかだからである。

（3）双務契約と危険負担との連結

危険負担を後発的不能と結びつける立場から進んで、ヴァントシャイトは、危険負担の準則を、従来のように事変に関する規律を論じる箇所であらうのではなく、明示的に双務契約の特則として位置づけた。こうして、危険負担は、双務契約において債務者の責めに帰することができない事由（事変）によって不能が生じ、債務者が債務から解放される場合に、債権者も反対債務から解放されるのかという問題として理解されるに至ったと考えられる。その結果、危険負担の体系的位置も、債権一般に関する規律群から契約に関する規律群へ移された。

（4）1900年のドイツ民法典の立場

1900年のドイツ民法典も、基本的にこの立場に与している（323条）。しかし、同時に、1900年のドイツ民法典は、債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合にも、債権者が危険負担の効果を主張することを認めた（325条1項）。なぜなら、不能について債務者が免責される場合に債権者が危険負担の効果として主張できる権利が、債務者の帰責事由によって不能が生じた場合には主張できないとすることによって、帰責事由のある債務者を有利に扱う必要はないか

らである。

3. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

(1) 損害賠償請求権構成と反対給付請求権構成

不能を両当事者無責の場合、債務者有責の場合、債権者有責の場合の3つに分類する考え方は、原因によって与えられたが原因が続かないことによる不当利得返還請求訴権を通じて、18世紀の自然法およびプロイセン一般ラント法に流れ込んだ。債権者の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合とは、事変によって不能が生じた場合、すなわち、債務者が免責される場合に他ならない。この場合、事変によって生じた損害を債権者が負担すべきことには異論がない。その結果、債権者の責めに帰すべき事由によって不能が生じたときは、債務者が債権者に対して損害賠償を請求できると主張する立場が出てくる。これは、プロイセン一般ラント法やモムゼンが採る立場である。以下では、この立場を「損害賠償請求権構成」と呼ぶことにする。これに対して、19世紀のドイツにおける各領邦の立法は、この問題を危険負担における双務契約上の準則の1つに位置づけ、債権者の責めに帰すべき事由によって不能が生じたときに、債務者の反対給付請求権を存続させるという立場を採用した。危険負担が双務契約における反対給付の存否を決める制度として特徴づけられることにより、この立場はますます強固になっていったと考えられる。1900年のドイツ民法典は、この立場に従った。以下では、この立場を「反対給付請求権構成」と呼ぶことにしよう。

(2) 債権者の責めに帰すべき事由の意味

債権者の責めに帰すべき事由は、損害賠償請求権構成はもちろん、反対給付請求権構成のもとでも、原則として、債務不履行による損害賠償で問題となる債務者の責めに帰すべき事由と異ならないと考えられた。これに対して、債権者の責めに帰すべき事由が債務者の責めに帰すべき事由よりも例外的に拡張される可能性があると考えられたのは、賃貸借、雇用、請負および出版契約であった。このことは、ドレスデン草案の起草過程から明らかであるし、これを受け継いだキューベルの部分草案にも当てはまる。1900年のドイツ民法典では、契約総

則の平面上に限れば、債権者の責めに帰すべき事由が債務者の責めに帰すべき事由と同一であることが出発点とされたと考えられる。なぜなら、契約総則の規定に位置づけられる債権者の責めに帰すべき事由による不能（324条１項）の効果は、損害賠償請求権構成と結論を異にしないと考えられて立法されたからである。

第２節 日本法の検討

第２章から第３章のドイツ法の検討および第４章第１節のまとめを基礎として、以下では、日本法、特に改正法²⁴⁷⁻¹⁾の内容を簡単に分析する。

第１款 免責事由

１. 金銭評価手続と履行可能不能二分論

履行請求権の限界事由と免責事由を統一的に把握する一元的構成では、債務者が損害賠償責任を免れるためには、債務者が債務を免れること、すなわち、債務不履行が無責の不能に当たることを債務者が証明しなければならない。19世紀のドイツ法において、「債務者の責めに帰することができない事由」ではなく、「債務者の責めに帰することができない事由による不能」が免責事由とされたのは、権利侵害と帰責の区別が徹底されたところに金銭評価手続が結びついたからであった。それは、次のように説明することができる。履行が可能な場合——履行を妨げる障害が何もない場合——には、債権者が保持すべきものを債務者が違法に保持しているから、帰責事由の存否を問題とするまでもなく、債権者が債務者に現実的履行を請求することができる。しかも、現実的履行を命じる敗訴判決を受けた債務者が、それにもかかわらず債務を履行しない場合には、すでに執行手続の開始時に故意による債務不履行が当然に認められ

247-1) 前掲注1でも注記したように、改正法案は、2017年5月26日に参議院本会議で可決され、成立した。これにより、同年6月2日に、「民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）」が公布された。以下では、同法を「改正法」と呼ぶことにする。

る。当時存在した金銭評価手続では、本来的債務の履行強制のための執行手続の中で債権者が填補賠償を請求することが認められた。その結果、金銭評価手続を前提とする限り、債務者の帰責事由の存否を改めて判断することなく、執行手続の中で債務者に填補賠償を命じることが可能であった。したがって、履行可能の場合には、帰責事由の存否を吟味する必要はない。帰責事由の存否を実際に判断しなければならないのは、履行が不能である場合——履行を妨げる障害が存在する場合——であるとされた。

2. 履行可能不能二分論の消滅

これに対して、日本の強制執行手続には金銭評価手続が存在しないため²⁴⁸⁾、債権者が現実的履行を訴求してこれが認容された場合に、それが執行手続の中で損害賠償として価値的に実現されることはない。債権者が損害賠償を獲得するためには、本案訴訟で損害賠償を請求しなければならず、その請求が認められるかどうかを判断するためには、損害賠償責任の免責事由の存否が実際に判断されなければならない。モムゼンの履行可能不能二分論は、本款1で説明したように当時の金銭評価手続を前提としているから、金銭評価手続が存在しない現行法および改正法のもとでは、モムゼンのように履行が可能な場合と履行が不能な場合とを峻別する体系が成立する余地はない。現行法でも改正法でも、免責事由の存否を判断する場合には、履行を妨げている原因が債務の内容に照らして債務者によって克服されるべきかどうかのみを吟味すればよく、履行が可能かどうかを問題とする理由はない。したがって、現行法はもちろん、改正法のもとでも、モムゼンのように免責事由を不能に結びつけることは無意味である²⁴⁹⁾。

248) 債務者の本来的債務の履行を命じる敗訴判決が出された場合において、これを強制執行できないことが明らかになったときは、債務の現実的履行の請求と並んで填補賠償を請求していたときに限り、債権者は、本来の給付について強制執行の目的を達することができなくなったことを証明して、填補賠償請求の強制執行に移ることができる（民事執行法31条2項）。この代償請求の強制執行は、19世紀における金銭評価手続、したがってまた、1900年のドイツ民法283条を部分的に代替する重要な機能を営んでいる。

249) 現行法および改正法を見ると、受領遅滞の規定中に履行可能不能二分論の痕跡

第2款 履行請求権の限界

1. 日本における一元的構成と二元的構成

(1) 現行法下の議論状況

ア 戦前の議論状況

現行法には、履行請求権の限界事由を一般的に定めた規定はない。しかし、1910年代からドイツの履行不能論が日本に紹介され、客観的不能と主観的不能を区別する見解が大正時代から昭和初期にかけて通説を形成すると同時に²⁵⁰⁾、客観的不能を履行請求権の限界事由に据える見解が有力に主張された。たとえば、川名博士は、次のように述べた。客観的不能の場合には、当事者に帰責事由があるかどうかにかかわらず債務は消滅し、不能が債務者の責めに帰すべき事由によって生じたときは、新たに損害賠償債権が成立する。これに対して、主観的不能の場合には、債務が消滅することはなく、債権者は、依然として現実的履行を請求することができるという²⁵¹⁾。また、中島博士も、同様に次のように主張した。客観的不能と主観的不能を区別すべきであるところ、主観的不能は不能に含まれない。後発的客観的不能が継続する場合には、債務は消滅するか、または、損害賠償へ変形する。不能の原因が誰に帰責されるかは、損害賠償責任を確定する際に意義を有する²⁵²⁾。さらに、鳩山博士は、次のように論じた。客観的不能と主観的不能は区別されるどころ、民法が規定する不能は、客観的不能に限られる。債権成立後の事情の変化により履行が困難となっ

ゝがはっきりと残っていることが分かる。すなわち、現行法413条も、改正法413条および413条の2第2項も、受領拒絶と受領不能を受領遅滞の要件としている。現行法でこのような文言が選択されたのは、受領拒絶（受領可能）の場合にのみ受領遅滞が成立するという立場を採らないことを明確にするためであった（受領遅滞の要件に関する現行法の成立過程については、奥富晃『受領遅滞責任論の再考と整序』（有斐閣・2009年・初出1996年）157頁以下を参照）。

250) 日本における客観的不能と主観的不能の議論の経緯については、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『債務不履行の救済法理』（信山社・2010年・初出2009年）58頁以下を参照。

251) 川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂・1915年）111頁以下。

252) 中島玉吉『民法積義卷之三 債権総論』（金刺芳流堂・1924年）87頁，469頁以下。

たとしても、債務者は、言うまでもなく履行の義務を免れない。その困難の程度が社会観念上不能と認められる程度に達すれば、履行の義務を免れる²⁵³⁾。これらの見解は、履行が客観的に不能であれば債務者の帰責事由の存否とは無関係に履行請求権の排除を認めており、二元的構成を前提としているものと考えられる。

客観的不能と主観的不能の区別を否定する論者の中で二元的構成を支持したのは、勝本博士である。彼は、履行が不能かどうかは社会観念に照らして決すべきであるとしたうえで、次のように述べた。不能な給付はその履行を請求することができない。給付が後発的に不能となったときは、債務者は不能な本来の給付の直接履行を為す義務を負わない。しかし、このことは、給付が不能である場合に債権者が履行に代わる損害賠償を請求できるかどうかということとは別問題である²⁵⁴⁾。

イ 戦後の議論状況

戦後になると、客観的不能と主観的不能を区別しない見解が通説になるとともに²⁵⁵⁾、定式の上では、履行請求権の限界事由と損害賠償責任の免責事由を同一視する一元的構成が支配的となった。その定式によれば、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ときは、債務は消滅し、債務者は債務を免れる²⁵⁶⁾。したがって、債務者は、現実的履行を請求されること

253) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法 総論』(岩波書店・1928年)143頁, 148頁。同時に、鳩山博士は、債務者の帰責事由によらずに履行が不能となったときは、債権は消滅し、債務者は完全に債務を免れるとも述べ、一元的構成の定式も用いた(同154頁)。

254) 勝本正見『債権総論中巻之二』(巖松堂書店・1936年)231頁以下, 267頁以下。これに対して、石坂音四郎『日本民法第2巻』(有斐閣書房・1912年)519頁以下は、不能は論理的不能に限られず、不能かどうかは公平の観念から判断されるとしたうえで、定式上は、一元的構成を主張した。すなわち、不能が債務者の責めに帰ることができない事由によって全部不能となった場合には、債務者はまったく給付義務を免れ、また、損害を賠償する必要がない(同575頁以下)。

255) 議論状況については、潮見佳男・前掲論文(前掲注250)76頁以下を参照。

256) 我妻栄『民法講義IV新訂債権総論』(岩波書店・1964年)146頁, 210頁(以下では、本書を「我妻栄『新訂債権総論』」と引用する)、於保不二雄『債権総論』

も損害賠償を請求されることもない。しかし、これと同時に、一元的構成とは相容れないはずである不能時債務転形論までもが主張された²⁵⁷⁾。我妻博士によれば、「債務者が任意に履行しないときは、債権者は、……現実的履行の請求をなしうるのが原則だが、……給付の実現を請求することが不能となったとき……には、給付に代る損害を賠償する他はない」²⁵⁸⁾。また、於保博士によれば、債務者の責めに帰すべき事由によって「履行の全部が不能となったときは、本来の給付を目的とする請求権は消滅して、それに代わって填補賠償請求権が成立する。これは、債務の内容の変更であって、債務はその同一性を保持するものと解されている」²⁵⁹⁾。一元的構成によれば、債務者が免責事由を証明できなかったとき、すなわち、債務者の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合には、履行請求権は存続するはずである。ところが、通説は、一元的構成に不能時債務転形論を接ぎ木した。その結果、不能が債務者の帰責事由によって生じているにもかかわらず、履行が不能であるというだけで履行請求権が消滅すると考えられた。

要するに、通説の理解を忠実に定式化するならば、次のようになるだろう。すなわち、履行が不能となったと認められるときは、債務者はそれだけで現実的履行の請求を免れ、債務者の責めに帰することができない事由によって履行が不能となったと認められるときに初めて、債務者は損害賠償責任を免れる。相互に矛盾する一元的構成と不能時債務転形論が現行法で組み合わせられたことから容易に想起されるように、通説は、一元的構成の言い回しだけを表面的に祖述し、その内容を必ずしも正確には理解していなかった。一元的構成に由来する表現を用いながら、その内容は二元的構成に沿うように理解されてきたと

↘（新版）』（有斐閣・1972年）108頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・1992年）144頁。

257) すでに学説継受期から、不能時債務転形論は主張されていた（石坂音四郎・前掲書（前掲注254）569頁、中島玉吉・前掲書（前掲注252）520頁以下、鳩山秀夫・前掲書（前掲注253）67頁以下等）。

258) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）98頁。

259) 於保不二雄・前掲書（前掲注256）108頁。

言わなければならない。

(2) 改正法

直前で紹介した通説とは異なり、改正法は、不能時債務転形論を退けるという立場を鮮明にした²⁶⁰⁾。現在の通説から不能時債務転形論を取り除くと、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ときは、債務は消滅し、債務者は債務を免れるという純粋な一元的構成が姿を現すはずである。ところが、改正法412条の2第1項は、「履行不能」という条見出しのもとに、「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」と定めた。不能という文言に着目すれば、同規定は、不能を履行請求権の限界事由に位置づけている。これは、履行請求権の限界事由と損害賠償責任の免責事由を区別する二元的構成を採用したものであると考えられる。そうだとするならば、改正法は、伝統的見解である不能時債務転形論だけではなく、履行請求権の限界事由と損害賠償責任の免責事由を一致させる一元的構成も退けたということになる。

2. 履行不能の判断基準

(1) 判断基準としての債務の内容

しかし、改正法は、単に履行が不能かどうかによって履行請求権の限界を画する立場を採用したわけではない。同時に、改正法は、「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」履行が不能かどうかを判断することを明文化した²⁶¹⁾。このように、履行が不能かどうかを債務の内容に照らし

260) 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）69頁（以下では、本書を「潮見佳男『概要』」として引用する）、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）117頁（加毛明執筆部分）。

261) 改正法414条の2第1項の「取引上の社会通念」という文言をどのように位置づけるべきかという問題は残る。債権法改正の審議過程を見る限り、この文言は、社会通念が債務の内容を確定する際に考慮されることを明示するために、注意的に規定されたと見るべきだろう（法制審議会民法（債権関係）部会第90回議事録40頁以下（中井康之委員発言）、43頁以下（筒井健夫幹事発言、山本敬三幹事発言、鎌田薫部会長発言））。したがって、理論的には、「取引上の社会通念」という文言

て判断するという考え方は、一元的構成に親和的な立場である。一元的構成では、履行請求権の限界を画するのは、履行が不能かどうかではなく、債務者に免責事由が認められるかどうかである。言い換えれば、履行請求権が認められるべきかどうかを判断する際に問題となるのは、履行を妨げている原因を克服できるかどうかではなく、それを克服すべきかどうかである。それを克服すべきかどうかは、債務の内容によって決まる。克服する必要がない原因によって不履行が発生したのであれば、その原因または不履行が客観的には克服可能であるとしても、債権者が履行請求権を行使することは、もはや認められない²⁶²⁾²⁶³⁾。

は、「契約その他の債務の発生原因」という文言の中に解消することができる（この点については、潮見佳男『概要』（前掲注260）54頁以下も参照）。

262) 吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣・2014年・初出2004年）261頁は、「債権者による履行請求が認められるには、債務者が問題となっている給付障害を克服することを契約上義務づけられている必要がある、その限りにおいて、債務者が当事者によって設定された契約規範に違反しているという意味での帰責事由は、履行請求に際しても、損害賠償請求の場合と同様に必要である。反対に、債務者が問題となっている給付障害を克服する義務を負っていない場合、債務者が損害賠償責任のみならず、履行責任を負担することもないと考えられる」と述べ、少なくともその限りで、一元的構成を支持する。

ただし、契約により給付障害を克服することが義務づけられていない場合とは別に、現実の給付を対象とする履行請求権の特殊性を理由として履行請求権が認められない場合があるとする。たとえば、そのような特殊性が問題となる場合として、履行が物理的に不可能である場合や、債権者が履行により得る利益に比べて履行に要する費用が過大である場合が示唆される（同262頁以下）。

そのうえで、中間試案を念頭において、債務者が負担する義務と履行請求権や損害賠償請求権などの救済手段との相互関係をどのように理解すべきか、また、履行請求権の限界事由で考慮される「契約の趣旨」と損害賠償責任の免責事由で考慮される「契約の趣旨」との関係をどのように理解すべきかについては、態度が慎重に留保されている（同264頁以下注141、290頁以下）。

263) 履行請求権の限界事由と並んで問題となるのは、追完請求権の限界事由である。ドイツ売買契約法を参照した近時の研究によれば、買主の追完請求権の内容確定のあり方にかかるアプローチとして、追完請求権に本来的履行請求権と同様の規律を妥当させるアプローチと追完請求権に特有の規律を妥当させるアプローチがあるという（田中洋「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定（3・完）——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして」神戸法学雑誌60巻3=4ノ

ㄨ号15頁, 39頁(2011年))。特に, 追完請求権に特有の規律を妥当させるアプローチでは, 売買における追完請求権が目的物の引渡しが行われた後に買主に認められる救済手段であるため, 目的物の引渡しおよび受領という事態を契機とする当事者の利益をどのように考慮すべきかが問題となる(同34頁以下, 39頁, 41頁)。近時のこのような研究成果を踏まえれば, 追完請求権の内容が履行請求権の内容とは異なる可能性があること, したがってまた, 両者の限界事由も一致しない可能性があることには留意しなければならない(このような可能性を必ずしも十分に考慮していないと見られるのは, 田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学109号130頁以下(2014年))。

改正法では, 売買契約に関する同562条に追完請求権の規定が置かれ, この規定が他の有償契約に準用される(同559条)。改正法562条によれば, 買主が代替物の引渡しまたは目的物の修補を選択した場合に, 「買主に不相当な負担を課するものでないとき」に限って, 買主が選択した追完方法を売主が拒絶することが認められるとともに(1項), 契約不適合が買主の責めに帰すべき事由によって生じたものであるときは, 買主は, 追完の請求をすることができないものとされた(2項)。このほかに, 改正法412条の2第1項の規定が適用されると考えられている(潮見佳男『概要』(前掲注260)258頁, 大村敦志・道垣内弘人編・前掲書(前掲注260)406頁〔石川博康執筆部分〕)。

立法担当者は, 追完請求権にも履行請求権の一般原則がそのまま当てはまることを前提として(法制審議会民法(債権関係)部会資料43・34頁), 次のように述べる。損害賠償が「免責されるかどうかと, 追完が不能ないし限界事由に該当するかどうかというのは, 評価される要素が異なる」。追完請求権の限界は, 修補が可能かどうか, 可能だとして容易かどうかという点も考慮して画されるという(法制審議会民法(債権関係)部会第52回議事録33頁〔新井吐夢関係官発言〕)。これによると, 債務の内容に照らして債務者が克服する必要がある原因によって契約不適合が生じた場合であっても, たまたま修補が容易に可能である場合には, 債務者は, 修補に代わる損害賠償責任は免れるものの, 修補請求は免れないことになる。しかし, 追完請求権が債務の内容それ自体から導かれるのだとすれば, その限界も第一義的には債務の内容を基準として画されることになるはずである。したがって, 債務の内容に照らして債務者が契約不適合の原因を克服してまで債務を履行する必要がないと認められる場合, すなわち, 契約不適合について債務者の責めに帰することができない事由がある場合には, 改正法414条の2第1項により, 債権者は, もはや追完を請求できないと考えられる。これに対して, 債務者が契約不適合の原因を克服して債務を履行する必要があると認められる場合には, 債権者の追完請求権は排除されない。債務者の免責事由が認められない場合であっても, 債権者が追完によって得られる利益と比べて債務者が追完に過大の費用を要するときは, 改正法414条の2第1項とは無関係に, 債権者の追完請求権が排除される余地がある(本節第3款1(2)も参照)。債権者の利益と債務者の費用をどのように衡量するかという点については, 本来的履行請求権と追完請求権との間に違いが出てくる可能性

