

# 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の費用を要する場面」を中心に——

大 原 寛 史

- 1 はじめに
- 2 改正法案の理解
- 3 ドイツにおける議論の動向
- 4 議論されるべき課題

### 1 はじめに

2015（平成27）年3月、「民法（債権関係）の改正に関する法律案」<sup>(1)</sup>（以下、「改正法案」という。）が同年の通常国会に上程され、現在審議がなされている。本稿は、改正法案のうち、新設された「履行請求権の限界」に関する規定における「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるとき」の一場面として理解されている「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面」について検討するものである。本稿の検討を通じ、当該規定をめぐる今後意識的に議論されなければならない問題点を明らかにすることが目的である。

---

(1) 法務省ホームページ（[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00175.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html)）を参照。

検討の順序は、次のとおりである。まず、改正議論の経緯をふまえ、改正法案が採用する「履行請求権の限界」に関する新設規定の理解、とりわけ、その規定の一場面とされている「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面」の理解について確認する(2)。次に、当該場面に関して規定を新設したドイツにおける議論状況を確認し、その議論における問題点および対立点を明らかにする(3)。最後に、ドイツにおける議論状況をふまえ、日本の改正法案において今後意識的に議論されなければならない問題点を明らかにする(4)。

## 2 改正法案の理解

まず、改正法案における「履行請求権の限界」に関する規定内容と、その成立経緯を確認しておく。

### (1) 改正法案の規定内容

改正法案412条の2第1項は、次のように規定する。

#### 改正法案412条の2第1項

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。

当該規定について、改正法案の概要は、次のように説明する。当該規定は、債権者が債権に基づいて債務者に対する履行請求権を有することを前提としている。そのうえで、その限界事由として、「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」を挙げるものである。また、契約上の債権のときは、契約という「債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」履行不能が判断されることを示すものである。<sup>(2)</sup>

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

その履行不能の判断についても、改正法案の概要は、次のように説明する。「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」については、「及び」で結ばれている。しかしながら、そこにおいては、「契約その他の債務の発生原因」から契約規範の内容を導くことができたときは、それを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを認める意図ではない。あくまで、契約規範の内容を導く際に当事者の主観的<sup>(3)</sup>事情とともに客観的<sup>(3)</sup>事情も考慮されうること<sup>(3)</sup>を示すための表現であるという。また、立法の経緯および改正前民法634条1項ただし書の削除という方針の背景をふまえると、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念<sup>(4)</sup>に照らして不能」<sup>(4)</sup>の概念のもとで把握されるべきものである。

### (2) 「履行請求権の限界」をめぐる従来の議論

もっとも、この改正法案412条の2第1項は、改正議論の当初から現在の規定の姿となっていたわけではない。

---

(2) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015年）53頁以下を参照。また、「その債務の履行を請求することができない」という文言より、債権者が債権に基づいて債務者に対する履行請求権を有することを含意しているという点については、法制審議会民法（債権関係）部会資料83-2・8頁も参照。

(3) 潮見・前掲注（2）48頁を参照。この解説内容は、ほぼ同様の文言である「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念」を用いている。特定物の引渡しの場合の注意義務を規定する改正法案400条の解説において述べられているものである。

#### 改正法案400条（特定物の引渡しの場合の注意義務）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保管しなければならない。

(4) 潮見・前掲注（2）54頁を参照。また、法制審議会民法（債権関係）部会資料81-3・18頁も参照。

改正法案までに展開された従来の議論状況をみると、履行請求権の限界事由として不能概念にとられることを疑問視する見解も現れていた。その背景には、諸外国の動向の影響があるといえる。この見解は、具体的な理論構成および結論においては多様となっているものの、大きくとらえれば、次のような理解に基づいている。すなわち、債権者の履行請求権は、不能概念の操作によって制約されてきており、決して絶対的なものではない。そうすると、履行請求権の限界を画するにあたって重要となるのは、不能概念ではない。むしろ、不能概念の枠を越えて、契約に基づいて、いかなる場合に履行請求が認められないのかを基本的かつ統一的なルールとして提示することが必要であるという理解である。<sup>(5)</sup>

---

(5) この点を取り上げる先行研究は枚挙に暇がない。代表的なものとして、潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第2版〕——債権関係・契約規範・履行障害』（信山社、2003年）162頁以下（以下、『債権総論Ⅰ』として引用。）を参照。

近時の契約法学の動向については、小粥太郎「最近の契約法学における一つの傾向について」早稲田法学71巻1号195頁以下（1995年）、潮見佳男「契約責任論の現状と課題」同『債務不履行の救済法理』（信山社、2010年）1頁以下〔初出は2006年〕、山本豊「契約責任論の新展開（その1）——総論的展望」法学教室342号84頁以下（2009年）、中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号1頁以下（2010年）を参照。伝統的な債権法理論と対比しつつ、契約責任に関する中心的な効果である履行請求権、損害賠償請求権、解除と関連させ詳細に解説するものとして、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号87頁以下（2006年）を参照。

履行請求権については、伝統的な債権法理論に対して、履行請求権の具体的内容および実体法上の根拠の再検討を試みるものとして、椿寿夫「予約の機能・効力と履行請求権」同編『予約法の総合的研究』（日本評論社、2004年）83頁以下〔初出は1995年—1998年〕、同「履行請求権（上）——（下の二・完）」法時69巻1号100頁以下・2号37頁以下・3号68頁以下・70巻1号73頁以下（1997—98年）。近時の履行請求権の議論の整理として、窪田充見「履行請求権」ジュリスト1318号103頁以下（2006年）、山本豊「契約責任論の新展開（その2）——履行請求権」法学教室344号120

