

ドイツ民法による給付遅滞における法的救済

ペーター・ヴィンデル
(半田吉信訳)

目次

- I 至る所で債務法の現代化
- II 計画および障害
- III ド民281条による給付に代わる損害賠償およびド民323条による解除
 - 1 概観
 - 2 給付がなされない場合の追加期間
 - 3 追加期間の不要な場合
 - 4 理論的帰結
- IV 債務者遅滞
 - 1 遅滞の要件
 - 2 遅滞の法律効果
 - 3 特に給付に代わる損害賠償と遅延損害との関係

I 至る所で債務法の現代化

本稿は平成29年4月27日(金)にドイツルール大学法学部教授ペーター・ヴィンデル (Peter Windel) 博士⁽¹⁾が駿河台大学で行った講演の記録である。民法のみならず破産法, 民事訴訟法の専門家でもある教授には, 民法の分野に属するテーマでの講演をお願いしていて, 結局ドイツの現行の履行遅滞に関する法の展開をテーマとして選んでいただいた。本稿は本学のために新たに書き下ろしていただいたオリジナルな論文である。

目下のところ民法学の世界でどのようなことが問題になっているのかから説き起こしたい—これまでどこでも日本のように債務法の現代化が進められていたし, 現在でもなお進められている。ルール大学法学部では例えばスイス債務法の実際の改革に関する会合が開かれた⁽²⁾。新しい債務法に関するドイツの経験について話したいと考える。結局ドイツの債務法現代化の10年に関する記念

大会ですらすでに印刷に付されてから何年にもなる⁽³⁾。もちろん、私は同様に、ドイツ、さらにはより広くヨーロッパのすでに刻印された債務法に、依然として懐疑的に対峙していることを警告しなければならない。すでに立法的な努力の間および直接的にその後体系的な不整合が私の目についた⁽⁴⁾。後で私は、日本の改革過程に際会して私の不快な気持ちを大規模な体系分析により詳しく表現しようとした⁽⁵⁾。スイスにおける議論に刺激されて、私は、その他に数多くの相互に補完しあう作業において債務契約の類型学に取り組んだ。債権総論と債権各論の関係に関する一般的な衡量と並んで、私は、その当時なお新しい取り扱い契約 (Behandlungsvertrag) の類型を観念し、売買契約と請負契約という契約類型が債務法の現代化の過程で経験した運命を嘆いた⁽⁶⁾。本日も私は、債務法現代化の一部の側面、すなわち債務者が給付を遅滞した場合の債権者の法的救済に制限しなければならない。この事例において、それ自体として一体をなしている個々の論点が、全体複合の見通しの良さを犠牲にしてどのように漂流しているかが示さる。

我々のテーマを我々は三つの章で解明したいと思う。第一に、債務法現代化の目的および都合の悪い枠条件を想起すべきである (Ⅱ)。次いで我々は、給付に代わる損害賠償 (ド民281条) と解除 (ド民323条) をより詳しく観察し (Ⅲ)、債務者遅滞の分析の基礎の上に最終的に遅滞損害 (ド民286条) と不履行損害 (ド民281条) を相互に限界づけたいと思う (Ⅳ)。

Ⅱ 計画および障害

債務法現代化は、一部は書かれた、一部は書かれていない、構成要件ならびに法的効果を含む、給付障害法の様々な制度の我々の古いモデルを一元的な概念により置き換えようとした。立法技術的には、柔軟な基礎的構成要件の上に、個々の特別の状況のための付加的な要件を定式化し、相当な法的効果と結びつけることが優れているように見える⁽⁷⁾。しかし、まさにこれが失敗なのである。確かに適切に、新構成の理論的費用との関係において一般的な給付障害法の実体的な変更の範囲が比較的小さいことが確定された⁽⁸⁾。しかし、体系的に現代化された債務法が古いモデルと新しいモデルの折衷であることが示される。それに際して外部的には統一概念の印象が喚起されるが、内部的には依然とし

て様々に相互に分離し、一部は相互に排斥しあう構成要件の理念が支配している。直接的にはこれは、給付遅滞の場合に不履行による損害賠償を請求するか（片務的給付義務につき、ド民旧286条2項、双務的給付義務につき、ド民旧326条1項2文）、または契約を解除する（ド民旧326条1項2文）という旧法の可能性が、債務者遅滞に基づいていたがゆえに、給付遅滞（Leistungsverzögerung）（ド民281条1項1文第1事例、323条1項第1事例）と債務者遅滞（Verzug）（ド民286条）との連結の解消において明らかになる。

この明白な矛盾の根拠は、外部的に観察すると、ド民281条、323条が1999年の消費用品売買指令の国内施行⁽⁹⁾に、これに対してド民286条以下が2000年の支払遅滞指令の国内施行⁽¹⁰⁾に基づくことにある⁽¹¹⁾。したがってこの場合、核心において国内法の体系的正当さがヨーロッパの基準のために動揺する多くの事例の一つが問題になっている。消費用品売買指令の過剰な国内施行がこの機能を債務法総論にもたらした。しかしそれは所与のものであり、そうでなくてもいずれにせよ売買契約を中心的な契約類型として把握したであろう。

ヨーロッパは、以下のようにドイツの学説をなお快く感じた。なぜならば、ドイツの学説がその全期間に、少なくとも給付に代わる損害賠償の要件と解除の要件、すなわちド民281条および323条の要件と調和させようとした一方で、2014年6月13日に国内施行された消費者権指令⁽¹²⁾によりもっぱら契約終了の要件が変更されたからである。したがって目下我々は、これらの二つの法的救済もまた連携を解かなければならないか、それとも解釈の方法で少なくともその限りである平行的扱いを維持するかという問題に直面する⁽¹³⁾。

ドイツの学説は、もちろんヨーロッパの学問に無知な人々の犠牲になるだけではない。重要な点で我々は、むしろ再び自ら給付不能の問題において道の途中で立ち止まった。フリードリヒ・モムゼンの不能理論は、激的な議論にもかかわらず、債務法現代化をも生き延びた。不能給付を誰も履行しえない、結果的に不能な給付は遅滞もされえない、そしてそれに向けられた義務は遅滞に陥りえない。略言すれば、ド民275条、283条は、ド民281条に優先し、ド民286条以下を排除する。

ドイツの学説は実務から遠いといえる。債権者は、給付がなされないことに気づく。どうしてこうなるのかは、彼はどの場合にも知りえない。彼にはその視点から、給付遅滞による法的救済のみが残る。したがってそれが通常の事例

もまた形成する。不能と客観的または主観的給付障害（ド民275条1項～3項）は、債務者により証明されるべき例外的事例であり、それは債務者がそれ以外に、彼に責めに帰すべき事由がないことを立証する場合にのみ、第二次的な損害賠償義務から免責される。それゆえに単なる不給付の構成要件は、給付障害法の中心にもまた移動されなければならない。我々の新しい法は、そのことをおそらく許容さえするであろう。しかし、我々の学説は実務の要求を超えてさらに進む。

Ⅲ ド民281条による給付に代わる損害賠償およびド民323条による解除

1 概観

給付がそれ自体としてまだ可能である場合ですら、債権者はしばしば、債務者の義務違反のために契約から完全に撤退することに利益を有する。債務者は全く給付をしないか、部分的にのみ給付する。あるいは給付は性質的に要求に一致しないか、または付随義務の違反のもとになされる。法は、このために二つの方法を明示している。給付請求権が消滅するという効果を有する、給付に代わる損害賠償請求権（ド民281条4項）と解除⁽¹⁴⁾（ド民323条⁽¹⁵⁾）である。

