

[論文]

「債務者が自ら提供しなければならない給付」 における期待不可能性 (2・完)

—BGB275条3項をめぐる議論の考察を通じた課題の提示—

大 原 寛 史

名古屋学院大学法学部

要 旨

「民法(債権関係)の改正に関する法律案」412条の2第1項は、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」と規定する。従来議論がされてきた「履行請求権の限界」の問題につき、諸外国の動向および近時の有力な学説の影響を受けつつも、不能に一元化するかたちで基本的かつ統一的なルールを設定したものであるといえる。この基本的かつ統一的なルールが個別具体的な事案に直面したとき、解釈においてどのような要素が考慮され、機能していくべきであるのかについては、検討が必要である。その一局面として、本稿は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性の判断基準について規定するBGB275条3項をめぐるドイツにおける議論を主題的に検討し、「履行請求権の限界」に関する統一的なルール設定を目指す日本において今後議論されるべき内容を提示する。

キーワード：民法, 契約, 履行請求権の限界, 履行不能, 期待不可能

Die Unzumutbarkeit der Leistung, die der Schuldner persönlich zu erbringen hat

Hirofumi OHARA

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

※本稿は、2014年度名古屋学院大学研究奨励金の成果の一部である。

発行日 2016年10月31日

目 次

- I. はじめに
 1. 問題の所在
 2. 検討の方法および順序
- II. BGB275条3項の制定経緯
 1. ドイツ債務法現代化における不能概念の再編
 2. RE275条2項2文の規定内容および経緯
 3. RE275条2項3文をめぐる議論
 4. BGB275条3項の制定（以上、本誌第53巻第1号）
- III. BGB275条3項をめぐる議論
 1. 適用事例をめぐる議論
 - (1) 典型例
 - (2) 典型例の共通点
 - (3) 良心などに基づく給付拒絶の事例
 2. 要件および考慮要素をめぐる議論
 - (1) 債務者が自ら提供しなければならない給付
 - (2) 比較衡量
 - (3) 債務者の帰責性
 3. 他の民法上の規定との関係性
 - (1) BGB275条1項との関係性
 - (2) BGB275条2項との関係性
 - (3) BGB313条との関係性
 - (4) BGB242条との関係性
- IV. ドイツにおける議論の分析と日本法への示唆
 1. 分析の前提
 2. 「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性
 - (1) 債務者側の考慮要素
 - (2) 期待不可能性の基準
 - (3) 給付障害に対する債務者の帰責性の考慮の有無
 - (4) 良心の葛藤の事例をめぐる議論

III. BGB275条3項をめぐる議論

1. 適用事例をめぐる議論

(1) 典型例

このBGB275条3項が想定している事例の典型例としては、II. でみたように、政府草案の理由書によると、次のようなものが挙げられていた⁴⁹⁾。

まず、コンサートに出演する義務を負う女性歌手が、自らの子が生死にかかわる病気にかかってしまい、看病が必要であるために、コンサートの出演を拒絶する事例である。

次に、トルコ人労働者が母国における兵役に召集され、それを拒否すると死刑などの重罰となってしまうために、労働を拒絶する事例である。

49) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 662f. を参照。

そのほか、例として挙げられているものとしては、労働時間内に医師の診察が必要である場合、親族の病状が重篤であり、看病の必要がある場合、官庁や裁判所からの呼び出しに応じなければならぬ場合などである⁵⁰⁾。

(2) 典型例の共通点

これらの典型例における共通点として、債務者が葛藤、衝突または対立状況にあるということを描き出す見解がある⁵¹⁾。その見解によると、これらの典型例は、債務者の負う義務の観点から、次のように分類することができるという。

まず、法律上の義務の衝突が問題となっているものである。すなわち、女性歌手の事例においては、女性歌手の出演という契約上の義務と、自らの子の世話という家族法上の義務とが衝突している。トルコの労働者の事例においては、労務に従事するという労働契約上の義務と、兵役義務とが衝突している⁵²⁾。また、官庁および裁判所からの召喚の事例においても、ふつう、その内容にかなうかたちで従う義務が生じる⁵³⁾。

他方で、勤務時間中に医師の診察が必要である事例においては、労働義務と、他の法律上の義

50) そのほか、Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 119によると、労務の提供について、BGB275条1項により不能と評価されない労働者の病気についても、BGB275条3項の事例となる可能性があるという。

他方で、Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch. 1, Berlin 2014, § 275 Rn. 113/Georg Caspers (以下、Staudinger/Bearbeiterとして引用)によると、労働者の病気による労務の提供の不能については、BGB275条3項により処理されるべきであるという。同旨をいうものとして、Martin Henssler/Christof Muthers, Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung—Das neue Leistungsstörungenrecht, ZGS 2002, S. 219, 223などを参照。

51) Claus-Wilhelm Canaris, Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions-oder Konfliktslage nach deutschem Recht, in: Giovanni de Cristofaro/Maria Vita de Giorgi/Stefano Delle Monache (Hrsg.), Studi in onore di Giorgio Cian, Padova 2010, S. 384(以下、FS Cianとして引用); Staudinger/Caspers, § 275 Rn. 109; Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), BGB-Kommentar, 11. Auflage, Köln 2016, § 275 Rn. 28/Martin Schmidt-Kessel (以下、PWW/Bearbeiterとして引用)。

他方で、Mattias Weller, Persönliche Leistungen, Tübingen 2012, S. 151f. は、典型例として労働者の事例が挙げられることが多いが、あらゆる労務の提供が債務者が自ら提供しなければならない給付ではないため、BGB275条3項にいう「債務者が自ら提供しなければならない給付」という要件上のメルクマールと、立法者が想定した典型例や解決されるべき事例とが一致しているかどうかを疑問視する。

52) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 384.

なお、この兵役の例が挙げられていることについて、Stefan Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit—Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter-und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht, Berlin 2004, S. 278は、EUに加盟していない外国法に基づくものである点に注意が必要であることを指摘する。

53) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 384f.

務との衝突が問題となっているわけではない。むしろ、債務者の健康という法益との衝突が問題となっている。重病の近親者の事例においては、確かに世話という法的な義務が認められるが、しなければならないというレベルのものではない⁵⁴⁾。

以上のことから明らかとなるのは、BGB275条3項においては、債務者にとって重大な利益との衝突があれば足りるということである。具体的には、債務者の給付義務と、それを妨げる義務、法益、利益との衝突が問題となっているのである⁵⁵⁾。

(3) 良心などに基づく給付拒絶の事例

BGB275条3項の適用事例として理解するかどうかについて議論があるのは、良心などに基づく給付の拒絶の事例である。債務者の給付義務の内容またはその提供の状況により、債務者の給付義務と、債務者の宗教上の規律、良心、または道徳上の義務とが衝突する可能性があるからである。それらの例として、毎週日曜日の労働義務が、礼拝などの宗教上の義務や選挙権の行使と衝突する場合などが挙げられている⁵⁶⁾。

当該事例については、債務法現代化以前は、BGB242条の適用により解決されていたという経緯がある⁵⁷⁾。債務法現代化の議論の政府草案の段階においてRE275条2項2文が挿入された際にも、この良心などに基づく給付拒絶の事例の取扱いについては言及があったものの、その理解をめぐっては激しい議論が交わされていた。この点については、BGB275条3項とBGB242条との関係性の箇所において触れることとする。

2. 要件および考慮要素をめぐる議論

(1) 債務者が自ら提供しなければならない給付

BGB275条3項が適用されるためには、「債務者が自ら提供しなければならない給付」である必要がある。もっとも、この「債務者が自ら提供しなければならない給付」の概念については、BGB275条3項において明示的に規定されているわけではない。したがって、この概念がどのように理解されるべきかについては、類似の概念との比較をふまえて議論されている。

まず、BGB611条⁵⁸⁾の就労義務と同視されるべきではないとされている。確かに、BGB613条1文⁵⁹⁾の雇用契約の大部分はこれに含まれるものの、同条1文は任意規定であり、合意により排除

54) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 385.

55) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 385.

56) 詳細については、後掲3. (4)を参照。

57) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 383, 384.

58) BGB611条（雇用契約における典型的な義務）

1項「雇用契約により、労務を約束した者は、約束した労務を給付する義務を負い、相手方は、合意した報酬を与える義務を負う。」

2項「いかなる種類の労務も、雇用契約の目的とすることができる。」

59) BGB613条（譲渡不可能性）

することができるためである⁶⁰⁾。

また、ZPO888条⁶¹⁾にいう、「もっぱら債務者の意思による」行為と同視することもできないとされている。BGB275条3項は給付がもっぱらその「行為」にあることを要件とはしていないため、ZPO888条は、BGB275条3項の適用領域をすべてカバーするわけではないことになり、それ以外の給付内容も含むものであるからである⁶²⁾。

以上の類似の概念との比較を通じて⁶³⁾、BGB275条3項の「債務者が自ら提供しなければならない給付」については、一般的に、債務者が履行補助者に給付させることができない、またはさせるべきではないというときに肯定されるべきであるとされている⁶⁴⁾。すなわち、債務者が義務づけられている給付を第三者に、とりわけ履行補助者により提供させるという方法により衝突を回避することができないという限りにおいて意義があるという理解である⁶⁵⁾。この理解に基づいて、とりわけ委任契約（事務処理契約も含む）および請負契約も、必然的にではないものの、

「労務給付義務者は、疑わしいときは、自ら労務を給付しなければならない。労務請求権は、疑わしいときは、譲渡することができない。」

60) Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 113.

61) ZPO888条（不代替的作為）

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

2項「強制手段の戒告は、これを認めない。」

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

62) Georg Maier-Reimer, Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus Sicht der Praxis, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis—Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S.291, 295; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.59; Erman/H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 30; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 113; Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, München 2016, § 275 Rn. 30/Christian Grüneberg (以下, Palandt/Bearbeiterとして引用).

他方で, Weller, a.a.O. (Fn. 51), S. 151f. は, 芸術作品の類に関する請負契約については, 「代替不可能な行為」であるとして, ZPO888条1項の中心的な領域に属するとする。

63) なお, 多くはないものの, BGB267条についても比較対象とするものがある。Weller, a.a.O. (Fn. 51), S. 150 は, 政府草案の理由書より, BGB267条にいう「債務者により」提供されなければならない給付と類似であると理解されるべきであることが示唆されるという。

64) Peter Huber/Florian Faust (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung-Einführung in das neue Recht, München 2002, Rn. 81; Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 383, 385, 388f.; Weller, a.a.O. (Fn. 51), S. 21ff., 241ff.; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 113; Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllungs, Tübingen 2015, S. 355.

65) Canaris, FS Cian (Fn. 51), S. 385.

BGB275条3項に該当する可能性がある⁶⁶⁾とされている。

(2) 比較衡量

BGB275条3項においても、BGB275条2項のようなかたちで、比較衡量がされることになる⁶⁷⁾。もっとも、BGB275条3項の制定における議論の展開、そして同条2項および3項の文言からわかるように、BGB275条3項の衡量においては、債務者に対して給付を期待することができるかどうかに関する判断に焦点が定められている⁶⁸⁾。したがって、BGB275条2項とは異なり、3項においては、「債務者が自ら提供しなければならない給付」であることに対応するかたちで衡量がなされることになる。

以下では、BGB275条3項の衡量における考慮要素として挙げられているものについて、BGB275条2項との異同を意識しつつ、その議論をみとめることとする。

a) 債務関係の内容および信義誠実の要請

債務関係の内容および信義誠実の要請の考慮については、BGB275条2項においては明文で規定されており、BGB275条3項においては規定されていないものの、当然に考慮されることになると解されている⁶⁹⁾。

b) 債権者の給付利益

債権者の給付利益については、BGB275条2項、3項いずれにおいても考慮されることが規定されている。その概念については、2項と3項で異なることはない⁷⁰⁾と解されている。

c) 債務者の給付を妨げる障害

衡量において債権者の給付利益と比較する対象として、BGB275条2項においては、債務者が給付に要する著しく均衡を失する費用が挙げられている。他方で、BGB275条3項においては、債務者の給付を妨げる障害が挙げられている。

その理由としては、BGB275条3項の制定経緯からすると、次のように考えることができる。

66) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 662; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 22), § 275 Rn. 59; Erman/H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 30; Staudinger/Caspers, a.a.O. (Fn. 50), § 275 Rn. 108; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24) § 275 Rn. 113; Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn. 62), § 275 Rn. 30.

なお、Staudinger/Caspers, a.a.O. (Fn. 50), § 275 Rn. 108によると、主たる給付義務のみならず、付随的な給付義務（たとえば、情報提供義務または説明義務）も、債務者が自ら提供しなければならない義務とされる可能性があるという。

67) BGB275条2項における衡量をめぐる議論については、大原・前掲注（10）92頁以下を参照。

68) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 22), § 275 Rn. 60; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 114.

69) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 22), § 275 Rn. 60; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 114.

70) Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 24), § 275 Rn. 79, 115.

債権者の給付利益の理解の詳細については、大原・前掲注（10）94頁以下を参照。

すなわち、BGB275条3項は、2項とは異なり、まさに「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関する基準である。したがって、債権者の給付利益との関連において、2項のように債務者が要する費用という客観的な基準によるのではなく、その債務者の個人的な状況を考慮するために、債務者の給付を妨げる障害を比較対象としたといえる。

もっとも、この債務者の給付を妨げる障害に関しては、次のような指摘がなされている。

まず、この債務者の給付を妨げる障害という文言が妥当ではないという指摘である。すなわち、BGB275条3項においては、債務者に対する給付の期待可能性が疑問視されるような状況が存在しなければならない。この状況について、BGB275条3項においては、「障害」という文言を用いている。もっとも、「障害」のみが問題となっているわけではないという⁷¹⁾。そのため、この見解は、債務者の給付を妨げる障害を理解するにあたっては、債務者にとってのあらゆる不利益な結果が考慮されるべきであるとする。債権者の給付利益においては、債権者の給付に関する非財産的（精神的）利益の考慮も重要であるとされていることからすると⁷²⁾、債務者の側においても同様に理解されるべきであるという⁷³⁾。

次に、言及する文献は多くはないものの、障害の判断に際しては債務者による回避可能性を考慮に入れるべきであるという指摘である。この指摘によると、BGB275条3項の意味における給付障害は、もっぱらそれが給付の提供において事実上妨げとなるとき、または妨げとなる限りにおいて存在し、債務者の個人的事情を考慮するものである。そうすると、債務者が給付障害を回避する可能性があるときは、BGB275条3項により債務者を保護するに値する「給付障害」は存在しない。したがって、衡量するまでもなく、BGB275条3項による給付拒絶権は認められない⁷⁴⁾。たとえば、日曜日の労働義務により選挙権の行使が妨げられるおそれがあったとしても、労働者は郵送投票によりそれを回避することが可能であり、その選挙権の行使が妨げられることもないため、BGB275条3項にいう債務者の給付を妨げる障害は存在しないことになる⁷⁵⁾。

71) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.60; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.116.

72) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.60; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.81; Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.329ff. この点については、大原・前掲注(10)94頁を参照。

73) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.60; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.116.

74) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.405; Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.364f.

75) Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.364f. リームは、この例においてStaudinger/Caspers, a.a.O. (Fn.50), § 275 Rn.109が労働者の給付拒絶権を認めていることに対して、明らかに回避可能性を看過するものであると批判する。

また、リームは、回避可能性が認められるにもかかわらず、その可能性を債務者が活かすことなく、良心の葛藤またはその他の衝突が（給付の）最終局面において不可避のものとなる場合についても言及している。たとえば、日曜日に労働義務があるにもかかわらず、債務者が郵送投票を利用せず、郵送投票の申請には間に合わない土曜日の晩にはじめて使用者に注意を喚起したような場合である。リームによると、このとき、ある過去の時点に回避可能性が存在していたとして債務者にBGB275条3項による抗弁権をまったく認めないとしてしまうと、債務者の選挙権の行使を認めないことになってしまう。このことは、最終的な回避の機会を看過してはじめて良心に基づいて給付を拒絶する場合におい

d) 衡量

債務関係の内容および信義誠実の要請の考慮のもと、債権者の給付利益と債務者の給付を妨げる障害とを比較衡量した結果、給付を債務者に期待することができないときは、債務者は給付を拒絶することができることになる。他方で、この衡量において、まさに債務者自身によって給付されることが債権者の利益にとってとりわけ重要であるときは、債務者は、場合によっては、給付を拒絶することはできず、依然として給付義務を負うことになる。

この衡量により導かれる期待不可能性については、その程度に関する理解をめぐって争いがある。すなわち、BGB275条2項における衡量により導かれる基準と同様に厳格なものであるべきであるという理解と、BGB275条2項による基準とは異なるべきであるという理解である。

前者の理解によると、政府草案の段階においては、そもそも現在のBGB275条2項の規定内容であるRE275条2項1文と「同様とする」とされており、現在の規定の配置も3項は2項とパラレルとなっている。また、BGB275条3項は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」に対応するかたちでBGB275条2項の基本思想が変更されたものにすぎない。この経緯からすると、BGB275条3項における期待不可能性の基準も、同条2項における基準と同様に厳格なものであると理解すべきであり、現実給付を提供することが債務者にとってかなり重い負担となることが要求されるべきであるという⁷⁶⁾。

他方で、後者の理解によると、BGB275条2項と同程度という解釈がされるべきであるものの、債務法現代化の過程において選択された両項の文言からすると、その解釈は困難であるという。まず、BGB275条2項においては、「費用」という文言ではなく、一義的に非金銭的な「犠牲」を

ても、同様である。この場合においても、BGB275条3項への依拠を認めないとすると、債務者は良心に反して行動することを義務づけられてしまう可能性がある。このことは、基本法4条1項の背景からすると、あらゆる事例においてではなく、もっぱら個別の事例における衡量によってのみ正当化されるべきである。このことから、回避の機会を看過してしまうことは、債務者の過失であると評価することができる。このように理解することにより、一方では債務者が義務づけられている「道徳上の努力」の水準を高め、他方では、仮に給付拒絶が認められたとしても、債権者に給付に代わる損害賠償請求権(BGB280条1項, 3項, 283条)を認めることができるという。

もっとも、Staudinger/Caspers, a.a.O. (Fn.50), § 275 Rn.111も、その回避について過失が認められることにより、第一次的給付義務の期待不可能性が変わることはないものの、損害賠償義務が発生するとしており、回避可能性について必ずしも意識していないわけではないと考えられる。両者の相違点は、第一次的給付義務からの解放のレベルにおいて債務者の給付障害の回避可能性を考慮するかどうかである。

なお、この回避可能性を活かせなかったことを債務者の過失と評価し、債務者に損害賠償義務が発生するとするものとして、Erman/H.P.Westermann, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.31; PWW/Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.51), § 275 Rn.30; Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.336ff.などを参照。

76) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58, 60; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.1, 3.Auflage, 2012, § 275 Rn.58/Hannes Unberath (以下、Bamberger/Bearbeiterとして引用); Erman/H.P.Westermann, a.a.O. (Fn.24.), § 275 Rn.31; PWW/Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.51), § 275 Rn.30; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.117.

も把握する概念を選択し、3項を放棄するという可能性もあった。もっとも、同条2項2文においてはいわゆる「努力」、「負担」という概念が用いられているものの、そのような選択がされるには至っていない。次に、もっぱら債務者が自ら提供しなければならない給付に関する特別規定であると明示すべきであるならば、BGB275条3項においても、同条2項における「著しい不均衡」という文言を用いることにより、少なくとも両項の文言をパラレルに規定することができたはずである。そうすると、BGB275条3項は、たとえば「債務者が給付を自ら提供しなければならない場合において、給付に要する努力と債権者の給付利益との間に著しい不均衡が存在するときも、同様とする」と規定することもできたはずであるが、実際は異なるかたちで規定されている。したがって、BGB275条3項は、BGB275条2項とは異なる基準を採用すべきであると理解していたことが明らかになるという⁷⁷⁾。

(3) 債務者の帰責性

この給付障害に関する債務者の帰責性についても、考慮要素としては、BGB275条2項と3項とは異なる扱いがされている。その理由については、II. 2. (3)においてすでにみたとおりである。

もっとも、BGB275条3項の制定後も、この債務者の帰責性をBGB275条3項において考慮すべきかどうかについて議論が展開されている。

まず、BGB275条3項の制定経緯における議論の展開をふまえると、給付障害に関する債務者の帰責性を考慮すべきではないと主張する見解がある。この見解は、BGB275条3項の制定経緯におけるRE275条2項2文に対する批判と同様に、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるとき、債務者が、給付障害について責めに帰すべきであるために自らの給付義務から解放されない、さらにはより一層の努力を義務づけられる、強制されることを懸念するものである⁷⁸⁾。

他方で、給付障害に関する債務者の帰責性を考慮することも場合によっては必要であると主張する見解がある。この見解によると、確かに、BGB275条3項の制定経緯からすれば、BGB275条3項の適用場面において、BGB275条2項2文は適用されるべきではない。BGB275条3項の制定経緯において、債務者が自ら提供しなければならない給付について3項において独立して規定されることになったのは、まさに現在のBGB275条2項2文を排除するという目的である。この場合に考慮されているのは、給付障害について債務者が責めに帰すべきであることが、債務者が自ら提供しなければならない給付の基準を厳格なものにするという可能性のみである。しかしながら、BGB275条2項2文が適用されないことにより、本来は給付障害について責めに帰すべきである債務者にとって有利な結果となるのであれば、本末転倒である。債務者が自ら提供しなけ

77) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.64), Rn.83f.

78) Huber/Faust, a.a.O. (Fn.64), Rn.84; Martin Henssler, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), a.a.O. (Fn.62), S.615, 617; Erman/H.P.Westermann, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.31.

ればならない給付に際して、その不利益がわずかな範囲にとどまる場合においては、その限りにおいて、BGB275条2項2文の規定内容が妥当するという⁷⁹⁾。

3. 他の民法上の規定との関係性

以上のようなかたちで、BGB275条3項における債務者が自ら提供しなければならない給付の期待不可能性については、その判断の考慮要素をめぐって議論が展開されている。

もっとも、BGB275条3項においては債務者が自ら提供しなければならない給付が前提とされてはいるものの、依然としてBGB275条3項と他の規定との関係、とりわけBGB275条1項2文、2項、BGB313条との関係の不透明性⁸⁰⁾、さらにはBGB275条全体の規定としての不完全性を指摘する見解も多くみられるところである⁸¹⁾。この他の規定との関係性をめぐる議論からは、BGB275条3項の規定内容および適用範囲の実像をより鮮明なものにしようとする意図がうかがえる。

以下では、本稿の問題意識との関係上、BGB275条3項と他の民法上の規定との関係性をめぐる議論を中心にみていくこととする。

(1) BGB275条1項との関係性

BGB275条3項は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関する規定であり、債務者に義務づけられている給付は、債務者による給付行為なしには実現しないことになる。他方で、BGB275条1項2文に規定されている主観的不能は、給付が「債務者にとって」不能である事例を想定している。したがって、両規定は適用対象が異なると解されている⁸²⁾。

なお、適用対象は異なるものの、「債務者にとって」給付ができないという点では共通していることに着目し、BGB275条3項は1項に対する補助的な規定であるとする見解もある⁸³⁾。

79) Sebastian Klausch, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002, Frankfurt 2004, S.158; Bamberger/Unberath, a.a.O. (Fn.76), § 275 Rn.59; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.63; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.118.