(3) 改正法案までの議論の展開

上述のような見解が登場し、有力視されていたなかで公表された「債権法改正の基本方針」(以下、「基本方針」という。)における「履行請求権の限界」に関する規定は、次のとおりである。<sup>(6)</sup>

**[3.1.1.56]** (履行を請求することができない場合)

履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない。

基本方針における「履行請求権の限界」に関する案は、「履行が不可能な場合」と「その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」には、債権者の債務者に対する履行請求が認められないことを規定する。従来議論との関係からこの案をみると、

---

頁以下(2009年)がある。契約に定位して履行請求権の限界を画するという見解については、吉政知広『『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(1)(2・完)——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として』同『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)201頁以下〔初出は2004年〕、潮見佳男「日本における客観的不能と主観的不能の区別」同・前掲書『債務不履行の救済法理』55頁以下〔初出は2009年〕。契約責任における履行請求権の位置づけについて、森田修「履行請求権か remedy approach か——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト1329号82頁以下(2007年)、森田修＝加藤雅信＝加藤新太郎「鼎談 民法学の新潮流と民事実務 履行請求権と契約責任を語る」加藤雅信＝加藤新太郎『現代民法学と実務(中)』(判例タイムズ社、2008年)105頁以下〔初出は2007年〕などを参照。実際の立法的な提案として提示するものとして、能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として』別冊NBL51号103頁以下(1998年)、同「履行障害」私法61号14頁以下(1999年)などを参照。

(6) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号131頁以下(2009年)を参照。

「履行請求権の限界」事由として、「履行が不可能な場合」を一例として挙げつつ、「履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」を挙げており、上述の見解を意識した規定ぶりになっていることがうかがえる。<sup>(7)</sup>

本稿の検討対象との関係で注目すべきであるのは、次の点である。すなわち、契約において、給付における「債権者の利益」と「債務者の費用負担」の比較衡量により「履行請求権の限界」を画することについては、基本方針における上記規定の文言として現れているわけではないが、その解説においてはすでに姿を見せていたことである。<sup>(8)</sup>

また、民法（債権関係）の改正に関する中間試案（以下、「中間試案」という。）においては、明示的に「契約による債権の履行請求権の限界事由」と題して、次のように提案されている。

---

(7) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（6）131頁以下を参照。もっとも、提案要旨によると、同提案は、今日、「社会通念上の不能」として扱われている問題に関するものであるという。しかしながら、「履行をすることが不可能な場合を一例とし、その他の場合を含め履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合に、債権者が履行を請求することができない」とするものであり、また、「履行することが合理的に期待できないかどうかは、契約外在的な「社会通念」という基準ではなく、明示の合意その他契約の趣旨に即して判断される」とする。そうすると、同提案は、「不能」概念を放棄し、履行請求権を限界づける一局面として再構築する近時の学説に依拠しているように読める（ただし、提案要旨は、「現在の学説と実務に変更をもたらすものではない」という）。

(8) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般（1）』（商事法務、2009年）384頁を参照。当該頁は事情変更の要件に関する案【3.1.1.91】に関する解説にあたるものであるが、履行請求権の排除制度との関係性の説明において、いわゆる「事実上の不能」論としてこのスキーマが示されている。

## 第9 履行請求権等

### 2 契約による債権の履行請求権の限界事由

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下、「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

- ア 履行が物理的に不可能であること。
- イ 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。
- ウ 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

中間試案の概要によると、本提案について、次のような説明がなされている。現行民法においては、履行請求権の限界について正面から定めた規定はないものの、同法415条後段の「履行をすることができなくなったとき」という要件等を手掛かりとして、金銭債権を除いて、一定の場合に履行請求権を行使することができなくなることは異論なく承認されている。そこで、本提案において、履行請求権が一定の事由がある場合には行使することができなくなることを示し、ウにおいてその事由の有無は契約の趣旨に照らして評価・判断されること、その限界事由に該当する例として、アおよびイを示したという。<sup>(9)</sup>

この中間試案および概要の説明からすると、中間試案の規定は、基本方針段階においては解説において言及されていた、債権者の利益と債務者の費用負担との比較衡量について、「物理的不能」や「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」と並列して「履行請求権の限界」事由の一例として提示さ

---

(9) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』別冊 NBL143 号36頁以下（2013年）。

れているということができる。

その後、民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（以下、「要綱仮案」という。）が提示された。要綱仮案においては、履行の不能について、改正法案412条の2第1項とほぼ同内容の規律を設けることが提案されている。<sup>(10)</sup>最終的に、文言の微修正を経て、上記の改正法案412条の2第1項の規定に至っている。

#### （４）改正法案の理解

改正法案までの議論の展開をみると、改正法案412条の2第1項の規定については、次のように理解することができるであろう。

まず、当該規定は、債権者が履行請求権を有すること、履行請求権が認められない場面を不能に一元化すること、その履行不能は、契約その他の債務の発生原因および取引上の社会通念に照らして判断することを規定するものであるといえる。

この改正法案の立場は、「不能」という文言を用いて一元化する<sup>(11)</sup>という点では、「不能」概念を放棄し、契約に基づいて「履行請求権の限界」をめぐる統一的なルールを策定する方向性ではない。もっとも、その「不能」の判断方法に関する言及から明らかなように、「契約」に基づいて判断するという方向性自体は同一である<sup>(12)</sup>といえる。すなわち、「履行請求権の限界」事由として、それらを「不能」概念に包摂するか、それとも別途規定するか、それとも「不能」概念にとらわれるこ

---

(10) なお、要綱仮案に説明を施す、潮見佳男『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の概要』（金融財政事情研究会、2014年）42頁における記述についても、本文で取り上げた改正法案の理解とほぼ同様である。