法はこの分野で非常にわかりにくくなっている。一部は色彩のない表記のもとで様々な状況を包括し、また一部は自明的でない相違を包含するからである。ド民281条は、給付がなされていない事例群と義務に適った給付がなされていない事例群の二つを規定する。後者は、ド民282条の定める事例と密接に関連している。それには今日は立ち入ることができない。むしろ最初的事例群に集中する。

ド民323条は本来はド民281条に符合する。しかし、すでにド民323条の最初の法文は、債務法現代化に際して、それが不必要に二重規定を包含したために、立法上誤ったものとなっている。しかのみならず、条文の内部的構造および部分的に規定技術および文言すら相互に矛盾している。しかしこのことは、2014年6月13日までは、両者を少なくとも同じ意味に解釈することを妨げなかった。2014年6月13日の発効とともにもちろん消費者権指令の国内施行において、ド民323条2項3号が意識的にド民281条2項第2選択肢とは異なって把握される。それとともに両規範の同趣旨の解釈が著しく困難になった。まず最初に、現代

化の改革を生き延びたド民281条、323条の共通点に立ち戻るべきである。

2 給付がなされない場合の追加期間

なされていない給付の最も明確な事例は、債務者がそれ自体可能な給付を遅滞することである。法は、その場合債権者に、遅滞の要件が構成要件にあって存在しなければならないことなしに、債権者にド民281条の権利を与える。これは、旧法との最も著しい違いであるが、通例⁽¹⁶⁾ド民281条1項1文における期間指定の要件のために遅くとも損害賠償請求権の発生とともに遅滞もまた発生するがゆえに、実際の結論においてはなお支持しうる。

要件は期間指定（ド民281条1項1文）または警告（Abmahnung）（ド民281条3項）である。しかし、両者はド民281条2項によりなくてもよいものであり、ド民309条4号の限界において、すなわち個々の契約上変更されうる。

ド民323条1項1文および281条1項1文は、追加期間の要件に関して一致する⁽¹⁷⁾。それゆえにそれらは伝統的に同様にもまた解釈される⁽¹⁸⁾。上記の規定の意味における期間指定のために、債権者が即時の、遅滞なきまたは折り返しの給付によりまたは類似した定式により、債務者が履行のために制限された（特定しうる）期間のみが自由になることを明らかにする場合に、それで十分である。特定の期間または（最終）期限の申出では必要ではない⁽¹⁹⁾。したがって、期間の指定および拒絶の威嚇は、旧法におけるように遅滞を基礎づける催告と結びつくだけでなく⁽²⁰⁾、全く平準化されている⁽²¹⁾。

事例：GがSに4月28日に、彼が遅くとも5月15日までに引渡しを要求し、違反したときは給付の受領を拒絶することを文書で知らせた。それは解釈によれば、Gが即時の効力を伴って催告をし、追加期間を指定したことを意味する。Sは（満期になっていることを前提とすると）結果的に催告の到達（例えば4月30日）とともに遅滞に陥り、15日までの期間は真正な猶予期間であり、ド民323条1項の要件は満たされている。

しかし、Gの手紙はSが15日までの期限付きで催告を受けたとも理解されうる。結果的にその法律行為類似的な行為の効力は延期され（ド民163条、158条1項）、Sは15日の経過によって始めて遅滞に陥る。しかし、この場合もまた、給付の期間で充分である、すなわちすでに遅滞が生じた後で、それが始めて開始しうるという意味で、追加期間が要求されないがゆえに、ド民281条1

項、323条1項の要件が満たされる。略言すれば、遅滞は追加期間が経過したときに始めて存在するのでなければならない⁽²²⁾。

期間の指定は必要とはされないのだから、短すぎる期間指定は無効なのではなく、相当な期間を進行させる⁽²³⁾。後者の場合債権者は、債務者が自ら言及し、または了解した期間が相当な期間とみなしうる。期間が客観的に短すぎるかどうかは問題とならない⁽²⁴⁾。

3 追加期間の不要な場合

追加期間の指定ないし警告がなくてもよい場合がある。その限度で給付遅滞の場合は、281条と323条の間に三つの区別が、すなわち契約の解消の通告およびその他の特別の事情のある場合(a)、見極めうる不履行の場合(b)ならびに相対的定期行為の場合(c)が存在する。

a) 追加期間がなくてもよい場合のための基本原則は、一方ではド民281条2項、他方ではド民323条2項1号が包含する。両規定は、消費者権指令の国内施行以来内容的に相互に相違している。ド民281条によれば、真摯かつ最終的な履行拒絶の場合にまたは(その他の)特別の事情、例えばその間に立証された債務者が信頼できないことに基づいて追加期間がなくてもよいことに逢着する。債務法現代化法の法文によれば、特別の事情のある場合、あらかじめの期間指定なしの解除の可能性もまた存在した。今やそれは契約の趣旨に反してなされた給付の事例に制限された(ド民323条2項3号)。これは、その適用領域のために完全な調和を予定し、消費者により不利な国内規定も、またより有利な国内規定も許容しない、消費者権指令の国内施行に基づく。

消費者権指令の国内施行は、消費用品売買指令と同様に、それ以外のものも含めてなされた。すなわちそれは、消費者契約ではない契約も包含する(B2B)。それゆえに今日、ドイツ民法典の法文によれば、給付遅滞の場合解除よりも給付に代わる損害賠償の方が容易に請求されうるという法的状況にある。それは指摘に値するようにみえる。

b) ド民323条4項によれば、債権者は、解除の要件が生じたことが明らかなきは、その請求権の満期の到来の前でも解除できる。ド民281条は、それに一致する規定を包含していない。しかし、消費者権指令の国内施行前は、ド民323条4項の事例をド民281条2項の意味の「特別の事情」として整序するこ

とを考えることができたであろう。もちろんすでにその当時、ド民323条2項および4項と厳密に相互に区別され、かつそれに際してド民旧326条に関する判例に帰着する、連邦最高裁判例がそれに対立した。4項は、弁済期前の期間のみを、2項は弁済期後の期間を規定する⁽²⁵⁾。その中には奇妙な曲線がある。すなわち遅滞の要件は、法律により281条についても、323条についてと同様に放棄されたが、連邦最高裁判例は、その限界づけに際して、遅滞およびそれに付随して弁済期に依拠した旧法を志向する。

消費者権指令の国内施行以来、本当に期間の指定のないド民323条4項の事前の解除もまた、給付が契約に適ってなされないであろうことが予見できる場合にのみ、なお可能たりうるが、これに対してそれが適時になされえないであろうことが予見されうる場合はこの限りではない。これは以下の事例が示すように特別に注目に値する。

債務者が2020年のオリンピック競技のために運動競技場を建設することになった。それが地震に耐ええないことが予見されうる場合は、事前に解除しうるが、これに対してその競技場が予定された竣工期にそもそも完成していないであろうことが予見されうる場合は、この限りではない。

c) 債務法の現代化は相対的定期行為を、ド民323条2項2号の追加期間の要件の例外として受け入れた。旧法によれば、ド民旧326条の本来の給付障害法とは分離してド民旧361条に規定された。ド民281条はいかなるそれに一致した構成要件も包含しない。定期行為の約定の古典的理解によれば、それが必要な場合に実際上単純にド民339条以下の私的自治による違約罰により補完されうるがゆえに、そのためにいかなる必要も存しない。しかしそれからさらに、定期行為の法定の給付障害法への組み入れがほとんど納得させうるものではないことが導かれる。