（2）客観的不能と履行請求権の限界

ア 一元的構成か二元的構成か

すでに述べたように、改正法は、不能という文言に着目すると、履行請求権の限界事由を不能に据えた二元的構成を採用しているかのような印象を与える。しかし、履行が不能かどうかは債務の内容に照らして判断されると規定されていることを考慮すれば、改正法は、履行請求権の限界事由として債務者の責めに帰することができない事由に照準を合わせた一元的構成を採用していると見る余地もある。

イ 債務の内容をどのように考慮するか

ここで問題となるのは、履行が不能であるかどうかを判断する際に、債務の内容をどのように考慮するかである。たとえば、建物の売買契約において契約

ゝもあるだろう。

以上の点と関連して、契約不適合が買主の帰責事由によって生じた場合に買主の追完請求権を排除する改正法562条2項の規定が、本来的履行請求権の限界を定める同412条の2第1項と相容れない結果、本来的履行請求権と追完請求権との同質性が維持できないのではないかと懸念が表明されている。なぜなら、債権者の帰責事由によって履行が妨げられたとしても、債務の内容に照らして履行が不能であると認められない限りは、本来的履行請求権は排除されないからである（法制審議会民法（債権関係）部会第84回議事録9頁〔潮見佳男幹事発言〕、同議事録第93回55頁〔潮見佳男幹事発言〕、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信人社・2017年）330頁注120、333頁以下（以下では、本書を「潮見佳男『新債権総論Ⅰ』」として引用する）。そのうえで、本来的履行請求権と追完請求権との同質性を維持しつつ、その限界事由の相違を正当化しようとする場合には、法政策的な観点を持ち出すほかないとする見方が主張されている（潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法（債権関係）部会審議の回顧」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな課題』（有斐閣・2015年）712頁）。しかし、債権者の責めに帰すべき事由によって契約不適合が生じた場合には、債務者はその原因を克服してまで債務を履行する必要がないのだから、追完請求権はもちろん、本来的履行請求権も排除されると考えられる。したがって、改正法562条2項の規定からただちに上記の懸念が生じるわけではない（この点については、法制審議会民法（債権関係）部会第97回議事録40頁以下（金亮完関係官発言）も参照）（念のために付言すれば、潮見教授自身は、本来的履行請求権と追完請求権とはまったく別個の性質を有する請求権であるとする立場である（同第3回議事録16頁以下〔潮見佳男幹事発言〕、同第37回議事録21頁〔潮見佳男幹事発言〕、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（本注）328頁以下））。

後引渡しの前に火災によってその建物が滅失したとしよう。改正法412条の2第1項のもとでは、少なくとも2つの解決が考えられる。

(ア) 債務内容考慮型二元的構成

第1の解決は、次のようなものだろう。建物が滅失した場合にまで建物を引き渡すことを売主が契約で引き受けていなかったことを理由に、売主は、現実的履行の請求を免れる。そのうえで、売主が債務不履行を理由として損害賠償責任を負うかどうかは、免責事由の観点から履行請求権の問題とは別に考慮する²⁶⁴⁾。この考え方によれば、履行請求権の限界事由も損害賠償の免責事由も債務の内容に照らして判断されるものの、判断の仕方が両者で異なることになる。これは、二元的構成の考え方に連なる（以下では、履行請求権の限界を債務の内容に照らして判断する二元的構成を「債務内容考慮型二元的構成」、履行請求権の限界を債務の内容とは無関係に事実の側面から判断する二元的構成を「債務内容不考慮型二元的構成」と呼ぶ。念のために付言すれば、改正法412条の2第1項は、債務内容不考慮型二元的構成を採らないことを明らかにしている）。

(イ) 一元的構成

これに対して、第2の解決は、次のようなものだろう。当該火災の発生あるいは建物の滅失の原因が契約で売主が引き受けたりスクの範囲内にあるかどうかを検討し、売主がその原因を克服ないしは回避すべきだったかどうかを検討される。そして、売主がその原因を克服または回避すべきであったと判断されるときは、売主は、履行請求権からも損害賠償責任からも解放されない²⁶⁵⁾。

264) 潮見佳男『新債権総論I』（前掲注263）281頁によれば、「債務の履行が不能である場合は、それが債務者の責めに帰すべき事由によるものか否かに関係なく、履行請求権が否定される。……債務者の帰責性は、債務不履行を理由とする損害賠償請求権が問題となる局面で、しかも、免責事由のレベルで問題となる」。

265) 一元的構成のもとで、売主が当該障害の原因を克服すべきであると判断され、債務者が現実に履行する債務を負っているとしても、それを克服して債務を履行することが客観的に不可能であることが確定している場合には、執行が不能であるから給付を求める訴え自体に法的保護の必要性がないとか、それを命じることが無益であるといった契約外在的な理由から、本来的履行を命じる判決を許さないという

これは、一元的構成の考え方に他ならない。

ウ 債務内容考慮型二元的構成の問題点

このように、不能かどうかを債務の内容に照らして判断するというだけでは、履行請求権の限界事由と損害賠償責任の免責事由とが同じになるとは限らない。一元的構成では、両者は原則として一致するものの、債務内容考慮型二元的構成では、両者が一致する場合に加えて、次の2つの可能性が出てくる。1つは、債務者が履行請求権からは解放されるものの、損害賠償責任は免れない場合であり、もう1つは、債務者が損害賠償責任は免れるものの、履行請求権からは解放されない場合である。特に問題が出てくるのは、後者の場合である。すなわち、債務者が克服する必要がある原因によって不履行が発生しており、したがって、債務者が損害賠償責任を免れる場合に、なぜ債務者が履行請求権にだけは拘束され続けるのかである。債務者が損害賠償の免責は認められるにもかかわらず、追加の費用を投じて障害の原因を克服し現実の履行をしなければならない理由があるのかが、問われなければならない²⁶⁶⁾。

ㄨ 考え方は、一考に値するだろう（債務法改正前のドイツ法について、Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. 2, Tübingen 1999, § 58 S. 779 f.; ders., a.a.O. (Fn. 165), S. 239; MünchKomm/Volker Emmerich, BGB, 4. Aufl., München 2001, § 275 Rn. 83 ff. を参照)。もっとも、履行できないことが客観的に確定している場合に履行請求権が排除されるというこのような帰結は、債務の内容に照らして履行請求権が認められるかどうかを決する改正法412条の2第1項とは無関係である点に注意しなければならない。

266) 客観的不能の事例ではなく、主観的不能（履行困難）の事例ではあるが、次のような別の事例を想定することができる。建築請負契約で建築中の建造物が大地震に起因する火災で焼失した場合に、請負人がその種の原因によって発生する不履行を克服することまで契約で引き受けていなかったとしよう。一元的構成によれば、請負人は、損害賠償責任を負わないことはもちろん、履行請求権からも解放され、建物を再度建築することを強制されることはない。これに対して、債務内容考慮型二元的構成によれば、請負人は、損害賠償責任を負わないにもかかわらず、仕事の完成を引き受けたという「債務の内容」を理由として、再度建物を完成しなければならないという結論が出てくる可能性がある。そうだとすれば、そのような結論は不当だろう。なぜなら、請負人は、大地震に起因する火災によって発生する不履行を克服する必要がなく、したがって、本来的給付を履行する債務をもはや負っていないからである。➤

第3款 履行困難と履行遅滞

1. 主観的不能＝履行困難の取扱い

(1) 不能の範囲

ア 債務内容不考慮型二元的構成および一元的構成と不能の範囲

債務内容不考慮型二元的構成では、履行請求権の限界事由としての不能は、物の滅失に由来する客観的不能であるとされた。履行が不能かどうかによって履行請求権の限界を画そうとすれば、履行請求権の限界事由にふさわしいように不能の意味それ自体を限定する必要が生じる。

これに対して、一元的構成では、履行請求権の限界事由としての不能には、客観的不能だけではなく、物の喪失に由来する履行困難（主観的不能）も含まれる。一元的構成において履行請求権の限界事由に位置づけられる無責の不能は、事変に相当する概念であり、障害の原因を克服すべきかどうかに焦点を当てた規範的な概念であった。したがって、一元的構成では、不能概念それ自体を履行請求権の限界を画するのにふさわしい意味に限定するのは無意味である。一元的構成で重要なのは、債務者に免責事由が認められるかどうか、すなわち、債務者が障害を克服すべきかどうかであって、履行が不能かどうかではないからである。

イ 現行法

債務内容不考慮型二元的構成のように不能の範囲それ自体を限定する場合には、限定するための基準を明らかにする必要に迫られる。しかし、客観的不能を超えてその範囲を主観的不能にまで拡張しようとするれば、どこに境界線を引

※ また、同じく主観的不能（履行困難）の事例ではあるが、ドイツでは、カブリオ事例が教室設例として好んで用いられる。Vは、中古車のカブリオ（Cabrio）を1万ユーロでKに売却し、引渡しはVの車庫で特定の期日に行われることになっていた。しかし、引渡しの履行期の前日にカブリオはVの有責性なしに盗まれてしまった。その後、ロシアのムルマンスク（Murmansk）でカブリオは発見された。カブリオの回収には1万ユーロがかかる。Vは、カブリオを取り戻してKに引き渡さなければならないだろうか（Eduard Picker, Schuldrechtsreform und Privatautonomie. Zur Neuregelung der Schuldnerpflicht bei zufallbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, JZ 2003, 1036）。

くべきかという重要かつ困難な問いに答えなければならない。現行法のもとでは、たとえば、「社会の取引観念を標準とし、本来の給付内容を目的とする債権を存続させることが不相当と考えられる場合に不能になる」と説かれる²⁶⁷⁾。しかし、これでは境界線が明確にはならないだろう。

ウ 中間試案

改正法412条の2第1項の「不能」の範囲を明らかにするうえで注目されるのは、中間試案である。中間試案では、履行請求権の限界事由として、① 履行が物理的に不可能であること、② 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること、③ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由が挙げられた（中間試案第9-2）。②と③は、とりわけ主観的不能のうち履行請求権の限界にふさわしいものを括り出そうとした苦勞の現れと見ることができる。

