

ヤーコプスの債務不履行論 (一)

采 女 博 文

一 はじめに

二 一般給付障害法

(1) 給付障害法を秩序づける視点としての不履行

(2) 債務者の責に帰すべき事由

(3) 債務者の給付義務の限界

(4) 給付義務と損害賠償義務との関係

(5) 解除根拠の限定と不履行による損害賠償請求権に対する解除権の関係

(6) 本質的な契約侵害 (以上、本号)

三 売買における瑕疵担保責任

四 ヤーコプスの法学方法論

一 はじめに

西ドイツにおいて債務法の改訂作業が進行中である。⁽¹⁾一九八一年から一九八三年にかけて、連邦司法省の委託に基づき「債務法の改訂のための鑑定意見と提言」⁽²⁾全三巻が刊行されたのに続いて、一九八四年に「債務法改訂委員会」が司法省に設置されている。「鑑定意見と提言」においては債務法のほとんど全領域を検討対象としていたのに対し、この「委員

会」での検討対象は、給付障害法、売買と請負における瑕疵担保法、そして消滅時効に限定されている。委員会での審議の成果は、一九八九年ないし一九九〇年には立法提案としてまとめられる。この委員会の審議の中心テーマとなる給付障害法に関して、先の「鑑定意見と提言」第一巻においてフーバーは、ハーグ統一売買法（EKG）を範とする給付障害法の導入を推奨し、新しい立法モデルを示している。^③フーバーにとって、法文化の本質的要素は国家制定法の権威である。^④

この改訂作業をめぐる諸議論のなから、フーバーの提案している立法モデルを具体的な素材としながら、法学と法典編纂のあり方をあらためて問いかけているヤーコプスの著書「給付障害法における立法」^⑤（一九八五年）を本稿での考察の対象としたい。この著書はサヴィニーの歴史法学の今日的な継承のひとつのされ方を示している。なお、解釈論そのものとしてみても、本書で批判の対象とされているフーバー鑑定意見そのものが、その重要な部分に関し、ヤーコプスの給付障害法に関する従来の研究成果の「影響」を受けているし、^⑥また、本書でヤーコプスが歴史的考察方法に基づいて行っているBGBの諸規制の解釈論の多くの部分について、今回の債務法改訂作業の中心となっているメデイクスが支持を与えていることもあり、債務法改訂委員会での審議にも一定の影響を及ぼすと思われる。もともと、同時にメデイクスは、BGBの規制の「欠陥」の克服を立法によってではなく学問と実務にゆだねようとするヤーコプスの法学方法論に激しく反発している。^⑧

歴史法学の生き生きとした再生を志向するヤーコプスが、^⑨現行法典の革新に建設的に共働するという目的のためにまずは法律実証主義の立場をとるといふかなり屈折した態度、方法論そのものが西ドイツにおいても十分理解されていないし、またヤーコプスが歴史的考察方法に基づいて展開しているBGBの規制についての解釈もお一般的な見解ではないものも多い。それゆえ、本稿の叙述にあたっては、まず、フーバーのモデルに對置して行われている債務不履行の個別問題に関するヤーコプスの見解をできるだけかぎりその叙述に即して紹介し、次に、ヤーコプスの法学方法論そのものを検討することにする。

- 注
- (1) 好美清光「西ドイツの債権法改訂委員会作業について——その一、委員会の構成・活動等——」一橋論叢九九卷三号(一九八八年)二八七頁以下、Dieter Medicus, Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts, ACP 188 (1988), 168ff. 参照。
 - (2) Gutachten und Vorschläge zum Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, I, II (1981), III (1983) この鑑定意見と提言についての紹介と検討は、『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学現代法研究叢書②)(一九八八年)所収の諸論稿及び同書七四二頁以下の参考文献一覽参照。
 - (3) Ulrich Huber, Leistungsstörungen—Empfehl sich die Einführung eines Leistungsrechts nach dem Vorbild des EKG? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? 此のフーバー鑑定意見書の全体像については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』二二二頁以下を参照された。
 - (4) U. Huber, Gutachten (Leistungsstörungen), S. 671.
 - (5) Horst Heinrich Jacobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB und nach Einheitlichem Kaufrecht, 1985.
 - (6) H. H. Jacobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969); Jacobs, Nichterfüllung und Rücktritt, in: Festschrift für Fritz Alexander Mann zum 70. Geburtstag (1977), S. 35ff.
 - (7) フーバーは、U. Huber, Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (1978), S. 837ff. insb. S. 869 において、今日の給付障害法の理解に貢献したる研究として、Rabel, Himmelschein, Heinrich Stoll, Jacobs, Schlechtriem のものを挙げてゐる。
 - (8) Dieter Medicus, AcP 186 (1986), 268ff., Besprechung von Horst Heinrich Jacobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht.
 - (9) H. H. Jacobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts (1983), insb. S. 52 N. 98, S. 120ff. などにおいて、BGB 編纂を歴史法学派 (historische Rechtsschule) の精神の所産として積極的に性格づけ、この法典編纂は学問 (Wissenschaft) による法の技術的要素の形成発展にいかなる制約もしないことを明らかにしている。ヤーコプスの本書とサヴィニーとの位置関係については、原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(一九八八年)所収の原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」一頁以下、「児王寛」古典私的自治論の法源論的基礎」二一九頁以下を参照されたい。

二 一般給付障害法

(1) 給付障害法を秩序づける視点としての不履行 (S. 10~S. 18)

フーバーはすべての給付障害に共通する基本的構成要件をBGBのなかに見失い、EKG（ハーグ統一売買法）のなかに「不履行 (Nichterfüllung)」という基本的構成要件を見いだし⁽¹⁾、この基本的構成要件の下に、給付の不能、遅滞、(質の点における不履行としての) 不完全給付 (Schlechtleistung)、積極的債権侵害の諸事例という個々のものを組み入れる。そのうえでフーバーにとつての給付障害法の二つの根本問題、債務者が履行しないときに債務者が責任を負うかどうかという問題、債務者が履行しないときに、債権者は債務者に拘束されたまま給付を待たねばならないかどうかという問題に関して、この不履行という構成要件に法律効果を結びつけている。債務者が不履行の責を負わなければならない場合、履行であれ、損害賠償であれ、債務者は責任を負わなければならない。そのさい、有責責任ではなくて、制限された保証責任が妥当するべきである (モデル二七五条一項、三項)⁽²⁾。債権者が債務者から解放され、双務契約を解除してもよいのは、給付のために指定された猶予期間を債務者が徒過した後である。猶予期間の指定が不能、履行拒絶、明らかに除去されない主観的不能 (Unvermögen) のゆえに意味がない場合、または定められた期日における不履行が既に本質的な契約侵害である場合には猶予期間の指定は必要ない (モデル三三六条、三三六 a—b 条)。不完全給付も不履行として位置づけられる。狭義の不履行と不完全給付とは共に債務 (Verbindlichkeiten) の不履行として平等に取り扱われるべきである。それゆえ、売主は、責に帰すべき瑕疵ある給付の場合、履行と損害賠償の責任を負う。また債権者は、例えば買主は、瑕疵ある給付の場合において、原則的には猶予期間の指定の後に初めて解除 (Wandel) または減額請求をすることができる。したがって、売主は追加給付ないし修補をする権利、いわゆる第二の提供をする権利を有する (モデル四六一 a 条、四六二条)。

フーバーは、EKGを範とするこのモデルを推奨するために、BGBの規制の欠陥を繰り返し主張している。BGBの給付障害法は不能、遅滞、瑕疵担保という個々の要件に分裂している。給付障害法は、不能という基本的構成要件に基づいているし、この実際には稀な事例を「体系全体」の出発点としている。そのさい、債務者の解放と責任に関する不能の相異なる二つの法政策的な機能は曖昧なままである。遅滞の規制を最初から帰責性 (Vertretmüssen) の概念と結びつけているから、責に帰すべからざる遅滞の場合における有責を要件としない解除権という原理上の権利は不完全にしか把握されていない。積極的債権侵害の全領域は見落されている。解除と損害賠償とは機能が異なることを見誤っているから、解除は有責に結びつけられ、選択的にのみ損害賠償の請求が許されている。一般給付障害法と瑕疵担保法とが二元的な関係に置かれていることによって、契約に不適合な物の給付は給付障害を意味することが理解されないし、物の瑕疵概念の規定は失敗しており、売主の一般的な culpa 責任の定立もされないままであり、売主の修補ないし追加給付権も、それに対応する買主の請求権も規定されていないし、消滅時効問題の規制も完全に誤っている。かくて、BGBの構想においては、「重要でないことが……ふつりあいには広い場所を占め、重要なことは……看過されている。関連するものが……分離され、関連しないものが……等置されている (Gutachten, S. 771)。」BGBの構想は古くなったのではなくて、最初から失敗している。つまり「体系的でなく、欠陥があり、首尾一貫せず、均衡がとれていない」(Gutachten, S. 770)。」

しかし、この法律上の規制の完全性は、統一売買法やフーバーのモデル二七五条一項、三項のみならず、BGBの第一草案二二四条一項^③も有していた。第一委員会は、債務者は給付を完全に、それゆえ時期と方法に関して債務関係の内容に従って履行する義務を負うし、故意・過失による義務の不履行に責任を負うという意見であった。しかしBGBにおいては、第一草案二二四条一項は第二委員会の決定の編集のさいに削除された。この削除が意識的に行われたのか、編集上の見落しに基づくのかについての争いは古くから知られているが、この問題の解明もまた歴史的考察 (historische Spekulation) の方法においてのみ可能である。

起草委員会は第一草案二二四条を余計なものと考えたがゆえに意識的に削除した⁽⁵⁾。というのは、その規定のなかにあるもの、フーバーがモデル二七五条一項と三項に書き込もうとしているものを自明なことと考えた。というのは債務者は自らの義務を完全に履行し、責に帰すべき不履行の場合には責任を負わなければならないかどうかについて、法曹が——法曹の理解可能性が問題である——疑いを持ち、法律による指示を求めるであろうとは考えなかったからである。それゆえ、ただ何に債務者は責任を負わなければならないかのみを法律のなかで言わねばならないと考えた。起草者は法典の使命を、おのずと明らかなる原則を貫き通すこと、そして原理を通しておのずと判断されてはいないような問題について法律のなかで何かを言うことに見いだした。

かくして、我々はBGBのなかに、(1)債務者は何に責を負わねばならないかについての指示(二七六条—二七八条)のほか、原理の具体化のさいにさらに問題となる四つの主要問題についての解答を持っている。(2)債務者はいかなる限界まで給付を義務づけられているのか、それゆえ債務者は給付のためにどの程度まで資力(Mittel)を尽さねばならないのか(二七五条、二七九条)。(3)不履行の場合に、いつ履行に代えて不履行による損害賠償を(二八〇条、二八三条)、そしていつ履行と損害賠償(二八四条以下)の責任を負われるのか。(4)双務契約の場合にのみ生じるのだが、いつ債権者は債務者への拘束から解放されるのか、いつ債権者は契約を解除できるのか(三二五条、三二六条、三六一条、三三六条)、そして与えられた解除権と不履行による損害賠償請求権とはどのような関係にあるのか。(5)性質の点における不履行、瑕疵ある給付の場合に何が妥当すべきかという問題(四五九条以下、五三六条以下、六三三条以下)。