消費者権指令の体系によれば、ド民323条2項2号で2014年6月13日以来適用されている法文において国内施行された相対的定期行為における軽減された解除の可能性は、純粋な遅滞が特別の状況による即時の解除をもはや正当化しないことに対する何らかの代償となるものではない。したがって法定給付障害法との結びつきは、なお強かった。しかし、文言に従って契約上の定期行為がもはや請求されないとしても、内部的な視点ではド民323条2項2号は新味に乏しい。なぜならば、新規定の最初の事例、「契約締結前の債権者の通知」は、

二番目の「契約締結に導いた事情」と同様、よく見ると、解釈による定期行為に導かないからである。

以前の規定とは異なり、新規定は、遅滞した給付のみを包含するが、早すぎる給付は含まない。それは無意味であるだけでなく、多分指令にも反する⁽²⁶⁾。事例：建物建設のために早期乾燥混合セメントが注文された。供給者は、セメントが建設に使われうる前にそれを持ってきた。ド民新323条2項2号によれば、解除はもはや不可能である。

4 理論的帰結

上記⁽²⁷⁾のド民281条とド民323条との違いの理論的帰結は、非常に争われている。明確さは、上記の状況をばらばらに観察する場合にのみ勝ち得られる。

a) 特別の事情に関するド民281条とド民323条の間の矛盾について、給付に代わる損害賠償の計算が重要な意味を有する。債権者は原則として差額説による計算と交換（代償）的方法による計算とを選択しなければならない。彼が差額説による計算を選択した場合は、これは實際上、解除の効果に近い契約終了の効果である⁽²⁸⁾。ド民281条および323条の法律効果と、（債権者が経済的に二度満足を受けないように）給付請求権が消滅し、債務者によって⁽²⁹⁾もたらされた給付がド民346条～348条により解除法に従って返還される、ド民281条4項および5項における損害賠償の効果規定との近縁性がより明らかになる。

したがって損害賠償は若干の点で解除に近い作用を果たすため、ヨーロッパ法に合った法適用における消費用品売買へのド民323条の制限は、ド民281条2項（およびド民282条）においてもまた考慮されるべきであり、それは分裂した解釈に導く⁽³⁰⁾。逆に極端な反対意見は、ド民281条2項および323条が理論的に完全に分離すること、すなわち全く独立に解釈され、適用されるべきことを支持する⁽³¹⁾。私見によれば、それはもう一方と同様に誤りであろう。むしろ我々は、ドイツでは二元的に行うべきである。すなわち第一にヨーロッパ法の非体系的な基準を文字通り受け入れ、解除に関する規定は解除の場合に制限させておいたらよい。指令の作成者が触れさせないようにした国内のルールを变容して解釈することは愚かなことであろう⁽³²⁾。しかし、同様に法理論的關係を不成功に終わった個々の規定のために否定することも愚かなことであろう。それゆえに、我々は第二に、我々のもとの間に適用されている法を模範とす

ることを思いとどまるように忠告しなければならない。

b) 給付の弁済期がまだ到来していないが、弁済期が到来したときに給付障害が発生するだろうことを予見しうる場合にすでに法的救済が債権者に与えられるべきかという問題に関する限り、これとは区別されなければならない。解除および給付に代わる損害賠償を基本的構成要件として遅滞から区別する場合、両法的救済を債権者に事前にも与えることを支持する立場に合理性がある。それに対して、解除が損害賠償と同様原則として遅滞を前提とするというユニットシステムに固執する場合には、解除のためにのみ例外を認めることになる。

c) 我々の考えでは定期行為の規定は全く発言力を有さない⁽³³⁾。定期行為は、違約罰のように私的自治に委ねられ、結果的に法的給付障害法から切り離される。ドイツで2014年6月13日以来適用されている法律の弱点を私は指摘した。ド民旧361条（定期行為）に戻るのが一番良い。

IV 債務者遅滞

1 遅滞の要件⁽³⁴⁾

a) 遅滞の基本的構成要件は、ド民286条1項1文に規定されている。弁済期が到来し、かつ督促されたにもかかわらず、給付しないことが要件である。給付はまだ可能（追完可能）でなければならない。不能は遅滞を排除する。それは、不能がまさに時間の経過に依存する絶対的定期行為の場合に意味がある。ある者がこの講演のために講義室のこの座席を予約した場合において、その座席が講演の終了後始めて用意されるとすれば、給付は不能であって、遅滞ではない。

請求権の満期は、ド民271条、474条3項によって定まる。債務者の抗弁は、その場合原則としてなにも変えない。しかし、抗弁は、それが不給付を正当化するがゆえに、遅滞を妨げうる。これは、債務者が遅くとも訴訟上これを援用する場合に（ド民214条、436条2項、5項、821条、853条および通説によれば、320条の場合）、また債務者が抗弁を（遅滞の発生の前に）主張する場合は（ド民320条）、その場合にのみかつその場合に始めて、単なる抗弁の存在に基づいて発生する⁽³⁵⁾。

督促⁽³⁶⁾は、通説によれば、必ずしも最終的に遅滞の発生という法律効果に向

けられた意思表示ではないがゆえに、準法律行為である。内容的にはそれは、真摯かつ無条件の履行の請求を必要とする。期限は許容される（皇帝の誕生日までに支払いなさい⁽³⁷⁾）。我々は、すでに督促と猶予期間の指定がしばしば重なり合うと聞いている。

金銭債務にはド民286条3項が適用される。それによれば、債務者は遅くとも債務の弁済期後30日が経過し、計算ないし支払い督促の到達があったときに遅滞に陥る。その規定が排他的なものではなく、逆に遅滞がすでにド民286条1項または2項に従って生じていない場合にのみ関与することが重要である⁽³⁸⁾。さらにド民286条3項1文後段の通知義務が重要である。消費者ではない債務者は、ド民286条3項1文に従って場合によっては反対給付の受領によっても遅滞に陥る。

b) ド民286条4項は、過失なき遅滞は存しないという原理を包含する。286条1項～3項で積極的構成要件要素を、286条3項2文で消極的構成要件要素を定式化するという規定の仕方は、規範説（Normentheorie）⁽³⁹⁾に合わせた挙証責任原則を物語る。訴訟上各当事者は、その者が援用する規範の構成要件要素を挙証しなければならない。結果的にド民286条1項～3項は、弁済期が到来し、督促したが給付しないことの挙証責任を債権者に、またド民286条4項は、過失の欠缺の挙証責任を債務者に課した。これは事物に適っており、かつド民280条1項2文の異なった定式化にもかかわらず、義務違反の帰責事由の挙証負担ルールに適っている。

ド民280条1項2文および286条4項によれば外見上同じことが二重に検討されるべきことにより誤解しないようにしてもらいたい。したがって繰り返しは、損害賠償以外の遅滞の効果もまた存在することから来ている。このためにはド民286条4項が必要である。もちろん二重の客観的検討ではなく、帰責事由の時間的関係点が問題になる。ド民286条の場合は、それは（第一回目の）義務違反（弁済期における不給付）ではなく、督促に従っていないしド民286条2項に従って標準となる時点である。