エ 改正法

改正法412条の2第1項は、中間試案における①から③を統合する概念として、統一的な不能概念を採用したとされる²⁶⁸⁾。履行が不能かどうかは債務の内容に照らして判断されるのだから、結局のところ、履行請求権の限界を画するのは、不能ではなく、債務の内容である。したがって、改正法412条の2第1項における不能という文言の範囲を、物理的可能性や期待可能性などを基準に据え債務の内容から切り離して限定することは、無意味であるばかりか、有害である。むしろ、不能という文言の範囲をそのような基準とは無関係に最大限に広く解釈することこそが、債務の内容に照準を合わせて履行請求権の限界を画そうとする同規定の趣旨に適う。したがって、何らかの事情によって履行が妨げられていれば、その事情を克服することが容易であるかどうかにかかわらず、それだけで改正法412条の2第1項の不能に当たると考えるべきである。

267) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）144頁。

268) 法制審議会民法（債権関係）部会第78回議事録2頁以下（金洪周関係官発言）、同第90回議事録45頁（金洪周関係官発言）。

要するに、同規定の不能とは、客観的不能と主観的不能（履行困難）の両方を含むものと解さなければならない。もちろん、債務者が履行請求を免れるためには、不能が生じたことについて債務者の免責事由が認められる必要がある²⁶⁹⁾²⁷⁰⁾。

(2) 債権者の利益と債務者の費用を衡量する準則の位置づけ

現行民法634条1項但書によれば、請負契約で仕事の「瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは」、注文者の瑕疵修補請求は認められない。法制審議会民法（債権関係）部会における議論の経緯を踏まえると、改正法412条の2第1項の規定は、現行民法634条1項但書の「過分の費用」に関する規律を含んでいると考える余地がある（第1章第1節第1款を参照）。さらに、同規定の規律内容を一般化して、債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過大の費用を要する場合も、改正法412条の2が定める不能

269) 履行可能不能二分論を前提とせずに一元的構成を貫徹するならば、債務者が債務の履行を拒絶する場合にも、免責事由が認められないことを理由として、債務者は履行の請求からも損害賠償責任からも解放されないことになるだろう。しかし、改正法412条の2第1項は、履行請求権の限界事由に不能という文言を採用している。債務者の履行拒絶を不能に含めることは、不能の語義を超えることになるだろう。したがって、同規定の不能には履行拒絶は含まれないと言わざるを得ない。その結果、履行を妨げる事情が何もないにもかかわらず、債務者が履行を拒絶している場合（故意の債務不履行の場合）には、不能が認められないことを理由として、債務者が履行請求から解放されないものと解されることになる。

270) 日本における伝統的な見解によれば、事情変更の原則が適用されるのは、事情変更が当事者の責めに帰することができない事由によって生じた場合であるとされている（谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（13）（補訂版）』（有斐閣・2006年）74頁〔五十嵐清執筆部分〕）。これに対して、一元的構成のもとでは、事情変更の原則は、債務者の免責事由が認められないために債務者が履行請求権から解放されない場合を規律する制度として位置づけられることになるだろう。すなわち、契約締結後に現れた障害を契約内容に照らして債務者が克服しなければならない場合において、それを克服することがもはや債務者に期待できないときは、債務者がリスクを負担するという当初の危険分配を覆す余地が認められる。理論的にはこのように言うことができるとしても、障害を克服することが債務者に期待できないような場合に、その障害を克服することを債務者が引き受けていると認められる場合は、極めて限定的にしか生じないと思われる。

概念のもとで捉えられるべきだとする見解が主張されている²⁷¹⁾。

しかし、一元的構成のもとでは、履行請求権の限界を画するのは免責事由に他ならない。したがって、履行請求権の限界事由を判断する際には、原則として、免責事由の存否の判断とは別に利益衡量を持ち込むべきではない。ただし、債務者の免責事由の存在が認められず、したがって、債務者が履行請求権から解放されない場合には、事情が異なる。たしかに、この場合において、債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過分の費用を要するときは、債権者の履行請求権が権利濫用を理由に認められないとする余地がある。しかし、この例外則は、債権者の受ける利益を判断する際に債務の内容を考慮に入れるものの、その結論自体が債務の内容から直接に導かれるものではない点に注意しなければならない²⁷²⁾。したがって、この例外則を改正法412条の2第1項の枠内で認めることは、適切ではないだろう。なぜなら、この例外則は、債務の内容に照らして債務者が障害を本来克服しなければならないにもかかわらず、それが例外的に認められない場合を規律しているのに対して、改正法412条の2第1項

271) 潮見佳男『概要』（前掲注260）61頁、同『新債権総論Ⅰ』（前掲注263）285頁以下、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217頁以下（2017年）、山口幹雄「改正民法の『不能』に関する一考察」広島法学40巻3号65頁以下（2017年）、大村敦志・道垣内弘人編・前掲書（前掲注260）443頁以下（石川博康執筆部分）。これに対して、債権者の利益と債務者の費用を衡量する準則を認めつつも、それを不能概念に包摂することには懐疑的な見方を示す見解として、山本敬三・前掲論文（前掲注15）8頁以下がある。

272) ドイツにおいてこの種の衡量準則が権利濫用法理から導かれていることについては、吉政知広・前掲書（前掲注262）234頁、239頁、249頁、262頁、大原寛史「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1号80頁以下、110頁以下（2010年）を参照。

さらに、日本法の文脈でも、石川博康「継続的契約関係と法——事情変更法理の活用領域とその機能」田中亘・中林真幸編『企業統治の法と経済』（有斐閣・2015年）92頁以下は、この種の衡量準則を比例原則および権利濫用思想に結びつけ、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（前掲注263）286頁は、この種の衡量準則を権利濫用法理と結びつける。これとは異なり、山口幹雄・前掲論文（前掲注271）66頁は、債権者の利益と債務者の費用を衡量する準則を取引上の社会通念に属する費用便益分析によって基礎づける。

は、債務の内容に照らしてそもそも債務者が障害を克服する必要がない場合を規律しているからである²⁷³⁾。

2. 履行遅滞

(1) 履行遅滞と履行不能との関係

次に、不能概念の範囲を考えるうえで試金石となる履行遅滞について考えてみよう。現行法では、遅滞は履行が可能な場合であるとされ、遅滞と不能が相互に排斥しあう履行障害類型であると考えられている²⁷⁴⁾。これは、履行が可能かどうかという事実の平面に重点を置いて履行不能を把握しようとした結果に他ならない。

273) 債権の内容としての履行請求権（債権に内在する履行請求権）と救済手段としての履行請求権を区別する思考図式を当てはめれば、次のように説明することができる（そのような思考図式については、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）、山本豊「契約責任論の新展開(2)——履行請求権」法学教室344号120頁以下（2009年）、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（前掲注263）156頁注11、273頁以下などを参照）。

債務者が履行障害の原因を克服してまで債務を履行する必要がない場合には、債権の内容としての履行請求権が認められず、したがってまた、救済手段としての履行請求権も出てこない。これに対して、債務者が履行障害の原因を克服して債務を履行しなければならない場合には、債権の内容としての履行請求権が認められ、したがってまた、救済手段としての履行請求権も認められる。しかし、その場合であっても、債権者が履行によって受ける利益に比べて債務者の履行に過分の費用を要するときは、債権の内容としての履行請求権は認められるにもかかわらず、救済手段としての履行請求権は排除される。

改正法412条の2第1項がいずれの意味における履行請求権の限界事由を定めているかは、必ずしも重要なことではない。たしかに、同規定が救済手段としての履行請求権の限界事由を定めていると見た場合には、債権者の利益と債務者の費用を衡量する準則も同規定に容易に取り込むことができるかもしれない。しかし、債務者が履行障害の原因を克服する必要がないことを理由に履行請求権から解放される場合と、上記の衡量準則により履行請求権から解放される場合とでは、救済手段としての履行請求権が排除される原理が異なる。それにもかかわらず、これらの限界事由を改正法412条の2第1項に読み込むことは、それぞれの限界事由がまったく異なる原理によって基礎づけられることを見誤らせることになりかねず、適切とは言えないだろう（前掲注265も参照）。

274) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）102頁、於保不二雄・前掲書（前掲注256）90頁。

これに対して、一元的構成のもとでは、履行請求権の限界事由としての履行不能（無責の不能）は、債務者が障害を克服してでもなお履行すべきかどうかという規範の平面で理解されるべきものである。そのように考えれば、履行遅滞の場合であっても、その遅滞を生じさせた障害を克服してまで履行すべきではないという場合（無責の不能）が当然に出てくる。一元的構成では、何らかの事情によって履行が妨げられていれば、それだけで不能が認められる。したがって、何らかの事情によって履行が妨げられ、債務者が遅滞に陥っていれば、履行不能であると同時に履行遅滞である。一元的構成では、履行不能と履行遅滞は、相互に排斥しあう履行障害類型ではない。

これに対して、債務内容不考慮型二元的構成のもとでは、不能それ自体が履行請求権の限界を画する重要な概念であるから、不能はその効果にふさわしいように限定的に理解されることになる。特定物の滅失をその典型例としている間は、履行不能と履行遅滞の区別を維持することができるだろう。しかし、特定物の滅失を離れて、不能概念を柔軟に広げていけばいくほど、不能と遅滞の境界線は曖昧にならざるを得ない。

（2）履行遅滞の効果

一元的構成を主張したモムゼンや二元的構成を主張したヴァイントシャイトは、一時的な不能（履行遅滞）の場合には、債務が停止することを認めていた。すなわち、履行請求権の限界事由としての不能の効果には、履行請求権の消滅だけでなく、停止も含まれていた。このような解釈は、改正法のもとでも可能だろうか。同412条の2第1項では、履行不能の効果として、「債権者は、その債務の履行を請求することができない」と定めている。したがって、その文言は、債務の内容に照らして履行が不能であると認められる場合に、履行請求権が消滅するのか、停止するのかを明らかにしていない。したがって、履行不能の効果として、履行請求権の停止を認める余地がある。すなわち、債権者が債務の現実的履行を求めて訴えを提起したのに対して、債務の履行が一時的に困難（履行不能）となり、債務の内容に照らしてその障害を克服する必要がないことを債務者が証明したときは、同412条の2第1項により、債権者の請求は退

けられなければならない。履行請求権は、障害が取り除かれるまで停止しているからである²⁷⁵⁾。

(3) 金銭債務の特則

日本では、従来、金銭債務に履行不能はないと言われてきた²⁷⁶⁾。なぜなら、金銭債務の債務者が一定額の金銭を給付することは、私有財産制が否定されない限り²⁷⁷⁾、客観的には可能であると考えられてきたからだろう。これは、債務の履行が不能であるかどうかを事実的側面に重点を置いて客観的に判断した結果と言う他はない。しかし、戦後の通説のように（本節第2款1(1)イを参照）、履行請求権の限界を画する不能の範囲を客観的不能から主観的不能に拡張すれば、「金銭債務に履行不能はない」というドグマを維持することはもはやできないはずである。また、改正法のように、債務の内容に照らして履行が不能であるかどうかを判断するという立場を採用した場合にも同様の問題が出てくる。