これらの諸問題についての解答における欠陥は数多く重大であり、法律の変更なしに取り除くことができないかもしれない。しかしこの欠陥は、BGBの起草者が原理を十分把握していなかったことに基づくのではない。原理に関して我々が持っている規制とフーバーが提案している規制とを区別しているところのものは、それゆえBGBの起草者とフーバーとを区別しているところのものは、原理を法律に表すために何を行うべきかについての観念が異なっているだけにすぎな

い。BGBの起草者は法律の理解の可能性に関して法曹を念頭においているがゆえにフーバーが法律に書き込むようにしていることを自明なことで考えた。BGBの起草者の世界はフーバーのものとは別のものである。BGBの起草者の世界は、若干の教授を別にすれば、経験と学識のある実務家であり、フーバーの世界は教授であり、この教授たるや法律のなかから個別要件のみしか学生に示すことができず、法律によって原理が学生に示されることを望んでいる。加えて、フーバーは自明なこともなお法律のなかに見いだすことによって国家制定法の權威を救おうとしているのに対し、BGBの起草者は「指導的諸原則」を探り出すことは学問の課題であるという彼らの学問的な感覚と確信でもって自明なことを宣言することはしなかった。

法発見の確実性のために、我々の法典の革新が問題である今、我々がBGBの個別要件の背後にある基本的構成要件について知っていることを背後に押しやらない場合に、我々は現在の使命を實際に理解することができる。基本的構成要件を法律のなかに書き込むか否かは何ら法的問題を解決しない。それゆえ、上述の四つの個別問題についてのBGBの規制とEKGのひな型に従って法律への採用が提案されている規制とを比較することによって初めて、我々が何を持っており、そして我々が何を得ることになるのか、何が改良され、革新されうるのかが明らかになる。

(2) 債務者の責に帰すべき事由 (S. 19~S. 37)

〔一〕 フーバーはEKG七四条を範として、契約上の責任に関して有責原理を放棄し、有責要素によって緩和された保証責任を導入することを提案し(モデル二七六条)⁽⁶⁾、同時にこの契約債務者の責任の厳格化を理由にして損害賠償の範囲を現行法より制限しようとしている。

フーバー提案の個別問題の検討にあたって、この問題を最初に論じることにする。保証責任の緩和のゆえに実際的な結果において多くの変更はないとしても、ここでは我々の契約責任の二千年来の根底が問題である。私は原理の変更を現行

法のなかに最も深く食い込んでいるものの革新とみなす。というのは、法秩序の文化はその諸原理を通して形造られるし、細部の判断のさいに疑問が生じる場合に我々をいつそう援助しうるのは原理だけであり、原理が貫徹するだろう。加えて、現在すでに実際に妥当し、我々の時代の要請に適合しているものを法典化することのみが問題である場合、有責原理の十分さとそれに代わるべきものの優位を疑問の余地なく明らかにした者だけがこの原理の放棄を推奨できる。しかし、フーバーは一度もこのことをしようとしていないし、フーバーがこのことをしないのを非難することはできない。というのは、フーバーの立法提案は実際にはそもそも有責原理を除去していないし、保証責任を原理にしてはいない。フーバーの現在の法状態についての認識は、有責原理からの周知の例外は非常に数多く重要なので、現在の法状態において既に原則と例外とは逆になっているということであり、それゆえ、現行法について、フーバーは有責原理を否定しているのであり、したがって法律における有責原理の放棄、法律への保証責任の導入もまたこの現実の法状態に適合させているにすぎない。次に、有責原理の放棄でもって実際に何が考えられているのかを理解するためにフーバーの挙げている有責原理からの諸例外を検討することにする。フーバーの挙げている例外は次の六つである。① BGB 二七八条^⑦、② 二七九条と経済上の給付能力に関しては債務者は常に責任を負わなければならないという規範へのその拡大、③ 客観的な過失基準、④ 二八二条^⑨、二八五条^⑩における有責に関する証明責任の転換、⑤ 売買法における保証された性質に関する責任、⑥ 工作物の請負人は、瑕疵のない物を製作する能力に関して保証原則に従って責任を負うがゆえに瑕疵ある工作の場合に有責でないことの証明は難しくなる。

① 二七八条と④ 証明責任の転換は、BGBの有責原理そのものが認めている例外である。③ 客観的過失概念について言えば、二七六条^⑪の有責は、個人的な非難可能性を意味していないし、意味させるべきではない。 *impetria culpa adnumerata* (未熟は過失とみなされる) であることは常に明確であったし法律上の文言(「取引上必要な注意」は一義的である。フーバーが重視している残り②⑤⑥の例外領域において、有責は重要でない、ともかく有責でないことを証明することが

債務者にとって難しいのは同じ理由である。つまり、⑥工作物の請負人は、合意された性質において結果を実現するといふ約束を通して合意された性質を有するものを製作しうる能力に対する責任を引き受けている。この結果を実現する能力を持っていることが請負人の約束の疑う余地のない意味である。⑤保証された性質を有することについての売主の責任の根拠は契約上の約束にある。それゆえ、保証 (Zusicherung) が保証引き受け (Garantieübernahme) として評価される場合にのみこの責任は根拠づけられる。②種類債務の場合の Unvermögen に対する責任を根拠づけ、そして特定の市場、在庫との関連を通して限定しているのは契約上の合意である。この三つの例外に対する結論は次のように確認しうる。債務者が保証を引き受けている場合には、有責の有無と無関係に責任を負う。それゆえ、別段の定めがないかぎりでのみ有責を要件とする。BGB二七六条の有責原理はそれ以上のもではない。何が債務者に帰責されるかという問題の解答における契約の優位には疑問の余地はない。ここでは有責原理の正確な理解が問題である。

故意・過失に関してのみ責任を負うということは、契約上の約束の通常の内容にほかならない。故意による行為は債務者自らが義務づけている行為の全くの裏面であるから、故意に対する責任は直接給付約束から明らかになる (二七六条二項)。しかし、給付を約束する者はそのような目的のために取引上必要と考えられること以上のことを引き受けているとはただちには認められないがゆえに、疑わしきときは、過失に対する責任のみが債務者にある。すなわち、有責原理も契約を通して根拠づけられる。保証責任の諸事例は、有責原理を打破する「例外」ではない。何が債務者に帰責されるかは契約から明らかになる。別段の定めがないかぎり、契約から出てくるのは故意に対する責任のほかに、過失に対する責任のみである。

フーバーは有責原理を狭く解することにより、有責原理と保証責任とを対立させ、保証責任 (＝契約) に論理的な優先を与え有責原理には補充的な意味しか与えていない。しかしモデル二七六条一項・二項一文と現行規定との区別は認められない。ただ法律のなかに多くの注釈を書き込む努力のみが認められ、有責原理は放棄されているのではなくて確認され

ている。モデル二七六条は現行規定のもつたいぶつた表現である。

ただ、一般規定の補完として提案されているモデル二七六条二項二文は二通りのものを含んでいる。補完の第一のもの、すなわち給付の実現に必要な知識と能力の欠如についての責任に関しては、過失概念は客観的なものであること、未熟練(imperia)は過失とみなされることの明確化が問題である。我々がこのことを法律のなかに表現するかどうかは様式問題の範疇に属する。補完の第二のものはより難しい問題を投げかける——債務者は自らの事業範囲に起因し、期待可能な措置を通して普通は回避されうるような給付障害に対して無条件で責任を負うべきである。ここでは契約上の責任は有責責任の闕をわずかではあるが、しかしはっきりと越えている。それゆえ、例えば営業上の売主に、その営業範囲に属する売買契約のさいに売買目的物が部外者によって盗まれた場合、窃盗に対して取引上通常の安全措置をとっていたという免責の証明を認めるべきではないことになる。支配可能な軽度の偶然的危険を債務者が負担するというこの二項二文のひな型は古典期ローマ法の *custodia* 責任にある。この *custodia* 責任は *periculum emptoris* (危険は買主にある) を前提としている。それゆえ、B G B の危険負担の規制を前提にすれば、*custodia* 責任を導入することはできない。*custodia* 責任の導入は B G B の危険負担の規制を変更することになる。*custodia* 責任を導入するとすれば、ローマ法のひな型に従って、売買のさいの対価の危険に関しても変更し、*periculum emptoris* の原則を導入することが首尾一貫する。

しかし法律を現行法に適合させるといふときに、モデル二七六条二項二文の補完の第二のものを法律に採用することはできない。債務者が窃盗に対して取引上通常なすべての安全措置をとったといふことの証明が債務者に許されるとすれば、債務者は余りに寛大に取り扱われる、といふことを支持する現行法上の基礎もないし、そのような確信もどこでも述べられていない。統一売買法のひな型はこの確信を示すことに代わる物ではありえない。

フーバーは、給付を妨げている労働爭議が債務者の責に帰すべき事由に属するかどうかという問題についての規制を立法者は回避してはならないと考えている。フーバーは、労働爭議が差し迫っているにもかかわらず、無制限な責任が引き

受けられている場合にのみ問題を肯定し、一般的には否定する。私もこのフーバーの見解を支持する。しかし、問題はこのことを法律に表現すべきかどうか、法律が契約の解釈に関するこの規制を宣言していない場合に法律は不完全なものであるかどうかということにすぎない。争議の突発は不可抗力 (höhere Gewalt) とみなされるから、労働争議による万一の障害にもかかわらず債務者が給付の実現を引き受けているかどうかという契約の解釈の問題であり、立法者はこの問題を判断できない。さらに、この問題に関し今日なお見解の相違があり、実務と学問によって徐々に解明されるべきであって立法者が先取りすべきではない。

[2] 第三者の不正行為 (Fehlverhalten) に対する債務者の責任

個人の自由の原理により、個人は自らの行為に関して責任を負う。それゆえ、第三者の不正行為は私には関係がないという原則が存在している。BGB二七八条はこの原則からの例外を定めている。この二七八条の例外規定の適用領域は、我々が給付関係を保護義務関係に関して補完していることによつて相当に拡大している。債務者は給付するほかに、債権者の法益 (Rechtsgüter) の保持に関して取引上必要な注意を払うことを義務づけられているとすれば、二七八条は給付の実現のために用いられている履行補助者に関してのみならず、またいわゆる保護補助者 (Bewahrungsgeliehen) に関しても首尾一貫して適用されねばならない。したがって、二七八条の適用領域は、債務関係の主要目的をなす給付を実現することに關しては場所的・実質的に遠方にいる人に、債務者の営業の一般的な組織で働いている人にも拡大される。それゆえ、債務者の使用人 (Leuten¹³) の間での細分をせずに、使用人一般に対する債務者の責任が定められるべきではないかという問題が生じうる。このことを、フーバーは二七八条の補完のために提案している (モデル二七八条一項二号)。この提案はモデル二七六条の補完としての二項二文の帰結に限定されている。