2 遅滞の法律効果

a) ド民287条は、二重の点で債務者の責任の厳格化に導く。しかし規定は、一般的な責任原則に依拠しており、それゆえに見通すことは困難である。ド民

287条1文は、(契約上および法律上の)責任の特例に結びつく。債務者が従来例えば重過失および故意についてのみ責任を負ったとしても、これは今では異なっている。しかし、これは毀損または遅滞についてのみ適用される。なぜならば、第2文は、給付が完全に不能な事例について事故による責任すら規定するからである。

第1文の事例：しまつてあつた人工の産物が遅滞の発生後塵を払つた際に引っかけ傷がついた。第2文の事例：人工の産物が債務の本旨に適つて確保された部屋から盗まれた。遅滞と喪失との間に因果関係がなければ、責任は生じない。したがつてその事例では、債権者の居室もまた財産が残らず盗難に遭つたとすれば、債務者は免責されうる。

損害が遅滞と相当因果関係にある場合は、ド民287条はそもそも関与しないことは重要である。その場合ド民288条と結びついたド民280条1項、2項による遅延損害が問題になる。なぜならば、責任を満たす因果関係は帰責事由により包括されるに及ばないからである。事例：債務者がホームシックに雇つた猫を返還しなければならぬ。彼がそれを適時になさないために、その猫は病気になる、または死んだ場合、債務者は、ド民287条とは無関係に責任を負う。

b) 変容された支払い遅滞指令の国内施行により⁽⁴⁰⁾、ド民288条5項に、権利追及のための自らの費用を填補する、40ユーロの額の一括金の請求権が導入された。しかし、伝統的なドイツの損害賠償法では、内部的な権利追及費用は原則として賠償されえない。したがつてこれもまた、ドイツ法の体系には本来ない革新である。一括金は、ド民288条4項3文によれば立証されたより高額の費用に算入されうる。ドイツで一般的である(その他の)権利追及費用の外部的なもの、例えば、弁護士または代理取り立て業者への選任により生じた費用への制限がヨーロッパ法に適しているか、それとも将来的に内部的権利追及費用、すなわち債権者自身の費用が、我々の従来の見解に反して一般的にド民288条4項による遅延損害として賠償されるべきかは、すでにヨーロッパ裁判所の判決が勧告した⁽⁴¹⁾。

c) ド民280条2項に従つて、給付遅滞により生じた損害が賠償されうる。この請求権は給付と並んだ損害賠償に向けられる。遅延損害の精密化においてド民288条~290条は、遅延利息を規定する。遅延利息は、ド民288条4項から生じるように一括した最小限度の損害以外のものではない。通説によれば、遅

延損害が発生しなかったという証明は許されない⁽⁴²⁾。ド民288条は、期限に遅れがちな者を促して即時の履行をさせるという目的を有する。それは、私には疑いがなくもないように見える刑事罰としての損害賠償の意味における解釈である。

しかし、遅延利息よりも問題があるのは、ド民288条4項によりさらなる損害と表記された、給付遅滞から相当因果関係の範囲内として生じた損害賠償である。事例：債務者が自動車の給付を10日間遅滞した。債権者は代車を一日150ユーロで借りなければならなかった。1,500ユーロの額の費用は誰が負担すべきなのか。

3 特に給付に代わる損害賠償と遅延損害との関係

この点においては、債務者が結局なお給付する場合にのみ一致が存在する。その場合債権者は自動車および付加的にその間に発生したレンタル料を取得する。しかし、給付はしばしば結局全くなされないままである。その場合給付と並んで（ド民280条2項、288条4項）および給付の代わりに（ド民281条）生じた損害の賠償のための請求権の基礎が競合関係において生じる。特別に議論されているのは、買主が遅滞のために填補購入をなした事例である。

これにつき従来実務上各々結合的に観念されうる見解が主張された。ある見解では、（増加）費用はもっぱら給付に代わる損害賠償に分類され、また他の見解では、（給付と並ぶ）遅延損害として分類される。後者の場合、賠償は特別の前提の下でのみ請求されうる（なお履行が請求されうる限りにおいて、ないし被害者が填補購入の実行をするきっかけになると感じうる場合のみというのではない）。結局被害者が履行請求権の消滅まで（かつそれゆえに遅滞の終了まで）二つの請求の基礎の選択権を有すると主張される。

ドイツ連邦最高裁の事例⁽⁴³⁾では、債権者、運送取扱業者および運送業者が、継続的供給契約の枠内で引渡されるべきであった、ディーゼル燃料の供給がなされなかった後で、填補購入をなし、その後まず最初に履行と損害賠償を相並んで請求した。彼が次いで債務者に対して当初遅滞した給付の履行を請求した後で、彼はなお填補購入のための増加費用を請求した。連邦最高裁は、さもなければ二重の賠償がなされるがゆえに、填補購入の増加費用は給付と並んだ遅延損害としては請求されえないと判示した⁽⁴⁴⁾。請求権の基礎を客観的に時間的

な標識に従って相互に区別しようとする判例評釈は、同じ結論に達する⁽⁴⁵⁾。

連邦最高裁の理由づけは、一回的かつそのうえ不可分の給付のみが給付されるべき場合は、賞賛すべきものに思えるかもしれない。しかし、連邦最高裁の上記の事例におけるように、全体の契約がさらに履行されうる一方では、個々の引渡しのみがなされていないときは、依然として填補購入費用を選択的にド民281条に基づいてまたはド民280条2項、288条4項に基づいて主張しようという連邦最高裁により否定された可能性を有力説は支持する⁽⁴⁶⁾。すなわち直ちに、債権者がそのトラックを燃料を使うことなしにその屋敷に止めたままにしておき、利用の喪失を損害として主張すべきであったかどうかが問題となる。彼がその間に他の供給者からディーゼル燃料を買い置きしたことは、損害の減額の意味で合理的でないのであろうか。すでに若干の者が問題の記述に際して事前の填補購入について語る場合、それらの者はほとんど言葉の罫に陥っているようにみえる⁽⁴⁷⁾。

我々の判断を理論的にも吟味しうるために、我々がド民281条およびド民280条2項、288条4項の形成において實際上区別された二つの請求権の基礎に直面しているかどうかを明らかにしなければならない。なぜならば、各々の損害の帰責は、一方では行為と違反（ここでは義務違反）の間の、他方では違反と損害の間の区別により事前に刻印された、明確な構成を必要とするからである。それによって責任を理由づけかつ責任を満足させる因果関係のカテゴリーが生じる。

填補購入においては、責任を満たす因果関係の枠内の差別化が問題になる⁽⁴⁸⁾。両請求権の責任原因は、債務者が、給付しないことによりド民280条1項1文の意味の義務に違反するがゆえに、一致する。この義務違反は、不給付の場合まず弁済期に発生する。ド民286条4項は、遅滞のために、債務者が、遅滞の発生時においてもなおその不給付の責めを負わなければならないことを要求するが、それから遅延損害の賠償の構成要件的特徴には導かれえない⁽⁴⁹⁾。なぜならば、同じ問題が、ド民281条1項1文の枠内の給付に代わる損害賠償請求権についてもまた立てられるからである⁽⁵⁰⁾。この場合債務者は、追加期間の経過の時期においてもなお遅滞の責めを負わなければならない⁽⁵¹⁾。

