

# ドイツにおける債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としての帰責事由概念の展開（2）

半 田 吉 信

## 目次

- 1 はじめに
- 2 ローマ法
- 3 卑俗法
- 4 教会法：罪（Sünde）としての過失
- 5 中世法
- 6 人文主義と現代的慣用
- 7 後期スコラ学および自然法
- 8 自然法の法典編纂
- 9 パンデクテン法学（以上前号）
- 10 ドイツ民法（以下本号）
  - (1) ドイツ民法典起草時の議論
  - (2) 1900年民法典の下での展開
  - (3) 2002年ドイツ新債務法の下での展開
- 11 結びに代えて
  - (1) 比較法的考察
  - (2) 賠償責任論の地平

## 10 ドイツ民法

### (1) ドイツ民法典起草時の議論

#### (イ) 総ての事例のためのルール？

シェールマイヤーによれば、ドレスデン草案(1866年)は過失の程度について特別なことを定めなかったが、フォン・キューベル(von Kübel)の予備草案はそれを詳しく論じた(196~200b条)<sup>(1)</sup>。その限りで予備草案はプロイセン一般ラント法(I 3, para. 18f.)およびザクセン民法草案(728~730条)に従った。しかし前者は行為概念を中心に置き、過失の標準を一般的に、すなわち契約関係と契約外の関係を同じ程度に記述したが、後者は不履行に対する責任ルールを定めることに制限した。この大抵のバンデクテン教科書で観察されたやり方に予備草案もまた従った。第一委員会は二つの解決の間で揺れ動いたが、まず第一にすべての行為に当てはまる過失—および注意の基準を法律に規定するかどうかを編纂委員会に委ねようとした<sup>(2)</sup>。結局過失の段階を総則中に置き、知らなければならぬことおよび免責されうる錯誤と調和させることで一致をみた。すなわち不法行為—および契約法のみならず、意思表示に際してもまた過失が役割を果たすことになった<sup>(3)</sup>。それにより第一草案(144~146条)は同時代の過失論の行為論的構想を明らかにした<sup>(4)</sup>。

すでに予備委員会は、鑑定意見の大半が第一草案144~146条の削除を支持した後に、この構想を捨てた。予備委員会によれば<sup>(5)</sup>、過失の定義は法律上必要ではなく、免責されうる錯誤または知らなければならぬことが問題になる場合、その最初の言及に際して相応な定義をなせば十分である。第二委員会は、フォン・ベルナー(von Börner)およびシュトルックマン(Struckmann)の提案に従い、この提案を採用した。それゆえに取引上通常の注意という過失の定義も、重過失による自己のためにすると同一の注意の制限も、最初に債務関係の枠内で過失が問題になる場所で、すなわち責めに帰すべき事由による不能が債務者を免責しないという規定のところに挿入された(第二草案233~234条)。それによって不履行の場合にのみ過失が問題になり、例えば瑕疵ある給付の場

合はそうはならないという印象を与えるとの両メクレンブルク(Mecklenburg)の疑問を、参議院は支持しなかった<sup>(6)</sup>。

#### (ロ) 過失原理

フォン・キューベルは、明示的に義務者が債務関係においてその過失についてのみ責めを負うこと、すなわち通例結果、事件については責めを負わないことを公言した<sup>(7)</sup>。そのために彼にとって、より厳格なルールが適用される個々の債務関係を除けば、通例選任上の過失による主人の責任が問題になった<sup>(8)</sup>。同様にフォン・キューベルの草案は、過失を普通法の伝統に従って客観的標準において定義した。そのために同様に通常の家父(第一草案144条1項、2項)という標準を選択する第一草案も同様な立場をとった。それは特に刑法学者リスト(von Liszt)によって非難された。悪意も過失と同様生じた結果に関わる。それゆえに過失は結果の予見可能性として、しかも具体的、個別的事例における予見可能性としてのみ定義されうる。従って客観的ではなく、主観的な標準が必要である。第一委員会はこの問題には深く立ち入らなかった。まず債務者の行為が客観的な標準によって判定されるべきことから出発した。同時に理性の利用がはく奪された者またはまだ子供である者がその行為(作為または不作為)について責めを負わないことが許容された<sup>(9)</sup>。それをより高度の法律原理とするにもかかわらず、悪意および過失による責任についてすでに第一草案224条において不法行為法で規範化された(第一草案708条、709条)、年齢、精神状態および酩酊による責任能力の制限が指示された。第二委員会では学説上の非難に対して反論されたが、私法分野における過失の判断に際して客観的な標準が用いられるべきだという立場がとられた<sup>(10)</sup>。

#### (ハ) 注意の標準

##### (a) 悪意と過失

その予備草案ではフォン・キューベルは、同時代人の学説で通常であった過失の段階論に議論を集中した。原則として債務者はすべての過失、すなわち軽過失についてもまた責めを負わねばならない。注意深い家父が通常用いるべき注意を用いなかった者が責めを負う(予備草案197条)。

この注意の標準は有用性の原則 (Utilitätsprinzip) に従って緩和される。それに際して重過失は、総ての通常の間人が用いるのが通常の注意に対する違反と記される (予備草案198条)。法共同体またはある社会に存在する当事者は相互に自己に固有の注意に対してのみ責任を負うが、彼らは、予備草案200条が示すように、重過失責任からは免れない。悪意も重過失も契約上排除されえない (予備草案200 a 条)。それ以外に債務者は、彼が必要な注意を遵守したことを証明しなければならない (予備草案200 b 条)。クストディア責任ではフォン・キューベルは、その時代の通説のように過失責任の形式のみを見た。それ故にその草案はそれに特別に言及しなかった<sup>(11)</sup>。

第一草案もまた、悪意、重過失および軽過失の区別を維持したが、そのルールを二つの場所に分けた。第一草案144~145条と224~225条である。重過失と軽過失の特徴のために良家父のみを用いようとしたが、通常の間人の注意を通常の家父の注意と区別することはできないとみた<sup>(12)</sup>。それゆえに通常の家父の注意を特別に重篤な方法で懈怠した者は、重過失の責めを負う (第一草案144条2項)。重過失により行為する者がいつも自己のためにするのと同じの注意に違反することを幾分異なった定式で予備草案から引き継いだ (第一草案145条)。すべての過失についての責任はすべての債務関係にとっての標準となった (第一草案224条)。一般的に定式化された例外は放棄され、むしろかような例外は個々の債務関係の枠内で規定された<sup>(13)</sup>。予備草案と異なり、第一草案は重過失による責任の契約上の排除を許容しようとした。予備草案の他の規定は、私的自治の根拠のない制限を包含した。悪意の場合でも責任を負わないという約定のみが無効とされた<sup>(14)</sup>。それとともにすでに第一草案は、第二草案および制定法に移行するすべての規定および区別を包含した<sup>(15)</sup>。

#### (b) 通常の家父

第二委員会は、予備委員会で作成された提案に従って<sup>(16)</sup>通常の家父という標準のみを放棄した。予備草案では注意深い家父についてなお言及されていた (予備草案197条)。しかしそれに与えられる特徴ではなく、

言葉自体が、第一草案の公表後批判を招いた。ヘルダー（Hölder）は、控えめにラテン語の家父はドイツの家父よりもはるかに広い意味を有し、それゆえに個々の職業のグループへの注意の標準の適用を許容する定式化を選ぶべきだと述べた<sup>(17)</sup>。ギールケ（v. Gierke）はこの異議を、通常の家父の注意をもって女優が出演契約を履行し、バレリーナが踊り、女コックが調理し、市場での購買をなさなければならないと例示して敷衍する<sup>(18)</sup>。メンガー（Menger）は、あまりお上品ぶっていなかった。彼にとって家父は、自己およびその家族を気遣う利己主義の市民の観念を実現するおぞましい戯画であった。法律上の普通の人間をそのように述べる場合、それによって倫理感はゼロになる<sup>(19)</sup>。概念法学および階級闘争に基づく奇妙な交雑物とするかような攻撃に通常の家父という語は対抗することができなかった。それは個人化されない「必要な注意」や「取引上必要な注意」（第二草案233条）に譲歩した。それによって法の発展に奉仕したか、特に判例を促進したか、過失が純粋に客観的な標準を基礎とするか、それとも事例の状況および行為者の特徴に従って定められるかは、後になってからは疑わしい。他の国では良家父の基準を性および職務に特殊な特性に適合させることが貫徹された。イギリスの合理人についてはあまり批判はない<sup>(20)</sup>。

## (二) 過失と不履行

フォン・キューベルの予備草案が総ての債務関係を支配する信義則における注意の要求を規定する一方、第一委員会は禁止される行為と同様許容される行為について一般的に悪意と過失を責任標準と定めることを意味が多いとした（第一草案144条以下）。しかし同時に第一草案224条ではなされるべき給付の完全な実現は悪意または過失による不履行に基づく責任と結びついていた。有責な不履行はかように給付障害法の判例として現れた。第一委員会は、信義則への指示を、それが契約上の関係についてのみ当てはまり、法定のまた相続法上の債務関係には同じ程度に当てはまらないという理由で、排除した。しかし不履行が履行行為に関わりうるのではなく、特にすべての方向および付随的論点に従って債務拘束の範囲および内容を記載することが法律上もまた通例行為取引上

も不可能であるがゆえに、その完全な内容に従って総ての付随的論点に鑑みてもまた義務に関わることは一致していた<sup>(21)</sup>。

第一草案224条が自明的である、学説にすぎない、同義反復であると批判された後で、予備委員会では債務者が給付を完全に実現しなければならないという要求が削られ、信義則が取引慣行を考慮して要求するように給付を実現しなければならないという第一草案の考えをその代わりに置いた<sup>(22)</sup>。まず第二委員会は、シュトルックマンとフォン・マンドリー (v. Mandry) の相応の提案に従ったが、この場所での債務者が不履行のために責任を負うという命題が広くなりすぎるのではないかという疑問が生じた。不履行責任は履行の欠落の場合にのみ、すなわち不能または遅滞の場合に観念されえた。責任の根拠および範囲の関係を別のフレームにより明らかにすることは編纂委員会に委ねられた<sup>(23)</sup>。編纂委員会は、悪意および過失に関する規定を不能における免責と関連させ、さらに履行を信義則に従って要求するという文言を第2巻の頭初に置いた。それによって突然に不能による免責規定が置かれ、もはや悪意または過失による不履行における責任規定は給付障害法の頭書には置かれなくなった。そのうえ第二草案232条 (1900年民法275条1項) が給付義務に関わるがゆえに、第二草案233条 (1900年民法276条) における不履行への言及は削除された。それにより過失ある行為が直ちに不履行による責任には導かないことは明らかにされたが、それにより第二草案233条2項 (1900年民法276条) には責任に関する規定が欠けることになった。これは民法典の発効後すぐに、法律が過失ある不完全履行の事例を規定していないという誤解に導いた<sup>(24)</sup>。

(ホ) 第三者の行為による責任

(a) 278条

予備草案は、第三者の行為による責任に関する規定を不法行為法についてのみ規定した。存在する債務関係の枠内における責任についてフォン・キューベルは、かような責任が特に重要である個々の債務関係を指示した。それによって法源に合った例外を除き、選任上の過失に対する責任のみを知っている普通法の伝統が維持された。従って第一委員会は、

債務者の責めに帰すべき事由による不能に関する勧告に際して初めて、債務者が補助者のために責任を負わなければならないか、および責任を負う場合どの範囲で負担すべきなのかという問題に答えることになった。明らかに短い議論の後で履行補助者および代理人の過失について債務者に責任を負わせるべきだという提案が合意された<sup>(25)</sup>。ドイツ帝国で当時主張されていた民法学上の反対の立場は、最も実務上耐えられない結果に導き、近代の法意識とは次第に疎遠になっていった<sup>(26)</sup>。以下の付随的にもたらされた理論的な議論は興味深い：債務的な給付約束の中に、今日ではその給付に際しての協力を求めることが債務者に明示的または黙示的に許容される、債務の本旨に適った行為に対する保証の引き受けもまた見られる<sup>(27)</sup>。

この議論を過失主義の擁護者は納得することができなかった。しかしかなりの学説が履行補助者の責任を肯定するようになった後で、過失主義に十分な論拠もまた見出された。他人の給付をなさねばならない者、すなわち補助者による給付をなさねばならない者は、他人の注意についても責任を負う。この論理構成的定式は、懐疑論者もまた納得させ、第17回ドイツ法曹大会が、鑑定人もまた履行補助者の責任を肯定した後で、直ちにその履行補助者による主人の責任を規定することを推奨した。第一委員会は、鑑定人が表明する前にこの推奨に従った。すでに第一草案224条1項は、債務者が履行に関してその法定代理人または彼が給付の実現のために用いる者の過失のためにも責任を負うと規定した（第一草案224条2項）。同様に第一草案224条1項（1900年民法276条）では、編纂委員会はこの場合もまた履行の指示または予備委員会が定式化したような義務の不履行もまた削除した<sup>(28)</sup>。

#### (b) 831条（使用者責任）

主人がその補助人の不法行為についてもまた責任を負うべきかという問題は、明らかにより大きな労苦を負わせた。その外部的徴憑は、第17回ドイツ法曹大会がこの問題を深い議論の後延期し、ようやく2年後にこれを決したことである。一般的な補助者責任の賛成者の先蹤は2016年改正前フ民1384条である。それより早いドイツの立法は、その被後見人