しかし、二七八条を使用人一般に拡大することは、債権者の法益の保持の利益についての配慮義務は給付義務と結びついているという見解の帰結であるにすぎない。¹³ この見解が債務関係の過大な拡張であるという場合にのみ二七八条の過大

な拡張がある。したがって、他人の不正行為は私には関係がないという原理を放棄することを正当化しない。

(3) フーバーは、契約債務者の責任の厳格化と解釈学的にも実務的にも不可分に結びついているものとして不履行による損害賠償の範囲を限定することを提案している(モデル二八一 a 条)⁽¹⁴⁾。債務関係の内容と(契約上の債務関係の場合には、契約締結のときに)債務者に認識可能な諸事情とを考慮して債務者が不履行のありうる結果として予見し、回避し、自らのふるまいのさいに顧慮に入れる必要のない損害は賠償義務から除かれるべきである。この提案においては、EKG の実質的内容が BGB のなかに取り込まれており、いわゆる予見可能性による制限を持ち込むことによって完全賠償の思想は放棄されることになる。

しかし、完全賠償の思想にもかかわらず、不相当な損害、契約の保護範囲外の損害、損害減縮を有責に怠ったことによる損害(BGB 二五四条二項)⁽¹⁵⁾は現在においても損害賠償義務から除かれている。それゆえ、予見可能性による制限が得べかりし利益に関する賠償義務をも制限する場合に、フーバー提案における賠償義務は現在よりも狭く限定されることになる。その場合には、責任の厳格化と賠償義務の制限との間の不可分の関連も存在しうるし、そのかぎりでは債務者の責任の厳格化がされないままである場合にはフーバーの提案はなくて済むことになる。その場合、我々にとって次のことのみが問題である。今日賠償されるべき損害の限定に関して妥当しているものが法律上の規制に表現されるべきかどうか、そして提案された方法で適切に表現されているかどうか。

まず、モデル二八一 a 条に取り込まれているいわゆる損害減縮義務は一般的な損害法に属する。我々は損害法の特別規定(BGB 二五四条)を持つているから、給付障害法の中にこの義務を規定する必要はない。現行二五四条(二項一文)は損害の回避・減縮の有責な懈怠のサンクションについてのみ述べているのに対し、モデル二八一 a 条の二項は損害の回避・減縮義務そのものを明言していることよって規制がより明確になるとフーバーは言う。しかし、この義務が明言されることによって抽象的な損害算定のときの論争問題、仮定的な転売利益を認めるかどうかについて決着はつかない。二

五四条が損害減縮の有責な不作為についてのみ述べているがゆえに、填補〔購入〕行為についての買主の努力義務が十分明らかでないから、判例は仮定的な転売に基づく損害算定を肯定しているのではない。

賠償されるべき損害を不履行の相当な結果に限定する場合でも、あらゆる損害賠償義務に妥当する一般的な観点が重要である。このことはやはり保護範囲理論に關してもあてはまる。債務者の責任に關するこの保護範囲理論の成果は特に明らかである。債務関係を成立させる法律上の規定と契約とは債権者に特定の利益の満足を保証する。それゆえ、その利益が侵害されたときに債務者が責任を負わなければならない利益（Ⅱ賠償）もまた契約と法律上の規定から決定されるべきである。この観点と相当性の方式 (Adäquanzformel) とは全く矛盾しない。相当性の方式は問題を解決するというよりも、むしろ定式化しているにすぎない。不履行と相当な関係にある、その性質上そのような結果を惹起するのに相当な事情である不履行の結果に対してのみ責任を負うべきである。この観点は、保護範囲説に従った契約・法律の解釈のさいに決定的なものではないにしろ、共に顧慮されるべき観点である。

債務者の責任の規制に關して、利益（賠償）は契約・法律の解釈によつて決定されるということを見ても看過しないように、相当性説及び保護範囲説に従った債務者の賠償義務の限定を法律に表現しようと考えられるかもしれない。しかしこのことを法律に表現することは、賠償されるべき利益の決定に關して、契約ないし法律の基準以上のものが法律に表現されうる場合にのみ意味がある。解釈のさいに一般的に考慮されるべきものを越えて、この問題の解答のさいに指針を与えうる場合にのみ法発見の確実性は得られる。しかし、このことは可能とは思われないし、フーバーのモデル二八一 a 条一項もこの指針を含んではいない。フーバーのモデル二八一 a 条において契約または法律はありうる損害に關してどこまで債務者を義務づけているかというこの解釈問題の具体化の試みとみなされうるのは、そもそも損害の予見可能性の要件のみである。債務者が回避し、考慮する義務がないような損害は賠償される必要はないという規定は、何ももたらさない自明なことを表現しているにすぎない。フーバーは予見可能性の要件でもって「不相当な損害を特に」賠償義務から排除しようとして

いる。債務者による予見可能性が、契約責任の場合には、契約締結の時点における債務者の予見可能性が要求される。「学問によつて発見される最良の („optimal“) 観察者」は損害の限定にさいして遠ざけられ、相当性の方式は契約上の責任において解釈のさいに考慮されるべき一つの観点として説明される。契約上の責任に関して、相当性の方式には解釈のさいに考慮されるべき一つの観点という意味しかないということは確かに正しい。しかし、このことを法律に書き込むことによって、このことが誤解されなくなるだろうか。

この点について興味深い判例がある。⁽¹⁶⁾二隻のはしけが、クックスハーフェン (Cuxhaven) からノルデンハム (Nordenham) へ曳航されることになっていた。契約上の協定によれば、曳航は一〇月二八日に行われる予定であったが、債務者は一〇月二九日に曳航した。二八日は良い天候であったが、二九日は突然の暴風ではしけが重大な損害を被った。大審院は、相当性の方式で論議して債務者の責任を認めた。

フーパーは、この判決を相当性説が「型どおり」適用され、契約目的が考慮されていない誤った判決とし、相当性の方式の不十分さの範例としている。二八日に曳航するという協定は、はしけを暴風から守るという意味を持ちえなかった。それゆえ、損害は契約義務の保護範囲にない。

しかし、この判決は正当である。事案の判断のさいに、北海での気象状況を、特に秋の嵐の時期の一〇月の終わりには考慮しなければならぬ。一〇月二八日が良い天候であった場合、債務者は、まさにこの時期における天候の変化という特別の危険のゆえに、この日に曳航しなければならなかったはずである。債務者は、危険なく曳航しうる日に曳航することができるといふ幸運を債権者から奪つてはならなかった。曳航の期日についての協定の意味は、確かに債権者を発生した種類の損害から守るといふことではなかった。しかし協定はこの点について些細なものとされてはならない。逆のことが明らかでない場合、気象状況と無関係にいわばのるかそるかで一〇月二八日に曳航すべきである、はしけをノルデンハムで持つといふ利益のために、はしけをそもそも失うかもしれない危険を債権者は引き受けたとは認めることはできない。

それゆえ、一〇月二八日の天候が悪かったとしたら、債務者はこの日に曳航してはならなかったであろう。債務者は曳航の時点に関して気象状況を共に顧慮しなければならぬから、まさに一〇月二八日の良い天候の日に曳航しなければならなかった。債務者がこのことをせずに、遅延責任をより軽くするために二九日に曳航したとすれば、二九日の天候急変の危険は正当にも債務者にある。

この事例は、賠償されるべき損害の限定において、正しいことは個別事例の諸事情に基づいてのみ、それゆえ個別事例のなかに見いだされうるのであつてあらゆる方式は不十分であるということについての範例であるにすぎない。保護範囲理論の長所は単に解釈を指示することによって、事例の類推を越えたより一層の規範形成についての理論の努力が無力なものであることを明らかにしたことにある。

民法典はあらゆる損害の賠償を規定しているし、そのために必要な制限は実務と学説にゆだねられている。フーバー自身、モデル二八一 a 条が何を提示しうるのか疑っている。確かに、この規定の実際的な意義が少なからず評価されうるであろうことを請負つてはいるが、しかし、定立された方式が「個別的に判例による具体化を必要とする」し、「個別事例の正義 (Einzelfallgerechtigkeit)」が重要であることも理解している。フーバーは二八一 a 条でもって実務に道を教えようとしている。しかし、実務が最も良くこの道を知りうるし、実務は個々の諸事情のなかにその方向についての指示を求めるであろう。法律に指示を求めることはないであろうし、実際モデル二八一 a 条のなかにも見つかからない。

(3) 債務者の給付義務の限界 (S. 38 ~ S. 45)

BGB は、給付義務からの債務者の解放についての規定 (二七五条) でもって給付障害法の規制を始めている。この規定においては外観上、給付の不能に本質的意味がある。BGB の給付障害法は不能という基本要件に基づいて構築されているというフーバーの批判は、とりわけ BGB 二七五条の規定に向けられている。フーバーは二七五条の構成要件から給

付不能という「稀な事例」を除去することを提案しているが、なおさらに、債務者の給付義務の限界についての特別規定をそもそも放棄しようとしている。フーバーのモデル二七五条が示しているように、どういう場合に債務者は履行と損害賠償とに責任を負うのかという問題のみが法律のなかに規制される。そして、どんな場合に債務者は給付を実現する義務（履行責任）から解放されるのかは、間接的な方法でこの法律から読み取られることになる。それゆえ、このモデル二七五条の評価は次の二つの問題に即して行う必要がある。第一に、債務者の給付義務の限界についての特別規定が放棄されるかどうか。第二に、給付義務の限界についてであれ、給付義務をも包括する債務者の責任についてであれ、規定の要件がいかにか正しく表現されているかどうか。フーバーは、給付義務の限界を劃定していた意味での二七五条の削除に関して何ら説明していない。たんに、モデル二七五条はEKG七四条に従っているということだけを述べ、シトルによるEKG七四条の注釈のみを指摘している。EKG七四条は「履行責任」、つまり給付義務についてはそもそも述べてない。シトルの見解によれば、EKG七四条は「二つの異なった秩序づけの問題」、つまり履行義務からの解放と損害賠償義務の脱落とを規制している。「（その諸事情が）給付を不能に、困難に、期待不能にするとすれば、既に給付義務は失くなる。これらの諸要件を欠いているが、しかし、諸事情が給付障害の帰責を排除しようとすれば、七四条一項に従って債務者の損害賠償義務のみが失くなる」⁽¹⁸⁾。それゆえ、補完する必要があるが、給付義務は存続し続ける。