債務法現代化は、この統一的な責任原因を確かに外部的には引き裂いたが、責任を理由づける因果関係の平面では、連邦最高裁により喧伝された、構成要

件の厳格な区別にも、また逆に差別化された下位構成要件の形成⁽⁵²⁾にも成功していない。しかし、そのために実際上全くいかなる必要性も存在しない。責任を満足させる因果関係の枠内で、(更なる) 帰責が個々の状況の柔軟な解決を許容するからである。かくして理論は全く実務に近いものたりうる。

〈注〉

- (1) ヴィンデル教授の略歴、主要業績については、千葉大学法学論集26巻4号(2012年)45-48頁参照。
- (2) Harke/Riesenhuber (Hrsg.), OR 2020-Die schweizerische Schuldrechtsreform aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2016.
- (3) Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014.
- (4) Windel, JURA 2003, S. 793ff.; ders., ZGS 2003, S. 466ff.; ders., JR 2004, S. 265ff.
- (5) Windel, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203ff.
- (6) 残念ながらこれまで三つの部分のうち二つのみがドイツ語で公刊されているにすぎない: Windel, FS Eberhard Schilken, München 2015, S. 153ff.; ders., FS Hakan Pekanitez, Izmir 2015, Bd. III, S. 3175ff.
- (7) このおよび以下の記述につき, Windel, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 228ff.
- (8) St. Lorenz, Karlsruher Forum 2005, S. 11.
- (9) RiLi 1999/44/EG vom 25. 5. 1999, ABl. 1999 L 171/12.
- (10) RiLi 2000/35/EG vom 29. 6. 2000, ABl. 2000 L 200/35.
- (11) 修正された支払遅滞指令の国内施行による遅滞のさらなる変容につき, 以下のIV. 2. 参照。
- (12) RiLi 2011/83/EU vom 25. 11. 2011, ABl. 2011 L 304/64.
- (13) それにつき以下のIII. 4. a. 参照。
- (14) この固有の法的制度の体系同調性について断固として: Windel, ZJapanR Sonderheft 7 (2013), S. 203, 220ff.
- (15) 解除権は, ド民323条, 324条, 326条5項に従えば, 双務契約においてのみ認められる。この古い法に由来する制限は, 解除の目的が大抵は, 債務者の給付障害の場合に債権者に帰する反対給付義務を免れる, ないしすでに実現された給付の返還を請求するという債権者の利益にあることから説明される。最終的にはこの制限は納得させるものではない。なぜならば古い法律によれば, 解除権はいわゆる積極的契約(債権)侵害という書かれていない法制度のありうる効果の一つだからである。牽連関係にない債務関係の場合も解除権を付与する実際上の必要性が存在する。事例: 私に新しい洗濯機の贈与が書面によって約束された。しかし贈与者は, 私の祖母が私にクリスマスに洗濯機を贈与することを耳にする一方で, 自らの贈与を履

行しない。あるいは私に贈与を約束した者が自ら一度も洗濯機を買うことができなかった年老いた乞食と公然と私をののしる。両事例で私に解除権が認められるように思われる。最初の事例では私が二台の洗濯機を持つのを妨げるために、そして第二の事例では私の体面を保つために。[日本でも同様に解されている（半田・契約法講義〔第2版〕（2005年）130頁など参照）。]

- (16) すなわち明らかに見通しの効く不給付のための下民324条2項により規定されたあらかじめの解除という例外を伴って。
- (17) これは、消費者権指令が期間の設定ではなく、徒過のみを要求するがゆえに、ヨーロッパ法上は問題である。それにつき以下の注20参照。
- (18) Münch. Komm.-BGB/Ernst, 7. Aufl., para. 138 BGB.
- (19) BGH, Urt. v. 18. 3. 2015-VIII ZR 176/14, NJW 2015, S. 2564ff. より新しくは, BGH, Urt. v. 13. 7. 2016-VIII ZR 49/15, NJW 2016, S. 3654ff.
- (20) 例えば, BGH, LM Nr. 20 (Ca) zu para. 138 BGB.
- (21) 批判的なもの: Höpfner, NJW 2016, S. 3633, 3637. ドイツ連邦最高裁判例につき, ドイツ民法の指令同調性がいつも改善されているといわれる (Höpfner, aa.O., S. 3636f.; Sambat, EWiR 2016, S. 529, 530).
- (22) Münch. Komm.-BGB/Ernst, para. 323 Rn. 46.
- (23) BGH, NJW 2016, S. 3654ff. Rn. 31.
- (24) BGH, NJW 2016, S. 3654ff. Rn. 36.
- (25) BGH, NJW 2012, S. 3714ff. Vgl. auch Gsell, EWiR 2013, S. 99f. (批判的であるが, もっと多くの区分をする).
- (26) より新しくは, Riehm, NJW 2014, S. 2065, 2066.
- (27) III. 3.
- (28) 異なった見解: Weiss, NJW, 2015, S. 3393, 3395ff.
- (29) 債権者が全部または一部を給付していたときは, 彼は下民325条により損害賠償と解除を組み合わせうる。
- (30) それを支持する者として例えば, Riehm, NJW 2014, S. 2065, 2068.
- (31) それを支持する者: Weiss, NJW 2015, S. 3393ff.
- (32) Weiss, NJW 2015, S. 3393, 3397は, その限りで正当である。
- (33) 異なった見解として, Weiss, NJW 2015, S. 3393, 3394 (しかし彼は明確な結論を述べていない)。
- (34) 286条5項, 271 a 条によって286条1項~3項は, 個々の契約で非常に制限的にのみ変更しうる。普通契約約款による修正は, 306 a 条により308条1 a 号, b 号に服し, または307条により内容の規制に服すべきである。これらにつき Verse, ZIP 2014, S. 1809, 1814f.
- (35) 遅滞の終了について同じことがあてはまる。
- (36) 下民286条1項2文, 3項における同じ記述は不要である。
- (37) 2017年12月23日土曜日。
- (38) それにつきBGH WM 2007, S. 386f.

- (39) それにつき Windel, Taiwan Law Review No. 248 (2016), pp. 184.
- (40) RiLi 2011/7/EU vom 16. 2. 2011, ABl. L 48, S. 1.
- (41) Verse, ZIP 2014, S. 1809, 1816f.
- (42) RGZ 92, 283; BGHZ 74, 231; 94, 330, 332ff.
- (43) NJW 2013, S. 2959ff. (Rn22は包括的な論証を含む。Hilbis-Luganiの注をも参照); Jaensch, EWiR 2013, S. 639f.
- (44) BGH aaO. Rn. 27.
- (45) Korch/Hagemeyer, JURA 2014, S. 1302ff.
- (46) 2016年春のNTPUにおける共同セミナーでの講演者の説明参照。
- (47) Benicke/HellwigおよびHellgardtの論文のタイトルなど参照。
- (48) 断定的なものとして, Benicke/Hellwig, ZIP 2015, S. 1106ff.; Hellgardt, JuS 2016, S. 1057, 1060.
- (49) 通説も同様である。例えば, Looschelders, Schuldrecht Allg. Teil, Rn. 558 (論証を含む)。
- (50) この問題につき詳しくは, Lorenz, Karlsruher Forum 2005, S. 29ff. 彼はそれでも請求権の基礎が固有のものであることに固執する。
- (51) Windel, ZJapanR Sonderheft 7 (2013), S. 203, 228ff.はまだ決定的でない。
- (52) その限りで, Korch/Hagemeyer, JUra 2014, S. 1302ff. は正当である。