の行為のために監督義務者が責任を負うべきだとすることを支持していた。例えばバイエルン民法草案（1861年）は、その弟子による親、後見人、教師および親方の、その受託者および被用者による本人および使用者の責任を規定した（第2部62～65条）。もちろん彼らには免責立証の余地があった。ザクセン民法はその規定を放棄したが、ドレスデン草案は、同様に免責により緩和された監督義務者の責任を規定した（216条）。レケプトゥム責任が商法典で規定されているがゆえに、その他には例えば投下流出物訴権や加害訴権のような不法行為法上の特別構成要件の規定で満足した（ザクセン民法1506条以下、1554条以下、ドレスデン民法1030条以下）。フォン・キューベルもそれに留まろうとした。不法行為の総則で彼は、監督義務者は免責されえない場合に責任を負うと規定した（予備草案9条）。不法行為各論では普通法の準不法行為の特別構成要件に従った。予備草案9条ではフォン・キューベルは、監督義務者が責任を問われうる一連の監督関係を集めたが、彼はその一部を異なって扱った。例えば教師はその生徒の行為について、彼がその家計の中で生活している場合のみ責任を負う一方で、主人および使用者はその業務を遂行するその徒弟、被用者および労働者について一般的に責任を負った。フォン・キューベルはそれを監督義務と加害行為の間に存在する相当因果関係によって理由づけようと考えた<sup>(29)</sup>。

第一委員会はその提案を拒否した<sup>(30)</sup>。それがそもそも特別規定に属しない限り、二つの基本的事例が区別されるべきである、一方では被監督者による責任が（第一草案710条）、他方では行為の遂行のために委託した者による責任が問題になるというのである。後者の場合さらに責任の二つの論拠、監督の懈怠（第一草案711条）とヴィントシャイトの提案に基づく、補助者の選択の懈怠（第一草案712条）が区別された。すべての三つの構成要件の中で監督義務者および主人の責任はもちろん推定されるのではなく、被害者により証明されなければならなかった。第18回法曹大会が、その補助者が彼に委託された事務の遂行において第三者に加えたすべての損害を主人に負担させることの推薦を文書化したときには、第一草案はまだ公表されていなかった。草案の公表後も過失と



は無関係な主人の保証義務を要求する数多の声が主張された。しかし予備委員会は、拳証責任の主人への転換のみを受け入れる準備をした<sup>(31)</sup>。第二委員会は、引き続き主人がその補助者の不法行為により、その機関の行為により法人が責任を負うように、自己の過失とは無関係に責任を負うかどうかを詳しく論争した<sup>(32)</sup>。それに対して特に財力があって業務の経験の深い事業者が、小規模な農民や事業者よりも被害を受けた第三者の賠償請求権に対してよりよく武装されると主張された。法人の責任のために見出されたルールの場合、一般化されえない、かつ一般化しようとする、専ら問題になるドイツの法意識から全く離れることになる特殊性が問題になっている。いずれにせよこの最後の議論は今日の視点からは確証されえない<sup>(33)</sup>。

(c) 31条 (法人の不法行為責任)

総則の予備草案の編纂者であるアルバート・ゲーブハルト (Albert Gebhard) は、法人が不法行為によって責任を負うのかについて詳しく考察したが、特別の責任ルールを否定した<sup>(34)</sup>。構成員または被用者の行為による責任が問題になる限り、小売商人 (institor) の責任および代理法の原理で十分だとされた。固有の不法行為能力はいずれにしても法人には適合しない。しかし判例 (帝国上級商事裁判所) はその間、特に鉄道事業が問題になる限り、ドイツ普通法の慣習法に基づく、法人はその被用者の行為 (業務上の過失) について責任を負うという見解を見出した<sup>(35)</sup>。学説は分かれていた。議論がどんなにダイナミックに推移したかは、ヴィントシャイトがその見解を数年の間に変えたことが最もよく示す。彼は、第4版 (1875年) では行為概念と結びついてなお、ローマ法と同様事物の性質に一致して、法人はその代理人の不法行為について責任を負わないと述べていたが<sup>(36)</sup>、その第5版 (1882年) では代理人が法人の名で行為する場合は、かような責任も可能とした<sup>(37)</sup>。第6版 (1885年) では、法人はその代理人によってのみ行為しうがゆえに、総ての行為についての責任が肯定されるとされた。従って法人がこの行為の不利な結果を、その有利な結果と同様に引き受けることが正しいことを認めるのをためらうべきではない<sup>(38)</sup>。しかしゲーブハルトは、法

人の利益と負担についての議論がすでに第一委員会でも相対化されたという事情と同様、それによってあまり惑わされなかった。レーニング (Loening) とともに彼はその中に、大抵は株式会社または国庫ないし自治体の手の中に見出される大企業の場合は、賠償義務を定める規定を実務により補充的に後押しする努力のみを認めた<sup>(39)</sup>。

しかしすでに第一委員会は、新しい法発展に従った。そのために決定的であったのは、拒絶することが困難な取引の必要性だけではなく、法人が利益をその代理人の行為から得るがゆえに、それが不利益もまた伴うものでなければならないという議論であった<sup>(40)</sup>。第一草案46条は、団体はその執行部またはその構成員の責めに帰すべき事由によるすべての違法な侵害によって責任を負うと規定した。法人が執行補助者により同様に責任を負うべきことは明示的に排除された。この場合法人は自然人より不利な立場に置かれるべきではない<sup>(41)</sup>。特に法人の代理人が契約締結時に第三者に損害を与えた事例については、さらなる規定はいらないとされた。そのためには一般規定で十分である<sup>(42)</sup>。草案は大幅に同意を見出したが、有力説は、それ以外の代理人または機関の不法行為による法人の責任が規定されていないことを気にした。そのため第二委員会では不法行為についての法人の責任がどのようにして拡大されるべきかという全く異なった提案がなされた。ある者によれば、それは定款に適って任務に就いている代理人についてもまた責任を負うべきであり、他の者によれば、総ての代理人の行為について、また他の者によればすべてのその他の被用者について責任を負うべきものとされた<sup>(43)</sup>。基本的に成案に一致する、帝国司法省の予備草案ですでに肯定されていた提案の立場が維持された<sup>(44)</sup>。

#### (v) 債務者の遅滞

##### (a) 積極的な遅滞要件 (1900年民法284条)

ローセによれば、BGBの起草者にとって最初に督促が債務者の給付義務を幅広く現実化し、その結果給付の不実現が、遅滞の責任結果が結び付けられる債務者の違法な行為となることに全く疑問は存しなかった。すでにフォン・キューベルは、予備草案の理由書の中で<sup>(45)</sup>、同じ不遵

守に際して遅滞が生ずべき場合に、債務者のために給付すなわち履行の時期を定めるべき手段について述べた。督促と並んで時期の確定の付加もまた、給付—および履行義務をこの時期について確定すること、すなわちそれがすでに注釈学派以来適用され、実務上若干のパンデクテン法学者のもとで生じた批判にもかかわらず承認されたがゆえに、期日が人に代わって催告するという命題が受け入れられたこともまた問題はない<sup>(46)</sup>。フォン・キューベルにとって、その命題それ自体に関する更なる議論が当初全く生じず、その後は個々の問題のみが生じた第一委員会にとってと同様に明らかにされるべきであった。普通法上一部の者によって主張されたその法律命題の契約に適った時期の指定の事例への制限<sup>(47)</sup>ならびにそれが債務者のためにのみ、債権者が給付を確定された時期の前に請求しえないことを宣明すべき限りにおいて、期日の指定が督促に代わるべきものではないことを明示的に規定するという提案<sup>(48)</sup>に対する反対が決議された。純粋に実務的な衡量が決定的であった。給付時期が督促に代わるという原則は、それが実際に効力を有する場合にのみ実際上の価値を有するがゆえに、単に疑わしい場合に決定的になる推定に制限されえないというのである<sup>(49)</sup>。同様の較量は督促の代わりとしての訴えの提起に関してもなされた<sup>(50)</sup>。これに対して窃盗は常に遅滞に陥るという命題は、不法行為債務者の賠償義務を独立に規定しようとしたがゆえに、遅滞ルールから排除された<sup>(51)</sup>。

#### (b) 帰責事由と不能 (1900年民法285条)

ローセによれば、立法過程においても遅滞と不能がその範囲に従ってのみ区別される履行義務の違反と基本的に同視されうることから出発するがゆえに、第一委員会は過失の問題においてまず技術的観点においてモムゼンが単に示唆しただけのことを実行した。給付能力に関する免責原因の領域では、それはもはや遅滞の免責とは呼ばず、不能の原理に従った義務からの債務者の免責と指摘した(第一草案246条、237条)。責めに帰すべき事由のない義務の不知も同様の規制を経験した(第一草案246条、241条)<sup>(52)</sup>。客観的にも第一委員会はモムゼンの考えに近づいた。それは、債務者が特定された客体を給付することができない状況に置か

れた場合にのみ(第一草案237条2項)<sup>(53)</sup>、後発的主観的不能を後発的客観的不能と同視した。それとともに種類債務については相応な逆の結論を許容した<sup>(54)</sup>。この構成は、第二委員会が従来の第一草案246条における不能法から、単純化の理由に基づいてその後の法律の規定振りに、すなわち債務者が、給付の不実現が彼の責めに帰すべきでない事由に基づく限り、遅滞に陥らないというように転換したときに<sup>(55)</sup>、もちろん問題を提供した。しかし従来の第一草案237条2項からはいずれにしても、種類債務における給付の主観的不能が、常に新しく観念された遅滞規定の意味における責めに帰すべき事情となることは引き出されえない<sup>(56)</sup>。どのようにしてこれが明確にされうるかを検討する任務が付与された編纂委員会は、その後、債務者が種類債務の場合給付の主観的不能について常に責めを負わなければならないという明示的な規定を生み出した<sup>(57)</sup>。それによって1900年民法279条のための基礎が置かれた。この規範の本来の機能が遅滞における免責事由の領域の制限にあるとしても、この規範において後に続く主観的および客観的不能が原則的に同視されるがゆえに、それは同時に1900年民法275条2項の例外構成要件になる。編纂委員会はまず草案237条2項をさらに、今や「債務者がその客体を給付する能力がない状況に置かれる」の代わりに主観的不能(Unvermögen)と述べるように変えた。それによりもちろん、種類債務における主観的不能の不顧慮が今や改定後の1900年民法275条2項においてだけでなく、帰責事由に関わる定式化のなされた1900年民法285条を顧慮して改定後の1900年民法279条において規定されたがゆえに、不必要な二重化が生じた。従って、種類債務における主観的不能が275条1項の帰責事由の要件のために279条について再び排除されたのだから、実体的な変更を行うことなしに、275条2項の制限が消除され、それとともに主観的不能が外観上原則として客観的不能と同視された<sup>(58)</sup>。

変更は立法者の観点からはモムゼンの考えに反してもまた立法者の本来の意図と結びついていない。主観的不能は、それに続く主観的な真正な不能の事例に従えば、給付されるべき特定の物が責めに帰すべきでない方法で逸出しましたは債務者が病気その他の責めに帰すべきでない彼の

側に存在する事由により給付の実現を妨げられる場合に存在すべきである<sup>(59)</sup>。しかしその規定は当初からあまり成功していない。特定物債務と種類債務の区別への集中において、債務者の側に存在する事由が種類債務においても顧慮されねばならないことが看過されている。そしてそれゆえに279条は当初から広すぎる。逆にすべての財産上の給付不能の援用の排除が、過失なしに逸出した物の再調達が問題になる場合でも、それが適用されるであろうがゆえに、広すぎるであろうことが認められる。しかしこの事例を、モムゼンとも相違することなく、再調達のために必要な出費を顧慮しないで免責構成要件に算入しようとした<sup>(60)</sup>。もっとも再びすでに主観的不能の発生がその論拠を債務者の支払い能力の欠如の中に有しうることおよび主観的不能の除去が特定物債務においても契約内容に従って義務づけられうることが看過された。さらに1900年279条は、金銭—および種類債務をそれ自体として観察し、他の債務においてもまた財産上の給付能力を観察しなかったために、不首尾に定式化され、それにより1900年民法275条2項によって、債務者の財産が履行を実現するために不十分なことが問題になる限りにおいても、主観的不能が規定されたことが示唆された。すべてのこれらの瑕疵は20世紀の初めに努力して克服されることができた<sup>(61)</sup>。

(ト) まとめ

ドイツ民法第一草案では過失の段階に関する規定が民法総則中に置かれたが(144条～146条)、第二草案では過失の定義、重過失に関する規定は、債務関係の枠内で過失が問題になる場合、すなわち責めに帰すべき事由による不能が債務者を免責しないという規定の中に挿入された(233条～234条)。すでに予備草案から、債務者がその過失についてのみ責めを負い、事件については責めを負わないという立場がとられていた(197条)。軽過失の要件とされていた良家父の注意という標準は(第一草案144条)、第二草案では削除され、取引上必要な注意とされた(233条)。また過失が客観的な標準によるか主観的標準によるかは、普通法以来の客観説が採用された(第一草案144条)。第一委員会は、不履行が単に履行行為だけではなく、付随的論点に関する義務の違反もまた含まれ

うるとの立場であったが、第二草案では信義則が取引慣行を考慮して要求するように給付を実現しなければならないという明文規定が置かれた(224条)。しかしその責任に関する規定を欠いたため、民法典の発効後法律が過失ある不完全履行の事例を規定していないという誤解を生んだ。

第三者の行為による責任については、予備草案では不法行為法に関してのみ規定されたが(選択上の過失)、第一草案では、履行補助者および代理人の過失による債務者の責任を定める規定が置かれた。それは債務者の過失責任とされたが、保証責任説も有力であった。

ドイツ民法典の起草者は、その頃の民法学の通説であった債務関係が給付の義務と権利の中に存在するという立場に立脚した。起草者にとって督促が債務者の給付義務を現実化し、その結果給付の不実現が債務者の違法行為となると解された。またそれと並んで履行時期が確定している場合も、期日が人に代わって催告するという立場がとられた。遅滞と不能の関係については、ドイツ民法典の起草者はモムゼンの見解に基本的に従った。債務者が特定の客体を給付しえない場合、給付の不実現がその責めに帰すべきでない事由に基づく限り、債務者は免責される。この場合債務者は遅滞に陥らない。後発的主観的不能は後発的客観的不能と同視される。しかし、種類債務の場合は給付の主観的不能について債務者は常に責めを負わなければならない(1900年民法279条)。

〈注〉

- (1) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, 1980, S. 735.
- (2) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 238.
- (3) Mot. zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. I, 1888, S. 279.
- (4) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1132-1133 [Schermaier].
- (5) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse

- I, S. 254.
- (6) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1133 [Schermaier].
- (7) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, S. 751.
- (8) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, S. 750.
- (9) Mot. z. BGB., Bd. II, S. 28.
- (10) Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines Bürg. Gesetzbuches, Bd. I, S. 187 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1133-1134 [Schermaier].
- (11) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, S. 750.
- (12) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 240-241.
- (13) Mot. z. BGB., Bd. II, S. 27.
- (14) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 242.
- (15) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1135 (Schermaier).
- (16) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, D. 252f.
- (17) Hölder, Zum allg. Theile des Entwurfes eines bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP Bd. 73 (1888), S. 130-134.
- (18) von Gierke, der Entwurf eines Bürg. Gesetzbuches und das deutsche Recht, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Bd. 12 (1888), 3. Heft, S. 82 (868).
- (19) Menger, Das bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Abt., Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. 2 (1889),

S. 419-482.

- (20) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1136-1137 [Schermaier].
- (21) Mot. z. BGB., Bd. 2, S. 26 ; Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 239 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1137 [Schermaier].
- (22) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 253f.
- (23) Protokolle, Bd. I, S. 303.
- (24) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1138-1139 [Schermaier].
- (25) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 242f.
- (26) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 244.
- (27) Mot. z. BGB., Bd. II, S. 30 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1139 [Schermaier].
- (28) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, SS. 254, 257 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1139-1140 [Schermaier]. 潮見・契約責任の体系242頁以下参照。
- (29) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil I, S. 702f. ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1140-1141 [Schermaier].
- (30) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 933f.
- (31) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 940f.
- (32) Protokolle, Bd. II, S. 597-604.
- (33) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB.,



- Bd. II/1, S. 1141-1142 [Schermaier].
- (34) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Allg. Teil Halbbd. 1, 1981, S. 616f.
- (35) ROHG Urt. v. 17. 12. 1873, ROHG Bd. 1, 12, S. 78.
- (36) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 4. Aufl., 1875, S. 157.
- (37) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 5. Aufl., 1879, S. 159.
- (38) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., 1887, S. 168.
- (39) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Allg. Teil 1 Teilbd., S. 634 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1143 [Schermaier].
- (40) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung Allg. Teil I. Teilbd., 1985, S. 165.
- (41) Mot. z. BGB., Bd. I, S. 104.
- (42) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Allg. Teil, 1. Teilbd., S. 165f.
- (43) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Allg. Teil, 1. Teilbd., S. 277.
- (44) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Allg. Teil, 1. Teilbd., S. 226 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1144 [Schermaier].
- (45) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil I, S. 879.
- (46) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil I, S. 879f. ; Mot. z. BGB., Bd. II, S. 56f.
- (47) Schubert (Hrsg.), Vorlagen, Recht der Schuldverhältnisse Teil I, S. 879f.; Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 295 ; Mot. z. BGB., Bd. II, S. 56-57.
- (48) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 295 ; Mot. z. BGB., Bd. II, S. 57.
- (49) Mot. z. BGB., Bd. II, S.57.

- (50) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 293f.
- (51) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 87 Fn. 7 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1354-1355 [Lohsse].
- (52) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 299f.
- (53) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, SS. 213, 261 ; Mot. z. BGB., Bd. II, S. 45f.
- (54) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 299f.
- (55) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 302f.
- (56) Protokolle, Bd. I, S. 325f.
- (57) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, SS. 303, 232f.
- (58) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 232f ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1355-1357 [Lohsse].
- (59) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, SS. 28, 46.
- (60) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 213.
- (61) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1357-1358 [Lohsse].

(2) 1900年民法典の下での展開

(イ) 刑法との類似性

1900年施行のドイツ民法276条（自己の過失による責任）は、「債務者は異なった定めのない限り、故意及び過失について責めを負わねばならない、取引上必要な注意を懈怠する者は過失により行為したものである、827条及び828条の規定が適用される（1項）、故意による責任は債務者

をあらかじめ免責させることができない(2項)」と規定したが、まだドイツ民法典が発効する前に276条が過失原理を意味するかどうかについて議論が始まった。シュタムラー(Stammler)が最も明確に客観的な帰責の標識の支持を表明し、これに対してフォン・リスト(von Liszt)が最も明瞭にそれに反対した。刑法との過失論の近似性は後の議論に対してもまた決定的であった。例えばリュウメリン(Rümelin)は、刑法と不法行為法の異なった目的を指示することによって議論を区別しようとしたが、無駄であった。細部におけるように原理的な出発点でも、特に法秩序の統一を維持するという議論によって、民法上の責任論を補充または構築するために、刑法の理論が繰り返して関与させられた。刑法と民法を特有の性質と目的設定に従って区別するという周知の市街電車の事例における一義的な大法廷の決定もまたそのような傾向を変えなかった<sup>(1)</sup>。例えば民法上もまたなされた悪意または有責の理論の優位に関する議論、ニッパードイ(Nipperdey)によって支持された目的的行為論の民法への受容<sup>(2)</sup>、最後にヴァーグナー(Wagner)によって宣伝された民法上の不法行為論の刑法上の理論への依存が知られている。伝統的にはすべてのこれらの試みは、民法上の責任における意思および行為概念の過度の強調に導いた。過失の定義(1900年の民法276条1項2文)が一義的に意思に向けられておらず、また注意の違反を対象としてもおらず、それを行為の基準としているにもかかわらず、民法上の注意を刑法上のまたは道徳神学的な行為論により説明するいつも新しい試みに逢着した。その兆候となり、かつ行為の不法の理論の形成にとって範例となったのは、民法の有責非難が行為の評価ではなく、刑法におけるように個々の行為者の評価であるというエッサー(Esser)の主張である<sup>(3)</sup>。

#### (ロ) 悪意

特に債務者の悪意では事実の評価が問題になる。いずれにせよこの印象は1900年前後の議論から得られる。もちろん20世紀になって刑法への依存はもっと明らかに表れたかもしれない。それは刑法が悪意概念の理論的形成において民法に先行することに依存しうる。悪意が違法な結果

の発生にも関わるのでなければならぬか、それとも加害者の行為にのみ関わっていればよいのかという問題はその好例である。刑法では20世紀の変わり目にその限りで意思説 (Willenstheorie) と表象説 (Vorstellungstheorie) が対立した。意思説では行為者の意思は結果にも向けられなければならなかった。表象説では行為者が結果を少なくとも観念しえた場合は、悪意による行為のために十分であった。大抵は両選択肢は民法にとって意味がないと強調されたが、刑法とパラレルに異なった学説が形成された。有力説は意思説を支持し<sup>(4)</sup>、他の者はそれを否定した<sup>(5)</sup>。フィケンチャー (Fikentscher) によれば、ドイツ民法は過失概念と同様悪意の概念の定義を判例、学説に委ねた。これまでの通説によれば、その行為の結果を表象し、かつその行為の違法性を認識してそれを行った者に故意がある。従って故意とは、違法性を意識してその結果を知りかつ意欲することである<sup>(6)</sup>。エッサー (Esser) によれば、今日の意思説は、行為者が結果を少なくとも認容したかどうかの問題になるという判例上形成された変容を伴っている<sup>(7)</sup>。もっともこれも刑法上の議論から借用されたものである。それ以外に時折、行為者の認識および意思にいかなる要件が課されるべきかがその時々々の構成要件に依存することが強調される<sup>(8)</sup>。

それに悪意が違法性にも関わらねばならぬかという問題が付加される。この問題は、故意説 (Vorsatztheorie) および責任説 (Schuldtheorie) という見出し語のもとで知られるようになったが、特に20世紀前半に刑法理論から移行してきた。ビンディング (Binding) がなお19世紀において支配的な故意説を教えた一方で、すでにフォン・リストは、判例上1945年後に始めて貫徹された責任説を擁護した。民法上は責任説と故意説の議論の中で主に故意説がとられたが<sup>(9)</sup>、目的的行為論はこの場合もまた部分的な成功を獲得した。それに従う者は、責任説を支持した<sup>(10)</sup>。学説上は行為志向的な責任概念が確立したが、その大部分は刑法の責任説への転換をこれまで実現していない。276条3項 (1900年民法276条2項) が責任説に対する重要な理論的反論であることが示された。「悪意の責めが負われないように」という合意 (pactum ne dolus praestetur)」

が無効であることは、悪意が違法であることの認識を含むときのみ意味を有するというのである。有力説により更なる区別が肯定される。特に826条および823条1項の枠内で刑法上の悪意不法行為が問題になる場合に責任説に従うべきである<sup>(11)</sup>。

エンデマン (Endemann) とヘック (Heck) は、悪意の全く非正規の近代的解釈を提案した。それによれば、悪意と過失は非難 (Missbilligung) の程度によってのみ区別される<sup>(12)</sup>。悪意は債務者によりなされるべき注意の違反の客観的に最高の程度であるにすぎない。ヴィートヘルター (Wiethölter) のような目的的行為論者ですら、有責性の非難は、民法には有責性説が無縁であるがゆえに、悪意の行為の場合ですら、有責性の能力を度外視すれば、考慮されえないことを認める。それはもちろん伝統に属する。しかし今やヴァーグナー (Wagner) が伝統をあまり意識することなく、行為法上全く一貫して、悪意は有責性の方式ではなく、行為の違法を基礎づけるにすぎないと主張する<sup>(13)</sup>。

#### (v) 過失

##### (a) 客観主義と主観主義

過失責任の意味および射程に関する議論ではまず客観主義、すなわち過失責任では客観的に注意に反した行為が責任を負うという見解が貫徹されたように見える。しかしそれには、加害者の行為が客観的標準において評価されうることを認めるが、さらに加害者がこの標準の観察において主観的な状況に置かれねばならないことを要求する、当初から重要な見解が対立した。それに際して客観説の主張者もまた、適用されるべき注意の標準を加害者の具体的な関係に向けようとする限りで、折衷的な立場であるように見えた。判例においてもまたかような種類の具体化された客観的な標準が用いられた<sup>(14)</sup>。主観主義はもちろんかような折衷を否定した。しかし人のすべての問題になる徴憑を観察すると、最初主観的見解に逢着する。ジーバー (Siber) はさらなる議論を提示した。注意に違反するとはどういうことかを確定すべきである。過失により行為したか、悪意で行為したかについてはまだ決定すべきではない<sup>(15)</sup>。このようにして前面は維持された。そして側面は重要な新しい考え方を

獲得しえた。有力説は絶えず注意の確定に際して契約と不法行為の間で区別すべきかどうかを考慮した。ナチスの法理論ではもちろんそれかもっぱら共同体思考に適合するがゆえに、客観説が優勢であった。この場合法史的な探求がこれを1900年以後ほとんど反駁したにもかかわらず、ローマ法がドイツ民法の過失概念に主観主義的な色彩を与えたであろうという偏見もまた涵養された<sup>(16)</sup>。

1945年以後もまた両説が保持された。ラーレンツ (Larenz) が過失の客観的解釈に留まったのに対して、ヴェルツェル (Welzel) の影響を受けて、ニッパーダイは主観主義へと転じた<sup>(17)</sup>。彼はそれに際してケメラー (von Caemmerer) とドイツユ (Deutsch) に依拠したが、彼らは刑法上の理論ではなく、部分的に異なった議論を含みながら、過失主義にのみ関わっていた。エッサーもまた過失を意思の瑕疵と断定的に定義したが<sup>(18)</sup>、過失の客観的規範的概念たることを認めた<sup>(19)</sup>。主観主義が知的障害者が免責されることと調和しなければならないと考える一方では、客観主義に対して、純粹に客観的な過失の標準は一種の結果責任に導くと主張された。最高裁は、少数の例外を除けば、過失の判断においては加害者の行為の客観的注意違反が問題になるという大審院の立場に立っていた<sup>(20)</sup>。

#### (b) 結果違法と行為違法

しかしその間に前線は、新たに刑法上の理論の影響のもとに明らかに動いた。行為は、法秩序により認められない結論に導いたからではなく、法秩序により定められた義務に違反するがゆえに違法である。イェーリングの客観的不法と主観的不法の区別は、刑法上はまず不法行為の三つの構造物 (構成要件、違法性、義務) の形成に導いた。ヴェルツェルの目的的行為論は、行為を構成要件の実現を目指しているかどうかに従って評価するがために、重心を強く行為概念のために動かした。それによれば、義務も違法性も不法を構成するのではなく、専ら (故意の) 行為が不法を構成する。この学説に明示的に従わない民法学者もまた、彼らの作品である「行為違法の理論」の中に、すでにナチスの法律学が宣伝した、不法行為 - および給付障害法の行為志向的解釈のための枠を見出

した。この理論は特に823条2項の理論的整序のために、そこで以前から過失の問題を違反の結果にではなく、規範の違反に志向させたがゆえに、歓迎された。それは、特定の行為を要求または禁止するような規範の場合にのみ有意義に用いられうるがゆえに、規範目的論にもまた対立した<sup>(21)</sup>。

この場合行為違法論の行為義務論との結合が始まりかけていた。行為が違法であるかどうかを法益の侵害ではなく、行為により侵害された行為義務にかからせるときは、違反した行為規範から出発した規範目的論は直ちに823条1項の事例にも拡大されうる。この結合は不作為不法行為の整序および間接的損害の事例において続けられる。この場合懷疑論者もまた行為違法の理論を承認することを準備する。目的的行為論により促進されて、その他の点で新しくない取引義務の理論は、不法行為法の魔法の弟子であることが証明された。新たにヴァーグナーは、不法行為の過失責任全体を取引義務違反による責任と述べる<sup>(22)</sup>。それにもかかわらず結果違法と行為違法の優劣に関する議論は今日休息している。人々は不法行為法が両理論のために適用領域を提供することについて合意した—分割して統治せよ。しかし、この適用領域の限界については明確な一致は存在しない<sup>(23)</sup>。