19世紀までのドイツ法を参照すれば、「金銭債務に履行不能がない」と言えるのは、債務者が一定額の金銭を給付する資力があることを担保した場合であり、かつ、その場合に限られていたことが分かる。そのような場合に金銭債務の主観的不能（履行困難）によって債務者が債務から解放されないのは、金銭債務

275) 双務契約で両債務の弁済期が到来している場合において、債務者の責めに帰することができない事由により債務の履行が一時的に不能（遅滞）となり、債権者が債務の履行を請求できないときは（改正法412条の2第1項）、債権者は、それと牽連関係にある反対債務の履行を一時的に拒絶することができる（同536条1項）。すなわち、双務契約で債権者が債務者から反対債務の履行の請求を受けた場合、債権者は、債務者の債務の履行がその責めに帰することができない事由によって一時的に不能となっていることを証明すれば、反対債務の履行を拒絶することができる。この場合、引換給付判決が出されることが事態適合的だろう。もちろん、債権者は、同時履行の抗弁権（同533条）を行使することもできるし、証明責任の観点から見れば、同時履行の抗弁権のほうが債権者に有利だろう。

276) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）35頁，於保不二雄・前掲書（前掲注256）44頁。

277) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）35頁は、「その国の経済組織の変革によって私有財産制度が否認された場合」には、例外的に金銭債務の履行不能が認められると述べる。

の不履行の原因である信用力の欠如について債務者が危険を引き受けているからである。その結果、債務者の信用力の欠如によって金銭債務の不履行が生じた場合には、債務者の免責が認められず、したがってまた、債権者の履行請求権も排除されないと考えられた。これは、一元的構成の考え方に他ならない。

しかし、現行法はもちろん、改正法も、金銭債務の不履行による損害賠償について、債務者の免責の余地を認めていない（改正法419条3項²⁷⁸⁾。一元的構成によれば、履行請求権の限界を第一義的に画するのは免責事由であるから、改正法のもとでも、債務者が免責事由の存在を理由として履行請求権から解放されることはないとする他はない（同419条3項類推適用）。すなわち、改正法419条3項は、同415条1項の特則に当たただけではなく、同412条の2第1項の特則にも位置づけられる²⁷⁹⁾。

第4款 填補賠償と債務転形

1. 填補賠償

(1) 不能を理由とする填補賠償

現行法では、債務者の債務の履行がその責めに帰すべき事由によって不能となった場合には、債権者は填補賠償を請求できると考えられている²⁸⁰⁾。改正法も同様である。改正法415条2項1号によれば、債務者が免責事由を証明することができず、損害賠償責任を免れない場合において、「債務の履行が不能であるとき」は、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償を請求することができる。この場合、填補賠償を請求する債権者は、債務の履行が不能であること

278) 改正法419条3項の規律内容が不当であることについては、潮見佳男『新債権総論I』（前掲注263）511頁以下を参照。

279) 債権者の利益と債務者の費用を衡量し、債務者の費用が過大である場合に債権者の履行請求権を排除する法準則が認められる場合には、その準則と金銭債務との関係が問題となる。この衡量準則が金銭債務にも適用されるとすれば、債務者が金銭を給付するのにかかる費用が債権者が金銭の給付を受ける利益に比べて過大であるときには、債権者の履行請求権は排除されることになる。

280) 我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）146頁、於保不二雄・前掲書（前掲注256）108頁。

について証明責任を負う。

(2) 填補賠償を基礎づける不能の意味

それでは、このように債務者の填補賠償責任を基礎づける要件である不能は、どのような意味の不能として理解されるべきだろうか。

ドイツ法において、債務内容不考慮型二元的構成のもとで不能時債務転形論が採られる場合には、永続的な客観的不能により本来的債務が填補賠償請求権へ転形すると考えられた。したがって、履行請求権の限界事由としての不能が認められる場合であって、かつ、免責事由が認められないときには、填補賠償請求権が成立することに疑いはない。

これに対して、一元的構成のもとで請求時債務転形論が採られる場合には、事態はそれほど単純ではない。ドイツ法の検討から明らかであるように、債務不履行の場合に債権者が填補賠償を請求できるかどうかは、履行が不能であるかどうかとは一切関係がない。一元的構成における不能概念は、どのような場合に債務者が履行請求権および損害賠償責任から解放されるべきかという観点から確定されるものであった。これに対して、どのような場合に本来的債務が転形し、債権者が填補賠償を請求できるかは、いかなる場合に本来的債務の価値的実現が認められるべきかという観点から独自に判断されなければならない²⁸¹⁾。このことは、一元的構成のもとにおいて債務転形論を前提としない場合にも同様に当てはまる。

281) 履行困難事例のすべてで填補賠償が成立するとは考えられない。たとえば、一時的な履行困難により履行が遅れている場合に、債権者が現実的履行を求めて訴えを提起したのに対して、債務者が免責の証明に失敗した場合には、履行請求権の行使が妨げられることはないから、請求は認容される。これに対して、同じ場合に、債権者が債務者の債務の一時的な履行困難（主観的不能）を主張立証して填補賠償を請求したのに対して、債務者が免責の証明に失敗したときは、填補賠償請求権の成立にとって常にそれだけで十分であるとは言えないだろう。填補賠償請求が認容されるためには、債権者を現実的履行の請求に拘束しておくことが債務の内容に照らして不当であると評価されるだけの事情が存在しなければならない。これは、結局のところ、ドイツ法の検討からも示唆されるように、法定解除権が成立する場合と一致するだろう。

2. 債務転形

(1) 債務転形論の背景

19世紀のドイツ法のように、債務不履行に直面した債権者が履行請求権と填補賠償請求権を選択的に行使することができず、履行請求権に拘束されるといふ法秩序のもとでは、債権者がいつから履行に代わる損害賠償を選択できるかという問題が生じる。この問いに答えたのが債務転形論に他ならない。しかし、現行法においては、債務転形論を採らなければならない理由はもはや存在しないだろう。

一方では、19世紀のドイツ法では、金銭評価手続が存在していたために、請求時債務転形論を採らなければ、本来的債務の強制執行が奏功しない場合にそれを価値的に実現する執行方法を正当化できないおそれがあった。さらに、債務不履行による損害賠償を請求する債権者が相手方の有責性について証明責任を負うという考え方のもとでは、請求時債務転形論を採らなければ、証明責任の点で債権者を不利に扱うことになる。しかし、現行法にも改正法にも金銭評価手続は存在しないし、債権者が債務者の帰責事由について証明責任を負担することも考えられていない。

他方では、19世紀のドイツ法では、債務転形論を採ると、本来的債務の担保や破産時の取扱いなど本来的債務の性質が填補賠償債権にもそのまま認められることが実用的であると考えられた。しかし、本来的債務の性質が填補賠償債権にも影響するかどうかは、担保法や破産法の側から個別に判断すれば足りる。したがって、このような観点からも、債務転形論を採らなければならない理由は存在しない。

(2) 改正法

改正法415条2項は、填補賠償請求権を成立させる事由として、① 履行不能、② 確定的な履行拒絶のほか、契約から発生する債権については、③ 合意解除が行われた場合と④ 解除権が成立した場合を挙げる。同規定は、「履行請求権が不能または解除によって填補賠償請求権に転形するという立場を採用していない」。なぜなら、②と④では、「履行請求権と填補賠償請求権とが併存する

事態が生じる」からである²⁸²⁾。

さらに、一元的構成のもとでは、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合にも、履行請求権と填補賠償請求権が併存する場合が生じる。特に、債務の履行が債務者の責めに帰すべき事由によって妨げられ、永続的に履行困難（主観的不能）となっている場合がそうである²⁸³⁾。

第5款 危険負担

1. 事変から不能へ

(1) 一元的構成と事変論としての危険負担

後発的履行不能という履行障害類型が債務からの解放という法的効果に結び付けられて法律文献に登場するようになったのは、17世紀の出来事である。さらに、このまったく新しい履行障害類型と危険負担との連結が確認できるのは、ようやく18世紀末に至ってのことである。それでもなお、19世紀に入ってから、危険負担は、不能ではなく、依然として事変の問題に位置づけられて議論された。

19世紀半ばのモムゼンの不能論において、ようやく危険負担は無責の不能と結びつけられたが、無責の不能とは免責事由のことであり、伝統的な表現で言えばやはり事変のことであった。事変論に位置づけられる危険負担では、事変によって生じた不利益（危険）を誰が負担するかが問題とされた。すなわち、危険負担は、不履行責任の免責事由（事変）に連結する制度であった。したがって、危険負担の効果発生にとって重要なことは、履行が不能であるという点にではなく、不能について債務者の責めに帰すべき事由がないという点にあった。これは、一元的構成の考え方に他ならない。

一元的構成では、債務者の責めに帰することができない事由によって履行が不能となったときは、不能の態様に応じて、債務は消滅したり停止したりする。

282) 潮見佳男『概要』（前掲注260）69頁，同『新債権総論Ⅰ』（前掲注263）482頁。

283) その結果、履行請求権と填補賠償請求権が併存する場合に両方の救済手段をどのように整序すべきかが課題となる。この点については、森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その3）」法学教室443号86頁以下（2017年），潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（前掲注263）480頁以下を参照。

一元的構成を前提としたうえで、双務契約の牽連性を貫徹するならば、その場合、反対債務も消滅または停止すると考えなければならない。これが、一元的構成と双務契約の牽連性を前提とした場合における危険負担制度の理念型である。また、一元的構成のもとでは、危険負担の効果を享受しようとする債権者は、債務者に免責事由があること、すなわち、履行を妨げている障害をもはや債務者が克服する必要がないことについて証明責任を負担すると考えられる。

（2）二元的構成と不能論としての危険負担

もちろん、19世紀のドイツ法で主張された債務内容不考慮型二元的構成も、危険負担を免責事由に連結させた。ところが、債務内容不考慮型二元的構成のように履行請求権の限界事由に免責事由とは関係のない不能を据える法体系のもとでは、履行が不能となるだけで、債権者は履行を請求することが認められない。債務内容考慮型二元的構成も、履行請求権の限界事由を免責事由と切り離すから、同じことが当てはまる。債務内容不考慮型にせよ、考慮型にせよ、二元的構成を前提としたうえで、双務契約の牽連性を貫徹するならば、履行が不能となって債権者が履行を請求することが認められないときは、債務者も反対給付の履行を請求することが認められない。したがって、二元的構成と双務契約の牽連性が結びつくと、債務者の責めに帰することができない事由（免責事由）があったかどうかは、危険負担の効果発生にとって決定的な問題ではなくなる。これは、名実ともに危険負担の体系上の位置づけが事変論から不能論へ移行することを意味する。すなわち、危険負担は、現行法とは異なり、双務契約における一方の給付が不能となり債権者がその履行を請求できない場合に、それと牽連関係にある他方の給付の履行を債務者が請求できるかどうかを決する制度であると定式化されることになるだろう。