フーバーは、債務者の損害賠償責任の規制と並んで給付義務からの解放のための特別規制は必要ないと考えている。というのは、フーバーは給付義務の限界と損害賠償義務の諸要件に関して、「二つの秩序づけの問題」は問題でないという見解であるからである。しかし、この見解の範型にはEKGやシトルの注釈はなりえない。この見解の理由づけは私によって発展させられたBGB二七五条⁽¹⁹⁾とくにその一項の理解が肝要である。フーバーはこの私の見解を正しいと説明し、モデル二七五条の理由づけのために引用している。

しかし、フーバーは、かつてこの私の見解を「給付義務と帰責の混同」として非難していたし、その混同の原因を、

「ヤーコプスが履行請求権を不履行によるサンクションとしてではなく、義務の本来の内容として把握している」⁽²⁾ ことのみでいた。しかし、まさに私が歴史的考察の方法で到達したテーゼは給付義務と帰責性を相互に混同することであった。すなわち、BGB二七五条に従った債務者の給付義務からの解放にとつて、給付の不能は重要ではなく、不履行が債務者の責に帰すべきものでないということが重要である。私は、BGB二七五条の表現をカズイステッシュなものとして批判し、二七五条のなかに、債務者の損害賠償義務を排除するような諸事情の下では債務者の給付義務もまた存続しない、それゆえ、二つの観点において規制は同一であるという原理を見いだした。責任が帰責性を要件とする場合、給付義務を責任の一形態として把握しよとすれば、給付義務と帰責性の混同に基づいてのみこのことをすることができるとはできない。この混同をしないと、給付義務は損害賠償義務のように責任の一形態として把握されることはできない。その場合、まさに二つの異なった秩序づけの問題が問題となり、それぞれに対し法律も特別な規定をしなければならぬ。

法律の改正が問題となる場合、フーバーのモデル二七五条を基礎づけているこの私の見解が正しいかどうかは問題ではない。給付義務の限界に関する規定としてのBGB二七五条を除去するモデル二七五条の表現の基盤は、非常に脆弱なものであり、かつてのフーバーの私に対する批判を理由としなくても不確かなものである。今日の法曹の思考において、相変わらず、給付義務の存続と損害賠償義務の発生という二つの問題を立て、前者の解答のときは、「不能」「法外性」「期待不能」が重要であり、後者の問題の場合にのみ帰責性が重要であるという観念が支配している。法外性と期待不能の判断のさいに関与させられるBGB二四二条と⁽²²⁾、BGB二七六条の規定との関連は学説に意識されてすらいない。教育においても単純な異解、この規定において不能は給付義務に、帰責性は損害賠償に関係している、が支配している。この事実、我々がいま法律を改正しようとする場合に配慮されるべきである。法律の表現を今日の法曹の思考習慣と一致させようとするれば、別個に問題とされている給付義務と損害賠償義務について、法律においても、同一の解答であるとしても、別個に解答しなければならぬ。

英米の法曹と異なり、ドイツの法曹は不履行の場合にも、まず給付義務を考え、二次的にのみ損害賠償義務を考える。ここでいま問題となっているのは、その理解に関してはドイツ法曹のみが問題である法律の改正である。それゆえ法改正のさい、二七五条は給付義務（の限界）のみに関係しているということは、そのままにして置くべきである。問題は、この規定を、厳密に言えば、債務者の解放の要件をいかに正しく定式化するかということだけである。この点において、債務法改正という目的のさいに基準とならねばならないのは、今日債務者の解放に関し事実上妥当しているものである。

定式化されるべき要件において、Unvernögen は取り除かれるべきである。Unvernögen は、サヴィニーのいわゆる主観的不能、すなわち、無顧慮の不能である。後発的なUnvernögenを理由とする債務者の解放は今日においても事実上行われていない。このことがたいいてい債務者はUnvernögenの責を負わねばならないと表現されるにしても、法律の文に盲目的に従う理論のみが、Unvernögenの場合、ともかく債務者は給付義務からは解放されるが、しかし不履行による損害賠償の責任を負うという見解に達しうるにすぎない。我々が現行法を立法化しようとする場合、二七五条二項の規定のなかに残らうるものは何もない。

二七五条一項に関しても、この規定の表現のみが問題である。不能が債務者の解放にとって本質的要素であるかのような外観のみが避けられねばならない。債務関係が債務者を義務づけている基準に従って履行されていないことが債務者の責任でない場合には、債務者は解放されなければならない。給付の不能は、フーバーが正しくも述べているように、稀な場合であり、債務者は可能であるかぎり給付を義務づけられているかのような外観を生じさせるべきでないとするれば、さらにまた、このことが便利ではあるにしろ、実践的に何ら役割を果たしていない一つの場合にそくして法曹の教育が行われてはならないとするれば、規制はこの稀な事例に合わせて行われてはならない。二七五条一項の現在の表現がそのままであるかぎり、事実上困難であるにすぎないものを不能と呼ぶことによって不能概念を拡大し、その中に法外であり、経済的に不合理であり、期待不能であるものを含める。あるいはまた、給付困難の場合における債務者の解放について完全に

または部分的にBGB二四二条に従って判断するかのごとくふるまうであろう。債務者の解放にとつて不能は重要ではないし、実際しはば債務者は給付困難の場合にも解放される。それゆえ、たんなる給付困難の観点における給付義務の限界づけが解決されるべき問題である。

債務法の改正はこの問題の解決に立ち向わねばならない。フーバーは、給付の不能についてもはや語ることなく、不行が債務者の責に帰すべからざる事由によるということだけに照点を合わせることによつて問題を解決しようとする。かくして、BGBにおいて行われている不能とUnvermögenとの等置による不幸な試み、すなわち債務者の給付義務からの解放に關し妥当している規制を具体化する試みはそもそも放棄されることになる。法律はただ、債務者の損害賠償責任を排除するような諸事情の下では債務者の給付義務も存在しないということだけを決定しさえすればよいことになる。

しかし、法典化することが問題である場合、フーバーと私が何を正しいと考えるかは重要ではなく、そのような規制が一般に正しいと考えられているかどうか (*hoc iure utimur*) が重要である。このことについて、私は否定的であり、また私によつて発展させられ、フーバーによつて「正しい見解」とみなされた規制から、フーバーが首尾一貫した帰結を引き出す用意があるかどうか疑つてすらいる。

この規制がどんな意味を持っているのか、同時にこの規制が相変わらず正しいと考えられている規制からいかに区別されるかを、二つの設例にそくして明らかにしよう。

ボンに住んでいる私が自分の自動車を売却したが、この車が買主への引渡し前に私の有責なしに盗まれ、そして再び、近東で、ナポリで、ミラノで、フランクフルトで、コーブレンツで発見されたでしょう。今日承認されている規制によれば、私の引渡義務の不存在にとつて、再発見の場所のどこから引渡しは法外なものになっており、ただ経済的に不合理な資力でもつてのみ実現しうるにすぎず、私には期待可能でないと云いうるかが重要である。先の私の規制に従えば、私は給付障害の發生に責を負っていないのであるから、再発見の場所がどこであろうとも引渡義務から解放される。すなわち、

債務者が故意または過失によって惹起しているのではないあらゆる給付困難は債務者を解放する。ただし、種類債務の場合のように発生している困難を克服する義務が契約から生じる場合を除き、また、障害の克服に努力しないことが取引慣行を考慮した信義則に反するほどわずかな努力で障害を克服しうる場合を除く。

次に、今度は車の盗難に私が有責であった場合、鍵を錠前に差し込んだまま車を道路に放置していた場合を考えてみよう。先の私の規制によれば次のように答えられることになる。かりに、売買代金が九〇〇〇マルクであり、契約の履行についての買主の利益が一〇〇〇〇マルクである、それゆえ買主は不履行による損害賠償として一〇〇〇〇マルク私に要求することができるものとすれば、一〇〇〇〇マルクの出費以下で給付することができるならば、私は給付の責任を負う。それゆえ、履行利益と契約価格が等しければ、その場合私は不履行による損害賠償の責任も給付の責任も負わない。給付義務は損害賠償をも根拠づける諸事情の下でのみ存続するとすれば、もはや不履行による損害賠償義務を回避する以上のことは、債務者に要求されえないし、金銭で賠償されるべき債権者の給付利益が債務者が給付のために出費しなければならない費用の限界でなければならぬ。今日なお支配的な見解、EKG七四条についてのシトルの見解によれば、給付義務の存続は履行が不能であるか、法外であるか、期待されえないかどうかに依存する。しかしこの要件が欠けていても、諸事情が給付障害の帰責を排除しうるとすれば損害賠償義務のみは失くなる。このような見解に従えば、履行に関して、賠償による債権者の満足以上の責任を債務者は負わされている。それゆえ、この設例において私は車の再調達のために損害賠償に要する以上の出費をしなければならぬに違いない。

したがって、今日なお支配的な見解にとつて、フーバーが提案している給付義務の限定は問題になりえない。この見解にとつて問題となりうるのは、二七五条一項を現在の表現のまま維持し、二項に法外性、期待不能は給付の不能と同様であるということをつけ加えるということだけである。しかしそのような改正はEKG七四条も範とならないし、私も賛成しない。シトルの名前で裏付けられているフーバーの見解は本来誤っていないが、最後まで考え抜かれてはいない。思う

に、いったいどんな場合に給付が法外なものになるのか、何がお経済的に合理的であり、債務者に期待されるのかを具体的に示そうと一度だけでも努力するとすれば、この問題について理解が可能になるに違いない。思うに、ここでは立法者がその解答を我々に規定すべきでない、そもそも規定することのできない問題、つまり、我々の間で当然に解決しなければならぬ、それゆえ暫定的に法典化できない、すなわち学問と実務にゆだねられねばならない問題が問題となっている。

結論として、二七五条は現行の表現のままにして置くべきである。というのは、まさに法的安全性と法律の尊厳の利益のためにも、今日活動している法曹の少数によってのみ理解され、大方の者に異議を呼び起こすであろう法律をつくることよりも、その不十分性を我々が知っている法律を持っていることが相変わらずより良いことであるからである。

(4) 給付義務と損害賠償義務との関係 (S. 46~S. 53)

給付が遅延している場合には、二つの問題がある。第一は、債権者は給付と共に遅延そのものを超えて生じる損害をも賠償要求しうるかどうかという問題であり、第二は、給付つまり種的な形相 (*forma specifica*) における利益の満足を債権者はいつまで待たねばならないか、債権者は給付に代えて不履行による損害賠償を要求しえないかどうかという問題である。

この二つの問題についての BGB の規制から次の原理が明らかになる。約束された給付の不実現を理由としてだけでは、つまり、たんなる義務違反を理由としてだけではなお債権者の権利は拡大しない。債権者の権利の拡大は特別な理由を必要とする。すなわち、給付の不能、既判力ある給付判決後の給付の不実現、遅滞による給付に関する利益の喪失。さらに、双務契約の場合においては、遅滞にあるのみならず、給付を拒絶するという威嚇と結びついた給付の催告に応じない債務者による給付の不実現、給付遅滞による契約の履行についての利益の喪失。