もっとも、Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.332は、債務者の帰責性を考慮するものの、第一次的給付義務からの解放基準については、BGB275条2項において求められるものよりも低いものであるとする。

80) この点を指摘するものとして、たとえば、Martin Henssler, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, RdA 2002, S.129, 131; Weller, a.a.O. (Fn.51), S.150ff.; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58などを参照。

81) この点を指摘するものとして、たとえば、Jan Wilhelm, Schuldrechtsreform 2001, JZ 2001, S.861, 866; Adrian Schmidt-Recla, Echte, faktische, wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform, in: Bernd-Rüdiger/Elmar Wadle u.a.(Hrsg.), Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte-Festschrift für Adolf Laufs zum 70.Geburtstag, Berlin u.a. 2006, S.641ff.; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.70, 110などを参照。

82) Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.111.

83) 補助的な規定であると解するものとして、Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn.62), § 275 Rn.30。また、段階的な類似性を示すものであると解するものとして、Erman/H.P.Westermann, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.30。

(2) BGB275条2項との関係性

事実的不能の事例について規定するBGB275条2項との関係性についてとりわけ議論がされているのは、次の2点である。すなわち、政府草案の理由書にあるように、BGB275条2項との関係において3項をどのように理解することができるかどうか、BGB275条3項の事例においてBGB275条2項2文に規定されている債務者の帰責性を考慮することができるかどうかである。後者についてはすでにみたとおりであるため、以下では前者についてみておくこととする。

前者の問題について、給付障害法委員会のメンバーの一人であり、債務法現代化に大きな影響を与えたといえるカナリス（Claus-Wilhelm Canaris）は、債務法現代化後の論稿において詳細に言及している。カナリスによると、BGB275条3項は、BGB275条2項との関係において、次のように理解することができるという。

まず、BGB275条3項の規定内容の理解についてである。カナリスによると、BGB275条3項の立法趣旨については、債務者の給付義務と、対立する義務、法益および利益との衝突から債務者を保護するものであると理解することができる。この立法趣旨から、BGB275条3項は、直接先行する規定であるBGB275条2項とは本質的に異なることを強調するものであるといえる。すなわち、BGB275条2項においては、債権者の利益が比較衡量の中心となっており、債務者の利益に対して原則として優位性が認められている。他方で、BGB275条3項においては、まったく逆に債務者の利益が重要な位置を占めており、債権者の利益は必要とあれば完全に債務者の利益に劣後することになる⁸⁴⁾。

カナリスによると、このような理解は、BGB275条3項が債務者に対する給付の期待不可能性に焦点をあわせており、その文言においても「債務者の給付を妨げる障害と債権者の利益との比較衡量」を求めていることからの当然の帰結であるという。また、BGB275条3項の構造においては、「債務者の利益の考慮が問題となっており、このことがRE275条2項1文やRE313条との意識的な境界画定においてまさに決定的なものとされるべきものである⁸⁵⁾」とする立法者の意思にもふさわしいものであるという⁸⁶⁾。

84) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.385.

85) この点については、BT-Drucks., 14/6040, S.130 = Canaris, a.a.O. (Fn.24), S.662f.を参照。

なお、政府草案の理由書の原文によると、「(RE)275条1項1文との境界画定」と述べられているが、カナリスによると、これは誤りであり、RE275条1項ではなく、もっぱら今日のBGB275条2項1文であるRE275条2項1文との境界画定をいうものであるという。

86) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.385.

他方で、Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6.Auflage., Tübingen 2005, Rn.488によると、さらに種類債務から生じる給付の提供の困難の事例についてもBGB275条3項を適用することができるとされている。しかしながら、このような理解については、カナリスによると、当該事例は債務者が自ら提供する必要のない給付の例であるため、適切ではないという。すなわち、そこで典型例として挙げられている販売商の事例は、市場に関係する債務が問題となっているのではなく、製品に関係する債務が問題となっており、それゆえ、販売商がその製品の供給に関する製造業者の障害について克服することができなかったときは、販売商はBGB275条1項により自らの第一次的給付

次に、BGB275条2項との関係性である。以上のようにBGB275条3項を理解すると、BGB275条3項とBGB275条2項との境界画定上の問題は避けられないことになる。この両規定の境界画定問題は、BGB275条3項においてはもっぱら債務者により自ら提供されなければならない給付が問題となっていることから生じているように見える。しかしながら、この観点は、実際には有益ではない。すなわち、たとえば請負または事務処理契約から生じる給付の提供に際して債務者が非常に高額な費用を要するときに、BGB275条2項やBGB313条の厳格な要件をみたさないとしても、債務者が自ら提供しなければならないという単なる事情により、債務者にとって比較的利益であるBGB275条3項の要件のもとで、債務者はたやすく自らの給付義務から解放されるということにはならない。なぜならば、そのように理解しなければ、債務者が自ら提供しなければならない給付についてまったく正当化されないかたちで特別に扱うことになり、それにより債務者が自ら給付する必要のない事例において耐えがたい評価矛盾が生じてしまうことになるだろうからである⁸⁷⁾。

このような理解から、カナリスは、BGB275条3項とBGB275条2項との真の相違点は、次の点において認められるという。すなわち、BGB275条3項の事例においては、当該規定の制限的な解釈または目的論的縮減により、非財産的または精神的な障害が問題とされなければならないという点においてである⁸⁸⁾。カナリスによると、このことは、政府草案の理由書において挙げられていた事例からわかるように、立法者によっても明らかに当然のこととされていたという⁸⁹⁾。

また、カナリスは、このように理解することにより、BGB275条3項の立法趣旨が一層明確に規定にあらわれることになり、もっぱら（第一次的に）金銭的にではなく、非財産的または精神的な障害を問題としている目的の限りにおいて、対立する義務、法益および利益の衝突から債務者が保護されることになるという。この観点からは、BGB275条3項に特有の正当性の内容も十分に明確になる。なぜならば、非財産的または精神的な性質を有する義務、法益および利益——その一部は基本法に基づくものである——は、その重要性により、またその特別な構造により、法律上の強制に対してとりわけ「デリケート」なものであるためである。この背景から明らかになるのは、BGB275条3項は、BGB275条2項との比較においてはるかに重要な規範であるということである。なぜならば、BGB275条2項に比してより広く、またより多様な実際の適用領

義務から解放される（のみである）ため、実際はBGB275条1項により解決されるべきであるという。

87) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.386.

88) なお、BGB275条2項の制限的な解釈については、Thomas Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004, S. 59; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.63などを参照。そのほか、大原・前掲注(10)107頁以下も参照。

89) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.386. そのほか、このような制限を認めるべきであるとするものとして、Greiner, a.a.O. (Fn.52), S.371f.; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin 2008, § 5 Rn.33; Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.363f.