（3）法制審議会における議論状況

法制審議会民法（債権関係）部会における審議でも、2つの立場の対立が現れた。1つは、現行法を維持して事変論に危険負担を繋ぎ止めようとする伝統的見解、すなわち、債務者の帰責事由がないことが危険負担の要件であるとする見解である。もう1つは、二元的構成を貫徹し不能論に危険負担を位置づけ

る見解，すなわち，現行法とは異なり，債務者の帰責事由がないことはもはや危険負担の要件ではないとする見解である。

後者の見解は，次のように主張した。不能となった給付の債権者は，反対給付を履行するように債務者から請求を受けた場合には，債務者の給付が履行不能となったことを主張・立証するとともに，履行拒絶の意思表示をすれば，反対給付を履行する必要がない。これに対して，その不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものであることを債務者が主張・立証したときは，債権者は，反対給付の履行を拒むことができない。その結果，この訴訟の中で，不能について債務者の責めに帰すべき事由がないことは，確定される必要がない。このことが意味しているのは，債務者に対価危険を負担させるために，不能が債務者の帰責事由によらないことはもはや必要がないということである²⁸⁴⁾。

これに対して，現行法を維持し，危険負担論を事変論に留めておこうとする伝統的な見解が主張された。すなわち，危険負担の法理というのは，当事者双方の責めに帰すべき事由によらずに一方の給付が不能となった場合にその反対給付を求める権利も消滅するというルールとして，これまでも実体法のルールとしては理解されてきたから，この実体法上のルールを変更する理由はないという²⁸⁵⁾。

2. 不能から「解除法との調和」へ

もちろん，危険負担制度を事変論から切り離して，債務者の帰責事由がないことを危険負担の要件から外そうとする論者は，主張立証責任の観点からのみそれを主張したわけではない。むしろ，彼らは，解除制度と危険負担制度のいずれもが，双務契約において債権者が反対給付の請求を免れることができるかどうかを決するという共通の目的を有していることを強調する。このように両

284) 潮見佳男・山本敬三・松岡久和「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1）についての意見及び説明の要望」7頁以下（2014年）（<http://www.moj.go.jp/content/000124061.pdf>）（最終アクセス日2016年8月20日）（以下では，この文書を「意見及び説明の要望」と略称する），法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録15頁以下，20頁（潮見佳男幹事発言，山本敬三幹事発言）。

285) 法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録18頁以下，21頁（金洪周関係官発言）。

制度の規範目的が競合しているという観点から見れば、反対給付の請求を受けた債権者が解除権は行使できるのに、債務者の帰責事由があるために危険負担を理由とする権利を行使できないのは、評価矛盾である。したがって、履行が不能である場合に限って、危険負担の要件と解除の要件とは一致させなければならないという²⁸⁶⁾。

しかし、解除制度と危険負担制度の評価矛盾の解消を目指すのであれば、（二元的構成の意味で）履行が不能な場合にだけ債権者が解除権と危険負担を理由とする権利を主張できるのに、（二元的構成の意味で）履行が不能でない場合には債権者が解除権のみを行使でき、危険負担を理由とする権利を行使できないことも問題視すべきだろう。なぜなら、解除制度と危険負担制度が共通の目的を有しているのであれば、危険負担制度だけを不能要件に縛り付けておく理由はもはやないからである²⁸⁷⁾。解除制度と危険負担制度の目的面での共通性から両者を矛盾なく併存させるのであれば、危険負担による履行拒絶権を行使できる場合と解除権を行使できる場合とは、完全に一致させなければなら

286) 潮見佳男ほか「意見及び説明の要望」（前掲注284）7頁以下、法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録15頁以下、20頁（潮見佳男幹事発言、山本敬三幹事発言）、同第95回議事録15頁（山本敬三幹事発言）。

287) 債務者の帰責事由がないことを危険負担の要件から外すことを主張する見解は、2つの論拠によってその主張を基礎づけている。1つは、危険負担制度と解除制度の規範目的が共通していることを出発点に置けば、両制度を要件および効果面で調和させる必要があることである。もう1つは、主張立証責任の観点から見て、債務者に危険を負担させるために、その帰責事由がないことを確定する必要がないことである。

後者の理由が出てくるのは、二元的構成を前提とし、危険負担制度を事変論から切り離して不能論に位置づけたからだろう。二元的構成を貫徹する場合には、給付が不能となれば、免責事由の存否とは無関係に、それだけで債務者は現実的履行の請求を免れることができる。この場合に、不能となった給付の債務者が反対給付の現実的履行を請求できるかどうかを決する制度が危険負担制度であるとするならば、危険負担は不能要件と結びつくことになる。こうして、債務者の帰責事由がないことを危険負担の要件から外すことを主張する見解は、危険負担の要件に依然として不能を残すことになる。しかし、このことは、1つ目の論拠と緊張関係に立つ。なぜなら、危険負担制度と解除制度の規範目的が共通しているのであれば、両者を要件面で区別する理由はないはずだからである。

ない。したがって、この立場を貫徹するならば、改正法536条における不能は、債務の不履行によって契約の解除権が発生したときと異ならないと言わなければならない²⁸⁸⁾。

3. 「解除法との調和」の挫折と事変への回帰

(1) 「解除法との調和」の挫折

もっとも、改正法では、危険負担制度と解除法との調和は達成されなかった。なぜなら、改正法536条は、現行法と同じく危険負担制度を事変論に位置づける伝統的立場に従って、不能について債務者の帰責事由がないことを危険負担の要件としているからである。したがって、たとえば、債務者の責めに帰すべき事由によって双務契約上の債務の全部の履行が不能となり、契約をした目的を達することができない場合において²⁸⁹⁾、債務者が反対給付の履行を請求したときは、債権者は、契約を解除することはできるにもかかわらず（改正法542条1項1号）、反対給付の履行拒絶権を行使することはできない（同536条1項）。債務者の責めに帰すべき事由があるからである。二元的構成のもとで危険負担を不能論に位置づけ、かつ、双務契約の牽連性を強調すれば、その理

288) 二元的構成とは異なり、一元的構成のもとでは、履行請求権の限界事由としての不能概念（改正法412条の2第1項）と、危険負担における不能概念（同536条1項）は、一致するのが原則である。しかし、改正法536条1項が債務者の帰責事由がないことを要件としていることに目を瞑り、解除制度と危険負担制度の評価矛盾を回避する解釈を貫こうとする場合には、同536条1項の不能概念は、同412条の2第1項の不能概念とは異なる概念として理解しなければならない。すなわち、改正法536条1項の不能概念の内容は、解除制度と調和を図る観点から、解除権の発生を根拠づける不履行として把握されるべきである。

さらに、今回の改正では、時効によって消滅してしまう解除権とは異なり、危険負担が永久に主張できる点が重視されて（法制審議会民法（債権関係）部会第39回議事録55頁、61頁以下（中井康之委員発言）、同第78回議事録55頁（永野厚郎委員発言））、解除制度と危険負担制度が併存することとなった。その点を重視しつつ、両制度の調和を図ろうとするならば、解除権が時効によって消滅するという考え方は、両制度の調和の観点から、考え直さなければならないだろう。

289) 単に不能というだけでは、何らかの事情によって履行が一時的または永続的に妨げられる場合がすべて含まれる。したがって、問題となっている不能が改正法542条1項1号の「不能」に当たるかどうかは、当該不能によって契約をした目的を達成できるかどうかという観点から判断されなければならない。

由を説明することは困難となるだろう（本款1(2)を参照）。だからといって、解除法との調和を貫徹することは、明文の規定に反する。

（2）事変への回帰

これに対して、危険負担制度を事変論に位置づける一元的構成の視点から見れば、改正法の規律内容は、次のように整合的に説明することができる。債務者の責めに帰すべき事由による履行不能によっては債権者の履行請求権は影響を受けず、債権者は依然として履行を請求することができる（改正法412条の2第1項²⁹⁰）。したがって、双務契約の牽連性を貫徹するならば、債務者もなお反対給付の履行を請求することができ、債権者は反対給付の履行拒絶権を行使できない（同536条1項²⁹¹）。

290) 債務の内容としての履行請求権（債権に内在する履行請求権）と救済手段としての履行請求権を区別する思考図式を使って一元的構成の帰結を補充的に述べるならば、次のようになる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じたときは、債務の内容としての履行請求権は影響を受けない。しかし、①客観的に債務を履行できないことが確定している場合（前掲注265を参照）や②債権者が受ける利益に比して債務者の履行に要する費用が過大である場合（本節第3款1(2)を参照）には、債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じるときであっても、救済手段としての履行請求権は排除されると考えられる。しかし、①および②の場合には、債務者の責めに帰すべき事由があるから、改正法536条1項は適用されない。したがって、債務者から反対給付の履行請求を受けた債権者がこの請求を免れるためには、契約を解除しなければならない。

291) 改正法の立法担当者は、危険負担制度を事変論に位置づけて、改正法536条1項の要件に債務者の責めに帰することができない事由を必要とする理由を次のように説明する。すなわち、債務者の帰責事由がある不能の場合には、債権者は填補賠償請求権を取得するところ、それと並んで、債権者に危険負担による履行拒絶権が認められるとすれば、債権者は、填補賠償を請求しながら、自らの反対給付の履行を永久に拒絶できることになる、と読まれるおそれがあるという（法制審議会民法（債権関係）部会第95回議事録15頁以下（金洪周関係官発言））。しかし、このような理由づけには必ずしも説得力がない。なぜなら、同様の危惧は、契約が解除された場合にも当てはまるからである。債務者の帰責事由による不能の場合には、債権者は、解除とともに填補賠償を請求することができる（改正法415条2項3号）。その結果、債権者は、填補賠償を請求しながら、契約の解除を理由に反対給付の履行を永久に拒絶できることになる、と読まれるおそれがある。それにもかかわらず、危険負担の場合にだけ誤読のおそれを心配するのは、首尾一貫しないだろう。