BGBにおけるこの原理は、給付の遅延、契約違反にもかかわらず、債権者を給付請求権に制限する。あれこれの観点における債権者の権利の拡大は、積極的に理由づけられるべき例外である。しかし、法律には、この積極的に理由づけられるべき例外のみが表現されている。このことは、学問と実務は積極的に与えられているものから迷うことなく原理を導き出すであろうというBGBの起草者に典型的な期待に従っている。

しかし、フォーバーはこの信頼をしていない。それゆえ、フォーバーは債務者の責任に関する今日の規制を次のように変更することを強いられる。全体の先頭に、責に帰すべき不履行という基本的構成要件の法律効果として「履行と損害賠償」を要求する債権者の権利が宣言される（モデル二七五条一項）。かくして、積極的債権侵害の諸場合に關して、さらに、遅延損害の賠償に關しても請求権の基礎（Anspruchgrundlage）が法律に用意される。それゆえ、遅滞の特別規定はいらないことになる。しかし、フォーバーの基本規範（モデル二七五条一項）は即座に修正される。債権者が損害賠償を要求するためには、原則として催告後の責に帰すべき不履行というより一層の要件が必要である（モデル二七五a条²⁴）。さらに、種々な形相における履行の等価物としての損害賠償（履行利益ないし積極的利益）が問題であるかぎり、「履行と損害賠償」はそもそも要求されえない。この損害賠償は常に履行に代えてのみ、そして責に帰すべき不履行としてのより一層の要件の下でのみ要求されうる。（モデル二八〇条、三二七a条、二七五条一項²⁵）。しかし、法典の完全性を求めて努力しているフォーバー提案について最も驚かされることは、債務者の責任についての法律上の規制に遅滞の規制が欠けてもかまわないという見解である。適時に給付されないということは、我々が日々体験することであるし、フォーバーのように我々があらゆる問題に解答を与える完全な法典を持つと欲する場合、債務者の責任に關する問題のなかで實際上最も重要なものがどうして看過されうるのか。mora solvendiの古い伝統に支えられ、これまで誰も異議を唱えていない遅滞規制を除くすることにどうして賛成できるだろうか。

このフォーバー提案を簡単に退け、我々の有する遅滞規制の保持を主張するということだけでは事は片付かない。この提

案が奇妙に思えるにしても、この提案はフリーバーの鑑定意見全体の枠内において一貫していないわけではない。この提案のなかに、フリーバー鑑定の性格が最も明瞭になる。つまり、統一売買法の範に従った給付障害法を我々に呈示することがフリーバーにとって肝要であった。統一売買法は遅滞規制を全く知らないし、加えて双務契約の場合に有責と無関係な、それゆえ BGB 三二六条⁽²⁷⁾と異なり、遅滞を前提にしない解除権を与えている。BGB の給付障害法の改正をこの範に従わせるといふ問題設定のなかにこそ有責を要件としない解除権が形成され、それゆえに遅滞規制もはや必要ないという答えが実際には既にある。

しかし、遅滞規制は、EKG の範に従ってすべてを新しくするというフリーバーの欲望の下で、名目上除去されているにすぎない。粗悪な、しかし新しい——否新しくなければならぬ——皮袋に古いワインが詰められているにすぎない。統一売買法を範とする給付障害法の外観は維持される。

さて、給付に代えて履行利益を要求する債権者の権限に関して、現行の規定について何か改良の必要がありうるかどうかという問題が残っている。Himmelschein⁽²⁸⁾によって、不能の機能は「債権者にとつての解放原因」であることが明らかにされてから、BGB 二八〇条⁽²⁹⁾、二八三条⁽³⁰⁾、二八六条二項⁽³¹⁾、三二六条の個別規定からどのような規範を読み取るべきかは完全に明らかになっている。債権者の権利はこの点において拡大され、債務者もはや給付しないであろうことが確定している場合、債権者は給付に代えて履行利益を要求することができる。それゆえ、現在の改正作業のさいに問題なのは、不能という基本的構成要件に基礎づけられた構想の除去、あるいはナチスの改革の欲望⁽³²⁾が考えたような、「法律上の救済の雑多さ」を除去することではない。個別事例の背後にある規範が法律に表現されるべきかどうか、法典編纂上の立場から今日なお法律が疑う余地のない個別事例に自制し、このことと必然的に結びついている不完全性の除去を学問と実務にゆだねることが是認されるかどうかのみが問題である。これは、所与のものから規範を導き出し、その補完をする法曹の能力に対する法典を編纂する立法者の信頼の問題である。このことは、法曹から思考活動を奪うかどうか、法典が自制

することによって法曹に思考活動をさせるかどうかという編纂される法典の機能の問題である。疑う余地のない事例に規制を制限している BGB の起草者のやり方は、いずれにせよ、その時代において明らかに是認されていたし、少なくとも実務において、真剣かつ究極的な履行拒絶は BGB 三二五条、三二六条に規制されている諸事例の類推事例であること、さらには、債務者が約束したものをはや給付しないであろうことがその他の事情から明らかになりうる場合もその類推事例であることは、決して見誤られてはいなかった。もちろん、この信賴が、現在において、あるいは将来においてもはや是認されないとすれば、我々はフリーバーに従わねばならない。

法律が、給付に代えて履行利益を要求する権利が債権者にある諸事例を表示することに自制し、「責に帰すべき不履行により損害賠償義務を負う」という規範（Ⅱ基本的構成要件）を述べていない場合、大審院によるいわゆる履行のさいの有責の諸場合における積極的債権侵害による責任に関する「請求権の基礎」⁽³³⁾は欠けている。それゆえ、法律を完全なものにするためにフリーバーのモデル二七五条一項の基本的構成要件の採用については議論の余地がある。しかし、責に帰すべき不履行により損害賠償の義務を負うという基本的構成要件を法律の完全性のために法律に書き込むとすれば、たんに責に帰すべき不履行によってだけでなく、特別に指定された場合（二八〇条、二八三条、二八六条二項、三二六条）にのみ給付に代わる損害賠償の責任を負うのだから、別の点において誤っているものが法律のなかに書いてあることになる。ここに、責に帰すべき不履行を即座に損害賠償義務と結びつけることを一般的にはしないで、責に帰すべき不履行の後も原則的に債権者の権利を履行請求権に限定する我々のような法秩序において立法者が陥るジレンマがある。誤ったことを言うまいとすれば、立法者は基本要件の定立を放棄しなければならぬし、法律は不完全なものになる。立法者が完全な法律を欲すれば、誤った表現にならざるをえない基本要件を先に置くことによってのみ完全な法律を獲得することができる。BGB は最初の道をとった。第一章案（二二四条一項一文）における有責な不履行による責任という基本的構成要件は、法律において削除されている。不履行による賠償義務に対する履行義務の優先が見誤られないように、法律は、給付

に代わる損害賠償が要求されうる諸場合を示すことにとどめている。それゆえ、法律においては、履行のさいの有責の場合における積極的債権侵害による責任に関する請求権の基礎は欠けている。フーバーは、「履行と損害賠償」についての責任という基本的構成要件を先に置く後者の道を進むことを提案している。それゆえ、法律において特別に定められた場合においてのみ債務全体の不履行による損害賠償を債権者は要求することができるということを明確にするためにフーバーはそこで述べたことを即座に修正しなければならなくなる。フーバーの提案に従うとしても、責に帰すべき不履行による損害賠償が、法律により特別に定められた場合に依らないで、モデル二七五条一項に基づいてだけで要求されるのはどのような場合かというこの規定の解釈の問題とかかわらねばならなくなる。この問題は、どのような場合に不能と遅滞についての規定を顧慮することなしに債務者の損害賠償義務が成立するのか、また、何が積極的債権侵害であるかを解明しようとするときに我々が今日においてもかわらねばならない問題である。しかし、フーバーのモデルにおいてもこの問題の解決のための指針は何ひとつ与えられてはいない。現在と同様にこの問題の解決は依然として学問と実務の課題であろう。もちろん、フーバーの提案に従って、我々がこの問題に解答した後、履行のさいの有責の場合に損害賠償義務を根拠づけることのできる条文を法律のなかに示しうるであろう。フーバーが考えているように、我々の法文化の本質的要素が国家制定法の権威であり、我々によって見いだされた解答に関し法律のなかに一条文を我々が挙げることがそのためにふさわしいとすれば、我々はこの点においてもフーバーに従わねばならない。もちろんその場合「法律の適用者としての法曹」について語ることも全くだきないだろう。

(5) 解除根拠の限定と損害賠償請求権に対する解除権の関係 (S. 54—S. 70)

フーバーは解除権に関して新しい規制を提案している。その第一点は、解除根拠は有責を要件としないで形成されるべきである。履行されていないという単なる価値中立的事実が解除権を根拠づける。すなわち、指定された猶予期間内に給

付が行われない場合に、そしてたんなる不履行がすでに本質的契約侵害である場合には、この期間指定なしに解除権を根拠づける。第二点は、不履行のゆえに履行利益を金銭で賠償しなければならぬ要件がさらに存在するとすれば、債権者は二つの救済手段を結合し、解除と共に損害賠償を要求することができるということである。フーバーはこの二つの革新の根拠を、範としてのEKGの他に、解除の法律上の制限ともはや一致しない現在の法状態に見いだしている。フーバーによれば、解除と損害賠償との重畳の禁止は賠償権者の側で完全に先履行していないかぎりで差額方法による損害の算定方法を認めること、さらに、先履行された金銭支払いが賠償されるべき損害の最小額であるという見解を通して實際上機能しなくなっている。また、解除権は有責に依存しないことに関して、現在の法状態、とりわけ実務に手がかりを見いだすと共に、文献、特に私によって行われた、解除権が有責を要件としていることに対する批判⁽³⁵⁾を指摘している。

遅滞の概念が最初から帰責性 (Vertreten-Müssen) と結びつけられたことよって、債務者の責に帰すべからざる給付遅延に関するBGBの起草者の目は塞がれてしまった。そのことよってBGBにおける解除権は有責を要件とするようになつたというフーバーの見解に、私の批判は無関係ではない。

BGBの解除根拠の制限は、遅滞概念が引き起こした蒙昧さからは説明されえない。むしろ、この制限は、法典編纂は何のみを提供することができるのかということについての一つの実例にすぎない。BGBの起草者は、ローマ法源を通して条件づけられた損害賠償から解除権を導き出すことをやめ、解除権を独立の法的救済として構成した。責に帰すべからざる給付の遅延の場合にも解除が根拠づけられるべきであるというような実質的変更は、解除権の独立性の帰結であろうし、BGBの起草者によっても全く見落されていたわけではない。フーバーの提案に照応する猶予期間指定後の責に帰すべからざる不履行の場合に解除権を認めるといふ提案が第二委員会においてなされている。⁽³⁶⁾ この提案は、そのような解除権の拡大はドイツにおける現行法からあまりにも掛け離れているという理由で拒絶されている。⁽³⁷⁾ それゆえ、問題は、今日このことについて何か変わったかどうかである。契約相手が帰責事由なしに猶予期間内にも履行しない場合における契約