域になっていることが明白となるからである⁹⁰⁾。

以上の理解から、カナリスは、BGB275条3項とBGB275条2項との関係性について、次のようにまとめる。BGB275条3項も、BGB275条2項と同様に、権利濫用の禁止を要件上具体化したものであるといえる。しかしながら、BGB275条2項においては、保護に値する債権者固有の利益の喪失による権利濫用が問題となっている。すなわち、保護に値する利益がないにもかかわらず、その利益を求めて履行請求をすることは権利の濫用である。他方で、BGB275条3項においては、債務者の重要な保護すべき利益により権利濫用が問題となっている。債務者が自らの給付をめぐる対立状態にあるにもかかわらず、債権者が自らの給付利益に固執したとすれば、債権者は権利濫用となる⁹¹⁾。

(3) BGB313条との関係性

BGB313条との関係性をめぐって最も激しく議論が展開されているのは、BGB275条2項である⁹²⁾。もっとも、規定の要件上、BGB275条3項においては、BGB275条2項よりも債務者の状況の考慮がより広くに及ぶことになる。そのため、BGB275条2項よりも、BGB313条の要件をみたす状況が生じやすくなり⁹³⁾、よりBGB313条との境界を確定することが困難になるとする指摘がある⁹⁴⁾。

90) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.386.

91) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.386f.

そのほか、BGB275条2項との関係において、BGB275条3項の特別規定性について言及するものとして、Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rn.408f.; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.111などを参照。

92) BGB275条2項とBGB313条との関係性をめぐる議論については、すでに多くの研究が存在しているため、本稿においては立ち入らない。

議論の詳細については、石川博康「履行請求権排除法理と事情変更法理の競合」ジュリスト1434号(2011年)12頁以下、同「契約外在的リスクと事情変更の原則」論究ジュリスト6号(2013年)13頁以下、同「継続的契約と法——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 比較制度分析の視点で見るガバナンス』(有斐閣, 2015年)75頁以下を参照。そのほか、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社, 2009年)60頁以下、中村肇「履行の請求」円谷峻編著『民法改正案の検討 第1巻』(成文堂, 2013年)16頁以下などを参照。

そのほか、大原・前掲注(10)103頁以下、同「事実的不能と経済的不能の峻別——ドイツにおける批判的見解を素材として——」同志社法学63巻2号275頁以下(2011年)、同「履行請求権排除法理と事情変更法理の競合について——ドイツにおける競合事例に関する議論を手掛かりとして——」名古屋学院大学法学部開設記念論文集357頁以下(2014年)も参照。

93) Roland Schwarze, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, S.73, 78.

94) Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.112.

(4) BGB242条との関係性

すでに述べたように、BGB275条3項が典型例として想定している事例群については、従来、その多くがBGB242条を用いて解決されるべきであるとされていた。そのため、とりわけ良心などに基づく給付拒絶の事例についても、その解決にあたって、新たに規定されたBGB275条3項に基づくべきであるのか、それとも従来のようにBGB242条をはじめとする他の規定に基づくべきであるのかという点で、議論がなされている。

なお、とりわけ良心などに基づく給付拒絶の事例においては、給付義務と対立するものが基本権と関係しているものもあり、私法における基本権の効力の理解も含めて議論がなされている⁹⁵⁾。もっとも、本稿においてその点を詳述することは紙幅の関係上不可能であるため、別稿において検討することとし、以下では、別稿における検討の準備作業として、課題を明らかにすべく、各見解の論拠を示したうえで、IV. 2. (4)において若干の検討をくわえることにとどめたい。

a) 通説

通説は、良心に基づく給付拒絶の事例についても、BGB275条3項の適用ないし類推適用を認めている⁹⁶⁾。通説によると、BGB275条3項の適用ないし類推適用については、次の2つを根拠として正当化できるという。

まず、BGB275条3項の規定の文言にも合致することである。BGB275条3項は、その文言において、「債務者の給付を妨げる障害」と規定している。この「債務者の給付を妨げる障害」という文言の意味においては、給付を妨げることになる債務者の葛藤も含めて理解が形成されているといえるからである⁹⁷⁾。

次に、BGB275条3項の立法趣旨にも合致することである。立法経緯からも明らかであるように、BGB275条3項は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」について、「債務者の給付を妨げる障害」において債務者の個人的な状況を考慮することを意図して規定されたものである。良

95) ドイツにおける私人間における基本権の効力をめぐる議論については、Claus Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S.201f.; ders., Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999, S.23ff. (以下、Grundrechteとして引用); ders., FS Cian (Fn.51), S.387ff.などを参照。この点に関する邦語文献として、山本敬三「憲法と民法の関係——ドイツ法の視点——」法学教室171号44頁以下(1994年)、クラウス・ヴィルヘルム・カナリス(山本敬三訳)「ドイツ私法に対する基本権の影響」法学論叢142巻4号1頁以下(1998年)、同『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)などを参照。

96) たとえば、Henssler/Muthers, a.a.O. (Fn.50), S.223; Schwarze, a.a.O. (Fn.89), § 5 Rn.29; Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390, 402ff.; Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht — Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010, S.190f.; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58 (もっとも、Rn.62において、この点については明らかではないともしている); Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11.Auflage, München 2013, Rn.482; Staudinger/Caspers, a.a.O. (Fn.50), § 275 Rn.110; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.119などを参照。

97) たとえば、Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390.

心に基づく給付拒絶の事例においても、衝突または対立状態が存在しており、この状況を考慮する必要がある。したがって、BGB275条3項は良心の葛藤による給付拒絶の問題性にもふさわしいものであるといえる⁹⁸⁾。

b) 反対説

他方で、良心に基づく給付拒絶の事例についてBGB275条3項の適用を否定する見解は、通説による上述の2つの根拠に対して、次のようにまったく異なる理解を示している。

まず、BGB275条3項の文言に合致しないという。BGB275条3項は、そもそも「債務者が自ら提供しなければならない給付」であることを要件としている。しかしながら、この良心をめぐる問題性は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」に限定されるものではなく、より広いものであり、BGB275条3項の限定的な適用範囲に適するものではない⁹⁹⁾。良心の葛藤は存在するものの、「債務者が自ら提供しなければならない給付」という要件がみだされず、BGB275条3項とは異なる規定であるBGB242条またはBGB313条により解決されなければならないその他の事例も残されているはずである¹⁰⁰⁾。

次に、BGB275条3項の立法趣旨にも合致しないという。すなわち、良心に基づく給付拒絶の事例について、政府草案の理由書は、従来どおり行為基礎の喪失または信義則によって解決されるべきであると理解していた¹⁰¹⁾。しかしながら、通説のようにBGB275条3項の適用による解決を認めてしまうと、立法者の意思に反することになる。

以上の理解から、良心に基づく給付拒絶の事例については、BGB275条3項により解決されるべきではなく、行為基礎の喪失に関するBGB313条、労働契約および雇用契約に関するBGB616条、そのほかBGB242条などにより解決されるべきであるという¹⁰²⁾。

このBGB275条3項の適用を否定する見解は、政府草案の理由書の理解を前提とするものである。また、その理解を前提として、「債務者が自ら提供しなければならない給付」というBGB275条3項の要件を重視するものである。具体的にいえば、「債務者が自ら提供しなければならない給付」とその他の給付との区別は、良心の葛藤をも考慮してはじめて説得力を有するものである。良心の葛藤が問題となる事例は、本質的に「債務者が自ら提供しなければならない給付」

98) たとえば、Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390.

なお、カナリスは、基本権の私法上の影響について、次のように述べる。すなわち、私法上の主体の行為、とりわけ法律行為およびそれに基づいて発生する拘束について、基本権はその干渉の禁止としての機能においてではなく、保護の要請としての機能において用いられる。そして、その都度基本法上の観点から、同法において要請されている各法により実現されるべき保護がなされているかどうか問題視されなければならない。この点については、Canaris, Grundrechte (Fn.95), S.39, 83ff., 94f. も参照

99) Greiner, a.a.O. (Fn.52), S.139ff.; Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.363f.