ドイツ民法典 (2001年12月31日までの法文)

275条(1) 給付が債務関係発生後に生じたその責めに帰すべからざる事情により不能になる限り, 債務者は給付義務から免れる。(2) 後発的に生じた債務者の給付の主観的不能は, 債務関係発生後に生じた不能と同じ効果を生じる。

284条(1) 債務者が, 弁済期到来後になされた債権者の督促に応じて給付をしなかったときは, 彼は督促により遅滞に陥る。給付を求める訴えの提起ならびに督促手続きにおける督促命令の送達は, 督促と同じ効力を生じる。(2) 給付のために暦に従った期日が定められているときは, 債務者は, その特定の期日に給付しなければ, 督促なしに遅滞に陥る。告知が給付に先行すべき場合において, 給付の期日が, 暦に従って告知のときから算定されるべきように定められているときも, 同じ効果が生じる。(3) 第1項および第2項とは異なり, 金銭請求権の債務者は, 弁済期および計算書または同価値の支払請求の到達後30日で遅滞に陥る。反復される金銭給付を対象とする債務関係の場合は, 第2項は影響を受けない。

285条 債務者は, 給付がその責めに帰すべからざる事情によりなされない

限り、遅滞には陥らない。

286条(1) 債務者は、債権者に遅滞により生じた損害の賠償義務を負う。(2) 給付が遅滞により債権者にとってならん利益を有しないときは、債権者は、給付を拒絶して不履行による損害賠償を請求しうる。契約に適った解除権に適用されるド民346条から356条までの規定が準用される。

287条 債務者は、遅滞の間すべての過失について責めを負う。彼は、遅滞中に不可抗力により生じた給付不能についても、損害が適時の給付がなされても生じたであろう場合を除き、責任を負う。

288条(1) 金銭債務は、遅滞の間、1998年6月9日の公定歩合移行法(BGBI. I S. 1242) 1条に従って基礎利率条項を超える年5%につき利息を生じる。債権者が他の法的原因に基づいてそれより多い利息を請求しうるときは、それが支払われるべきである。(2) さらなる損害の主張は、排除されない。

326条(1) 双務契約においては、一当事者がそのなすべき給付について遅滞に陥ったときは、相手方が給付の実行について彼に、期間の徒過後給付の受領を拒絶するという表示とともに相当の期間を定めうる。その期間徒過後、給付が適時になされない場合、彼は、不履行による損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。履行請求権は排除される。給付の一部が期間の徒過までに実行されたときは、ド民325条1項2文が準用される。(2) 契約の履行が遅滞により相手方にとってならん利益を有さないときは、期間の指定が必要となることなしに、第1項に指示された権利が彼に帰属する。

ドイツ民法典(2002年1月1日からの法文)

275条(給付義務の排除)(1) 給付請求権は、これが債務者または誰もにとって不可能なときは、排除される。(2) 債務者は、これが債務関係の内容および信義則を顧慮して債権者の給付利益と著しい不均衡な出費を要する限り、給付を拒絶しうる。債務者に期待されるべき努力の決定においては、債務者が給付障害に責めを負うべきかどうかもまた斟酌されるべきである。(3) 債務者は、さらに、給付を個人的になすべきであり、かつそれが債権者の給付利益とともに、その給付に対立する障害の考慮のもとに彼に期待されえない場合も給付を拒絶しうる。(4) 債権者の権利は、ド民280条、283条から285条、311a条および326条に従って定められる。

280条(1) 債務者が債務関係に基づく義務に違反した場合は、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求しうる。債務者に義務違反について責めに帰すべき事由がないときは、これはあてはまらない。(2) 給付遅滞による損害賠償を債権者は、ド民286条の付加的な前提のもとでのみ請求しうる。(3) 給付に代わる損害賠償を、債権者は、ド民281条、282条または283条の付加的前提の下でのみ請求しうる。

281条 (不給付または債務の本旨に適わない給付による給付に代わる損害賠償) (1) 債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、または債務の本旨に従って履行しない限り、債権者は、債務者に給付または追完給付のために相当な期間を指定したにもかかわらず、不奏功であった場合には、ド民280条1項の前提のもとで給付に代わる損害の賠償を請求しうる。債務者が一部を給付したときは、債権者は、一部給付になんら利益を有しない場合にのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が債務の本旨に適った給付をしなかったときは、債権者は、義務違反が重要でない場合は、全部の給付に代わる損害賠償を請求しえない。(2) 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、または両当事者の利益を衡量して損害賠償請求権の即時の主張を正当化する特別の事情があるときは、期間の指定は不要である。(3) 義務違反の種類に従って期間の指定が問題にならないときは、その代わりに警告がなされる。(4) 債権者が給付に代わる損害賠償を請求する限り、給付請求権は排除される。(5) 債権者が全部の給付に代わる損害賠償を請求する限り、債務者は、ド民346条から348条に従って給付されたものの返還を請求する権利を有する。

286条 (債務者の遅滞) (1) 債務者が、弁済期到来後になされた債権者の督促に応じて給付をしなかったときは、彼は督促により遅滞に陥る。給付を求める訴えの提起ならびに督促手続きにおける督促命令の送達は、督促と同じ効力を有する。(2) 1. 給付のために暦に従った期日が指定され、2. ある出来事が給付に先行し、かつ給付のために相当期間が暦に従ってその出来事のと時から計算されるというように定められ、3. 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、4. 特別の理由に基づいて双方の利益の考量のもとに遅滞の即時の発生が正当化されるときは、督促は不要である。(3) 対価請求権の債務者は、遅くとも、弁済期および計算書またはそれと同じ価値を有する支払いリストの到達後30日以内に給付しなければ、遅滞に陥る。これは、消費者である債務者に対し

ては、計算書または支払リストの中にこの効果が特別に指示された場合にのみ適用される。計算書または支払リストの到達の時期が不確かであるときは、消費者でない債務者は、弁済期および反対給付の受領後遅くとも30日で遅滞に陥る。(4) 債務者は、給付がその責めに帰すべきでない事情によりなされない限り、遅滞に陥らない。(5) 遅滞の発生に関する、第1項から第3項までとは異なった合意については、ド民271a条1項から5項が準用される。

287条（遅滞の間の責任）債務者は、遅滞の間すべての過失について責めを負う。彼は、給付のために、損害が適時の給付に際しても生じたであろう場合を除き、不可抗力に対してもまた責めを負う。