### (c) 違法性と過失

行為違法の理論およびそれと結びついた行為義務の凱進行進は、不法行為法および給付障害法において賠償責任を加害者の過失に結び付けようとする者にとって宿命的な二重化に導いた。違法性と過失は債務者の行為を同じ基準で、すなわち取引上通常の注意によって測る。両者はどのようにして区別すべきなのか？学説史上そのために基本的に二つの解決が展開した。一つの見解はまたもや刑法上の考え方を取り上げ、外部的注意と内部的注意を区別する。それに際して過失行為は客観的領域と主観的領域に分けられる。客観的領域とは、再び行為の義務違反、すなわち違法性を根拠づける注意の違反である<sup>(24)</sup>。主観的領域とは、過失の要件、すなわち注意義務を認識し、それに従って行為する行為者の能力である<sup>(25)</sup>。取引義務違反の事例における外部的注意と違法性のパラ

レル評価は最も明らかである。外部的注意はこの場合もっばら正当な行為に一致する。外部的注意の顧慮によって示される内部的注意をその過失概念の一部と解釈する、すなわち概念的に違法性（外部的注意）と過失（内部的注意）を区別しないことによつてのみ、過失が取引違反と同視されえないことが主張されうる<sup>(26)</sup>。

外部的および内部的注意の理論を主観主義の発展形態とみなしうる一方で、違法性と過失の平行を説明するもう一つの出発点は、行為違法の理論の客観主義的な変型と説明されうる。それは注意違反の中に違法性の問題を認めるのではなく、過失の構成要件の中で注意違反を前提とする。それゆえにその支持者は、取引義務違反を276条2項の意味の取引上必要な注意の懈怠と同視されうると簡潔に定式化することができる<sup>(27)</sup>。この視点もまた、責任の総ての行為志向的モデルのように刑法上の先蹤に依拠しえた。それによつてほぼローマないしキリスト前の見解に到達していたことが散発的にのみ観察された。加害者の不法行為責任を理由づけるために、損害が違法な方法で加えられなければならない（違法な加害（damnum iniuria datum））。この背景のもとで悪意もまた債務（罪）の方式ではなく、違法行為を構成する要件を構成する徴憑とみなすべきことが今日提案されることが起こらなくはない<sup>(28)</sup>。

#### (d) 行為義務としての履行

給付障害法では不完全給付の概念がすでに長い間不履行の概念からの決別に導き、かつ同様に義務志向的な給付概念を準備した。行為違法の不法行為論はこの展開にもともとほとんど影響を与えなかった。むしろ収れんするとしても両理論において、行為のみが可罰的なのであり、状況が可罰的なのではないという考えが道を開いて進んだといえる<sup>(29)</sup>。しかし目的的行為論の刻印のもとで、新たに給付障害法が行為違法の原則によつて支えられる、すなわち給付障害もまた不履行の中にはなく、行動の義務に違反したことの中にあると議論された<sup>(30)</sup>。かような予備作業のうえに債務法改正委員会<sup>(31)</sup>および起草者のもとで給付障害は義務違反の中に存在するという見解が確立されることができた。それによつて給付障害法において取引義務論に類比しうる行為志向的な展開が



実現した。行為義務の違反のみが賠償請求権を理由づけるという理論的帰結は、近時の文献には散発的にのみみられる<sup>(32)</sup>。しかしそうはいつでも、カナリス (Canaris) が不法行為責任と契約責任の間の第三の道と見ようとした<sup>(33)</sup>保護義務違反は、二つの他の責任モデルに代替した。この概念法学のかような理論的基礎付けが嘲笑されるように、いずれにせよその新しい形式における行為違法の理論は近時の刑法理論において時代遅れとなっている。これが民事立法者を予見しうる期間内に義務概念の改定に導くであろうことは期待されえない<sup>(34)</sup>。

## (二) 過失の標準

ドイツ民法典は過失を取引上必要な注意と規定するが(276条2項)、軽過失と重過失の限界についてはいかなる定義もしていない。それは必要ではないとされた。すでに第一委員会が予定したように、裁判官は、特別の注意をもって行動したかを判断する<sup>(35)</sup>。この場合大抵の古い学者は重過失を取引上必要とされる注意の特別に重い懈怠と述べた。それと並んでローマ法源に由来する、各人に明らかであるに違いないことを懈怠することが重過失だという説明がなされた。ライヒ裁判所および連邦最高裁は両方式に従った<sup>(36)</sup>。社会法典(X)では、それは初めて法文となった。それによれば、重過失は、必要な注意が特別に重い程度に侵害されたときに存在する(45条2項3文3号)。しかしそれによって法律はいかなる定義も与えておらず、重過失を単に言い換えているに過ぎない。ローマの原則の方が発言力が大きい。学説上の一部は、高められた主観的な非難可能性が問題になるときに、重過失により行為したとする判例を支持する。しかしこれは、外部的な注意と内部的な注意の区別を支持し、または過失を一般的に主観的に理解する場合にのみ理由づけられうる。この見解について秤にかける判例は部分的に間違いである。すなわちそこではしばしば、その都度判断されるべき人間の範囲のために、注意深い行動の一般的な標準を具体化することが問題になる<sup>(37)</sup>。

クストディア責任の事例は、モムゼンにより偶然の不能の問題とされ、ローマ法-普通法の危険責任に関する事例群は、ドイツ民法典自体の中(278条、831-834条、830条1項2文、701条1項2文)、または特別法

の中に採用された。そのため起草者にとって最軽過失の語は不要なものになった<sup>(38)</sup>。しかし50年以上の禁欲の後最軽過失概念はドイツの責任体系に戻ってきた。まずマイヤー・マリー (Meyer-Maly) が、最軽過失しかない労働者には損害賠償義務が課せられないという意味で、その労働法への復帰を認めた<sup>(39)</sup>。連邦労働裁判所は、被用者が免責しうる失策により損害を与えた場合に被用者の責任を免除した<sup>(40)</sup>。危険傾向的活動という語との決別後もまた事態は変わらなかった。判例によれば、従業員の故意、重過失については全責任を負い、通常の過失については過失相殺されるが、最軽過失の場合は免責される<sup>(41)</sup>。しかし他の分野においても軽過失と不可抗力との間のスペクトルを拡大しようとした。有力説は、賃貸人が事件ではなく、最外部のまたは平均を超える注意について責任を負うと論じることによって、賃貸人の担保責任を緩和しようとした (1900年民法538条、現行536 a 条 1 項)。過失責任と危険責任の中間的立場を道路交通法 (StVG) 7 条 2 項および責任法 (HPfG 1 条 2 項) (いずれも2002年の法律) もまた採用した。両規定によれば、損害が避けられない出来事により惹起されたときは、保有者または経営者の責任は排除される。それに際して不可抗力の範疇または保有者または経営者の注意への特別の要求が問題になるかどうかは議論があった。しかしこの標準はドイツ民法典に知られた不可抗力と過失の標識の間で疑いもなく存在した。その限りでローマ法の抵抗されうる事件 (*vis cui resisti potest*) を想起した<sup>(42)</sup>。2002年の法改正によりもはや回避しうる事件ではなく、不可抗力のみが責任を排除する (2002年7月19日の「損害法規定の変更に関する第二法」(2002年8月1日施行) による)。この変更により自動車保有者および軌道事業者の責任が拡大された。原子力法 (AtomG) の下で最軽過失に類似したルールが存在するが、その場合でも不可抗力に対する包括的で限界のない保証義務は排除され、事業者の責任はむしろ支配しうる危険に制限される<sup>(43)</sup>。

(※) 帰責規範か責任規範か？

19世紀末の法状況および立法の動きを観察するときは、1900年の276条が不履行および不完全履行による債務者の一般的責任を理由づけるこ

とには疑いはない。編纂委員会が第一草案224条で行った転換と変更は、履行ルールと責任ルールの結びつきを除去したが、それは普通法の学説と実務を知っている者にはよく知られていた。これはドイツ民法の初期の解説と同様にライヒ裁判所<sup>(44)</sup>にも当てはまる。積極的契約侵害の発見後はこの限りでない。少数説のみがかような違反が276条によっても規定されることを認めた。大部分はシュタウブ (Staub) のように法の欠缺を認め<sup>(45)</sup>、様々な類推によってそれを満たそうとした。それとともに276条は急速に責任ルールにすぎない、すなわち単に責任標準を包含するだけだということになった<sup>(46)</sup>。

その限りで1945年後もそれは基本的に変わっていないが、特にかような論者が276条にその発生史が考察していた責任規範を見出したことが指摘される。有力説は、歴史的な分析にもかかわらず、276条が責任の基準のみを規定するが、固有の責任規範ではないという結論に達する。ブラウロック (Blaurock) は、その論拠を法源が不完全に記述していることに求め<sup>(47)</sup>、ヤコプス (Jakobs) はその論拠を、第一および第二委員会が、損害賠償責任が給付不能の場合に初めて問題になるというサヴィニーの変容説から出発していることに求める。すなわち後説では、編纂委員会の干渉は、第二委員会が不完全に表現したもの、すなわち賠償責任が後発的不能に依存することを客観的に初めて完全なものにした。2002年の債務法改正は、帰責事由 (276条) と義務違反 (280条) の分離により、2002年以前の通説がとっていたものを実現したに過ぎない。それによって行為論的に考える主観主義が貫徹された。1900年の276条で要求された注意義務から要約された義務概念は独り立ちし、その限りで空にされた276条の文言は民法における意思責任を代表するものである<sup>(48)</sup>。

債務者の契約違反を主張しかつ立証した債権者になお注意違反の立証もまた課したかという興味ある問題は276条の役割と結びついていた。古い学説<sup>(49)</sup> およびライヒ裁判所<sup>(50)</sup> は、債権者が債務者の過失を立証しなければならぬという立場に固執した。それには基本的に二つの理由があった。一つは、ライヒ裁判所が債務者の賠償義務を契約上の過失と

結びつけたことである。注意違反はまだ義務違反および帰責事由の中で区別されていなかった。他方なお契約上の付随義務違反が契約法というより不法行為法の評価に服するという考え方が支配していた<sup>(51)</sup>。給付義務の不履行の場合に直ちに債務者がその責めに任じなければならないことから出発しうるとすれば(1900年民法282条)、付随義務違反は、それが給付障害の問題と判断されるとしても、なお不法行為責任の考えと結びついているように見えた<sup>(52)</sup>。

しかし戦後は給付結果の実現ないし契約目的達成を中心に据えて債務者の義務を捉えることから、完全性利益の保護もその履行過程に取り込まれる限りで契約責任により保護するという立場が有力化した(ラーレンツ(Larenz)、エッサー(Esser)など)<sup>(53)</sup>。他方戦後の裁判所および多数説は、債権者が付随義務の違反の場合にも1900年民法282条で予見された挙証責任転換の利益に浴するという考え方に転換した。そのため動員された議論は様々である。連邦最高裁が債務者が支配する危険領域に従って区別したのに対して<sup>(54)</sup>、学説の一部は、1900年民法282条の類推を提案した。若干の者は連邦最高裁に従い、他の者は債務者が結果発生義務を負うか、それとも単に努力義務を負うだけなのかによって区別しようとした<sup>(55)</sup>。また他の者は、挙証責任を不法行為責任における保護義務と付随義務の違反において展開したルールに委ねようとした。新しい義務違反の構成要件とともに給付義務違反と付随義務違反の区別が一挙に喪失した。従って挙証責任の分担が総ての義務違反の場合に法律上規定された。それはもちろん、特に医師の責任の場合のように一般的な挙証負担の転換がいかなる理由によるものであろうと従来拒絶された領域で新しい議論を誘発しうる<sup>(56)</sup>。

#### (ハ) 担保と危険

債務者は276条に従って悪意および過失の場合だけでなく、彼が担保または調達危険を引き受けた場合にも責任を負う。債務者に契約上より重いまたはより軽い責任が課せられることを例を挙げて説明するこれらの事例によって、1900年の民法463条および1900年の民法279条の責任規定に新しい脚を与えようとした。両規定は一般的原理に還元されるよう

にみえるが、古い考え方とともに古い問題をも新规定に受け継いだ。旧463条の最も由々しい問題は、いかなる事例で明示的または推断的保证から出発しうるのである。今や法律上規定された調達危険は、いずれにせよ判例、学説が1900年民法279条に関して有していた二つの問題を避ける。一方では種類債務で調達義務を負う一方で、他方では債務者がどの程度責任を負うかは、種類債務でも具体的事情に依存する。これら二つの争点は新规定により事実上解消した。しかしどのような出来事が債務者を免責するかという問題は、新规定(275条1項、2項)によっても答えられるべきであり、しばしば従来と同様契約合意に基づいてのみ結論が得られる。少なくとも教育的な観点では、新しい規定により種類債務の特定に関する規定がどのような意味を有するのか、およびどうして種類債務者が給付について遅滞に陥るのかを説明することはより困難である。場合によっては276条1項の責任規定から、種類物からの給付義務を負う者が通例種類物がなくなるまで義務を負うことを結論せねばならない。そもそも根本的な不能法の意味の変遷に従えば、どうして法律がさらなる二次的な責任の枠内でのみ特別な事物債務に関わる義務の命令を話題にするのかわからない。1900年民法では給付義務の存続を責任を負うべき場合(Vertretenmüssen)として規定すること(1900年民法276条)はなお意味があったとしても、これは2002年民法では教育的な理由からだけでなく場違いに作用する。その枠内で276条1項が重要になる基本的構成要件、すなわち280条1項を考慮する場合、債務者が担保または調達危険を引き受けたがゆえに義務に違反したという奇妙な結論に達する。義務違反はこの場合だけでなく、概念的なメリーゴーラウンドに陥ることになる。276条に金銭債務についての規定が盛り込まれなかったことは、いずれにしても安定した学説、判例のために大きな欠陥ではない。さもないと275条1項の例外として同様に良い相当な規定が定式化されたであろう<sup>(57)</sup>。