100) この点を主張するものとして、とりわけ、Greiner, a.a.O. (Fn.52), S.135ff., 142, 176f., 377.

101) BT-Drucks. 14/6040, S.130 = Canaris, a.a.O. (Fn.24), S.662.

102) Greiner, a.a.O. (Fn.52), S.135ff.

であるわけではなく、典型的には他者による給付により解消することができるものである¹⁰³⁾。そのような事例においては、「債務者が自ら提供しなければならない給付」には該当しないため、BGB275条3項に基づく解決を否定し、そもそも限定的な局面に対する当該規定の適用の拡大を懸念しているのである。

c) カナーリスによる反論

以上のような理解を示す否定的な見解に対して、カナーリスは、BGB275条3項の適用ないし類推適用を肯定する立場を示し、次のように反論している¹⁰⁴⁾。

まず、「債務者が自ら提供しなければならない給付」というBGB275条3項の要件に該当しないという点についてである。カナーリスによると、確かに、否定的な見解が批判するように、良心の葛藤は、あらゆる性質の義務において存在しており、あらゆる場面において潜在するものである。したがって、BGB275条3項の意味において債務者が自ら給付をしなければならない場合のみならず、たとえば売買契約や賃貸借契約から生じる、債務者が自ら給付をする必要のない場合においても生じうる、かなり広いものであるといえる。この点については、カナーリスも認めている¹⁰⁵⁾。

しかしながら、カナーリスによると、この批判はあくまで「主観的な」良心の概念に基づく場面においてのみ妥当するものであり、説得的ではないという。そもそも、否定的な見解は、私法上の主体間の関係における基本権の考慮¹⁰⁶⁾に欠けており、基本法上の根拠から結論づけることができるものではない。良心の葛藤について考慮しないことは、基本法4条1項から生じる保護の要請が一般的に否定されるということの意味する¹⁰⁷⁾。

また、カナーリスは、否定的な見解が指摘するように、良心の葛藤の事例においては、債務者が自ら給付をしなければならないためにBGB275条3項に包含されるものもあること、他方で、良心の葛藤は存在するものの、「債務者が自ら提供しなければならない給付」という要件がみだされず、したがってBGB275条3項とは異なる規定——BGB242条またはBGB313条——により解決されなければならないその他の事例も残されていることについては認めている¹⁰⁸⁾。

しかしながら、カナーリスは、この批判についても説得的ではないという。カナーリスによる

103) Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.360ff.

104) なお、反対説とカナーリスによる反論は、その初出年が前後するものがあり、本稿における叙述は、必ずしも反対説の主張とカナーリスの反論とを時系列上対応させているわけではない。あくまで議論の整理という目的のためであることを付言しておく。

105) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390.

106) この点については、Uwe Diederichsen, Gewissensnot als Schuldbefreiungsgrund?, in: Hans-Martin Pawlowski/Franz Wieacker (Hrsg.), Festschrift für Karl Michaelis zum 70.Geburtstag, Göttingen, 1972, S.36, 49ff.

107) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390.

108) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390.

と、確かに、債務者の義務がBGB275条3項の意味における債務者が自ら給付をしなければならないものではなく、したがって単に純粹に事実上の回避可能性が欠けていることにより対立状態が生じているのであれば、BGB275条3項の類推適用により解決されるべきではない¹⁰⁹⁾。しかしながら、そういった場合以外は、債務者が自ら給付を提供しなくてもよいことと良心の要請との間の衝突の特殊性が重要であるということを示すものである¹¹⁰⁾。「債務者が自ら提供しなければならない給付」という要件が欠けていたとしても、BGB275条3項の類推適用により債務者を救済するか、債務者の良心の葛藤は法律上重要なものとは認められないとして、当該事例を解決することができる。このように理解する方が、もっぱら「債務者が自ら提供しなければならない給付」ではないときは、良心の葛藤の事例をBGB275条3項の適用範囲から除外し、その代わりに、これらの事例を「残りの事例」としてBGB242条の適用範囲へと押しつけ、その限りで「分割された」解決を甘受するという批判的な見解よりも、はるかに害は少ないという¹¹¹⁾。

次に、BGB242条などの他の規定による解決を主張する点についてである。カナリスによると、確かに、良心の葛藤の事例に対してBGB275条3項を適用することは、政府草案の理由書の見解と矛盾するようにみえるが、それは理由書の読み方によるものであるという。批判的な見解は、政府草案の理由書がいうように、良心に基づく給付拒絶の事例については、RE275条2項1文ではなく、もっぱらRE313条または信義則の適用により解決されるべきである¹¹²⁾ というが、その文脈におけるアクセントは、「RE275条2項1文ではなく」にある。すなわち、政府草案の理由書は、良心に基づく給付拒絶の事例については、あくまでRE275条2項1文、現在のBGB275条2項の適用範囲ではないという理解を示しているといえる。この理解は、実際に良心に基づく給付拒絶の事例がBGB275条2項の適用範囲とはされていないことから正当化できる。また、次の「もっぱら」についても、良心に基づく給付拒絶の事例に対してBGB275条3項を適用することとは矛盾するようにみえるが、この政府草案の理由書の文言は、BGB275条3項が独立して規定される前のものであることから説明がつく。いずれにせよ、良心の葛藤が「信義則の適用」の代わりに、BGB275条3項の枠内において、またはBGB275条3項の類推の方法により把握されていると理解することは、実際の問題解決とまったく矛盾するものではないため、立法者の意思を無視するものではないといえる¹¹³⁾。

109) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.390f.

この文脈において、カナリスは、その例として、映画館の所有者が映画「罪ある女(Die Sünderin)」の上映を良心に基づいて拒否した例を挙げている。この例に端を発した、良心に基づく給付拒絶の是非をめぐる議論の嚆矢となる論稿として、Friedrich Wilhelm Bosch/Walther J. Habscheid, Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1954, S.213ff.; Franz Wieacker, Vertragsbruch und Gewissensnot, JZ 1954, S.466ff.を参照。

110) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.391.

111) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.392.

112) BT-Drucks. 14/6040, S.130 = Canaris, a.a.O. (Fn.24), S.662f.

113) Canaris, FS Cian (Fn.51), S.391.

以上のように、カナーリスは、良心の葛藤の事例に対する BGB275 条3項の適用を否定する見解に対して反論している。

IV. ドイツにおける議論の分析と日本法への示唆

以上が、「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性に関して規定する BGB275 条3項をめぐって、ドイツにおいて展開されている議論である。

このドイツにおける議論から、改正法案により「履行請求権の限界」に関して不能に一元化するかたちで統一的なルールを設ける方向性を示した日本は、どのような点を読み取り、今後の規定の解釈の参考とすべきであろうか。以下では、ドイツにおける議論に基づいて、改正後の日本法の解釈において参考とされるべき点について、若干の検討を試みる。

1. 分析の前提

まず、本稿の問題意識に基づいて、その前提を整理する。そのうえで確認しておかなければならないのは、「履行請求権の限界」に関する統一的なルール設定という方向性についてである。

この点について、II. でみたように、ドイツの債務法現代化の議論においては、当初の統一的な債務解放基準を提示しようとしていた方向性から一転し、不能概念の再評価のもと、不能概念を維持しつつ、それを補完するかたちで他の債務解放基準を並列させるという規定方式を採用していた。また、他の債務解放基準においては、「債務者の費用」と「債権者の利益」という客観的な評価が可能となる基準を採用していたものの、債務者の個人的な状況を考慮しなければならない場面を想定した規定の必要性が指摘され、別途、「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性に関する規定が挿入されるに至っていた。