(11) 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8頁（2016年）を参照。

(12) 改正法案におけるこの方向性について、都筑満雄「債務不履行と履行の不能——その契約化について」法学セミナー739号14頁以下（2016年）を参照。



## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

となく一般的に規定するかという理論上および規定上の問題について、「不能」概念に包摂するという選択をしたということができる。

他方で、その結果として、履行「不能」には多様な場面が含まれることになると考えられる。債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面についても、改正議論の初期から意識がされていたものである<sup>(13)</sup>ということができる。したがって、今後も、その履行「不能」の一場面として理解されていくことになると考えられる<sup>(14)</sup>。

### (5) 改正法案における課題

以上の理解からすると、改正法案において今後問題となると考えられ

---

(13) 改正議論の展開については本文に記述したとおりであるが、改正法案以前から3において紹介するBGB275条2項の態度について支持するものとして、潮見・前掲注(5)『債権総論I』165頁以下を参照。潮見によると、そのような考え方については、現日本民法においても、注文者の瑕疵修補請求権に関する634条1項、他人物の遺贈に関する997条2項において具体化されているという。

(14) 山本・前掲注(11)8頁以下は、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も不能に包摂するという改正法案の方向性について、疑問を呈している。すなわち、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、請負に関する現行民法634条1項ただし書に対応するものである。改正法案では削除されているが、それは、改正法案の概要によると「現行民法634条ただし書の削除の経緯立法の経緯および改正前民法634条1項ただし書の削除という方針の背景をふまえ」、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。しかしながら、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。

ただ、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。

るのは、その履行不能の判断基準<sup>(15)</sup>である。

改正法案の解説によると、先に述べたように、基本的に「契約その他の債務の発生原因」から契約規範の内容を確定し、それに基づいて履行不能であるかどうか判断されることになる。また、そのような判断基準からすると、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も、履行不能の一局面であると評価されることになる。

もちろん、改正法案の概要が示すこういった「不能」の判断基準の採用については、それにより従来必ずしも理論的に明らかであるとはいえなかった点を明確化する役割を期待することができるであろう。また、各事例に対応するかたちで柔軟に判断する余地も残されているといえるであろう。その意味においては、改正法案の方向性については理解できるものである。

もっとも、改正法案におけるこの契約規範の内容確定と、それに基づく履行不能の判断の具体的内容については、以上のようにその重要性が認められるにもかかわらず、事案に対する適用における解釈に委ねられることになる。そのため、こういった要素がどのように考慮されることになるのかについては、明らかではない。そうすると、改正法案が成立し、実際に具体的事案に適用される前に、改正法案における上記の点について、理論的に検討しておくことが必要不可欠であると考えられる。

### 3 ドイツにおける議論の動向

本稿が主たる検討対象として挙げる「債権者の利益」と「債務者の費用」の比較衡量により「履行請求権の限界」を画するという判断構造は、ドイツにおいても、2002年の債務法現代化により、「給付義務の排除」を規定するドイツ民法典（以下、「BGB」とする。）275条の2項において採用されている。

---

(15) このように指摘するものとして、山本・前掲注(11)9頁を参照。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

このBGB275条2項において採用されている比較考量を根幹とした判断基準は、上述の改正の議論の経緯をみるかぎり、日本の改正法案においても意識されていたといえることができる。<sup>(16)</sup> そうすると、規定の仕方としては日本とは異なるものの、先に債務法現代化を果たしたドイツにおけるBGB275条2項による債務者の給付義務からの解放をめぐる議論を参照しておくことは、履行請求権の限界に関する改正法案をめぐって今後議論すべき問題点や解釈における考慮要素の明確化にあたって、少なからず意義を有するものであるといえることができるであろう。

もっとも、ドイツにおける債務法現代化をめぐる議論、とりわけ不能法再編をめぐる議論については、すでに数多くの先行研究が存在している。<sup>(17)</sup> また、本稿において、BGB275条をめぐるドイツの議論について全体的に紹介したうえで、さらに詳細に検討する紙幅の余裕はない。そのため、ドイツにおいて展開されている議論<sup>(18)</sup>については、本稿の検討対象

---

(16) この点については、2. のほか、注(13)も参照。

(17) ドイツにおける不能法再編をめぐる議論については、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察（2・完）——契約上の『給付約束』と『給付結果』、比較法的に見たその法的保障の体系」法学新報96巻6号178頁以下（1990年）、同「ドイツ債務法現代化における一般給付障害法——債務者の給付義務からのアプローチ」岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）55頁以下、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）339頁以下〔初出は2001年〕、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）、吉政・前掲注（5）201頁以下、中村肇「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能——ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に」成城法学72号39頁以下（2004年）、森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）65頁以下、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6号65頁以下（2010年）などの諸文献を参照。

(18) ドイツにおける議論を参照するに際して、本稿において代表的なものとして参照したコンメンタールは、次のとおりである。Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen

との関係で今後特に重要となると考えられる範囲で紹介するにとどめ、その議論における問題点および対立点を明らかにし、今後の議論のために必要な視座を得ることとしたい。

(1) BGB275条2項の規定内容

BGB275条の規定は、次のとおりである。<sup>(19)</sup>

BGB275条（給付義務の排除）

- 1項 給付が債務者又はすべての者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。
- 2項 債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の給付利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待することができる努力を確定するに際しては、給付障害が債務者の責めに帰