(b) 278条の広い適用範囲

(a) 後から与えられた理由づけ

1900年ドイツ民法278条は「債務者は、彼がその法定代理人及びその

債務の履行のために用いる者の過失につき自己の過失と同じ範囲で責任を負う、276条2項の規定は適用されない」と規定した。当初学説上本人が補助者の履行行為につき責めを負うのか、補助者の履行に際しての加害についても責めを負うのかにつき議論があったが、次第に前説が通説、判例になった<sup>(58)</sup>。履行補助者の過失について自己の行為のように主人に責任を負わせる決定は、特に実務的な考慮からなされてきた。従って1900年後それだけ一層学説は補助者責任のための耐えうる理論的な基礎づけを得ようとした。他人の給付義務を負う者は他人の注意もまた負うというエンネクツェールス (Enneccerus) の定式<sup>(59)</sup>はすぐに放棄された。有力説は、債務者が履行補助者を置くことによって付加的に危殆化したかゆえに責任を負うと論じた<sup>(60)</sup>。それに対して巧みな補助者は債務者自身よりもひょっとしたら危険ではないという幾分平凡な批判がなされた。この異議を債務者がその補助者のために引き受けた債務者の担保責任から出発する者は回避した<sup>(61)</sup>。もちろん契約により基礎づけられたものではない債務関係ではこの理由づけは当てはまらない。担保思考とともに債務者が代理人の表示についてのようにその補助者の行為について責任を負うという見解が述べられた。その類推は、クリュックマン (Krückmann) のように履行代理人 (Erfüllungsvertreter) から出発する限りにおいてのみ認められ、クレス (Kress) のように義務違反における代理を論じる場合は認められなかった。事実上278条について述べられ、今日一般に認められている理由づけは、その行為領域を補助者の投入によって拡張する者は債権者に対してそれにより生じる不利益についても責任を負わなければならないというものである。この評価にはドイツ民法典の施行後に考慮されるようになった経済的衡量もまた結びついている。履行補助者の加害行為の危険は、債権者よりも債務者の方がより支配しうる。彼は一方ではこの危険に対して付保しうる。他方で彼はその責任費用を債権者によってもたらされるべき反対給付の枠内で計算に入れうる。ヘックは、債務者が278条の下ではその補助者を注意深く選び出し、指導することを強えられるという社会学的利益もまた主張した<sup>(62)</sup>。しかし債権者が補助者よりも債務者に対してより賠償

を得やすいという価値に適って疑わしい考慮は、若干の者にとってより扱いやすいように思われた。ゲルンフーパーは理論的、制度的な理由づけに立ち戻った。義務に適った行為と義務違反が帰責の統一（Zurechnungseinheit）を形成するがゆえに、債務者に履行補助者による責任を負担させることを促すというのである。すなわち、履行補助者の義務に適った給付行為と義務違反の間の帰責の統一とともに実際上例えば履行補助者の正常な履行が帰される債務者がその義務の懈怠についても責任を負わねばならないことがよく説明される<sup>(63)</sup>。

#### (b) 拡大と制限

すべての補助者責任の正当化に関して展開された議論は、278条により規定された事例を超える。それは債務者がその事業所または家計の中で活動する者により責任を負うことだけでなく、彼がそもそも自己の義務の履行のために用いるすべての者および設備のために責任を負わなければならないことを理由づける。それに当初から、履行に関与させられていたが、債務者といかなる契約関係もないような者、およびそれに一致して債務者がその投入を計算しなければならない限りで、補助者の補助者もまた数えられた。さらに例えばその俳優の上演中の過失ある行為のために劇場経営者に<sup>(64)</sup>、その家族構成員または使用人の行為のために賃借人に責任を負わせた<sup>(65)</sup>。もちろん一人の清掃員が他の清掃員にけがをさせるなど債権者が債務者との間で第三者と同様の契約関係にある場合や第三者の給付行為が直接には債権者に関わらない場合には同様な拡大は拒否された。もちろんこの限界設定を理由づける困難が生じた。それは例えば債務者への供給者が履行補助者であるかどうかという問題において示される。供給者が債権者への引渡しに協力するときは、これは肯定される<sup>(66)</sup>。これに対して債権者が債務者への供給者の遅滞または瑕疵ある給付により損害を受けたときは、否定される<sup>(67)</sup>。これは供給者が後者の事例では自己の義務を履行するが、債権者に対する債務者の義務を履行するものではないということによって説明された<sup>(68)</sup>。トレヴィラ（Trevira）事件では連邦最高裁は、個々の場合にあまり公平でないように見えるとしても、この観点を強化した<sup>(69)</sup>。供給者を履

行補助者とみなす結論および理由づけはもちろん再び問題とされた。同様に278条の機械および装置の故障に対する責任への拡大も議論されている。実務上はこの道は辿られなかった。そのことは通例給付障害法において当てはまる過失の推定(280条1項2文)が債務者の責任に導くことを推測させる。履行補助者による責任に関する議論は、(ローマ法における)個人的責任の原則および(普通法における)意思責任(Willensschuld)の原則に由来する。しかし機械は法の主体ではなく、また今日の技術状況によれば意思を形成し、それゆえに過失により行為することはできない<sup>(70)</sup>。

(c) 新しい適用領域

法典は補助者責任において水門を一方においてのみ開いた。278条は履行補助者のための無条件の保証義務を規定する。他方において遂行補助者(Verrichtungsgehilfe)による責任の場合は、控えめであり、債務者の固有の過失を要求する。従って実務の水は278条の方向に落下し、給付障害法が不法行為法の代わりにかなりの程度拡大することを助長した。そのための決定的な転換はすでにBGBの施行直後になされた。補助者責任は給付障害法の転換のための唯一の原因ではなかったがゆえに、もちろん278条の寄与を個々に確定することは困難である。それは二つの裁判の路線で明らかに認めうる。契約締結上の過失と第三者のための保護効を伴う契約がそれである<sup>(71)</sup>。

ライヒ裁判所はいわゆるリノリウム絨毯事件で契約締結前の過失を援用した<sup>(72)</sup>。不法行為上の取引安全義務と契約上の保護義務との平行構成を促す同様の事例に関する連邦最高裁の判決は、この判決の伝統の中にある<sup>(73)</sup>。リノリウム絨毯事件判決は、契約上の補助者責任の契約締結前の時期への拡大のための一里塚である。實際上以前はとりわけライヒ裁判所の幾分骨の折れる理由づけのために<sup>(74)</sup>、278条が契約締結前にそもそも適用されうるかどうか議論された。いつもその規定は、債務者がその義務の履行のために補助者を用いることを前提とした。しかしライヒ裁判所はすでにフェルトベルクファールト(Feldbergfahrt)事件で、具体的な事例で証明されていない契約開始の間も積極的契約侵



害の責任およびそれに伴って278条の適用が問題になることを許容した<sup>(75)</sup>。いずれにせよリノリウム判決後学説上も考え方が一新された。すでに契約締結前に保護—および情報提供義務が存在するがゆえに、補助者はそれを侵害し、その限りで債務者に責任を負わせうる。かような理論的整序は、付随義務を給付義務とその限りで同じ価値のある、いずれにしても履行しうる義務とみなすことを前提とした<sup>(76)</sup>。

278条は契約上の保護義務の拡大のためにも決定的な役割を演じた。すでにシュリッテンファールト (Schlittenfahrt) 事件<sup>(77)</sup>では、患者に治療する医師に呼ばれた運送業者に対する固有の請求権を認める (ド民328条 (第三者のためにする契約)) という解決が、運送業者にその補助者 (馭者) の過失のために責任を負わせるという見込みにより本質的に動機づけられた。第三者のための保護効を伴う契約の発祥にも履行補助者による責任が関与している。病院が保険事業者に対して被保険者を患者として承認し、治療する義務を負った。診療した医師の不注意により患者がしょう紅熱に感染した<sup>(78)</sup>。病院に対する患者の請求権のためにライヒ裁判所は、831条ではなく、第三者のためにする契約と結びつけて278条を引き合いに出した。この判決もまた、独立した、履行義務と並んで存続する付随義務がなければ考えることができないであろう。ライヒ裁判所は、病院はその給付を保険者にもたすが、その限りで存在する契約関係は、患者を病院職員の誤った措置に対して保障することの中にあると論じる<sup>(79)</sup>。履行請求権を第三者のための付随義務 (328条) から理由づけることに初めて突破口が開かれたとしても、後の判決はそこに素早く入り込もうとした。それらすべては831条と278条間に存在する落差がなければかくも多くのルールを使って理由づけられることはなかったであろう<sup>(80)</sup>。

しかしシェールマイヤーによれば、この理由づけには278条の適用を限界事例ではっきり示すのと同じ弱点が付着している。第三者のいかなる行為が、保護義務関係の立場から補助者の行為と記されるのであろうか。例えば上記に述べられた事例において、どうして病院が保険関係における患者の債務者としての保険会社の履行補助者でないのであろうか。

判例、学説は、この問題を原理的な理由からと同様に実務的な理由からも設定しなかった。最終的に病院が責任を負うとされた。長い間債権者が第三者を契約上の第三者保護の屋根のもとに引き入れるために、第三者の命運について責任を負わなければならないという定式は、契約当事者の間に存在する契約への視線を遮ってきた。この方式を捨ててから<sup>(81)</sup>、第三者のための保護効を伴う契約の理由づけと限界づけのために特に契約当事者の関係が問題になることがより明らかに示された。問題と評価はこの場合、履行補助者としての供給者の理由づけのために生じるものと同じである。そのために主たる給付が第三者にもたらされるのではない場合に、債権者が履行補助者としてその債務者の行為の責任を債務者自身に負わさなければならないがゆえに、この第三者に（彼らの間に存在する債務関係という立場から）債務者に対する請求権を指示することが首尾一貫しているであろう<sup>(82)</sup>。

第三者のための保護効を伴う契約が社会国家の原理から正当化されるという見解は無意味でかつ誤導的であろう<sup>(83)</sup>。この見解が正当であるとすれば、私法全体、特に不法行為責任に関する規定も社会国家の原則の反映と解釈しなければならないことになる。831条1項2文により債務者に開かれている免責の可能性は、日替わりの決定の所産であり、法政策的には問題である。それは事物の強制によっても、また評価の強制によっても民法に予定されない。契約上の責任の拡大と関連して社会国家の原理を指示することは、契約の中に共同体思考の促進への手段を見た時代を思い出させる。その他必要とみなされた第三者保護を328条の上に実現する決定は、本来社会政策的な理由を有さなかった。問題はすでにその前の時期に見られた。しかし契約が履行義務とは独立した付随義務を作り出したという認識が、初めて328条、278条の上に理由づけられた契約上の責任を正当化した。この構造的な決定は、ノイナー（Neuner）によって観察された、ワイマール共和国の社会立法的措置に先行した。社会問題のための新たな鋭敏さが第三者保護の契約のための判例の拡大を促進したことはその他の点では問題外である<sup>(84)</sup>。

## (チ) 債務者遅滞

## (a) 督促

ローセによれば、1900年民法271条が、債権者が給付を請求し、債務者がそれを実現しうる時期を定める一方で、1900年284条はいつから債務者が給付を実現しなければならないかを規定する。それゆえに連邦最高裁の基礎となっている考えによれば、督促の機能は、弁済期とともに生じる債権者の請求可能性が債務者の給付義務に転化し、不給付が債務者の義務違反となる時期を確定することの中に見るべきことになる。この考えは起草者の考えならびにBGB発効後の普通の考えに適合した<sup>(85)</sup>。ジーバーは1908年に具体的に271条の通常の弁済期到来とは異なる、督促とともに生じる請求権の弁済期について述べた<sup>(86)</sup>。まだ1960年代までは利用(Verwendung)という概念が見られた<sup>(87)</sup>。

これまで督促の本来の目的としてではなく、債務者の遅滞責任がすでに単なる弁済期後の不給付のときではなく、督促後に始めて生じるための論拠としてのみ引用されたことを引き合いに出すことに制限されたがゆえに、その時からこれらの関係は背後に退いた。すなわち債務者は、債権者が今や給付を請求し、かつ給付請求から、これが督促の中に表明される必要がなく、また債権者の意思がもっぱらそれに向けられている必要がないとしても、不給付が場合によってはなんらかの帰結を有するという効果を引き出しうることを明確に知るところとなった。それゆえに今日の理解によれば、督促にはまず第一にまたはもっぱら警告機能が帰する<sup>(88)</sup>。督促が債務者の認識をもたらすものであること、債務者が今や遅滞なく給付を実現しなければならないこともまた疑う余地はない。しかし督促の目的の警告への制限およびその概念自体はあまり役立たない。全く警告されるには及ばないから、それはその概念のために当てはまる。督促の目的の警告への制限は、その制限から不給付もまた単なる弁済期後、すでにその中に義務違反が見られうるがゆえに、債務者を遅滞損害の賠償に義務づけうるという結論が導かれる場合、誤った決定にすら導きうる。督促にもかかわらず給付しない場合に始めて義務違反となるという視点は、280条1項1文が債務法改正以来すでに弁済期後の

単なる不給付を義務違反として表明することによっても変更されえない。それは義務違反の改正された給付障害法の中心概念としての不首尾な選択からの帰結に過ぎない。実体的には、債務者が275条1項に従って給付義務を免れる場合に給付をしないことが義務違反にならないように、給付義務違反は問題にならない<sup>(89)</sup>。

督促はさらに、それが、彼が給付義務を知らなかったという債務者の主張を困難にすることによって、過失にとっても意味がある。従って督促はすでにローマ法におけるように、不給付がその限りにおいて債務者の責任であることを明らかにする。もちろん債権者が、督促をしなければならぬこと、争いがある場合は、督促をしたことを証明しなければならぬことから、例えば彼がその限りで債務者の過失を証明しなければならぬという結論を導く必要はない<sup>(90)</sup>。むしろローマ法におけると同様に債務者の給付義務の認識に関する争いを大幅に避けることのみが問題になる<sup>(91)</sup>。