以上のドイツにおける議論の経緯からすると、債務法現代化の議論の当初は「給付義務の解放」に関して統一的なルール設定を目指すという日本と同様の方向性を示しつつも、最終的にはその方向性を放棄していることが明らかとなる。この点については、すでに従来の研究により指摘されていたことであり、多言を要するものではないであろう。そうすると、そのような選択をしたドイツと、改正法案において「履行請求権の限界」に関して不能に一元化するかたちでルール設定をなした日本とは、状況が異なるということが出来る。したがって、重要であるのは、ドイツにおける議論から参考となる点をどのような視点をもって導き出し、どのように正当化することができるのかである。

この点について、本稿の問題意識は、I. 1. において述べたように、日本の改正法案における方向性を仮に是とし、今後もその方向性を維持したまま議論が展開されるのであれば、このドイツの債務法現代化の経験から民法（債権関係）改正を目前とした日本が何を読み取るべきであるのか、である。このような観点からは、改正法案において「履行請求権の限界」に関して不能に一元化するかたちで統一的なルール設定を試みたとしても、なおその統一的なルールが個別具体的な事案においてどのように解釈され、適用されるのか、その際にどのような要素がどの程度

考慮されるべきであるのか、すなわち不能の判断における基準および考慮要素について議論しておく必要があるということを再確認することができる。その限りにおいては、現在の日本においても、ドイツにおける議論を参照することには意義があるということができよう。

その一局面として、本稿においては「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性に関するBGB275条3項を主題的に取り上げて検討した。II. およびIII. においてみたように、ドイツにおいては債務法現代化前のみならず、その後も当該規定をめぐる議論が活発に交わされていた。もっとも、BGB275条3項は「不能」ではなく、あくまで「不能」を補完するものであると理解されており、その典型例または模範例として想定されているのは労働契約などの事例であった。そうすると、ドイツにおける当該規定をめぐる議論については、その役割の理解とともに、典型例または模範例とされている事例の特殊性に注意をはらう必要があるため、一般化して日本法における議論に反映させるにあたっては慎重にならなければならないであろう。

しかしながら、III. においてみた債務法現代化後の当該規定をめぐる議論は、II. においてみた当該規定の制定経緯をめぐる議論に比して、当該規定の特殊性を考慮しつつも、「給付義務の排除」の一局面に関する規定として、より一般化されたかたちで議論が展開されている傾向にあると理解することも可能である。その限りでは、ドイツにおけるBGB275条3項をめぐる議論も、特殊な局面に関する規定をめぐるものではあるものの、日本が改正法案において「履行請求権の限界」事由を不能に一元化し、その「不能」の判断における基準および考慮要素について抱える課題を意識的に議論しているのもであると理解することも可能である。このような観点からは、いかに特殊な局面に関する規定をめぐる議論であるとしても、日本が今後当該課題を克服するための理論構築をするにあたっては、少なからず検討の意義があるということができよう。

2. 「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性

改正法案によると、「履行請求権の限界」の判断に関しては、その文言が示すように、「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」が基準となる。この判断基準が個別具体的な事案においてどのように解釈され、適用されるのか、その際にどのような要素がどの程度考慮されるべきであるのかといった詳細については、今後の判例・学説の議論の集積を待つ必要があるといえる。

もっとも、先に述べたように、本稿において整理した「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性をめぐるドイツにおける議論は、統一的なルールが機能する一局面の判断に際して、今後の日本における議論においても参考になるといえるであろう。その議論においては、ドイツにおけるBGB275条3項の要件および考慮要素をめぐる各議論において展開された、とりわけ次の3つの点が重要であると考えられる。

(1) 債務者の個人的な事情の考慮

第一に、「債務者が自ら提供しなければならない給付」においては、衡量において債務者の給付を妨げる障害を考慮要素としていることである。

ドイツにおいては、給付義務の排除の判断における債務者側の考慮要素について、BGB275条3項においては「債務者の給付を妨げる障害」が挙げられており、同条2項において挙げられている「著しく均衡を失する費用」とは異なる文言が選択されていた。その理由として、BGB275条3項においては、当該債務者の個人的な状況を考慮するためであると考えることができた。

日本における改正法案は、ドイツとは異なり、「履行請求権の限界」に関して、不能に一元化する統一的なルールを設定している。しかしながら、改正議論の経緯からして、その判断において債務者の個人的な状況を考慮する可能性を排除するものではないと考えることができる¹¹⁴⁾。そうすると、このドイツの議論から日本が読み取るべきこととしては、統一的なルールに基づいて個別具体的な事案における「履行請求権の限界」を判断するにあたっては、改正法案の文言が示すように、債務の発生原因や性質、取引上の社会通念などに応じて債務者の個人的な事情についても考慮事由として取り込むという可能性は排除されておらず、また排除すべきではないということを経ることが出来る。

この債務者の給付を妨げる障害について、ドイツにおいては、その理解をふまえると文言が妥当でないという指摘や、債務者が当該障害を回避できたかどうかを考慮されるべきであるという指摘もなされていた。両指摘は、レベルの異なるものではあるものの、債務者の給付を妨げる障害という概念を明確化するための試みであるという点で共通しているということができる。また、この議論における本質は、給付義務の排除の判断における債務者側の考慮事由とその内容をめぐらるものであるとみることが出来る。

日本においては、ドイツとは異なり、「履行請求権の限界」に関する場面ごとの個別規定を設けているわけではない。また、明示的に「障害」という文言を採用しているわけでもない。しかしながら、このドイツの議論における本質をふまえると、日本において「履行請求権の限界」に関して不能に一元化するルールを設け、その不能の一局面として「債権者の利益」と「債務者の費用」の衡量による判断を取り込むのであれば、その基準に馴染まないような個別具体的な事案、とりわけ債務者の個人的な事情についても考慮すべき事案であるときは、債務者側の考慮事由とその内容についても検討されなければならないことを示すものであるといえるであろう。

(2) 期待不可能性の基準

第二に、BGB275条3項が規定する「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性の基準については、BGB275条2項と同程度の基準でなければならないかどうかについて議論があることである。

ドイツにおいては、BGB275条3項の制定経緯からすると、BGB275条2項と同様に厳格なものとされるべきであるという理解と、そのように解釈されるべきであるが、両規定の文言からするとその解釈は困難であり、異なる基準を採用しているとみざるをえないという理解とが存在し、対立していた。

114) この点については、潮見・前掲注(3)48頁の解説箇所を参照。

日本における改正法案は、ドイツとは異なり、「履行請求権の限界」に関する場面ごとの個別規定を設けているわけではない。また、改正法案の解説によると、1.1. に述べたように、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についても、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」の概念のもとで把握されるべきものであるとされている¹¹⁵⁾。すなわち、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についても不能であるとして、「履行請求権の限界」の一局面であるとする理解である¹¹⁶⁾。

もっとも、そのような場面も「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」の一局面として把握され、また本稿において検討の対象とした「債務者が自ら提供しなければならない給付」についてもその一局面として理解され、今後の議論が展開されるのであれば、両局面に関してBGB275条2項と3項という明示的な規定が存在するドイツにおける議論と同程度とはいかないまでも、少なくとも先に述べた債務者側の考慮事由とその内容もあわせて、それをもってなされる判断基準の程度および変化の有無についても意識されなければならない問題であると評価することができるであろう。