---

Gesetzbuch, Band. 1, 3. Auflage, 2012, § 275/Hannes Unberath（以下、Bamberger/Bearbeiterとして引用。）；Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch. 1, Berlin 2014, § 275/Georg Caspers; Walter Erman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band. 1, 14. Auflage, Köln 2014, § 275/Harm Peter Westermann（以下、Erman/Bearbeiterとして引用。）；Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 1, 7. Auflage, München 2015, § 275/Wolfgang Ernst（以下、Münchener/Bearbeiterとして引用。）；Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, München 2016, § 275/Christian Grüneberg; Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band. 2/1, 3. Auflage, Bonn 2016, § 275/Barbara Dauner-Lieb（以下、NK/Bearbeiterとして引用。）；Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), BGB-Kommentar, 11. Auflage, Köln 2016, § 275/Martin Schmidt-Kessel（以下、PWW/Bearbeiterとして引用。）。

(19) BGBの条文の訳出にあたっては、岡編・前掲注(17)、半田・前掲注(17)などの諸文献を参考にした。

民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

すべきであるかどうかとも考慮されなければならない。

- 3 項 債務者が自ら給付を提供しなければならない場合において、その給付を妨げる障害と債権者の給付利益を衡量してその給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。
- 4 項 債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311条 a 及び第326条により定まる。

BGB275 条 2 項は、いわゆる「事実的不能」の事例を想定した規定であると理解されている。たとえば、売買目的物である指輪が湖底に沈んでしまったという教室設例に代表されるように、履行をすることは確かに理論的には可能であるものの、合理的な債権者であれば履行を期待しないほどの過大な出費を必要とする事例である。このような事実的不能の事例を想定し、BGB275 条 2 項は、債務者の給付義務を排除する基準として、給付に要する債務者の費用と債権者の利益との比較衡量を根幹としている。債権者の給付利益に比して債務者の給付に伴う費用の負担が著しく不均衡となる<sup>(20)</sup>ときは、債務者は給付を拒絶することができる。

## (2) BGB275 条 2 項 2 文をめぐる議論

この BGB275 条 2 項をめぐる<sup>(21)</sup>は、債務法現代化後も様々な問題点が指摘され、なお激しい議論が展開されている。

そのうちの 1 つとして、債務者の責めに帰すべきでない給付障害であるとき、債務者が給付義務から解放されるかどうかをめぐる議論を挙げることができる。すなわち、BGB275 条 2 項 2 文より、給付障害に関する債務者の帰責性の有無も、債務者の給付義務からの解放を判断するうえでの考慮要素とされている。もっとも、その債務者の帰責性の有無が

---

(20) この点については、大原・前掲注 (17) 80頁以下、91頁以下を参照。

(21) この点については、大原・前掲注 (17) 95頁以下を参照。

債務者の給付義務からの解放にどの程度まで考慮されることになるのかについて解釈上問題となるため、議論が展開されているといえる。また、他の契約責任に関する規定の理解とも複雑に交錯することから、混迷を極めているものである。<sup>(22)</sup>

債務者の責めに帰すべきでない給付障害における債務者の給付義務からの解放をめぐるドイツの議論は、とりわけ特定物売買の場面を想定したものについてみると、次の2つのアプローチによる対立から生じている。

1つは、カナーリス (Claus-Wilhelm Canaris)<sup>(23)</sup> に代表されるように、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においても、債務者に対して、一般的に給付障害を克服する努力や負担が要求されるという理解である。すなわち、BGB275条2項の文言にもあるように、給付義務からの解放を判断するにあたって、債務者が給付障害を克服するためにどの程度の努力や負担を要するべきかという問題については、債務者が当該給付障害につき責めに帰すべきであるかが考慮され、債務関係の内容に基づいて確定されるべきものである。もっとも、債務者は、原則として、自らの債務を履行しなければならないという結果に係する義務を負っ

---

(22) なお、BGB275条2項2文をめぐるドイツの議論状況の詳細については、近日公表予定となっている別稿においても取りあげている。

(23) この点について参照したカナーリスの論稿は、次のとおりである。  
 Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der “Unmöglichkeit” für das Recht der Leistungsstörungen, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 43ff.; ders., Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499ff.; ders., Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329ff.; ders., Einführung, in: Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. VIIff. (以下, Schuldrechtsmodernisierungとして引用。); ders., Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkt, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 5ff.

ている。債務関係から生じる自らの義務を履行していなかったと客観的に評価されるのであれば、当該給付障害は債務者自らの支配領域において存在する瑕疵に基づくものである。したがって、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においても、結果との関係性において、債務者に対して、一般的に給付障害を克服する努力や負担を要求することを正当化するという理解である。

もう1つは、ピッカー<sup>(24)</sup>（Eduard Picker）やフーバー<sup>(25)</sup>（Ulrich Huber）

---

(24) この点について参照したピッカーの論稿は、次のとおりである。

Eduard Picker, Schuldrechtsreform und Privatautonomie: Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, JZ 2003, S. 1035ff.; ders., Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungser schwerung nach Allgemeinen Schuldrecht und Kaufrecht: zur Kritik der §§ 275 Abs.2 und 439 BGB, in: Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacobs/Dagmar Kaiser/Christoph Weber (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Tübingen 2006, S. 687ff.