給付時期の確定および給付義務の認識の欠落による免責の抑制という督促の二つの目的は、債権者が、債務者が今や給付しなければならぬことを知るようになる他の事情を督促として提示しうる場合にも、要求を満たすであろう。遅滞の要件となるのは督促または給付期日の暦日上の定めではなく、出発点においてはもっぱら請求権の弁済期であるというジーバーの提案はこの考えに基づいている。満期の発生を督促や給付時期の暦日に適った確定以外の方法で立証することは債権者に知られていない。1900年法284条からは単に給付期日の暦日によらない定めの場合には、疑わしい場合は督促が必要となることのみが引き出されうる。この考えは督促の目的が正当に認識された場合にも、貫徹されなかった。起草者は意識的に督促を、特定の例外事例のみにおいてそれから外れる基本的原則とすることを決定し、債権者にそれによって例外構成要件の外部で督促によるものとは異なった給付時期の他の定めの可能性を遮断した。それにもかかわらずその規定は任意規定である。督促の契約上の放棄は有効である<sup>(92)</sup>。

債務者の自己督促の許容性には、この場合債権者が債務者の負担で一

義的な給付請求とは異なった事情を指示するのではなく、債務者自身が、彼が給付を特定の時期にもたらずという発言により、債権者による督促がいらぬことを明らかにしているのだから、督促の要件は同様に抵触しない。それもまた債権者による給付義務のための時期の定めを余計なものにするのだから、給付の実現はこの発言と同等である。当事者間にはいつでも履行されるべきことが確定している。それは瑕疵あるないし不完全な給付の場合、債権者がそれをこの事実を知って承諾せず、かつ即時の瑕疵除去または残部の給付を要求しない限り、遅滞の発生がなお、債務者が瑕疵を知りまたはその不知に責任があることにのみ依存するという結果を有する(2002年民法280条1項2文、286条4項)<sup>(93)</sup>。

(b) 確定された給付時期による遅滞

ローセによれば、督促に代わる給付時期もまた、まず第一に警告機能ではなく、債務者が給付義務を負うべき時期を定める任務を有する<sup>(94)</sup>。それからまず、当事者が、債権者が列举された期日の前に給付を請求しうべきでないことを債務者のために確定する意図でのみ特定した給付時期が286条2項の要件に十分でないことが生じる。当事者が異なった定めをなすことがその自由であるがゆえに、その規範自体がこれらの事例もまた規律すべきだとする起草者の見解もまたそれを何も変えることはできない。期日が合意されねばならないものではなく、法律、判決または遺言によっても生じうることも、同様に疑うべきではない。しかしすでに資料で用いられた法律行為、法規および判例の三幅対は学説上今日まで厳密にそのようなものとして存続してきた。債権者による給付時期の一方的な決定もまた有効である。すでにモティーフェ(理由書)の執筆者が、若干の法秩序の中で規定されている「期日が異議を唱える……」という法命題の給付時期の契約に適った定めへの制限に反対した。本来の法的命題の論拠が、期日の指定の付加によりこの時期の給付—および履行義務が確定され、債務者がそれからすでに給付することへの必要な催告を引き出さねばならないことにあるがゆえに、かような制限には根拠はない<sup>(95)</sup>。しかしその場合債権者による一方的な定めに対して承認を拒絶するきっかけもまた存在しない。この定めをなす権利は、彼

が弁済期とともにいつでも給付を請求する権利を有するがゆえに、契約上の言明が弁済期にのみ関わる場合、直ちに債権者に帰属するのではなくなければならない。債務者の権利はそれにより縮減されない。上記の給付時期のみがそれ自体として弁済期後始めて生じる限り、債権者がその期日をすでに弁済期前に定めた場合ですら同様である<sup>(96)</sup>。給付時期の一方的な定めによっても債務者は、いつ債権者が給付を事実上期待するかについての必要な認識を取得する。逆に督促が弁済期後に始めて観察に現れることは、すでに督促が即時の給付の要求であり、それゆえに弁済期前には効力がないために、かような給付時期の指定の効力とは抵触しない。弁済期前の給付時期の一方的な定めに対して、債務者保護の観点は一度も主張されることはなかった。債務者が弁済期後単なる給付要求により直接遅滞に陥るときは、弁済期前にまたは弁済期とともに告知された給付期限は、給付を実現するために彼に短い期間ではなく、十分な期間を与える。実際上それは特に2000年4月30日まで適用された法に従えば正當にも、債務者が計算に入れられた支払い時期の経過とともに自動的に遅滞に陥ることが認められえたであろうという結論に達する（通説は反対である）<sup>(97)</sup>。

2000年3月30日の「弁済期の到来した債務の支払いの促進に関する法律<sup>(98)</sup>」により導入された284条3項によって起草者は、2000年5月1日から2001年12月31日までの期間について、金銭請求の場合に従来の遅滞要件を従来の遅滞理論にあてはまらない基礎的な新規定に服せしめた。金銭請求の債務者は、債権者の表明に従ってその時から債権者が遅滞のない給付を期待することについていかなる疑問も存在しえない期限の経過とともに今やもはや遅滞に陥らなかった。その規定が284条1項および2項の適用可能性を排除するがゆえに、その代わりに遅滞は、弁済期の到来および計算書またはそれと同価値の支払い請求書の到達後30日経ったときに初めて生じ、それとともに債務者が合意された弁済期限または支払い請求のために、遅滞に陥らないように自らすでにより早い時期に給付していなければならなかったであろう場合ですら、30日後初めて遅滞が生じた。それはその規定を単に督促の欠落の場合に支払い促進

にだけでなく、逆に債務者の保護にもまた導いた起草者の意図に適合していた。債務者は弁済期の到来した計算書を常に30日間検討する可能性を有すべきであった。いずれにしてもあまり意味のない支払促進の目的は、もちろん計算書に実際上常に記載された支払時期の経過を従来遅滞を理由づけるものとは見なさなかったがゆえにのみ達成されえた。その規定は再び、広く拡散した批判にもかかわらず、目的論的な減縮が制限的な解釈と同様に可能でないとみなされたがゆえに、債務者保護の目的を根本的に実現した。しかしこの目的は、その規範がいずれにしても任意法規であり、かつそれゆえに契約上の弁済期の規定が、それらとともに284条3項の検討期間が284条1項および2項のルールのために明確に排除されたかどうかの問題の厳密な検討を喚起したがゆえに、実現しなかった<sup>(99)</sup>。

統一的な批判のために、しかしまた284条3項に従って発効した支払遅滞指令<sup>(100)</sup>のためにその規範は債務法改正の枠内で286条1項および2項が今や286条3項と並んで適用されうるというように変更された。かくして286条3項は、遅滞がいずれにせよすでに30日以内に発生しなかった場合、弁済期および計算書の到達後30日で遅滞に導く受け皿構成要件にすぎない。典型的に30日より短い期間が経過した計算書に通例記載された支払期限を、許容された一方的な給付時期の定めと認めるとすれば、その規範は実際上ほとんど意味を有さない<sup>(101)</sup>。

(c) 過失のない遅滞は認められない

1900年民法285条もまた、パンデクテン法学者によって提起された、遅滞における過失主義に関する議論を当初は終わらせなかった。一部の学説はずっと個々の免責事由に関する議論を行った。それは例えばエンデマン (Endemann) について当てはまる。彼によれば、1900年民法285条の機能は不能法への指示に汲み尽くされ、それゆえに彼は、遅滞を、最終的に生じたものとして債務者を全く免責するであろう事情が存在する場合のみ排除しようとした。従って給付義務の責めに帰すべからざる事由による不知は、債務者を免責させえない。285条はむしろ給付義務の鋭い緊張を規定する<sup>(102)</sup>。この見解は、1900年民法279条の二つの機

能の背景の前でほとんどグロテスクなように思える、1900年民法279条は給付遅滞における帰責事由にとって考慮されるべきではないという見解と同様に貫徹されえなかった。しかしこのために、その原則がいつも例外を見出す1900年民法285条を援用することにより、また原則に対して特に挙証責任の分担を視野に入れることにより、帰責事由についてもまた議論した。1913年にエルンスト・ハイマン (Ernst Heymann) は、継続してきた議論を問題の徹底的な歴史的再検討に導いた。法は履行義務の違反に対する責任を定め、過失に対する責任の原則を立てているが、この原則は事例の多くにおいて偶然や事実による責任によって破られている。すなわち遅滞のためには過失が必要だというルールは制限が加えられねばならない<sup>(103)</sup>。しかし、彼の見解はもちろん受け入れられなかった。その代わりに過失主義の反対者は徐々に黙り込んだ。「過失のない遅滞は存しない」という短い標語は、285条の非公式の見出しとしてまた学説上妨げられることなく貫徹された<sup>(104)</sup>。

ローセによれば、この短い定式は、1900年民法にとってまた債務法改正以来の現行法にとっても誤りであり、有害である<sup>(105)</sup>。しかしそれは、債務者が種類債務においてその給付の主観的不能について通常責めを負わねばならず、彼が特定物債務においても財産的困難に帰されるべき給付障害を援用することもできず、かつ原始的な主観的不能につきいずれにせよ責任を負うがゆえに、総ての事例の大部分において担保責任を負うという理由に基づくからだけではない。その短い方式に反するさらなる抗弁として、責めに帰すべきではない後発的な一時的給付障害の場合にすでに1900年民法275条に基づいて給付義務が一時的に生じないこと、したがってこの場合すでに請求権の貫徹可能性がないため遅滞が生じえないことが結果として惹き起こされたという指摘もお十分ではない。すでにエンデマンが提起したこの抗弁は<sup>(106)</sup>、過失の問題が単に不能法の中に重なり合うがゆえに、いずれにせよ形式的なものであるにすぎなかった。その短い定式はむしろ歴史的な視点からも、特にそれとともに同時にBGBの起草者が1900年民法285条によって普通法の過失論を受け継いだと主張される限り<sup>(107)</sup>、誤りであり、かつ有害である。すべての



これまで述べられた事例について当初285条の代わりに計画された不能法への指示で十分であろう。285条の本来の機能は、責めに帰すべからざる不知による給付義務の免責を可能にすることの中のみ存在した。従って遅滞における過失主義は、二つの事例、すなわち遅滞もまた排除する275条に基づく責任の免責および責めに帰すべからざる事由による錯誤の場合にのみ置き換えられた。しかしこれらの二つの事例によって、その純粋な、最後はヴィントシャイトによって主張された方式において責めに帰すべからざる事由による財産上の困難による免責すら可能にする、既に教会法学者に帰すべき過失主義が引き受けられたのではなく、過失主義の反対者の立場が受容された。その二つの残されている免責事由は何も変わっていない。過失主義の反対者には、各々の免責可能性を排除することにおいて何も与えられなかった。むしろその目標は、教会法学者によって最初に争われたバルトルスの理論以来、種類債務における担保責任の導入にのみ置かれた。特に疑わしい場合には、債務者の責めに帰すべからざる事由による給付義務の不知が遅滞の発生を妨げることは生じなかった。それはすでに争いのない督促の要件から生じる。督促が債務者からこの免責可能性を大幅に切り取るならば、遅滞はこの点で不可避免的に常に主観的要素を包含する<sup>(108)</sup>。

#### (リ) まとめ

1900年民法276条が定める悪意は、刑法理論の影響を受けて、行為者の意思が結果に向けられていなければならない(意思説)か、行為者が結果を少なくとも表象していれば足りる(表象説)かが論じられた。今日では意思説が通説だとされているが、行為者が結果を少なくとも認容したことが必要だとされている。悪意が違法性にも関わらなければならないかも議論され、それを否定する故意説と肯定する有責性説が対立した。また悪意と過失が非難の程度の違いにすぎないとして両者を連続的に捉える学説もある。

過失を客観的に捉えるか主観的に捉えるかにつき当初から議論があるが、適用されるべき注意の標準を加害者の具体的な関係に向けるいわば折衷的な立場も主張された。実務は戦前戦後を通じて一般的には客観主

義に立ったとされる。軽過失と重過失の区別は様々な言葉でなされるが、基本的にはローマ法以来の説明と異ならない。20世紀になると危険責任の概念が展開し、ローマ法以来のクストディア責任は影の薄い存在となった。最軽過失概念も同様である。

1904年にシュタウプによって発見された積極的契約侵害は、通説は法の欠缺だとした。この立場ではド民276条は単に責任標準のみを包含することになる。このような見解は戦後も維持された。債務者の契約違反を主張、立証した債権者になお注意違反（帰責事由）の立証責任が課されるかについては、戦前の学説、判例は、債務者の賠償義務が契約上の過失（不法行為責任）と解されていたこと等から債権者の立証責任を肯定したが、戦後は債務者が支配する危険領域の問題であること、付随義務違反も債務不履行の問題だとする考え方が一般化したことから、挙証責任の転換を認める立場が通説化した。債務者に悪意、過失がある場合だけでなく、彼が担保または調達危険を引き受けた場合も賠償責任を負担するという立場は維持された。

履行補助者の過失につき自己の行為のように債務者本人に責任を負わせる規定は、実務上の要請に基づくものであり、民法制定後は学説、判例は、その理由づけに腐心した。通説は、その行為領域を拡大する者はその不利益についても責任を負わなければならないとする。今日では履行補助者論の適用範囲の拡大が支持を得ているが、その限界については議論がある（債務者への供給者など）。ドイツ民法施行直後にすでにそれまでは不法行為法の問題とされていた領域が契約締結上の過失および第三者のための保護効を伴う契約として給付障害法の分野に取り込まれるようになった。

債務者の給付義務の不履行ないし注意義務の違反を判断するためには、債務者がいかなる程度の行為義務ないし注意義務を負担するかが問題となる。ドイツの学説上主たる義務と付随義務（保護－、指示義務）とを区別する立場が支配的になっていった。戦後の代表的な債権法教科書では、給付障害として責めに帰すべき事由による不能、遅滞、不完全履行、その他の義務違反が述べられた（ラーレンツ）。付随義務（保護－、注意－、

指示義務) 違反の法的性質については、社会的接触に基づく特別の法定債務関係説が支持を獲得していった。

履行遅滞については督促が問題になる。督促は警告機能を有するものであるが、債務者の過失を決定する上で意味がある。また給付時期を確定するという意味をも有しうる。しかしドイツ民法は、給付時期が確定されている場合には、債務者がそれからすでに給付することへの必要な催告を引き出さねばならないという立場に立った規定も置いた。ただし、金銭の支払い請求の場合は、2000年3月30日の「弁済期の到来した債務の支払いの促進に関する法律（EU指令を国内法化したもの）」により弁済期の到来および計算書またはそれと同価値の支払い請求書の到達後30日経過したときに遅滞が初めて生じるものとされた（ド民284条3項（現行286条3項））。ドイツ民法では「過失のない遅滞は存在しない」という原理が広く認められた。しかし実際には不能規定によって処理される場合が多いことを考慮しなければならないことを度外視しても、むしろこのような原理は存在していなかったという指摘もある（ローセ）。

〈注〉

- (1) BGH Beschl. v. 4. 3. 1957, BGHZ Bd. 24, S. 21（市電の事故の事例で、民事上の責任についても近代刑法理論の社会的衡平および発展の法的思考、特に過失概念が罪ではなく違法性の領域に属する要件を包含することが関与すると述べ、客観的に必要な注意の遵守の吟味を違法性の問題とし、個々の行為者における許容されない行為の帰責の問題のみを罪の吟味とする過失に関する刑法上の議論に触れる）。
- (2) Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des BGB., 2. Halbbd., 15. Aufl., 1960, SS. 1279, 1285.
- (3) Esser, Schuldrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1968, S. 69; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II / 1, S. 1145-1146 [Schermaier].
- (4) P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., 1910, S. 106.