一元的構成では、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場合には、債権者は、危険負担を理由に履行拒絶権を行使できないにもかかわらず（改正法536条1項）、その不能が解除権を基礎づける不能に当たる限りで、契約を解除することはできる（同542条1項1号、2項1号）。このような帰結は、解除制度と危険負担制度の調和の観点から立法論的には批判されうるものの、両者の調和が貫徹されなかった改正法の解釈としては、受け入れざるを得ないだろう。

第6款 債権者の責めに帰すべき事由による不能

1. 受領遅滞論との関係

(1) 受領遅滞論との接続——1960年代までの学説

1960年代まで、債権者の責めに帰すべき事由の意味は、受領遅滞論との関係の中で論じられてきた。なぜなら、民法536条2項は、債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合に、債権者へ対価危険が移転する旨を規律しているところ、債権者の受領遅滞中に両当事者の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となった場合には、同規定により、対価危険が債権者へ移転すると考えられてきたからである。これによると、受領遅滞が同規定の「債権者の責めに帰すべき事由」に当たることが前提とされている。その結果、民法536条2項における債権者の責めに帰すべき事由の意味をめぐる争いにも、受領遅滞論における対立が反映することとなった。

一方では、受領遅滞によって対価危険が移転するためには債権者の帰責事由が必要であるという立場（いわゆる「債務不履行責任説」）を前提として、債権者の責めに帰すべき事由を「債務者の責めに帰すべき事由と同じく、債権者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と解してよい」と主張された²⁹²⁾。

292) 我妻栄『民法講義V₁債権各論上巻』（岩波書店・1956年）111頁（以下では、本書を「我妻栄『債権各論上巻』」として引用する）。浅井清信・前掲書（前掲注67）147頁以下も同様。↗

ㄨ 我妻博士が債権者の責めに帰すべき事由と債務者の責めに帰すべき事由を同じ観点から捉えていたと言うためには、解決しておかなければならない問題がある。我妻博士は、一方では、⑦ 受領遅滞の成立要件に債権者の帰責事由を要求したうえで、不能の原因が債権者の支配に属する範囲内の事由である場合にも受領遅滞が成立すると主張し（同『新訂債権総論』（前掲注256）239頁）、他方では、① 債権者の帰責事由は、債務者の帰責事由（415条）と同じであると主張する（我妻栄『債権各論上巻』（本注）111頁）。帰責事由が過失責任主義と結びつけられ、かつ、不能の原因がいずれの当事者の支配領域から生じたのかを問題とする領域説が過失責任主義を修正する原理に位置づけられることを前提とするならば、我妻博士の見解は矛盾を来すことになる。なぜなら、領域説が意味を持つのは、いずれの当事者も「無責」である場合、すなわち、債務者の帰責事由はもちろん、債権者の帰責事由も認められない場合であるはずだからである。以上のことから、我妻博士は実際には領域説を支持していなかったと理解する見解もある（奥田昌道「受領遅滞と危険負担——雇傭ないし労働契約の場合を中心に」法学論叢94巻5=6号201頁以下（1974年））。

しかし、我妻博士は、過失責任主義を緩和して、帰責事由を「故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」と解し、帰責事由を故意・過失よりも広い意味で把握する。「信義則上これと同視すべき事由」に含まれるのは、いわゆる履行補助者の故意・過失にとどまらない。履行不能が債務者または債権者の支配領域にある事由から生じた場合には、その事由も「信義則上これと同視すべき事由」に含まれる（我妻栄『債権各論上巻』（本注）111頁、同『新訂債権総論』（前掲注256）239頁）。その結果、不能が生じた場合に厳密な意味で故意や過失が認められなくても、① 不能の原因が債務者の支配領域に由来する場合には債務者の帰責事由による不能が成立し、② 不能の原因が債権者の支配領域に由来する場合には（債権者の帰責事由による）受領遅滞（受領不能）が成立することになる。したがって、⑦と①の主張は矛盾しないと考えられる。

②の場合、すなわち、不能の原因が債権者の支配領域に由来し、受領遅滞（受領不能）が成立する場合には、民法536条2項により債権者が対価危険を負担する。民法536条2項の適用に関しては、履行不能と受領不能を区別しないのが我妻博士の立場だからである。すなわち、債権者の帰責事由による履行不能だけではなく、債権者の帰責事由による受領不能にも536条2項が適用される（我妻栄『債権各論上巻』（本注）113頁、同『新訂債権総論』（前掲注256）241頁以下、同『民法講義Ⅴ₃債権各論中巻二』（岩波書店・1962年）582頁（以下では、本書を「我妻栄『債権各論中巻二』」として引用する））。

なお、我妻博士が領域説を主張した理由を以下の点に見出す見解も主張されている。すなわち、使用者の帰責事由によって履行不能が生じた場合に、労働者が報酬（民法536条2項）だけではなく、損害賠償も請求できるようにすべきだという考慮から、使用者の帰責事由による履行不能（同536条2項）が認められる場合に、領域説が用いられたという。さらに敷衍すれば、我妻博士は、領域説を用いるこ

他方では、受領遅滞によって対価危険が移転するためには債権者の帰責事由が不要であるとする立場（いわゆる「法定責任説」）を前提として、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」は、債務者の責めに帰すべき事由よりも広いと主張された。なぜなら、債権者の故意・過失によらない受領遅滞も民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」に含まれるからである²⁹³⁾。

(2) 受領遅滞論との切断——1970年代以降の学説

これに対して、1970年代以降は、受領遅滞の性質論または要件論を民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈に直結する見方は、支配的ではなくなっていった²⁹⁴⁾。

よによって、使用者の帰責事由による履行不能と並んで、使用者の帰責事由による受領遅滞（受領不能）（同413条）も同時に成立させ、受領遅滞による損害賠償請求権を労働者に認めたという（奥富晃『履行が可能であること』という受領遅滞の成立要件について」南山法学15巻3=4号63頁（1992年））。

しかしながら、この見解には賛同できない。その理由は、次のとおりである。この見解によれば、使用者の帰責事由によって履行不能が生じた場合に、これと同時に使用者の帰責事由による受領遅滞が成立することを導く理論としてのみ領域説が援用されている。これでは、不能の原因がいずれの当事者の領域に由来するかを考慮するという領域説の核心部分が何らの意味も持ちえない。なぜなら、不能について使用者の帰責事由が認められることが前提とされている以上、もはや領域を問題にする余地がないからである。雇用契約上の労務提供債務のように債務の性質により受領遅滞と同時に履行不能が成立する債務では、債権者（使用者）の帰責事由による履行不能が認められる場合には、受領遅滞も債権者（使用者）の帰責事由によることは明らかである。

293) 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣・1918年）176頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』（岩波書店・1924年）135頁、鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」同『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣・1955年・初出1924年）286頁以下、田島順ほか『註釈日本民法 債権編 契約総則』（巖松堂書店・1937年）295頁以下（伊達秋雄・近藤英吉）、末川博『契約法（上）』（岩波書店・1958年）100頁、山本進一「危険負担」松坂佐一ほか還暦記念『契約法大系Ⅰ』（有斐閣・1962年）266頁。

294) 受領遅滞の性質論から債権者の責めに帰すべき事由の範囲を演繹する近時の見解として、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法（第3版）』（成文堂・2006年）63頁を参照。

また、受領遅滞論と債権者の帰責事由による不能を直結するにもかかわらず、受領遅滞の性質論または要件論の側から債権者の帰責事由の意味を演繹する伝統的

ア 受領遅滞による危険移転に債権者の帰責事由を要求する立場

受領遅滞によって対価危険が移転するための要件として債権者の帰責事由を必要とする論者の中には、主として雇用契約（労働契約）における使用者の帰責事由をめぐる議論を考慮して、民法536条２項における「債権者の責めに帰すべき事由」の意味を債務者のそれ（民法415条）よりも拡張すべきかどうかについて、態度を留保する者が見られる²⁹⁵⁾。このような立場によれば、受領遅滞による危険移転には債権者の帰責事由が要求されるにもかかわらず、民法536条２項の「債権者の責めに帰すべき事由」は、債務者のそれよりも広義に解釈される余地がある。

イ 受領遅滞による危険移転に債権者の帰責事由を要求しない立場

受領遅滞によって対価危険が移転するための要件として債権者の帰責事由を不要とする論者も、その効果を信義則により基礎づけ、もはや民法536条２項を援用しない。同規定が受領遅滞に関して援用されるのは、債務者の帰責事由と同じ意味における債権者の帰責事由によって受領遅滞が生じた場合に限られる。その結果、民法536条２項における「債権者の責めに帰すべき事由」の意味は、受領遅滞の法的性質あるいは要件論とは独立に判断されることになる²⁹⁶⁾。同じく受領遅滞における対価危険の移転に債権者の帰責事由を不要と

↘ 見解を否定する論者も現れた。すなわち、民法536条２項により債務者に認められる請求権の法的性質が損害賠償であること、受領遅滞が生じた場合には民法536条２項により債権者へ対価危険が移転することの２点を前提として、伝統的見解とは反対に、民法536条２項の法的性質論の側から、受領遅滞による対価危険の移転に債権者の帰責事由が必要であるとする見解がそうである（三宅正男『契約法（総論）』（青林書院・1978年）84頁以下）。

295) 星野英一『民法概論Ⅲ債権総論』（良書普及会・1978年）137頁、同『民法概論Ⅳ契約法』（良書普及会・1986年）57頁・60頁。

296) 奥田昌道・前掲書（前掲注256）229頁。小野秀誠「受領遅滞と危険負担」一橋大学研究年報法学研究21号62頁以下（1990年）も、売買契約について、債権者の帰責事由による受領遅滞では、民法536条２項により対価危険が買主へ移転すると主張するのに対して、債権者の帰責事由によらない受領遅滞では、対価危険が信義則上買主へ移転すると主張する。なお、後者の場合に買主が負担する対価危険は、通説とは異なり、受領遅滞成立後一定期間内——たとえば、持参債務を義務づけられた特定物の売主が弁済の提供をした目的物を再び倉庫に戻すまでの間——に、弁済

する別の論者も、受領遅滞による対価危険の移転を民法536条2項による対価危険の移転とは異なる法理に位置づける²⁹⁷⁾。

(3) 受領遅滞論との再接続? ——改正法

改正法413条の2第2項は、受領遅滞の場合において、履行の提供があった時以降に当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となったときは、その不能は、「債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなす」と規定する。その結果、同536条2項が併せて適用され、その場合には、債権者は反対給付の履行を拒むことができず、したがって、債権者が対価危険を負担する。このような規定の仕方は、受領遅滞制度の側から債権者の帰責事由の範囲を画定しようとする伝統的見解を復活させる可能性がある。しかし、ドイツ法の検討から明らかであるように、債権者の責めに帰すべき事由による不能は、受領遅滞とは独立に形成された履行障害類型であり、ひとまず、両者を切り離して考えるべきだろう。改正法413条の2第2項がたまたま同536条2項の準用を許していることのみを理由として、これらの履行障害類型を不用意に連結することは、民法の内的体系に不整合をもたらしかねない。