ピッカーによる講演の訳出として、エドゥアルト・ピッカー〔中田邦博訳〕「債務法改正，差別禁止（平等化）法と私的自治——ドイツにおける民法の変遷」川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社，2008年）381頁以下〔初出は2006年〕も参照。

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

(25) この点について参照したフーバーの論稿については，Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band. I: Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzuges – Die von Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999, (以下，Leistungsstörungen I として引用。)；ders., Das



などの論者に代表されるように、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においては、債務者は給付義務から解放されなければならないという理解である。すなわち、債務者が給付義務から解放されるかどうかについては、債務関係のリスク構造が重要となる。契約においては、その合意によって、各当事者はリスクを引き受け、それに基づいて債務関係における義務が設定されることになる。そうすると、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においては、債務者は、そのようなリスクを引き受けておらず、そのような状況においてまで履行を果たすことについても引き受けていないことになり、義務づけられることもない。それにもかかわらず、債務者が給付障害について責めに帰すべきでない場合にまで債務者に対して一定の努力や負担を要求することは、まさに私的自治の原則に反することになる。したがって、債務者の責めに帰すべきでない給付障害においては、偶然の解放の原則に近接させるかたちで、BGB275条2項が解釈されなければならないと主張するのである。

この2つのアプローチの結論が大きく異なるのは、債務者の給付義務と契約におけるリスク配分との関係性についての理解の相違による。

### (3) BGB275条3項との関係性

債務者の給付義務の排除の判断において給付障害に関する債務者の帰責性の有無の考慮をめぐる議論は、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る BGB275条3項の理解にも波及している。給付義務の排除の判断において、BGB275条2項は2文において債務者

---

geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 31ff. を参照。債務法現代化後の論稿として, ders., Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Ingeborg Schwenzer und Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 521ff.



## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

の帰責性を考慮する旨を明示しているが、3項は明示していない。そのため、債務者が自ら提供しなければならない給付の場面においても、2項と同様に、債務者の帰責性を考慮すべきであるか否かが問題となるのである。<sup>(26)</sup>

BGB275条3項において債務者の帰責性の考慮に関する内容が明示されなかった理由は、次のような3項の制定経緯にある。<sup>(27)</sup>

債務者が自ら提供しなければならない給付に関しては、政府草案(Regierungsentwurf = RE)段階において、現在のBGB275条3項の原形が挿入されることになった。<sup>(28)</sup>現在の2項のような債権者の利益と債務

---

(26) BGB275条3項をめぐる議論の詳細については、大原寛史『「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性(1)(2・完)——BGB275条3項をめぐる議論の考察を通じた課題の提示」名古屋学院大学論集社会科学篇53巻1号85頁以下、53巻2号139頁以下(2016年)を参照。

(27) BGB275条3項の制定経緯の詳細については、大原・前掲注(26)(1)91頁以下を参照。

(28) 連邦政府草案(RE)275条の規定は、次のとおりである。

### RE275条(給付義務の排除)

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

REの訳出にあたっては、岡孝＝青野博之＝渡辺達徳＝錢偉栄「ドイツ債務法現代化法案(民法改正部分)試訳」法学会雑誌(学習院大学)37巻1号(2001年)129頁以下を参考にした。

者の費用負担との比較衡量という客観的な判断構造のみではなく、たとえば労働契約における労務の提供などの債務者が自ら提供しなければならない性質の給付である場合<sup>(29)</sup>において、債務者の個人的な状況についても要素として考慮することのできる構造も求められたためであった<sup>(30)</sup>。もっとも、政府草案の理由書によると、いずれの判断構造の場合においても、債務者が給付障害について責めに帰すべきでないことから、一般的に債務者が給付障害を克服する努力や負担をする必要がないという反対解釈は認められない。すなわち、債務者が自ら提供しなければならない給付の場合においても、給付障害に関する債務者の帰責性の有無が考慮されることになると示されていた<sup>(31)</sup>。

---

(29) 政府草案の理由書は、典型例として、自らの子が生命の危険のある病にかかったため、コンサートへの出演を拒否した女性歌手の事例、トルコにおいて兵役に召集され、その命令にしたがわなければ死刑を覚悟しなければならないため、自らの労働義務を果たしたくない労働者の事例などを挙げている (BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. 662f. 詳細は、大原・前掲注 (26) (1) 95頁以下、(2) 140頁以下を参照)。

(30) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. 662f. 給付それ自体が債務者という人に向けられているときは、債務者の個人的な状況は、RE275条2項1文の事例とは異なり、行為基礎の喪失の観点のもとでのみならず、RE275条に基づく第一次の給付義務の排除の観点からも考慮されなければならないという。また、Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. XIII. も参照。

なお、債務法現代化後の論稿においてこの点に触れるものとして、NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 58; Erman/H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 30; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn.18), § 275 Rn. 108f. などを参照。

(31) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. 663.

この点については、多くの者が前提としていとされている。その例として、Huber, Leistungsstörungen I, (Fn. 25), § 3 I 6, S. 74, 75 が引用されている。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

ところが、この政府草案の理由書による理解は、厳しい批判にさらされることになる。債務者が自ら提供しなければならない給付の場合において、債務者が給付を拒絶することを正当化するにあたり給付障害に関する債務者の帰責性を考慮するとすれば、たとえば自らの責めに帰すべき事由により病気になってしまった労働者が自らの労働義務から解放されない、さらには労働義務を履行するためにより一層の努力および負担を義務づけられる、そしてそれを強制されるおそれが生じることになるという批判である<sup>(32)</sup>。この批判を嚆矢として激しい議論が展開された結果、ドイツ連邦議会の法務委員会が「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関する規定を独立の項として規定することを推奨<sup>(33)</sup>し、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮については除外され、現在の BGB275 条 3 項となったのである。

もっとも、以上のような経緯を経て BGB275 条 3 項が制定されてからも、この債務者の帰責性を 3 項において考慮すべきかどうかについては、依然として議論が展開されている。3 項制定後の議論においては、考慮を排除すべきでないとする見解と、場面によっては考慮を必要とすべきであるという見解がみられる。

前者は、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の理解を示す。すなわち、3 項の制定経緯における議論の展開をふまえると、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるとき、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるため自らの給付義務から解放されない、さらにはより一層の努力を義務づけられる、強制されることを懸念する<sup>(34)</sup>。

---

(32) BT-Drucks. 14/6857, S. 11 (Nr. 21). = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. 944.