- (5) Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürg. Rechts, Bd. 1, 3. Aufl., 1900, S. 237.
- (6) Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., 1992, S. 312.
- (7) Esser/E. Schmidt, Schuldrecht, Bd. I /2, 8. Aufl., 2000, S. 80.
- (8) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1146-1147 [Schermaier].
- (9) Dernburg, Bürg. Recht des Deut. Reichs und Preussens, Bd. II, Allg. Lehren, 1899, S. 135.
- (10) Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des Bürg. Rechts, 2. Halbbd., 13. Aufl., S. 1330f.
- (11) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1147-1148 [Schermaier].
- (12) Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 79.
- (13) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 6, 7. Aufl., 2017, S. 1669 [Wagner] ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1148-1149 [Schermaier].
- (14) RG. Urt. v. 23. 5. 1908, RGZ Bd. 68, S. 422 (6歳の少年が市電の車両に飛び乗ろうとして負傷した事例で、市電の経営主体に対する賠償請求に対して三分の一の過失相殺をした原審を支持したが、一般論として過失の判断には個別的事情が考慮されるべきであり、子供に対しては大人ほどの注意ないし慎重さは要求されないとした)。
- (15) Planck/Siber, Komm. z. BGB., Bd. II /1, 4. Aufl., 1914, S. 222.
- (16) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1149-1150 [Schermaier].
- (17) Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des Bürg. Rechts, 2. Halbbd., 13. Aufl., S. 1307f.
- (18) Esser, Schuldrecht Bd. 1, 3. Aufl., S. 69.
- (19) Esser, Schuldrecht Bd. 1, 3. Aufl., S. 244f.
- (20) BGH Urt. v. 7. 4. 1952, BGHZ Bd. 5, S. 318 (自動車レースで観客整理にあっていた者が無理な操縦をして突っ込んできたレーシ

グカーによって負傷した。最高裁は、レーシングカーの運転手は、主催者の安全配慮措置を期待しうるだけでなく、自らも通常の運転手同様注意深い運転義務が課されるとした。本判決は不法行為上の注意義務が客観的標準によって定まるとする)；Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1150-1151 [Schermaier].

- (21) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1151-1152 [Schermaier].
- (22) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 6, 7. Aufl., S. 1663 [Wagner].
- (23) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1152-1153 [Schermaier].
- (24) Deutsch, Die Fahrlässigkeit als Ausserachtlassung der äusseren und der inneren Sorgfalt, JZ 1988, S. 996. 潮見・民事過失の帰責構造200頁以下参照。
- (25) Stoll, Unrechtstypen bei der Verletzung absoluter Rechte, AcP Bd. 162 (1963) S. 229-230.
- (26) Deutsch, Haftungsrecht, Bd. 1, 1976, Rn. 367 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1153-1154 [Schermaier].
- (27) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 6, 7. Aufl., S. 1672 [Wagner].
- (28) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 6, 7. Aufl., S. 1662 [Wagner] ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1154-1155 [Schermaier].
- (29) Deutsch, Haftungsrecht, Bd. 1, Rn. 246. ドイチュ／アーレンス (浦川訳)・ドイツ不法行為法 (2008年) 57頁参照。
- (30) Löwisch, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP Bd. 165 (1965), S. 428f. ; Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 53f.
- (31) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht, S. 128f.
- (32) Schur, a. a. O., SS. 207f., 267f.

- (33) Canaris, Schutzgesetze—Verkehrspflichten—Schutzpflichten, Festschr. für K. Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 85f. 同旨 : Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ. 1967, S. 649f. カナーリスとティーレの理論 (統一的法定保護義務関係論) とその後の展開については、長坂純・契約責任の構造と射程 (2010年) 19頁以下参照。
- (34) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. zu BGB., Bd. II/1, S. 1155-1156 [Schermaier].
- (35) Mot. zu BGB., Bd. I, S. 280.
- (36) RG Urt. v. 22. 4. 1908, JW 1908, S.412 (プロイセンの区裁判所判事が抵当権の書き換えに際してあらかじめ申し出られた抹消のための注記を登記することを怠り、そのために債務者が損害を被った。債務者に償還した登記局がその判事に再償還を請求。この事件が起こったのは、重過失を償還の要件としていないALR施行時であるが (II. 10 para. 88f.)), BGB施行後制定された登記局の責任を制限する法律 (AGGBD 8条) によって初めて重過失が要件とされた。大審院は、重過失の要件の有無やその意味は、特別の規定がない限り現行法 (BGB) の下で判断されるとし、区裁判所判事が抵当権の譲渡の表示に、その登記なしにも後で表示された抹消の同意に抗議し、それを拒否する意味を付与した場合、彼には過失しかないとした) ; BGH Urt. v. 11. 5. 1953, BGHZ Bd. 10, S. 14 (動産 (電話線) の即時取得 (ド民932条) の成否に関し、同条2項は取得者の重過失は悪意に準じると規定する) など。
- (37) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1156-1157 [Schermaier].
- (38) Mot. zu BGB., Bd. I, S. 280.
- (39) Mayer-Maly, Die Wiederkehr der culpa levissima, AcP Bd. 163 (1963), S. 114f. 潮見・民事過失の帰責構造137頁-138頁参照。
- (40) BAG Urt. v. 9. 3. 1959, AP para. 611 Nr. 8など。
- (41) BAG Urt. v. 27. 1. 2000, BAGE Bd. 93, S. 295 (楽団員のビオラ奏

者が演奏前に借り物のピアノの弦を調律しようとして床に落とし、壊してしまった。それについてピアノ奏者には最軽過失があったと認定されている。弦の所有者に賠償したピアノ奏者が、奏者に過失のない限り使用者が楽器の毀損につき責めを負うとする労働協約上の規定に基づいて賠償請求した。第一審は賠償請求を否定。第二審は、請求者の（軽）過失は過失相殺（ド民254条）の対象になるにすぎないとして第一審を破棄した）など。

- (42) Ulpianus D. 19. 2. 15. 2（不幸な暴風が生じた場合、賃借人は賃貸人になにかを給付する義務を負うか。セルヴィウス（Servius）によれば、抵抗しえない総ての力の場合に所有者は借地農に給付すべきであるが、瑕疵がその物自体に起因するときはその損害は借地農に帰する。しかし災害によって総ての作物が滅失した場合は、損害は借地農には帰さないし、損害を超える賃料を支払う義務も負わない。穀穂病や炎暑、地震の場合も所有者が損害を負うが、（借地農が負担する）慣習を超えて生じたものではない場合は、借地農が負担する）。
- (43) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1158-1159 [Schermaier].
- (44) RG Urt. v. 13. 6. 1902, RGZ Bd. 52, S. 18（穀物業者間の20トンのライ麦の売買で、それが湿っていて製粉できなかった場合に、（当時の）ドイツ民法（467条、346条、347条）の法文に忠実に契約解除をした買主は、損害賠償請求はできないとした）など。
- (45) Staub, Vertragsverletzungen, 1904, S. 8 (E. Schmidt (Hrsg.), von Jehring, c. i. c./Staub, p. Vv, 1969, S. 95所収)。
- (46) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1159-1160 [Schermaier].
- (47) Schlechtriem u. a., Kolloquium aus Anlass des 75. Geburtstages von von Caemmerer, 1983, S. 51f. [Blaurock].
- (48) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1160-1161 [Schermaier].

- (49) Fr. Leonhard, Allg. Schuldrecht des BGB., Bd. 1, 1929, S. 544など。
- (50) 例えばRG Urt. v. 9. 7. 1907, RGZ Bd. 66, S. 289 (原告が被告から買った馬の飼料(インドとうもろこし)に唐ゴマが混入していてそれを食べた馬が死んだと主張する転買主に支払った損害の賠償を原告が被告に請求した。大審院は、種類に従って定められた瑕疵ある物の有責な給付の場合、瑕疵により生じた損害の賠償請求権が買主に帰属するが、それはド民276条に基づくものであるから、売主の過失行為はそれを主張する者が立証しなければならないとした)
- (51) P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., S. 113など。
- (52) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1161 [Schermaier].
- (53) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Aufl., 1987, S. 9f.; Esser, Schuldrecht Bd. I, 4. Aufl., 1970, S. 29. カナーリスは第三の責任形態の存在を認めた(本号113頁参照)。詳しくは潮見・契約規範の構造と展開(1991年)100頁以下、長坂・契約責任の構造と射程62頁以下参照。
- (54) 例えばBGH Urt. v. 11. 2. 1957, BGHZ Bd. 23, S. 288 (中央暖房設備の改良工事の請負で、取り付けた銅管にしばしばひび割れが生じた。最高裁は、請負契約で注文者が積極的契約侵害による損害賠償を主張し、かつ損害の原因が請負人の危険領域の中にあるときは、その無過失の立証は請負人がなさねばならないとした)。
- (55) Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP Bd. 176 (1976), S. 149f.
- (56) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1161-1162 [Schermaier].
- (57) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1163-1164 [Schermaier].
- (58) 潮見・契約責任の体系247頁-249頁。
- (59) 潮見・契約責任の体系241頁参照。
- (60) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 3. Aufl., 1893, SS. 53f., 62f. ;



Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deut. bürgerl. Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896, S. 87f. など。

- (61) Mot. zu BGB., Bd. II, S. 30 ; Larenz Lehrbuch des Schuldrechts I, 2. Aufl., 1957, S. 183-184 ; Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. 1/2, 8. Aufl., 2000, S. 95など。
- (62) Heck, Grundriss des Schuldrechts, S. 81-82.
- (63) Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 3 : Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, S. 446 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1164-1165 [Schermaier].
- (64) RG Urt. v. 27. 9. 1904, BGHZ Bd. 59, S. 22.
- (65) RG Urt. v. 17. 1. 1913, JW 1913, S. 425 (原告は被告所有建物の一階を営業所とし、四階を住居として賃借していた。原告の妻が階下に降りようとして階段の氷結により負傷した。被告(賃貸人)は原告の妻の過失による相殺を主張。原審は、原告は自己の権利に基づいて訴えているのだから、その抗弁はそもそも彼に対抗しえないとしたが、大審院は、妻の過失もまた斟酌されうるとした。賃借人は自己のためだけでなく、その家族員、従者のためにも建物を使用するのだから、使用に際して賃貸人の過失により負傷したときは、その契約上の権利を行使したこれらの者の過失もまた賃借人に対抗されねばならないというのがその理由である)。反対 : Krückmann, Pflichterfüllung und Rechtsausübung, JJ Bd. 65 (1915), S. 209f.
- (66) RG Urt. v. 21. 9. 1923, RGZ Bd. 108, S. 221 (容器に入った圧縮水素の売買で、売主への供給者が売主同意のもとに自己の工場に詰め、買主に送付したが、その容器には酸素が混入しており、買主のもとで爆発した) など。
- (67) RG Urt. v. 4. 1. 1921, RGZ Bd. 101, S. 157 (特殊なシャシーの第三者からの提供が要素になっているバスの製造契約で、第一次世界大戦の勃発により履行が遅滞したが、戦争終結後両当事者は新たな

製造契約を締結した。債権者（原告）は残金の支払と引換のバスの引渡を訴求。大審院は、シャシーの提供者が債務者の履行補助者ではないとした上で、新契約により債務者が第三者からの当該シャシーの提供を保証したと判示して、原告の請求を許容した。

- (68) Planck/Siber, Komm. z. BGB., II /1, 4. Aufl., 1914, S. 232 ; P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., S. 120.
- (69) BGH Urt. v. 21. 6. 1967, BGHZ Bd. 48, S. 118 (女性用既製服制作業者（原告）が紡績業者（被告）からトレヴィラ材を購入したが、それにはしわや折れ目があり、修正不能で既製服を製作することができなかった。第一審は、代金減額のみを認め、損害賠償は否定。控訴審もそれを支持した。最高裁は、売主の供給者（素材製造者）は売主の義務の履行補助者ではないとの立場を基本的に維持しつつ、被告がヘキスト社製造にかかる人造繊維の品質を原告に対して保証しているとみる余地があるとして、原審に差し戻した)。
- (70) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1166-1167 [Schermaier].
- (71) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1167 [Schermaier]. 潮見・契約責任の体系260頁以下参照。
- (72) RG Urt. v. 7. 12. 1911, BGHZ Bd. 78, S. 239 (百貨店を訪れた顧客がリノリウムの絨毯を購入しようとして従業員の不注意により頭上に倒れてきた絨毯により負傷した。大審院は、顧客が店に入ることにより契約関係が成立し、この場合にもまた履行補助者に関するド民278条が適用されるとした)。
- (73) BGH Urt. v. 26. 9. 1961, NJW 1962, S. 31 (バナナ皮事件。デパートを訪れた客が床に落ちていたバナナの皮を踏んで転び負傷した事件で、最高裁は、事業者が特別の注意をもってしばしば方向を変える顧客が床ですべて転ばないようにするための措置を講じなければならなかったとした) ; BGH Urt. v. 28. 1. 1976, BGHZ Bd. 66, S. 51 (野菜屑事件) など。
- (74) RG Urt. v. 8. 7. 1905, RGZ Bd. 61, S. 207 (息子（被告）の法定代