上の拘束からの一方的解消が、今日の現行法つまり学問と実務によって承認されているかどうかが問題である。私はこの場合の契約上の拘束からの一方的解消に賛成するが、しかし、これは少数意見である。それゆえこの問題を肯定することは疑問である。

次に、この疑問が理由がないとすれば、解除根拠のこの拡大を立法技術上どのように行うべきか。この点において決定的なことは、解除権の歴史が教えているように、BGBのなかに既に獲得されているものの継続だけが、欄外の書き込みだけが問題であるということである。BGB三二五条、三二六条の規定の補完として、三二六条の三項に、「一項に従った猶予期間指定の後、当事者の一方が、その者の責に帰すべからざる事由から一時的に適時な給付を妨げられているときに解除権が根拠づけられる」ということを付加することが、行われるべき革新の価値に合っている。しかし、フーバーは三二三条と三二六条の完全な変更を行うことによって欄外の補完以上のものでないものを針小棒大に言っている。

BGBの起草者にとって重畳の禁止は解除権の独立性の帰結であった。普通法において解除はそもそも損害賠償請求権からのみ導き出されえた。厳密に言えば、解除に準ずる効果は、未履行の給付の受領は利益賠償を求める権利と矛盾することが認められることよつてのみ獲得されえた。このような方法で解除権が導き出される場合には賠償権者は債務者の給付を拒絶することよつて補填されない利益を清算しうることは自明なことであった。しかしこのようなり方では利益の賠償権者による既履行の給付の取り戻し、とりわけ物の給付を負担している賠償権者の側がすでに履行している場合、既履行の給付を取り戻す可能性はない。先行給付した賠償権者(＝売主)は遅延損害と共に支払請求権の清算を求めうるにすぎない。BGBにおける損害賠償請求権からの解除権の分離は、賠償権者が先行給付している場合についての実質的な革新をもたらした。今や、先行給付した売主は解除することよつて売買目的物を取り戻すことができる。もちろんその場合、売主はさらに損害賠償を請求することはできない。BGBの起草者は、契約を遡及的に(ex tunc)除去する、したがつて損害賠償請求権の基礎を除去する一つの法的救済として解除を構成した。この構成と普通法とは調和しえなかつ

た。それゆえ、実務は相変わらず普通法に従っているかのよう判決し、物の給付を義務づけられている賠償権者が先履行していた場合のみを除いて解除権の理論を簡単には認めなかった。学説もやがてこの実務と妥協した。

そもそも解除権が必要であったのは、先行給付の返還請求が許されるべきである場合に関してのみであった。それゆえ、この場合について、賠償権者は損害賠償か先行給付の取り戻しかを択一的にのみ要求するという判断が行われる。フーバー提案のように解除と損害賠償と常に結合することによって何が考えられているのかをこの場合にそくして明らかにしよう。この場合においてそもそも結合が正しくないとすれば法律に一般的に規定される必要はない。その場合、これまでの実務が、とりわけ差額方法に従った損害算定の方法の許容が法律に表現されるような改正のみが問題となる。

「物の給付債務者」として考えられうるのは、売主（交換契約の場合には、両当事者）のみである。売主が先履行し、代金支払いが猶予されている場合、BGB四五四条により売主に解除は認められないから、売主にとって解除は問題にならない。差額方法による損害の算定、それゆえ、損害賠償請求権から解除の効果を導き出すことは、いずれにせよ許されない。それゆえ、買主の先履行の場合の代金の返還と異なり、売買目的物の返還を損害賠償請求権に位置づけることはできない。このことは、むしろBGB四五四条において解除権が拒否されている理由から生じる。先履行のさいに売買代金の支払いを売主が猶予しているとすれば、売主と買主の内的関連、双務的な関係は解消されている。そこには、売主が買主に信用を与えたということだけが残っている。この信用授与の危険に対して、普通、売主は抵当権の設定、所有権留保付きの引渡し、約定解除権 (*lex commissoria*) を通して担保することができる。しかし、売主がこの担保をしていないとすれば、買主に対し金銭給付を要求する他の債権者よりより良い立場に立つことはできないから売主には解除権はない。というのは、その売主は解除権の行使後に処分禁止や仮登記を通して買主の他の債権者に対してよりよい地位、信用の授与のさいに取ることを怠った担保を作り出しうることになるからである。それゆえ、BGB四五四条は代金支払いの猶予

の場合に解除権を排除している。それゆえ、損害賠償請求権を用いて、または不当利得返還請求権 (BGB 三二五条二項、³⁹⁾ 三二三条三項)⁴⁰⁾ を用いて、売主が再び目的物を取り戻すことは問題になりえない。

それゆえ、BGB 成立前後の法状態に関しては、そもそも売主が先履行し、売買代金の支払いを猶予していない場合のみが残っている。この場合も、解除権は排除されるべきではないか、それゆえ、解除権の独立性は全く理論にすぎないのではないかということがBGB 四五四条についての第二委員会の審議のさいに争いになったし、⁴¹⁾ 今日においても疑問の余地がないわけではない。つまり、売買代金の支払いの猶予が行われていない場合でも、先履行には少なからぬ信用授与がある。

先履行している売主に解除権を与えることは、買主の支払い不能 (Insolvenz) を顧慮してのみ認められうるが、しかし、売主に解除権を与えようとする場合には、売主と同様に買主の支払い不能に対して担保をとって置くことを怠った他の債権者に対して売主を優先させることになることを考慮しておかねばならない。売主は解除権を利用することによって処分禁止や仮登記を通して目的物を確保することができるし、事情によっては目的物と共に売買価格を上回る価値を取り戻すことができるし、さらには、使用利益 (Nutzung) を求める請求権をもつことができる。これらすべてについては、「売主の意図は給付と反対給付との経済上の交換に向けられている」し、買主の支払い不能に対して担保をとっておくことを懈怠したことは先履行が行われた事情の下で、売主に解除権を利用するというこの特典を拒否するにはなお十分でないがゆえに、是認されうるかも知れない。しかし、目的物が確保され、使用利益が売主に帰属するにもかかわらず、取引行為が実現された場合に得たであろう利得の賠償を求める権利が売主に与えられるであろうか。解除を通して使用利益を含めた目的物を選択する、とりわけ、既履行の取引行為から損失なしに抜け出す保証を売主が選択するときには、取引が行われた場合に得たであろう利得の賠償を求める権利はない。それゆえ、遅延損害の賠償請求権は、この請求権が適時な履行のさいには被らなかつたであろう損失の調整に向けられているときにのみ売主に与えられる (BGHZ 88, 46)。

売主の先履行の場合に、普通法を越えて損害賠償請求権から独立した解除権を創り出すことが、BGBの形成のさいに正しいと認められている場合、とにかく、解除権の独立性、すなわち解除と損害賠償の結合の禁止は、まさに売主の先履行の場合には適切であるし、今日においても一般に非難されえない。もちろん、その他の点においては解除権の独立性は誤っていた。理性法が考案した解除権の理論は、BGBにおいて誤った方向に誇張され、差額方法による損害算定に対立するものとして印象づけられた。しかし、実務はBGB成立以前の時代からの判例を引き継ぎ、差額方法による損害算定を許されると宣言することによって解除権の法律上の行きすぎを簡単に認めなかった。

法律を現行法（実際に *gellen* している法）に適合させることが問題である場合、法律における解除権の行きすぎを除くこと、それゆえ、BGB三二五条、三二六条に基づく解除権を削除すること、そして損害賠償請求権に関し差額方法に従って損害が計算されうることを明示することが適当である。その場合、解除権の一般規定に関して、BGB三二六条の補完として、責に帰すべからざる給付遅延の観点においてのみなお語りうるであろう。そして、売買における特別規定において、BGB四五四条、四五五条⁽⁴²⁾の規定との関連において、売買代金の猶予なしに先履行した売主に解除権が許されることによって解除権は語られうる。

フーバーの提案していることは、これと全く逆のことである。BGB成立前・後の法の現実とほとんどなんの関係もない理論の継受と完結であり、その起源と性格上、極端な「理性法上の」理論である。フーバー提案によれば、損害賠償の方法は賠償権者が解除をどうかにかに依存することになる。解除をすれば、差額方法に従った損害算定がされることになり、解除しなければ、自己の給付の履行と引き換えにのみ不履行による損害賠償を要求しうる。（モデル三二七 a 条文・二文）。それゆえ、差額方法によって損害算定しようとする債権者は解除を強いられることになる。このフーバー提案においても、現行の制限された差額理論が法律に規定されるにすぎない。差額理論は損害賠償に解除を実際的な効果においてのみ結びつける。より正確に言えば、賠償権者の側はもはや給付をする義務を負わないという解除の効果のみを損

害賠償に結びつける。差額方法による損害算定は、利益賠償を求める権利から正当化される。自己の利益について代償による満足を求める権利を持つ者は自己の利益に反する契約履行を強いられてはならない。この根拠づけから同時に差額理論による損害算定の適用の限界も明らかになる。未履行の契約履行のみが賠償権者の利益に反しうる。それゆえ、契約は双方にとって未履行のものでなければならぬ。また、契約履行に利益を有する者に、履行を要求する権利が妨げられるはならない。この差額方法による損害算定の方法に理由があるとすれば、損害賠償は解除と結合させられないのではなくて、解除権の必要性がそもそもないのである。差額方法による損害算定のなかに今や立法化されるべき隠蔽された解除と損害賠償の結合をみるとすれば、双務契約の場合の利益賠償に基づく権利の内容を理解していない。フーパーの提案が具体化される場合には、正しい損害算定の方法は交換・代償説に従った方法であり、給付と反対給付との差額は解除した後のみ要求することができるという逆転した観念が法律に規定される。

法典編纂とその改正の効用は、現在の「法素材から余計なものを取り除く」、歴史的な無用の長物 (Ballast) を振り落とすことである。この振り落とされるべき無用の長物は、利益賠償を求める権利と並存する解除権である。それゆえ、余計な物が取り除かれるという場合、有責でないがゆえに利益賠償を求める権利が存在しない、または先履行のゆえに利益賠償を求める権利では十分でない場合に、解除権は限定される。

BGB三三三条―三三七条に代えて法律に採用するようフーパーが提案しているものは、疑いもなく完璧なものであり、それ自体全く驚きに値する。しかし、全体として、我々の現行法はほとんど再認されることができない。BGBを通して我々の思考 (Denken) の連続性を保ち続ける法律の改正ではない。それは、この連続性の破壊であり、統一売買法の理論に従った完全な新しい秩序づけである。我々に無縁であり、無縁であり続けるであろうやり方で思考することが法律によって我々に命じられることになる。

(6) 本質的な契約侵害 (§. 71 ~ §. 84)