(33) BT-Drucks. 14/7052, S. 183. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, (Fn. 23), S. 1076.

(34) Peter Huber/Florian Faust (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung - Einführung in das neue Recht, München 2002, Rn. 84; Martin Henssler, in:

これに対して、後者は、BGB275条3項の制定経緯をふまえながらも、異なる理解を示す。すなわち、確かに、3項の制定経緯からすれば、その適用場面において、BGB275条2項2文が考慮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ぬ給付について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ったと考えられるからである。しかしながら、BGB275条2項2文の考慮が排除されることにより、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ればならぬ給付に際して、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<sup>(35)</sup>において、BGB275条2項2文も考慮することが必要であるという。

#### (5) 比較衡量の判断基準

この債務者の帰責性をめぐるBGB275条2項と3項における議論は、両項の比較衡量の判断基準をめぐる議論にも影響を及ぼしている。

債務関係の内容および信義誠実の要請の考慮のもとで比較衡量される

---

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. 615, 617; Erman/H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 31.

(35) Sebastian Klausch, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002, Frankfurt 2004, S. 158; Bamberger/Unberath, a.a.O (Fn. 18), § 275 Rn. 59; NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 63; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 118.

もっとも、Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015, S. 332 は、債務者の帰責性を考慮するものの、第一次的給付義務からの解放基準については、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。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

要素として、BGB275 条 2 項においては債権者の給付利益と債務者の費用負担<sup>(36)</sup>、3 項においては債権者の給付利益と債務者の給付を妨げる障害<sup>(37)</sup>が挙げられている。そうすると、両項の比較衡量の基準がどのようになるかが問題となる。この問題については、両項が求める比較衡量における基準は同様に厳格なものであるべきであるという見解と、各項で基準は異なるべきであるという見解に分かれている。

前者によると、政府草案の段階においては、そもそも現在の BGB275 条 3 項の規定内容である RE275 条 2 項 2 文については、現在の 2 項の規定内容である RE275 条 2 項 1 文と「同様とする」という文言が用いられている。また、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。さらに、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、現実に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<sup>(38)</sup>ことが要求されるべきであるという。

他方で、後者によると、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

---

(36) BGB275 条 2 項における比較衡量をめぐる議論については、大原・前掲注 (17) 92 頁以下を参照。

(37) BGB275 条 3 項における比較衡量をめぐる議論については、大原・前掲注 (26) (2) 144 頁以下を参照。

(38) NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 58, 60; Bamberger/Unberath, a.a.O. (Fn.18), § 275 Rn. 58; Erman/H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 31; Münchener/Ernst, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 117; PWW/Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn. 18), § 275 Rn. 30.

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「債務者が給付を債務者自身により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<sup>(39)</sup>という。

#### 4 議論されるべき課題

以上のドイツにおける議論からは、紆余曲折を経て制定されたBGB275条の規定、とりわけ2項の理解について、債務法現代化以後も、3項との関係性の理解をも含めて議論が展開されていることがうかがえる。先に債務法現代化を果たしたドイツにおけるこの議論から、民法(債権関係)改正を目前とする日本は、何を読み取り、今後議論すべきであるといえるであろうか。

##### (1) 比較検討における注意点

まず、本稿の検討対象との関係において、ドイツにおけるBGB275条2項をめぐる議論を検討するにあたっては、次の各点に注意を払う必要があるといえる<sup>(40)</sup>。

---

(39) Huber/Faust, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 83f.

(40) 改正法案とBGB275条の比較における注意点については、すでに大原・前掲注(26)(1)89頁以下において指摘している。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

第一に、BGB275条の改正議論の経緯である。ドイツは、BGB275条1項において「不能」概念を維持しつつも、同条2項および3項にみられるように、他の「給付義務の排除」に関する類型について個別に規定を置くという選択をするに至っている。ドイツは、債務法現代化に向けた議論の初期においては、従来強く批判されていた「不能」概念を放棄し、「給付義務の排除」に関する統一的なルールを採用するという、日本における近時の有力な学説と同様の方向性をみせていた。ところが、統一的なルールに対する批判や「不能」概念の再評価がなされ、最終的に上記のような規定となったという経緯があるのである。

他方で、日本における改正議論をみると、有力な学説においては「不能」にとられることなく、契約に照らして「履行請求権の限界」を判断するという方向性も示されていた。その議論状況もふまえ、基本方針においては、「履行請求権の限界」事由として、「履行が不可能な場合」と「その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」とを挙げていた。その後、改正作業の進展とともに議論が展開するにつれて規定ぶりは変容したものの、そういった方向性は維持されていた。ところが、改正法案においては、「不能」に一元化し、契約規範から「不能」を判断することにより「履行請求権の限界」を画する規定となっている。

第二に、「給付義務の排除」原因となる「不能」と他の類型の規定の配置である。この配置に着目してみると、BGB275条1項において、旧BGB275条において規定されていた客観的不能・主観的不能の事例について維持し、新たに、同条2項において、事実的不能の事例について、同条3項において、債務者が自ら提供しなければならない給付を債務者に期待することができないとされる事例について規定している。

他方で、日本における改正議論をみると、中間試案までは、規定ぶりは異なるものの、「履行請求権の限界」事由を並置していたということが出来る。もっとも、最終的に、改正法案においては、「不能」に一元