(3) 給付障害に対する債務者の帰責性の考慮の有無

第三に、期待不可能性を判断するにあたって、当該給付障害に関する債務者の帰責性を考慮するかどうかについては、立法過程より現在に至るまで激しい対立があることである。

ドイツにおいては、この給付障害に関する債務者の帰責性について、「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関するRE275条2項2文が挿入された後、連邦政府と連邦参議院との間で激しい議論が展開されていた。その後、RE275条2項2文が独立してBGB275条3項として規定され、給付障害に関する債務者の帰責性についての文言が除外されてからもなお、その制定経緯から、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮の有無が議論されていた。

その一連の議論においては、レベルの異なる2つの懸念が対立軸として存在していたということが出来る。すなわち、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるために、債務者が給付

115) 潮見・前掲注(3) 54頁を参照。なお、法制審議会民法(債権関係)部会資料81-3・18頁も参照。

116) なお、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も不能に包摂するという改正法案の方向性について、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報68巻5号1228頁以下(2016年)は、疑問を呈している。それによると、審議の過程では、履行に『過分の費用』を要する場合も社会的不能に含まれることが指摘されていた。これは、現民法でいうと、請負に関する634条1項ただし書に対応するものであるが、改正法案では削除されている。それは、この一般原則にいう「不能」に含まれるからであるという考慮による。しかし、履行の不能が社会的不能を含むといっても、それはかなり極端な例であるといえる。瑕疵の修補に過分の費用を要する場合は、より幅の広いものであり、それを「不能」概念に包摂することが適当であるかどうかは大いに疑問であるという。

もっとも、理解の仕方としては、契約の趣旨に照らして、修補によって債権者が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合と理解するべきであるという。この点については、山本敬三『民法講義IV—2 契約』(有斐閣、2005年)681頁等を参照。

義務から解放されず、より一層の努力を義務づけられ、強制されることへの懸念と、給付障害について責めに帰すべきである債務者にとって有利な結果となるように機能することへの懸念である。

他方で、日本における改正法案は「履行請求権の限界」に関する統一的なルールにおいては、債務者の帰責事由について直接の文言を用いているわけではない。もっとも、債権者が債権に基づいて当然に履行請求権を有するということが前提となっており、その「履行請求権の限界」が「契約その他債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断されることになる。そうであるとするれば、その判断において、債務者の帰責事由は、近時の議論の動向からしても¹¹⁷⁾、考慮が排除されるわけではないであろう。そうすると、ドイツにおける議論は、日本における改正法案においても、債務者の帰責事由をどのように理解し、「履行請求権の限界」の判断においてどのように考慮すべきであるか、また、どのような事情を、どのレベルにおいて、どの程度考慮すべきか、さらには、ドイツにおいて議論の対立軸となっていた2つの懸念をそこにおいてどのように解消することができるのか、他の契約責任に関する規定との体系的・理論的整合性をいかに精緻に構築するかという今後の議論にあたっては、おおいに示唆に富むものであるということができるとはならないだろう¹¹⁸⁾。

117) 伝統的な理解に対して、債権者による履行請求の要件として債務者の帰責事由が必要であるのかどうか、また、必要ないとするのであれば、債権者による損害賠償請求の要件として債務者の帰責事由が必要であるとされていることとの相違をどのように説明するかという問題を検討する近時の論稿として、渡辺達徳「契約責任における『過失』の機能に関する覚書」法学新報105巻2=3号241頁（1998年）、ドイツ新債務法に関するものとして、同「ドイツ債務法現代化における帰責事由——その内容及び機能について」判タ1116号22頁（2003年）などを参照。

また、帰責事由について、債権者による履行請求が認められるためには、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り、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において理解するものとして、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』」同『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）48頁以下〔初出は1993年〕、吉政・前掲注（2）261頁。債務不履行を理由とする損害賠償責任の根拠についても同様に理解するものとして、潮見・前掲注（2）『債権総論Ⅰ』270頁、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト1318号119頁（2006年）などを参照。

118) 他の契約責任に関する規定との関係性について、本稿ですべてを網羅的に検討することはできないが、たとえば、改正法案における債務不履行による損害賠償の規定においては、損害賠償責任の免責事由についても、「契約その他債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断されることが明示されている。

改正法案415条（債務不履行による損害賠償）

1項「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不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債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」

2項「前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げる

（4）良心の葛藤の事例をめぐる議論

さらに、ドイツにおいては、いわゆる良心の葛藤の事例についてBGB275条3項の適用領域であるとすべきであるかどうかについて激しい議論があることについても看過すべきではない。

ドイツにおける議論においては、各見解の理解からすると、良心に基づく給付拒絶の事例において、BGB275条3項の制定経緯をどのように理解するか、「債務者が自ら提供しなければならない給付」であると理解することができるかどうかが対立軸となっているという「一応の」評価をすることができる。「一応の」というのも、後者については、BGB275条3項の適用に否定的な見解においても、通説があらゆる良心に基づく給付拒絶の事例にBGB275条3項が適用されるという理解を示しているわけではなく、その適用はあくまで「債務者が自ら提供しなければならない給付」を対象としているという点では説得力があると評価する見解¹¹⁹⁾や、当該要件に該当せずとも要求不可能である給付についてはBGB275条3項を類推適用することを検討する見解¹²⁰⁾も現れはじめているからである。

こういった現状からすると、従来の議論における対立軸が揺らぎをみせており、決して絶対的なものであるとはいえない。くわえて、すでに述べたように、この議論においては、給付義務と対立するものが基本権と関係しているものである事例も想定されており、カナリスによる反論にみられるように、私法における基本権の効力の理解も含めた展開がなされていること、さらに、本稿においては詳細に取り上げることができなかったが、他の規定との関係性をふまえた議論が展開されていることにも注意が払われなければならない。これらの点を十分に意識しつつ、ドイ

ときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- 1 債務の履行が不能であるとき。
- 2 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 3 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。」

そうすると、「履行請求権の限界」の判断基準と、債務不履行の損害賠償の免責基準との異同が重要となると考えられる。この点については、中間試案段階の「契約の趣旨」という文言についてはあるものの、すでに吉政・前掲注（2）265頁において指摘されており、改正法案においても同様のことが妥当するといえるであろう。中間試案における同概念の内容を検討するものとして、石川博康『「契約の趣旨」と「本旨」』法律時報86巻1号22頁以下（2014年）、債務不履行における損害賠償の規定内容を検討するものとして、渡辺達徳「債務不履行」法律時報86巻12号21頁以下（2014年）を参照。

なお、近時の議論においては、「履行請求権の限界」と債権者による填補賠償の可否については異なる基準により判断されるべきであるという見解が有力となっている。この点については、森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権」同・前掲注（117）『契約責任の帰責構造』253頁以下〔初出は1991年〕、潮見・前掲注（2）『債権総論Ⅰ』359頁以下などを参照。

119) Riehm, a.a.O. (Fn.64), S.364.

120) この点を示唆するものとして、NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.24), § 275 Rn.110などを参照。

なお、この点を具体的に検討するものとして、Lobinger, a.a.O. (Fn.88), S.67, 92f., 179ff., 263ff.; Greiner, a.a.O. (Fn.52), S.127ff.; Weller, a.a.O. (Fn.51), S.150ff.などを参照。

ツにおける議論をより詳細に分析することが必要であるといえる。

以上の検討からすると、この良心の葛藤の事例をめぐる議論については、個別に規定を設けたドイツ特有の議論のようにもみえる。しかしながら、このような場面について、日本においてはどのようなルールをどのように解釈し処理するかという問題を、さらには、憲法と民法との関係性をどのように理解し、その理解をどのように契約規範において反映させていくのかという大きな問題を投げかけているものであると評価することも可能であろう。

以上の内容について、今後の改正における議論動向をふまえつつ検討することを予定している。