2. 反対給付請求権構成と損害賠償請求権構成

ドイツ法の検討結果によれば、債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果としての損害賠償請求権構成と反対給付請求権構成とは、債務者が最終的に獲得できる利害関係分に違いを生じさせない²⁹⁸⁾。たしかに、損害賠償請求権

の提供に関して生じた危険に限られるという。

297) 潮見佳男『債権総論 I (第2版)』(信山社・2003年) 522頁。

298) 1900年のドイツ民法典のように、日本においても、反対給付の額を債務者が請求できる額の上限とするために反対給付請求権構成が採用されたとするならば、事情は異なる。しかし、民法536条2項の立法過程を見る限り、債務者が請求できる範囲の上限を画する趣旨で、起草者が債務者に損害賠償請求権ではなく反対給付請求権を認めたとはいえない。特に梅謙次郎博士は、法典調査会の審議において、債務者が反対給付の請求に加えて、損害賠償を請求できることを明示する(『法典調査会 民法議事速記録第25巻』(日本学術振興会版) 24丁裏・25丁表(法務図書館所蔵版を国立国会図書館デジタルコレクションで参照した)。さらに、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(法政大学・1903年) 430頁も参照)。

構成のほうが、反対給付請求権を債務者に認めるだけでは填補されない損害も賠償される点で、債務者に有利であるようにも見える。しかし、反対給付請求権構成でも、反対給付の請求に加えて債務者の債権者に対する損害賠償請求権の行使を認めるならば、結論に違いは出てこないはずである²⁹⁹⁾。

もっとも、子細に見れば、両方の構成にはなお重要な相違点を見出すことができる。

第1に、帰責事由の証明責任の点で違いが生じる可能性がある。すなわち、損害賠償請求権構成では、債務者が債権者の債務不履行を理由に損害賠償を請求するときは、債権者が自らの帰責事由がないことを証明しない限り、債権者は損害賠償責任を免れない。このように、損害賠償請求権構成では、債権者が免責事由の証明責任を負担するのに対して、反対給付請求権構成では、債務者が債権者の帰責事由について証明責任を負担する可能性がある。

299) 結論に違いが生じるとすれば、民法536条2項の債権者の帰責事由が民法415条の債務者の帰責事由とは異なるものと解釈される場合である。そのような可能性があるのは、債務者にも債権者にも帰責事由がないものの、給付が不能となった原因が債務者または債権者の領域にある場合に、その領域を支配する当事者がその危険を負担するという準則（いわゆる「領域説」）が認められる場合だろう。これに類似する準則が契約各則で問題となりうることは、19世紀のドイツ法の検討からも示唆される。日本の現行法のもとでも、20世紀のドイツ法学の影響を受けて、主として雇用契約および請負契約において、履行不能と受領不能を区別する基準として、同様の準則が支持されてきた（我妻栄『新訂債権総論』（前掲注256）239頁（ただし、前掲注292も参照）、柚木馨（高木多喜男補訂）『判例債権法総論（補訂版）』（有斐閣・1971年）158頁、於保不二雄・前掲書（前掲注256）119頁、前田達明『口述債権総論（第3版）』（成文堂・1993年）297頁以下、奥田昌道・前掲書（前掲注296）229頁以下、潮見佳男・前掲書（前掲注297）516頁以下。さらに、能見善久「判例批評」法協95巻9号1594頁（1978年）は、民法536条2項の債権者の責めに帰すべき事由による不能には、注文者の危険領域から履行不能が生じた場合を含むとした上で、注文者の危険領域から履行不能が生じた場合には、請負人には出来高部分の報酬請求権のみが認められるとする）。

領域説と債権者の責めに帰すべき事由との関係に関する詳しい検討は、今後の課題としたい。この点については、雇用契約および請負契約に焦点を当てた先行研究として、小野秀誠『危険負担の研究』（前掲注67）119頁以下、請負契約に焦点を当てた先行研究として、笠井修『建設請負契約のリスクと帰責』（日本評論社・2009年）13頁以下などがある。

第2に、反対給付が非金銭債務である場合に違いが生じる。損害賠償請求権構成では、交換契約のように反対給付が金銭債務ではない場合に債務者が現実の反対給付を獲得する方が閉ざされる。これに対して、反対給付請求権構成では、その場合にも債務者は現実の反対給付を請求することができる。したがって、民法536条2項のように、あらゆる双務契約に対応した規定を置く場合には、反対債権の内容が現実実現される点で、反対給付請求権構成の方が優れていると言える。これに対して、雇用契約や請負契約などに特化した規定を置く場合には、反対給付は通常は金銭給付であるから³⁰⁰⁾、必ずしも反対給付請求権構成に拘泥する必要はない³⁰¹⁾³⁰²⁾。

300) 雇用契約における報酬(民法623条)も、請負契約における報酬(民法632条)も、理論上は、金銭給付に限られない(我妻栄『債権各論中巻2』(前掲注292)543頁,611頁)。

301) 第1章第1節第3款で紹介したように、法制審議会民法(債権関係)部会では、請負契約について、損害賠償請求権構成が強力に主張された。損害賠償請求権構成の利点として、第1に、節約された費用の証明責任を注文者が負担しなくて済むこと、第2に、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の場合に、反対給付に代わる損害賠償請求権について過失相殺できることが挙げられた。

節約された費用の控除は、損害賠償請求権構成では損益相殺に位置づけられると考えられる。したがって、損害賠償請求権構成を採ったとしても、損害要件と損益相殺制度との関係の捉え方次第で、節約された費用の証明責任の所在が変わりうる点には注意を要する。また、報酬請求権構成を採った場合に、注文者が節約された費用の証明責任を負担するとしても、その証明困難を座視してよいとは言えないだろう。この問題の詳細な検討は、今後の課題とせざるを得ない。

両当事者の責めに帰すべき事由による不能において、請負人が報酬の支払いを請求するのに対して、注文者が契約の解除を主張したり損害賠償を請求したりせずに、原告の請求の棄却のみを求めている訴訟では、報酬請求権の法的性質を損害賠償と見て過失相殺を認めない限り、両当事者の帰責事由の割合に応じた柔軟な解決を望むことは困難である(この点に関するドイツ法の議論状況については、坂口甲「双務契約における両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能——ドイツ法における効果論の一考察」神戸市外国語大学研究年報48号137頁、特に、168頁以下、191頁、194頁以下、233頁以下(2012年)を参照。さらに、履行請求権について過失相殺が認められるかどうかに関するドイツ法上の議論については、吉川吉樹『履行請求権と損害賠償義務』(東京大学出版会・2010年)260頁以下を参照)。もっとも、同様の訴訟で請負人の報酬請求権について過失相殺を認めたとしても、注文者が後訴で損害賠償を請求することは妨げられないから、両当事者の帰責事由の割合を

第7款 おわりに

第4章第2節第1款から第6款にわたって、ドイツ法における後発的不能論の成立と展開に関する基礎的知見を基にして、日本法、特に改正法に伏在するいくつかの疑問点を若干検討してきた。日本において、履行不能の最も基本的な効果として考えられてきたのは、履行請求権の限界を画することにあつたと言えるだろう。しかし、筆者の見るところ、履行請求権の限界を第一義的に画するのは、不能ではなく、債務の内容それ自体である。それは、結局のところ、損害賠償責任の免責事由と一致する。改正法もこの立場を基礎として解釈することが可能である。そうだとするならば、改正法412条の2第1項の不能概念それ自体は、有名無実化することを免れない。その結果、改正法の中で「不能」という表現が用いられている場合、その不能の意味ないし範囲は、それが要件とされる制度および規定の趣旨に従って個別に判断されなければならない。危険負担制度と解除制度との調和を図るという観点を度外視するならば³⁰³⁾、大要、次のように言うことができるだろう。まず、改正法412条の2第1項および同536条1項の不能概念は、どのような場合に債務者がもはや履行障害を克服する必要がないのかという観点からその内容が決せられる。同536条2項

↘考慮した解決が貫徹できるわけではない（この点については、坂口甲「請負（2）——報酬請求権」片山直也ほか編『新債権法の解説』（商事法務・2018年）510頁も参照）。このように、請負人の請求について過失相殺が認められるかどうかは、両当事者の責めに帰すべき事由による不能を事態適合的に解決できるかどうかに影響を与えないと見ることができるから、損害賠償請求権構成を支持する理由として過失相殺が可能である点を挙げることは十分な理由がないだろう。

- 302) 1900年のドイツ民法典324条1項が損害賠償請求権構成を採用しなかった理由の1つとして、損害賠償請求権構成が片務契約にも適用されることへの危惧があつた。このような危惧が生じたのは、片務契約では債権者は債務を負わないので、債権者の帰責事由を問題にする余地がないと考えられたからだろう。しかし、片務契約が問題となることから出てくるのは、債権者が給付と対価関係を形成する反対給付を履行する債務を負わないことだけであって、一切の債務を負わないということではない。したがって、損害賠償請求権構成が片務契約に適用される可能性があるからといって、そのことは、損害賠償請求権構成を排除する説得的な理由とはならない。
- 303) 危険負担制度と解除制度との調和を貫徹するとした場合の帰結については、本節第5款2および前掲注288を参照。

論 説

の不能概念も、同様に考えることができる。これらは、債務者がもはや不履行の原因を克服してまで債務を履行する必要がないと認められる場合を規律する規定だからである。これに対して、改正法415条2項の不能概念は、本来的債務の価値的実現がどのような場合に認められるべきかという観点から、また、同542条1項1号の不能概念は、当該不能によって契約目的を達成できるかどうかという観点から、さらに、同条2項1号の不能概念は、一部解除による契約内容の変更を伴う契約の継続がどのような場合に認められるべきかという観点から、それぞれ別々にその内容が検討されなければならないだろう。

以上のように、各規定が用いる不能という文言がそれぞれ別の意味を有しているとするならば、改正法を解釈・適用する際には、その点を十分に考慮しなければならないだろう。さらに、立法論的には、不能という文言を用いずに、それぞれの箇所に適した表現が用いられることが望ましい。

*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。