化している。

第三に、「給付義務の排除」に関する異なる扱いである。すなわち、一方で、同条1項においては、債権者が給付を請求することができないとしている。他方で、同条2項および3項については、債権者の給付請求に対して、債務者が履行を拒絶することができるとしている。ドイツにおいては、前者については、債権者の給付請求権が「不能」により法上当然に消滅するもの、後者については、債権者の給付請求権は消滅しないが、債権者の給付請求に対する債務者の抗弁により給付請求権が排除されるものであると理解されている。

他方で、日本における改正議論においては、ドイツのような区別をすることなく、「履行を請求することができない」としている。この態度は、「履行請求権の限界」事由について並置、列挙していたときも、同様であった。

第四に、新たに規定されたBGB275条2項と3項の関係性についてである。その判断構造を採用する2項と、個別に規定されたBGB275条3項との関係性をどのように理解するか、「給付義務の排除」を判断するにあたって、BGB275条3項におけるその基準は、BGB275条2項における基準とどのように異なるのかについては、債務法現代化後も激しい議論が展開されている。

他方で、日本の改正法案においては、ドイツとは異なり、「履行請求権の限界」事由を「不能」に一元化している。ドイツにおけるBGB275条2項および3項が想定するような場面については、契約規範から「不能」と評価される一局面として理解されることになると考えられる。

## (2) 課題検討の視点

以上の各点をふまえて日本改正法案をみると、今後検討されなければならない次のような問題が浮かび上がってくると考えられる。すなわち、日本が改正において目指した「履行請求権の限界」に関する



## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

基本的かつ統一的なルールを設定するという方向性それ自体を仮に是とするとしても、改正後もその方向性が維持されつつ議論が展開されるのであれば、そのルールにおいて「履行請求権の限界」事由として一元化して規定されている「不能」をどのように判断するか、である。具体的にいえば、その基本的かつ統一的なルールが個別事案に直面したときに、解釈においてどのような要素が考慮されるのか、である。

この問題の検討においては、改正法案の文言およびその概要が示すように、契約規範の確定作業が特に重要となる。今後、個別具体的な事案に対する実際の解決の集積を待ち、理論構築をしていくことになるであろう。しかしながら、先に述べたように、その前に先に債務法現代化を果たしたドイツの議論状況を検討し、統一的なルールの個別事案に対する解釈・適用のあり方や、日本の改正後の議論における対処すべき問題点の明確化をする必要がある。

そうすると、本稿の検討対象との関係において取り上げたドイツにおける議論からは、次の点を読み取ることが可能であると考えられる。

### (3) 給付障害に対する債務者の帰責性の考慮の有無

第一に、給付障害に対する債務者の帰責性の考慮の有無についてである。本稿において検討したドイツにおける議論は、BGB275条2項、とりわけ2文の解釈をめぐるものである。

この点を検討するにあたっては、上述の注意点からすると、次のことを意識すべきである。すなわち、ドイツにおいては、債務法現代化により、給付義務の排除について、BGB275条1項において「不能」概念は維持しながらも、BGB275条2項と3項において「不能に類似する」他の給付義務からの解放原因が規定されるに至っている。そのBGB275条2項により債務者の給付義務からの解放の有無を決するにあたって、給付障害についての債務者の帰責性の有無をどのように考慮すべきであるのかという議論である。これに対して、日本における改正法案は、履

行請求権の限界事由を「不能」に一元化している。あくまで、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面は「不能」の一局面である。この点において、BGB275条2項のように明文の規定を有するドイツとは異なっている。

もっとも、この債権者の利益と債務者の費用負担の比較衡量は、まさにドイツにおいてBGB275条2項において採用されている基準である。2でみたような日本における改正法案の理解を前提とするのであれば、改正法案の解釈において、本稿において参照したドイツにおける議論を参考とすることは不可能ではないと考えられる。

以上の視点から日本における改正法案をみても、次のことが指摘できると考えられる。すなわち、改正法案は、「不能」の判断にあたって、債務者の帰責事由が考慮されるかどうかについては、明文で規定するドイツとは異なり、明らかではない。他方で、改正法案における他の規定、たとえば債務不履行による損害賠償に関する規定は、その免責事由について、「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」<sup>(41)</sup>としており、債務者の帰責事由を要求していることが明らかである。こ

---

(41) 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。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

のような両改正法案からすると、「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。<sup>(42)</sup> 履行請求権の限界を画する不能の判断にあたって、債務者の帰責事由を考慮することは想定されていないと解釈することが素直であるかもしれない。

もっとも、契約責任における債務者の帰責事由については、近時の議論の動向においては、次のような理解が有力となっている。すなわち、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において、債務者の帰責事由を理解しようとするのである。<sup>(43)</sup> この理解については、改正提案における債務不履行による損害賠

---

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。

(42) 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(5)265頁において指摘されている。その指摘における内容は、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)を参照。

(43) 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、本文において示した帰責事由の理解については、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〕,

償の規定においても意識されていることは明らかである。

このような意味で債務者の帰責事由、すなわち契約責任の有無の根拠が理解されるのであれば、履行請求権の限界を画するにあたって、「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」なされる「不能」の判断——本稿の問題意識からすると、債権者の受ける利益に比して、債務者が債務の履行に過大な費用を要する場面——においても、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るかどうかというレベルで、債務者の給付義務と契約におけるリスク配分との関係性をどのように理解するのが重要な問題となる。

そうすると、日本の改正法案においても、「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」不能を判断するという規定内容である以上、本稿において参照したドイツにおける議論は、債務者の帰責事由の理解もあわせて、それをどのように考慮するかという問題と関係して「履行請求権の限界」が議論されなければならない場面があること、また他の契約責任に関する規定との体系的・理論的整合性の構築という視点から、今後の議論が展開されなければならないことを再確認させるものであり、有益な示唆を与えるものであると考えられる。