288条（遅延利息およびその他の遅延損害）(1) 金銭債務は、遅滞の間利息を生ずべきである。遅延利息条項は、1年に基本利息条項を超える5%である。(2) 消費者が関与していない法律行為の場合、報酬請求のための利息条項は、基本利息条項を超える9%である。(3) 債権者は、他の法的原因に基づいてそれより高い利息を請求しうる。(4) さらに損害の主張は妨げられない。(5) 対価請求の債権者は、債務者遅滞において、債務者が消費者ではない場合は、その他に40ユーロの額の一括支払い請求権を有する。対価請求において割賦払いまたはその他の分割払いが問題になる場合も同様である。第1文の一括金は、損害が権利追及費用において基礎づけられる限り、支払われるべき損害賠償に算入されるべきである。(6) 遅延利息に対する対価請求の債権者の請求権を排除するあらかじめなされた合意は無効である。この請求権を制限し、第5項の一括金または権利追及費用において基礎づけられる損害の賠償に対する対価請求の債権者の請求権を排除し、または制限する合意も、それが債権者の利益に鑑みて著しく不当である場合は、同様である。第5項の一括金または権利追及費用において基礎づけられる損害の賠償の排除に関する合意は、疑わしい場合は、著しく不当であるとみなされる。第1文から第3文は、請求権が消費者に向けられている場合は、適用されえない。

323条（不給付または契約の本旨に適わない給付による解除（2014年6月12日までの法文））(1) 双務契約において債務者が弁済期の到来した給付をなさず、または契約に適ってなしていない場合は、債権者は、債務者に給付または追完給付のための相当期間を定めて督促したにもかかわらず、不奏功に終わったときは、契約を解除しうる。(2) 1. 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶

し、2. 債務者が給付を契約上定められた期日にまたは特定の期間内に実現せず、かつ債権者が契約上その給付利益の存続を給付が時間に遅れないことと結びつけ、または3. 両当事者の利益の考量のもとで即時の解除を正当化する特別の事情があるときは、期間の指定は不要である。(3) 義務違反の種類に従って期間の指定が問題にならないときは、その代わりに警告がなされる。(4) 債権者は、解除の前提が生じたことが明らかなきは、すでに給付の弁済期の到来前に解除することができる。(5) 債務者が一部給付をなしたときは、債権者は、その一部給付になんら利益を有しない場合にのみ、全部の契約を解除することができる。債務者が給付を契約の本旨に従ってなさなかったときは、債権者は、義務違反が重要でない場合には、契約を解除することはできない。(6) 債権者が彼の解除を正当化するであろう事情についてもっぱらまたは主として責任を負い、または債務者の責めに帰すべからざる事情が、債権者が受領の遅滞に陥った場合に生じたときは、解除は排除される。

323条（不給付または債務の本旨に従わない給付による解除（2014年6月13日以後の法文））(1) 双務契約において弁済期の到来した給付をなさず、または契約の本旨にあってなしていないときは、債権者は、彼が債務者に給付または追完給付のために相当期間を定めて督促したにもかかわらず、不奏功に終わった場合には、契約を解除することができる。(2) 1. 債務者が給付を真摯にかつ最終的に拒絶し、2. 債務者が、契約締結前の債務者への債権者の通知に従って、または他の契約締結に導いた事情に基づいて、期限—または期間に合った給付が債権者にとって重要であるにもかかわらず、給付を契約上定められた期日までにまたは契約上定められた期間内に実現せず、または3. 契約にあってなされない給付の場合は、両当事者の利益を衡量して即時解除を正当化する特別の事情が存在する場合には、期間の指定は不要である。(3) 義務違反の種類に従って期間指定が問題にならないときは、その代わりに警告がなされる。(4) 解除の前提が生じることが明らかなきは、債権者は、すでに給付の弁済期の到来前に解除しうる。(5) 債務者が一部給付をなしたときは、債権者は、一部給付になんら利益を有しない場合にのみ、全部の契約を解除しうる。債務者が給付を契約にあって実現しなかったときは、債権者は、義務違反が重要でない場合、契約を解除することはできない。(6) 債権者が彼の解除を正当化するであろう事情について全くまたは主として責任を負うとき、または債務

者の責めに帰すべからざる事情が、債権者が受領を遅滞した時期に生じたときは、解除は排除される。

[解説]

日本の履行遅滞法は、明治31年に施行された法文と同じルールが現在でも用いられている。2001年に改正されるまでのドイツ民法の履行遅滞規定によれば、弁済期到来後なされた債権者の督促にもかかわらず債務者が弁済しないときは、債務者は遅滞に陥る。給付訴訟の提起および督促命令の送達は督促に同じである（ド民旧284条1項）。給付時期が暦により定められているときは、催告なしにその時期に給付しなければ債務者は遅滞に陥る。給付に告知が先行し、かつ給付期日が告知のときから暦に従って計算されるように定められているときも同じである（同2項）。1項および2項とは無関係に金銭債権の債務者は、弁済期および計算書またはそれと同じ価値を有する支払い請求の到達後30日で遅滞に陥る。反復する金銭給付の場合は、2項は影響を受けない（同3項）。給付が債務者の責めに帰すべからざる事由により履行されない場合は、債務者は遅滞に陥らない（ド民旧285条）。また双務契約においては、一当事者が給付遅滞に陥ったときは、相当期間を定めてその期間内に給付がなければその受領を拒絶することを伝えて履行を催告したにもかかわらず、給付がなかった場合、不履行による損害賠償を請求しまたは契約を解除しうる（ド民旧326条1項）⁽¹⁾。

これに対して日本の履行遅滞規定は、確定期限付きの債務はその期限到来時に、不確定期限付き債務は債務者が期限到来を知ったときから、履行期限の定めのないときは、債務者が履行請求を受けたときから遅滞に陥ると定め（日民407条）、債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、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としている（日民415条）。なお、ドイツでは給付時期が定められず、または諸事情から導かれもしないときは、債権者は直ちに請求しうる（ド民旧271条1項）、時期が定められているときは、疑わしい場合には、債権者はその時期の前には請求できないと規定されていた（同2項）。また履行遅滞の場合日本でも、債権者が相当期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、契約を解除しうるとされている（日民541条）。もっとも日本では、債権者が解除した場合でも、損害賠償を併せ請求しうる（日民545条3項）。

日本の民法学では、415条前段が「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、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」と規定していることから、同規定は、履行遅滞の場合の損害賠償責任を定めているだけでなく、比較的近年において問題とされ始めた不完全履行責任の根拠規定ともなると理解され、次第にその適用範囲が拡大されてきた不完全履行責任も同条から導かれた。これは履行遅滞の責任が文字通り履行を遅滞した場合に生じると規定されていたドイツ民法と異なる点であり、ドイツでは2001年の法改正で不完全履行責任（積極的契約侵害）が法文上明記されるまで（ド民241条2項、280条1項）、その論拠を法慣習に求めるしかなかった⁽²⁾。ところで日本の民法415条前段は、既述のように債務の本旨に従わない債務者の負う損害賠償責任についてその帰責事由を要件とすることを明示していない。しかしこの点は大正時代の大審院判例により⁽³⁾、履行不能の場合と同様に債務者の帰責事由を要件とすることになったことは周知の如くである。また新債権法の制定に際しては、2008年の民法原案の段階では、ドイツ民法的な債務者の帰責事由を損害賠償請求の要件とすることをやめ、その代わりに「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときは、債務者は損害賠償責任を負わない」としたが（[3. 1. 1. 63]〈1〉）、2015年の仮案では債務者の帰責事由を要件として残すことになったようである（415条1項）。なおドイツの新債権法では、債務不履行責任の要件として帰責事由を要求する立場が維持されながら、担保または調達危険の引き受けのような場合の例外を規定している（ド民276条1項）。ヴァインデル教授によれば、同条項の例外は、英米法を取り入れたものではなく、改正前のドイツ民法の規定（ド民旧279条（種類債務者の主観的不能）など）を引き継いだものだとのことである。