フーバー提案によれば、BGBに從つて猶予期間の指定なしに契約が終了する、または契約を終了しうるあらゆる場合は、本質的契約侵害 (wesentliche Vertragsverletzung) という観点に還元されている (モデル三二六a条)⁽⁴³⁾。それゆえ、モデルにおいてBGB三二三条は削除され、給付の不能は解除権を根拠づける本質的契約侵害の一つの場合として位置づけられている。

しかし、もともと契約侵害という文言が出てこない法律のなかに採用するように薦められている本質的な契約侵害という概念は曖昧でもあるし、空虚でもある。この文言は「不履行」という基本概念とどのような関係にあるのか、何のためこの「不履行」概念と並んで契約侵害という文言が必要なのか。実際、フーバーのモデルにおいて、契約侵害という概念は不履行の概念と異なり、二重の意味を持っている。一方で、契約義務に違反する債務者の行為に関連して、それゆえ、義務違反の表示として契約侵害が語られる。他方で、契約ないし義務の履行についての債権者の利益が実現されていないという事実、それゆえ、履行されていないという事実も契約侵害と呼ばれている。したがって、契約侵害という言葉は、一方で債権者に、つまり結果に関連しており、他方で債務者に、つまり行為に関連している。債務者が本質的な契約侵害を行っているという場合や、債権者に影響を及ぼさない契約侵害があるという場合には、行為関連的な意味のみで使用されている。他方、契約侵害の概念にとつて、不履行が債務者に帰責されるかどうかは問題ではない。すなわち、偶然的な不能や不可抗力 (höhere Gewalt) による給付の遅延も契約侵害を意味している。これらの場合においては義務違反の行為とか、債務者が契約侵害を行っているとかいうことは問題になりえない。したがって、フーバーのモデルにおいて、契約侵害は「不履行と不完全履行のありとあらゆる場合を包括する上位概念」である。それゆえ、不完全履行の場合を含んだあらゆる場合を包括する不履行という基本概念に、さらに契約侵害という上位概念が形成され、法律に書き込まれる。そしてこの契約侵害という概念は義務違反の行為という別の意味を持っているから、同じ言葉で必要に応じ、あるときは

この意味で、あるときは別の意味で用いられることになる。

BGBの特色は、確かにその規制の完全性ではないが、その概念の明確性である。BGBの規制はこの不履行概念に基づいて構成されているがゆえに、あらゆる不明瞭さは回避されている。不履行そのものは、給付が行われていないことである。義務の不履行について語る場合にのみ、給付が行われていないこと、及び義務違反の行為という二つのことが含まれている。不履行はBGBに従った明確で技術上実地的な基本・上位概念であり、これと並んでより一層の上位概念は必要ない。

契約侵害という概念は「本質的」という付加語を伴ってのみフーバーのモデルに現われてくる。まさにこの付加語が問題である。契約が結果関連的な意味において本質的に侵害されるときは、契約は放棄されうること、そのような契約を救う意味がもはやないということは、あたりまえのことであり、BGBの起草者が法律のなかで回避しようとふだんに努力していた自明なことの範疇に属する。

また、フーバーはEKG一〇条の「幾分混乱した定式」の背後に「契約の実現が相手方にとつてもはやなら利益がなく、加えて契約違反により契約の実現についての相手方の利益が失われることを契約違反者が契約締結のさいに知りえたときには、契約侵害は本質的である」という規範を見だし、この規範を法律に取り入れようとしている(モデル三二六a条二項)。しかし、BGB改正のさいに採用されるのは、BGBに基づいて *setzen* しているもの、それゆえドイツの文献と実務がこの問題について正しいと考えているものを把握している規定のみである。BGB三二六条二項に従えば、遅滞のために、つまり不履行のために契約に誠実な側にとつて契約の履行が何ら利益とならないときに即時解除は認められる。この規定について、不履行の債務者による利益喪失の予見可能性は問題にならないということは、実務と学説によつて完全に承認されている。この実務と通説を不当と考えると、ともかく、BGB改正の任務はBGB三二六条二項の解釈についての少数説を我々に押しつけることではない。それゆえ、我々に *setzen* しているものに従えば、契約

の実現（より正確には、履行）について債権者の利益が失われる結果をもたらす契約侵害（不履行）のみが「本質的なもの」とみなされうる。この表現においては、BGB三二六条二項の解釈についての少数説（Rabel）を支持するかどうか、つまり、契約を通して保証された利益のみを考えうるのであり、契約の解釈に関して一般に gelten している諸原則に従って利益喪失の予見可能性が重要であると主張するかどうかは誰にも自由である。もちろん、この表現においては、本質的契約侵害の概念の採用そのものが意味を失う。本質的な契約侵害は契約履行についての利益の喪失に代わる表示にすぎない。それゆえ、フォーバーの冗漫な各規定は、本質的な契約侵害の概念を利益喪失に代えるときのみ明確になる。本質的な契約侵害の民法典への導入の断念は法律に無縁な、不明確な術語から法律を解放する。

本質的な契約侵害が法律に出てこないとすれば、給付の不能はやはり一つの特別な場合になる。というのは、給付が可能な場合にのみ履行についての利益が欠けていることについて語ることができる。給付が不能であるとすれば、給付についての利益が債権者に欠けているのではなくて、この今ある利益がもはや満足させられないということにすぎない。その場合、責に帰すべき不能を解除権の下で規制することはできるとしても、責に帰すべからざる不能に関してはやはり特別な規制を必要とする。それゆえBGB三二三条は削除されえない。

本質的契約侵害の概念をBGBに導入し、フォーバーが試みているように完全に考え抜く場合には、現在の秩序は破壊される。それゆえ、このBGBの秩序と本質的な契約侵害の概念とは相互に無縁である。しかし、フォーバーが提案しているようにしようとするわずか一つの実質的な理由、すなわち統一売買法のたんなる顧慮でない理由が存在する。民法典の改正において若干の補完を伴うにしろ法律の秩序が本質的に変わらないとすれば、今日積極的債権侵害の範疇に位置づけられており、本質的契約侵害でもって法律に取り入れられるであろうものが、法律に欠けることになるという見解があらう。一方の契約違反の行為のために相手方に契約の継続が期待されえない諸事例⁽⁴⁶⁾が問題である。本質的契約侵害の概念そのものは、このような場合を含みうるし、フォーバーによるEKG一〇条についての注釈もそのような印象を生じさせてい

る。しかし、今やフーバーはこれらの場合についての特別規定を断念することを主張している。「これらの場合は直接 B GB 二四二条を通して解決されるべきである。」このフーバーの主張は、本質的契約侵害が契約履行についての利益の喪失に限定される場合の帰結である。というのは、契約の継続を期待不能にする信頼の喪失 (*Vertrauensverlust*) は、契約の履行についての利益喪失とは明らかに異なるものであるし、給付の不能やその他の不履行の確定の諸場合における猶予期間指定の期待不能とも明らかに異なるものである。このような諸場合に対する規定を欠いていることに B GB の欠陥を認めることはできない。これらの諸場合を法律に入れることは、個別事例の判断にさいして全く役に立たない一般事項を通してのみ可能であろう。これらの諸場合においては周辺の訂正が問題であり、積極的債権侵害の理論やその他の位置づけは全く不要である。これらの諸場合における判断は、事実にそくして (*im factum*) のみ行われうるし、それゆえ裁判官にゆだねられるべきである。契約侵害の「本質性」や期待不能が重要であるということ以上のことを法律が裁判官に言うことができる場合も、事実上裁判官にゆだねられたままである。本質的な契約侵害を法律に採用したとしても、不可避的なカズイステイックは裁判官の問題であり続ける。それゆえ、本質的な契約侵害を法律に取り入れることは統一売買法に対するおじぎ、そのものでしかない。

注

(1) 不履行を給付障害法における基本的構成要件として位置づける点では、フーバーとヤーコプスは共通している。しかし、ピッカー E. Picker, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo*, AP 183 (1983), S. 436 やメディアックス D. Medicus, ACP 186, S. 277 は、この点にひびいて留保している。彼らは不履行概念を給付義務 (給付請求権) に対応させて把握しているがゆえに、保護義務違反 (*Schutz- und Verhaltenspflichten*) をも包括しうる概念としては承認していない。その場合、保護義務違反は B GB における法欠缺の領域として位置づけられることになる。これに対し、ヤーコプスにおける不履行概念は義務 (*Pflichten, Verbindlichkeiten*) の不履行として履行義務にもいわゆる保護義務にも対応しうる (*Gesetzgebung, S. 15, N. 33*)。しかし契約は本旨に従って (*ordnungsgemäß*) 履行されているが、履行のさいの不注意なふるまいによって債権者の物 (*Sachen*) が損われている

- とすれば、契約が侵害されているといふべきではない (Jacobs, *Unmöglichkeit*, S. 60)。
- (2) モデル二七五条一項「債務者が、とくに債務の目的たる給付を定められた期日に、または債務関係の内容にしたがって負っている方法で実現しない、または不作為義務に違反してふるまうことによつて (不履行)、その債務 (Verbindlichkeit) を履行しない場合、債権者は履行と自らに生じた損害の賠償を要求するまうことによつて (不履行)、その債務 (Verbindlichkeit) を履行しない債権者は履行に代えて次のことを要求することができる。」二項「法律によつて特に定められた場合において債権者は履行に代えて次のことを要求することができる。(1) 給付の受領を拒絶し、債務全体の不履行による損害賠償を要求する。(2) 債務が双務契約に基づく場合に、契約を元に戻して (解除 Rücktritt)、債務全体の不履行による損害賠償を要求する。(3) 債務が、複数の連続する給付、反復される給付、継続的給付を内容とする双務契約に基づく場合に、将来へ向けての効果でもつて契約を解消し (告知 Kündigung)、将来に期限のくる給付の不履行による損害賠償を要求する。(4) 債務が双務契約に基づく場合に、債権者の負担する反対給付を縮小する (減額 Minderung)。」三項「不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づいているときは、債権者は履行及び損害賠償を要求しえない。証明責任は債務者にある。解除、告知、減額についての債権者の権利は影響されなう。」
- (3) B G B 第一草案二二四条一項一文「債務者は債務関係にしたがって負担している給付を完全に (Vollständig) 実現する義務を負う。」二文「債務者は故意によるのみならず過失による義務 (Verbindlichkeit) の不履行にも責任を負う。」
- (4) フーバーはこの削除を編集上の過誤とし Ulrich Huber, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitslichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag* (1978), S. 837 (S. 843)「ヤートンスは Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969), S. 17ff. におつて、起草委員会の変更を意味のあるものとし、第一草案二二四条の内容 (Zitelmann の Schlechterfüllung に対応する unvollständige Leistung) を B G B 二七六条の中に読み込むことに反対してゐる。」
- (5) 法典編纂にまつての B G B の起草者の觀念にまつての理解は、Jacobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im Bürgerlichen Recht* (1983), insb. S. 120ff., S. 134ff. における研究を前提としてゐる。
- (6) モデル二七六条 (婦責 Vertragen-Müssen) 一項「契約によつて債務関係が成立している場合に、不履行の起因である事情を考慮し、回避ないし克服するように債務者が契約により義務づけられていないときは、債務者はこの事情に責を負わない。基準となるのは契約の内容と契約締結のさいの両当事者の意図であり、特定の意図が確定されえないときは思慮ある両当事者が同じ状態において通常有するようないかなる意図である。」二項「契約債務者は別段の定めがないかぎり、疑わしきときは故意または過失によつて惹起しまたは阻止しなかつたすべての事情に責を負わねばならない。債務者の営業または独立して営まれてはいる職業上の活動その他の事業の枠内において義務が成立している場合、契約債務者は別段の定めがないかぎり疑わしきときは、契約債務者の職業上の知識と能力の欠如によつて生じているまたは契約債務者の事業領域にその起源を有し、期待可能な措置によつて通常回避