もっとも、そのように理解することができるとしても、次の点については、なお注意を払う必要があると考えられる。すなわち、本稿において参照したドイツにおける議論が主に想定していたのは、まさに特定物売買の場面であった。<sup>(44)</sup>本稿で参照することはできなかったものの、契約

---

吉政・前掲注(5) 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(5)『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。

改正法案415条1項における帰責事由の理解については、潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」法曹時報68巻3号1頁以下(2016年)を参照。

(44) 種類債務を想定した議論についても、検討が不可欠であるといえる。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

類型や他の契約責任に関する規定をも視野に入れた多角的な議論も展開されている。<sup>(45)</sup> そうすると、本稿において参照した議論についてどこまで一般化することができるかについては、ドイツにおける他の議論も詳細に検討する必要がある。<sup>(46)</sup>

### (4) 債務者の個人的な事情の考慮の可否と帰責性の考慮の有無

第二に、改正法案における「不能」において、債務者の個人的な事情が考慮されることになるのか、もし考慮されるとすれば、その場面において債務者の帰責性は考慮されるべきであるかどうか、である。

ドイツにおいては、前者について、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」における比較衡量の対象は債務者の給付を妨げる障害とされており、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」<sup>(47)</sup>とは異なる文言が選択されていた。後者に

---

この点について、ドイツにおける種類債務者の調達義務の限界について検討したものとして、中村肇「ドイツ民法における種類債務者の調達リスクの引受による責任——調達義務の限界とリスク引受責任」円谷峻先生古稀祝賀論文集『民事責任の法理』（成文堂、2015年）51頁以下を参照。

(45) 日本における改正法案においても、本文中にみた損害賠償の規定のほか、担保責任の規定との関係も検討されるべきであるといえることができる。この種の問題全般については、潮見佳男「売買・請負の担保責任——契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL1045号7頁以下（2015年）を参照。

本稿の問題意識との関係でいえば、瑕疵担保責任との関係については、とりわけ追完請求権の限界をめぐる議論が重要である。この点については、ドイツにおいても激しい議論が展開されている。詳細については、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——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして（1）（2）（3・完）」神戸法学雑誌60巻1号1頁以下、2号1頁以下（2010年）、3＝4号1頁以下（2011年）、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）などを参照。

(46) 詳細については、注(22)において挙げた論稿における検討をてがかりとして、別稿における検討を予定している。

については、改正経緯において激しい批判があり、最終的にBGB275条3項が規定され、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、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮の有無をめぐる議論が続いている。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。

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」に一元化している。また、その「不能」は、契約の解釈により確定される契約規範に照らして判断されることになる。そうであるとする、債務者の個人的な事情の考慮の可否については、改正法案が「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おらずとも、その「不能」の判断においては、契約規範に照らして考慮される可能性は排除されないと考えることができるであろう。とりわけ、債務者自身が提供しなければならない給付の場面においては、ドイツの議論の端緒がまさにそうであったように、債権者の利益と債務者の費用負担という基準から客観的に履行請求権の限界を判断することが適切であるとはいえない場面も想定されるであろう。こういった観点からは、改正法案の「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

---

(47) 詳細については、大原・前掲注(26)(2)144頁以下を参照。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出来る。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るものであるとみる事が出来る。

## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

て不能」という文言からしても、債務者側の事情の考慮は否定されないと考えられる。むしろ今後の検討は、その具体化に移っていくこととなるであろう。

その際の債務者の帰責性の考慮の有無について、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、4 (3) において述べたように、債務者の帰責事由は、近時の議論の動向からしても、「履行請求権の限界」の判断において考慮が排除されるわけではないと考えられる。そうすると、ドイツにおける議論は、日本の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出来る。

### (5) 判断基準の異同

第三に、上記二点とも関連するが、給付義務の排除において採用されている比較衡量による判断基準に関して、BGB275条2項と3項の基準の異同について議論があることである。

ドイツにおいては、BGB275条2項および3項の制定経緯からすると、両項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、対立していたということが出来る。

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」に関する各場面の個別規定を設けているわけではない。もっとも、改正



法案の概要によると、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面についても、「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いう。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の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。そうすると、「債務者が自ら提供しなければならない給付」の場面についてもその一局面として理解されることになると考えられる。

そのように理解することができるのであれば、まさに、ドイツにおける議論が問題としていた各場面の基準の異同が問題となる。もちろん、日本の改正法案は、「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不能」であるかどうか判断されることになるため、その判断において様々な要素が考慮されることになる。しかしながら、両局面に関して明示的な規定を有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、どのような要素が考慮されるのか、それはどのように判断基準に影響を及ぼすことになるのかについては意識されなければならない問題であることは否定できないであろう。

#### (6) おわりに

以上の本稿の検討から明らかであるように、改正法案が成立したとしてもなお、今後検討されなければならない課題は少なくないことができる。<sup>(48)</sup>本稿は、あくまで「履行請求権の限界」の新設規定をめぐる

---

(48) その課題の1つとして、履行請求権の排除法理と事情変更法理の適用領域の区別も挙げることができる。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12頁以下(2011年)、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13頁以下(2013年)、同「継続的契約と法——事情変更法理の活用領域と



## 民法改正法案における「履行請求権の限界」と「不能」

課題につき、1つの視点から検討をくわえたものにすぎない。したがって、あくまで今後の検討のための一部でしかなく、またそれによる結論でしかない。本稿で提示した課題については、今後の改正における議論動向をふまえつつ、契約責任法の体系的・理論的再構築を目した多角的な検討が必要不可欠であるといえる。

---

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、大原・前掲注（17）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。