ドイツ新債権法の履行遅滞規定の重要規定を採録すると、債務者が、弁済期到来後になされた債権者の督促に応じて給付をしなかったときは、督促により遅滞に陥る（ド民286条1項）。1. 給付のために暦に従った期日が指定され、2. ある出来事が給付に先行し、かつ給付のために相当期間が暦に従ってその出来事のときから計算されるというように定められ、3. 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、4. 特別の理由に基づいて双方の利益の考慮のもとに遅滞の即時の発生が正当化されるときは、督促は不要である（同条2項）。対価請求権の債務者は、遅くとも、弁済期および計算書またはそれと同じ価値を有

する支払いリストの到達後30日以内に給付しなければ、遅滞に陥る。この場合債務者が消費者であるときは、そのことが特別に指示されていなければならない。計算書または支払いリストの到達時期が不確かであるときは、消費者でない債務者は、弁済期および反対給付の受領後遅くとも30日で遅滞に陥る（同条3項）。債務者は、給付がその責めに帰すべからざる事情によりなされない限り、遅滞に陥らない（同条4項）。金銭債務は、遅滞の間利息を生ずべきである。遅延利息条項は、1年に基本利息条項⁽⁴⁾を超える5%である（ド民288条1項）。消費者が関与していない場合は基本利息条項を超える9%である（同条2項）。債権者は、他の法的原因に基づいてそれより高い利息を請求しうるし、さらなる損害の主張も妨げられない（同条3項、4項）。対価請求の債権者は、債務者遅滞において、債務者が消費者ではない場合は、その他に40ユーロの額の一括支払い請求権を有する。この一括金は、損害が権利追及費用において基礎づけられる限り、支払われるべき損害賠償に算入されるべきである（同条5項）。また双務契約の場合債権者は、追完給付のために相当期間を定めて催告しても不奏功に終わったときは、契約を解除しうる（ド民323条1項）。1. 債務者が給付を真摯にかつ最終的に拒絶し、2. 債務者が、契約締結前の債務者への債権者の通知に従って、または他の契約締結に導いた事情に基づいて、期限—または期間に合った給付が債権者にとって重要であるにもかかわらず、給付を契約上定められた期日までにまたは契約上定められた期間内に実現せず、または3. 契約に適ってなされない給付の場合は、両当事者の利益を考量して即時解除を正当化する特別の事情が存在する場合には（1号、2号は2014年6月改定）、期間の指定は不要である（同条2項）。

これらの規定を通観すると、基本的にはドイツの2001年の改定前の履行遅滞に関する規定は改定後も維持されているといえるが、理論上または解釈上の疑問点（例えば、改定前はドイツでは解除した場合は、損害賠償請求はできないと規定されていた）が解消されたほか、各種のEU指令（特に履行遅滞法の分野では、支払い遅滞指令、消費用品売買指令、消費者権指令）が加盟各国に様々なルールの国内施行を求め、この分野では主に消費者保護のための各種のルールが国内法に持ち込まれた。消費者保護のための新ルールは、フランスや日本のように消費者保護法を民法典の外に一括して規定する場合には、民法典の改定には結びつかないが、ドイツのように消費者保護法規を民法典の中に包

含させる立場では、ドイツのように複雑な履行遅滞法が出来上がることになるのであろう。

翻って平成29年6月に国会を通過した日本の新しい債権法における履行遅滞法の新规定を見てみよう。確定期限付き債務の場合は、期限到来の時から、期限の定めのない債務の場合は、債務者が履行の請求を受けたときから遅滞の責めに任じることは、以前と同様であるが、新法では不確定期限付き債務について、債務者が期限の到来を知ったときだけでなく、債権者から履行の請求を受けたときにも遅滞に陥ることになった(412条)。履行不能につき、ドイツの新債権法と同様に、原始的不能給付を目的とする債務についても、債務者の履行拒絶権と債権者の損害賠償請求権を認めた(412条の2)。また受領遅滞につき、債務者に自己の財産に対すると同一の注意義務を負担させ、増加履行費用の債権者への転嫁を規定した(413条)。履行遅滞中の両当事者の責めに帰すべからざる事由による履行不能を債務者の負担とし(413条の2第1項。同旨：ド民287条)、受領遅滞中の両当事者の責めに帰すべからざる事由による履行不能を債権者の負担とした(同条第2項)。

債務者がその本旨に従った履行をしないときまたは債務の履行が不能であるときは、債権者は損害賠償を請求しうるが、その債務の不履行が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はない(415条1項)。この場合債権者は、1. 債務の履行が不能であり、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、または3. その契約が解除されまたは債務不履行による契約解除権が発生したときは、履行に代わる損害賠償を請求しうる(同条2項)。履行遅滞における債権者の解除権については基本的に従来と同様であるが、債務の不履行がその契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときに解除しえないことが明記された(541条)。定期行為における解除権に関する規定(現行542条)は、催告によらない解除に関する規定として発展的に解消された。それによれば、1. 履行の全部が不能な場合、2. 債務者が履行の全部を拒絶する意思を明示した場合、3. 債務者が履行の一部を拒絶する意思を明示した場合において、残部では契約を締結した目的を達しえない場合、4. 従来の定期行為の場合、5. 債権者が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがない場合に、債権者は直ちに解除し

うる（542条1項）。また無催告で一部解除をなしうる場合も規定された（同条2項）。解除が損害賠償の請求を妨げないことは従来通りであるが、545条4項にずらされた。

金銭債務の不履行については、その損害の額は、債務者が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率によるものとされた（約定利率が法定利率を上回る場合は、約定利率による）（419条1項）。法定利率は、基本的に年3%であるが、3年を一期とし、一定の基準に従って変動しうる（404条）。金銭債権の場合に債権者が損害を証明するに及ばないこと、および債務者が不可抗力をもって抗弁となしえないことは従来通りである（419条2項、3項）。

これをみると、今度の日本の新法は、ドイツの新債権法と同じでない点もあるが（例えば、金銭債務における計算書到達後30日経過後の弁済期到来（ド民286条3項）、金銭債務の法定利率（ド民247条）、履行遅滞の責任を生じるための要件、遅滞による契約解除の要件、特に催告を必要とする場合と催告を必要としない例外の事例の振り分けなど両者の間には若干の相違を除いて帰一するところが多いといえる。

〈注〉

- (1) 履行利益の賠償請求と解除は両立しないとされ、給付の拒絶により債権者がなんら損害を被らず、または彼によってなされる反対給付の方が履行利益よりも高額である場合に、解除が選択されるべきものとされた（W. Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl. (de Gruyter, 1992), S. 247-248).
- (2) 例えば、T. Rohlack, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und c.i. c. zur Sachmängelhaftung beim Kauf- u. Werkvertrag (Nomos, 1997), S. 20.
- (3) 大判明治40・11・2民録13輯1067頁は、履行遅滞については帰責事由不要としていたが、大判大正10・11・22民録27輯1978頁は、必要説に転じた。
- (4) ドイツでは基本利率は、現行法上3.62%であり、それは各年の1月1日および7月1日に関係利率が基本利率の最後の変更以来上昇または下落した割合だけ変更される。関係利率とは、当該半年の最初の歴日前の、ヨーロッパ中央銀行の最新の主要再融資機能のための利率である（ド民247条1項）。