- されうるすべての事情に責を負わなければならない。不履行が労働争議の結果であるかぎり、一文と二文の責任は成立しない。一項によって成立している責任は影響されない。」三項「債務関係が契約に基づかない場合、別段の定めがないかぎり債務者は故意と過失に責任を負わなければならない。」四項「故意による責任は債務者にあらかじめ免責されることはできない。」
- (7) BGB二七八条一文「債務者は、法定代理人及び義務の履行のために使用する者の過失について自己の過失と同一の範囲において責任を負う。」以下、現行ドイツ民法の訳出にあたっては、椿・右近編「ドイツ債権法総論」(一九八八年)を参照する。
- (8) BGB二七九条「債務の目的が種類のみで定まっている場合において、同種の給付が可能であるかぎり、債務者は過失がないときにも、その主観的給付不能について責任を負う。」
- (9) BGB二八二条「給付の不能が債務者の責に帰すべき事由によるか否かにつき争いのあるときは、証明責任は債務者にある。」
- (10) BGB二八五条「債務者の責に帰すべからざる事由により給付が遅延しているかぎり、債務者は遅滞に陥らない。」
- (11) BGB二七六条一項「債務者は、別段の定めがないかぎり、故意及び過失につき責任を負う。取引に必要な注意を怠つた者は過失あるものとする。八二七条及び八二八条の規定は、この場合に適用する。」二項「故意に基づく責任はあらかじめ免除することができない。」
- (12) モデル二七八条一項「債務者は、自己の有責について責任を負う範囲で不履行が起因する第三者の有責についても責を負わねばならない——(1) 第三者が債務者の法定代理人である場合、(2) 債務が、債務者の営業または独立して営まれる職業上の活動、その他の事業の枠内において成立し、かつ第三者が事業に従事している使用人である場合、(3) 債務者がその債務の履行に第三者を使用する場合、二七六条四項は法定代理人を除くはか適用されない。」
- (13) いわゆる完全性の保護義務 (Integritätsschutzpflichten) への BGB二七八条の拡張。Pickert, AJP 183, S. 487ff. 参照。
- (14) モデル二八二 a 条一項「債務関係の内容と債務者の知りうる諸事情を考慮して不履行のありうる結果として債務者が予見し、回避し、自らのふるまいのさいに考慮しなればならなかったような損害の賠償のみを債権者は不履行により要求しうる。債務関係が契約に基づくときは、債務者が契約締結のさいに知っていた、または知るべきであったような諸事情が基準である。」二項「債権者は損害を回避し、減縮するために諸事情にしたがって適切かつ期待可能な予防措置をする義務を負う。損害が、主として債権者が必要な予防措置をしなかったことによって生じているかぎり、債務者は損害を賠償する必要はない。その他の点については二五四条一項が適用される。」
- (15) BGB二五四条一項「損害の発生にさいし被害者の過失が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、特にいかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。」二項「債務者が知らず、かつ知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、または被害者が損害を防止もしくは軽減しな

- かつたことに被害者の過失があるときも前項と同様である。この場合においては二七八条の規定を準用する。」
- (16) RGZ 81, 359 = Urt. v. 15. Februar 1913.
- (17) EKG 七四四条一項「一方の当事者がその義務を履行しない場合において、契約締結時における両当事者の意図 (Absichten) によれば、その不履行がその当事者が考慮に入れ、回避し、または克服する義務を負わない事由によって生じたものであることをその当事者が証明するときは、その当事者是不履行について責任を負わない。当事者の意図が欠けているときは、同じ状況で思慮ある人 (vernünftige Personen) が通常有する意思が基礎に置かれなければならない。」
- (18) Döle-Stoll, Kommentar zum Einheitschen Kaufrecht (1976), zu Art. 74 Rz. 117.
- (19) BGB 二七五一条一項「債務者は、債務関係成立後に生じた債務者の責に帰すべからざる事由により給付が不能となるかぎり、給付義務を免れる。」二項「債務者の後発的主観的不能は、債務関係成立後に生じた不能と同じとする。」
- (20) Jacobs, Unmöglichkeit, S. 75ff., 82ff.
- (21) U. Huber, Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (1978), S. 850, N. 40.
- (22) BGB 二四二条「債務者は取引慣行を顧慮し信義誠実にかなうように給付をする義務を負う。」
- (23) Vgl. Jacobs, Unmöglichkeit, S. 209, insb. N. 135.
- (24) モデル二七五 a 条一項「給付の時期が暦に従って、また暦に従って計算されるように定められていないとすれば、債権者は、適時でない履行を理由とする損害賠償を、履行期の到来後給付を実現することを要求した場合にのみ (催告)、要求しうる。催告以前に発生した損害は賠償されえない。」
- (25) モデル二八〇条一項「債務の目的たる給付が不能である、または債務者が真剣かつ究極的に給付を拒絶する、またはその他の理由から債務者が給付しないことが明らかである場合には、債権者は給付がなお可能であるかぎり、給付の受領を拒絶し、債務全体の不履行による損害賠償を要求しうる。二七五 a 条三項四項は影響を受けない。」
- (26) モデル三二七 a 条「三二六条ないし三二六 a 条に従って契約を解除し、または告知する債権者は、契約の不履行による損害賠償を要求する権限を有する。債権者は解除に代えて、債権者自らの給付の実現と引き換えに債務者の義務全体の不履行による損害賠償も要求することができる。不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくときは、このかぎりではない。」
- (27) BGB 三二六条一項「双務契約において当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は給付の履行のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる。給付を適時に行わないときは、期間経過後において相手方は不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除する権利を有する。この場合においては履行を請求することができない。期間を経過するまでに給付の一部を行わないときは三二五 a 条一項二文の規定を準用する。」二

- 項「遅滞のため契約の履行が相手方の利益とならないときは、期間を定めることを要せずに、相手方は一項に定める権利を有する。」
- (28) *Jury Himmelschein, Erfüllungszwang u. Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, Acp 135, 255ff. insb. 258f.*
- (29) BGB二八〇条一項「給付が債務者の責に帰すべき事由により不能となるかぎり、債務者は債権者に対し不履行によって生じた損害を賠償しなければならない。」二項一文「一部不能の場合において、一部の履行が債権者の利益とならないときは、債権者は可能な部分の給付を拒絶して債務全体の不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」
- (30) BGB二八三条一項「債務者敗訴の判決が確定したときは、債権者は債務者に対し給付の実現のために相当の期間を指定してその期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。給付が適時に行われなにかぎり、債権者はその期間経過後において不履行による損害賠償を請求することができる。この場合においては履行を請求することができない。給付が債務者の責に帰すべからざる事由により不能となるときは、損害賠償義務は生じない。」
- (31) BGB二八六条一項「債務者は債権者に対して遅滞によって生じた損害を賠償しなければならない。」二項「給付が遅滞により債権者の利益とならないときは、債権者は給付を拒絶して不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」
- (32) *Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936), S. 1.*
- (33) *Jacobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969), S. 58ff., S. 61f., N. 105.* ヤーコプスは、積極的債権侵害の理論に対し、*Staub*の時代に流布していた概念法学的な法律の理解の所産として否定的な評価を与えている。
- (34) 一時的な給付障害を永続的不能とすることによって、三三三条によって債務者を給付義務から解放する。
- (35) *Jacobs, Nichterfüllung und Rücktritt, in: Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag (1977), S. 35ff.*
- (36) *Jacobczyk の見解。Jacobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I (1978), S. 479.*
- (37) *Mingden, Bd. 2, S. 642.*
- (38) BGB四五四条「売主が契約を履行し、売買代金の支払いを猶予している場合には、売主は、三二五条二項と三二六条に定められた解除権を有しない。」
- (39) BGB三二五条一項「双務契約により当事者の一方が負担する給付がその責に帰すべき事由により不能となるときは、相手方は不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。一部不能の場合において契約の一部の履行が相手方の利益とならないときは、相手方は二〇八条二項により債務の全部の不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約の全部を解除する権利を有する。相手方は、損害賠償の請求権及び解除権に代えて、三三三条の場合に定める権利も行使することができる。」二項「二八三条の場合において、期間を経過するまでに給付を行わず、または一部を行わないときも同様である。」

- (40) BGB 三三三条一項「双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責にも帰すべからざる事由により不能となるときは、その反対給付を失う。一部不能のときには、反対給付は四七二条及び四七三条により減少する。」二項「相手方が二八一条により債務の目的に代わる代償の引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求するときは、相手方の反対給付義務は存続する。ただし反対給付は代償または代償請求権の価額が債務の目的である給付の価格に満たない限度で、四七二条、四七三条により減少する。」三項「前二項の規定によって負担を負っていない反対給付を行っているときは、給付した物を不当利得に関する規定によって返還請求することができる。」
- (41) Jacobs/Schubert, Das Recht der Schuldverhältnisse II, S. 110.
- (42) BGB 四五五条「動産の売主が売買代金の支払いまで所有権を留保している場合において、疑わしきときは、所有権の移転は売買代金全部の支払いを停止条件として行われており、買主が支払いにつき遅滞にあるときは、売主は契約を解除する権利を有しているものとみなす。」
- (43) モデル三三二六 a 条一項「双務契約において債務者が指定された期日に給付をしない場合において指定された期日における不履行が本質的な契約侵害を意味するときは、債権者は猶予期間の設定を要せず解除する権利を有する。」二項「契約侵害が契約の実現についての債権者の利益を失わせる結果をもたらし、かつ債務者がこの結果を契約締結のさいに予見し、または予見すべきであったときには、契約侵害は本質的である。」
- (44) EKG 一〇条「本法において契約違反は、相手方と同様の状況において思慮ある人が契約違反とその結果を予見したならば契約を締結しなかつたであろうことを、契約締結時に契約違反の当事者が知り、または知るべきであった場合には常に本質的なものとみなされる。」
- (45) RGZ 54, 98 積極的契約侵害についての大審院のリーディングケース。