理人が当時の法律によって要求される後見裁判所の許可なく被告所有の土地を原告に売却したが、その際に同地から得られる収益について原告に虚偽の事実を告げていた。大審院は、本事例にド民278条を適用せず、後見裁判所の許可がなければ本売買契約は無効だとして原告の被告に対する損害賠償請求を否定した)。

- (75) RG Urt. v. 13. 12. 1906, BGHZ Bd. 65, S. 17 (それを買う気もあった、被告所有自動車に同乗していた原告が被告から運転を託された者の過失により負傷した。大審院は、被告の不法行為責任を原審同様否定し、本事例を積極的契約侵害の事例とみた上で、運転を託された者を被告の履行補助者とした)。
- (76) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1168 [Schermaier]。
- (77) RG Urt. v. 18. 11. 1915, RGZ Bd. 87, S. 289 (僧院が病氣治療のために原告を来させたが、被告に二頭立てのそりで原告を連れて来させた。しかし途中でそのそりが転倒し、原告が負傷したため、被告に対して損害賠償を請求した。大審院は、僧院と被告の間には運送契約が存在したから、運送人が瑕疵ある履行をなせば、客たる原告が自ら運送人との間で運送契約を締結した場合と同様に客たる第三者に対しても直接に安全上の注意義務を負うとし、被告勝訴とした原審を破棄した)。
- (78) RG Urt. v. 4. 6. 1915, WarnR 1915, S. 307.
- (79) 前掲RG WarnR 1915, S. 307.
- (80) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1169 [Schermaier]。
- (81) BGH Urt. v. 28. 2. 1977, BGHZ Bd. 69, S. 82 (原告は請負業者に原材料を供給してきたが、その請負業者が破産手続きに移行した。その請負業者はその前に、その取引銀行である被告の口座に振り込まれた預金を原告の売買代金に充当する旨の撤回しえない委任を行った。しかし被告が、預金が原告の取引銀行への振り替えに不足することをすぐに原告に伝えなかったため、原告はそれによって

被った損害の賠償を請求した。第一審、原審は原告敗訴。最高裁は、原告と被告の間に直接の契約関係がないという原審の立場を支持したが、第三者のためにする契約とまでいえなくても、債権者と第三者の内部関係が法律上特徴づけられ、かつ債権者が第三者のための共同責任と保護の活動をすることを認識しうるときは、被告に保護義務違反が認められるとした) など。

- (82) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1169-1170 [Schermaier].
- (83) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1170 [Schermaier].
- (84) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1170-1171 [Schermaier].
- (85) Heck, Grundriss des Schuldrechts, S. 107f. ; P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., SS. 89, 132.
- (86) Siber, op. cit., SZ (Rom. Abteil.) Bd. 29 (1908), S. 110.
- (87) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1365-1366 [Lohsse].
- (88) U. Huber, Leistungstörungen Bd. I (1999), S. 412 ; Canaris, Die einstweiligen Unmöglichkeit der Leistung, Festschr. f. U. Huber, 2006, S. 163 ; Grigoleit, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP Bd. 203 (2003) S. 745-746 ; Medicus, Schuldrecht I, 8. Aufl., 1995, S. 186.
- (89) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1367-1368 [Lohsse].
- (90) Siber, op.cit., SZ (Rom. Abteil.) Bd. 29, S. 51.
- (91) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1368 [Lohsse].
- (92) RG Urt. v. 25. 4. 1925, JW 1925, S. 1748 ; P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., S. 134 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1368-1369 [Lohsse].

- (93) RG Urt. v. 14. 3. 1904, SeuffA Bd. 60 (1905), S. 51 ; P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., S. 135 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1369 [Lohsse].
- (94) Mot. z. BGB., Bd. II, S. 56-57 ; Mommsen, Lehre von der Mora, S. 108f.
- (95) Mot. z. BGB., Bd. II, S. 56-57.
- (96) P. Oertmann, Komm. z. BGB., 2. Buch, 3. Aufl., S. 134.
- (97) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1369-1371 [Lohsse].
- (98) BGBI. I, S. 330.
- (99) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1371-1372 [Lohsse].
- (100) Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr v. 29. 6. 2000, ABl. EG 2000, L 200, S. 35.
- (101) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1372 [Lohsse].
- (102) Endemann, Lehrbuch des Bürg. Rechts, Bd. I, 9. Aufl., 1903, S. 780 Fn. 17.
- (103) Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzug, S. 165-166.
- (104) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1372-1373 [Lohsse].
- (105) U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, S. 524.
- (106) Endemann, Bürg. Recht, Bd. I, 9. Aufl., S. 780 Fn. 17.
- (107) Emmerlich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997, S. 160.
- (108) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1374-1375 [Lohsse].

### (3) 2002年ドイツ新債務法の下での展開

#### (イ) 債務法改正作業と新債務法の規定

ドイツ民法は既述のように伝統的に債務不履行による損害賠償請求権は、原則として債務者に帰責事由（故意、過失）がある場合に許容されるという立場をとってきた。履行補助者の行為による責任も、議論はあるものの、多数説は債務者の帰責事由要件と矛盾のないものとして捉えてきた。瑕疵担保責任のように過失責任主義に従わない規定もあったが、これはローマ法主義に従ったものと理解されてきた。しかし20世紀末に債務法の現代化のためにドイツの民法学者に検討が委嘱された債務法上の様々な問題に関する鑑定意見書では、債務不履行の類型と賠償の要件、効果に関する部分を提案したフーバー（Huber）は、ドイツの伝統的な見解とは区別される立場を主張した。それによれば、ドイツ民法上は債務不履行に基づく損害賠償責任につき帰責事由が要件となるとされているが、履行補助者の行為に対する責任（旧278条）、種類債務者の責任（旧279条）などの規定や過失概念の客観化の傾向、過失の立証責任の債務者への帰属、瑕疵担保責任における性質保証などから、実際上は債務不履行による損害賠償責任について決定的な意味を有するのは契約の内容なのであり、過失責任は契約から何も明らかにならない限りで意味を持ってくるにすぎない（過失に関わらない保証責任（*verschuldensunabhängige Garantiehftung*）<sup>(1)</sup>）。このフーバー説の先蹤となったのがケメラー（*v. Caemmerer*）の学説である<sup>(2)</sup>。フーバーは、来たるべき新しい債務法においてもこのような方向で立法されるべきことを提案し、債務者は不履行が生じる事情を考慮、回避または克服する義務を契約上負う場合に責任を負い、債務者がこのような義務を負うか否かは、契約内容、合理人としての当事者の意図、個別的な契約解釈によって定まると主張した<sup>(3)</sup>。このフーバーの保証責任説は、ドイツの債務法改定委員会に大きな影響を及ぼすことになっただけでなく<sup>(4)</sup>、今日のわが国の民法415条1項の立法論にも大きな影響を及ぼしている（特に円谷教授、潮見教授）。

債務法改定委員会では、「異なったことが定められても、また債務関係のその他の内容または性質から引き出されることもないときは、債務

者は故意または過失について責めを負う（最終草案276条1項）」という法文が採択され、また旧279条（種類債務における主観的不能）の規定に代えて「負担された目的物が債務者によって調達されなければならないとき、その者は調達障害について疑わしい場合、過失なくしても責めを負う（最終草案279条）」という提案を行い、同条が種類債務だけでなく金銭債務にも及ぶことおよび主観的不能を前提とするものではないことを明らかにした<sup>(5)</sup>。同委員会によれば、この場合の債務者の調達責任は、負担した目的物の調達の際の障害に制限される<sup>(6)</sup>。しかしこの旧279条を受けた債務者の調達障害に関する最終草案279条の規定は、ドイツ新債務法には受け継がれず、結局旧279条の削除および276条1項への吸収という形で落着いた<sup>(7)</sup>。改定委員会はまた、瑕疵担保責任と債務不履行責任とが法的に別個の制度だとするローマ法以来の立場を改めて、瑕疵担保責任を一般的な給付障害法の中に組み入れる立場を採用することおよび物の瑕疵と権利の瑕疵の区別を取り払うことを明らかにした（最終草案434条）。その結果として、給付された権利や物に瑕疵がある場合であっても債務者に帰責事由がない場合には債権者は瑕疵によって生じた損害の賠償を請求することはできない。このような改定委員会の立場は新債務法に採用されるところとなった<sup>(8)</sup>。

現行ドイツ民法276条は、「(1)より厳格なまたはより緩和された責任が定められてもならず、または債務関係のその他の内容から、特に担保または調達危険の引き受けからも引き出しえないときは、債務者は故意および過失について責めを負う、827条および828条の規定が準用される、(2)取引上必要な注意を懈怠した者は過失により行為したものである、(3)故意による責任は債務者からあらかじめ免除されえない」と規定する。英米法およびそれに従う国連売買法が、免責可能性を伴う担保責任を出発点とする一方では（CISG（国際物品売買契約に関する国際連合条約）79条）、ドイツ法は伝統的に原則として過失責任主義（Verschuldensprinzip）に従う。違法かつ義務に反した行為は、ドイツ法では大抵は帰責事由がある場合のみ債務者に帰責される<sup>(9)</sup>。1項1文は、帰責事由が通常は過失（故意、過失）であると規定する。しかし実際上は免責可能性を伴

う担保責任を定める法との違いはそう大きなものではない。ドイツ法の過失は通常推定され、かつ挙証責任は債務者側にあるからである(280条1項2文、286条4項参照)。その他に1項1文は保証責任のためにも余地を与え、このことは特に種類債務について存在する<sup>(10)</sup>。

第三者の行為による債務者の責任については、現行ドイツ民法は、債務者は、その法定代理人や彼がその義務の履行のために用いる者の過失について自己の過失と同様な範囲において責めを負うと規定する(278条)。

276条のもとでは義務違反による責任は、これが債務者の責めに帰すべき事由によるかどうかの問題と結びついてもたらされるとされる<sup>(11)</sup>。しかしドイツでも現在でも債務不履行責任の保証責任的構成を支持するものもみられる。例えばシュミット-ケッセルによれば、義務違反以外に帰責事由を賠償の要件とすることは不当である。契約上の義務違反による責任は、責任者に対する個人的な非難とも結びついていないし、かような非難に依存してもいない。責任能力(Verschuldensfähigkeit)の欠缺のみが276条1項2文によって責任を排除する<sup>(12)</sup>。ドイツ民法では7歳までの子(828条1項)、事理弁識能力を欠く状況にある者および自由な意思決定を排除する病的な精神活動の障害の状況にある者(827条1項)は責任能力がない。7歳に達しているが、18歳までの者は制限責任能力者である。

#### (ロ) 義務違反と帰責事由

##### (a) 学説の展開と法改正

現行ドイツ民法では、既述のように債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者はこれにより生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない(280条1項)。債務者が債務の本旨に従わない給付(不完全履行)をしたときは、債権者は義務違反が重要でない場合にのみ全部の給付に代わる損害賠償を請求できない(281条1項)。債務者が241条1項(債務者による給付)、2項(債務者による相手方の権利、利益の配慮)の義務に違反したときは、債権者は彼に債務者による給付が期待しえないときは、280条の要件の



もとで給付に代わる損害賠償を請求しうる(282条)。

281条は、主たるまたは付随的給付義務の違反が問題となるのに対して、280条1項は付随義務違反を制裁する点で、両者は相違した。それゆえに若干の者は、かつて展開した瑕疵損害と瑕疵惹起損害の区別を想起した。437条に関する政府草案理由書ですら、280条1項が物の瑕疵自体である損害の賠償を命じえないことを強調することによってその区別を採り上げる<sup>(13)</sup>。しかし、それが改正の関心事であるのだが、この区別は除去されるべきであった<sup>(14)</sup>。今日では280条1項は給付義務違反にも適用されると解するのが一般である<sup>(15)</sup>。実際上それは、給付障害法における物給付から賠償給付への変換を試みると同時に必要となる。その場合常に無駄になった費用や遅延損害など給付に並ぶ損害の賠償と給付自体のための賠償とが区別されねばならないことになろう。債務法の現代化が求めようとしていたものを達成しようとする、二つの原則が考慮されるべきであろう。第一に、給付障害法は不履行の概念に志向すべきであろう。それによって給付義務と付随義務の区別は抜け落ち、債務にあって履行されるであろうならば、債権者はどのような状況になるのかのみが問題となろう。第二に、解除の事例を除き、債務者が物給付を実現すべきか、それとも賠償給付を実現すべきかの決定は裁判官に委ねられるのでなければならない。債権者がこの可能性を自ら偶発的な願望により未解決のままにしておかなかったときは、249条1項およびドイツ民法264条3号は、裁判官に賠償の要求の全部または一部を物給付の判決の形で許容するか、または物給付の訴えの要求から賠償給付の要求に変更することを債権者に要求する可能性を与える<sup>(16)</sup>。

かつては買主および注文者が当該請求権(1900年民法463条および1900年民法635条)により契約に適った給付がなされないことによってのみ賠償請求をなしうるのか、それとも不完全履行により生じた不利益によってもまた損害賠償を請求しうるのかが議論された。売買法では瑕疵惹起損害の賠償は大幅に積極的債権侵害と重なり合った。請負契約ではより近い(näheren)瑕疵惹起損害とより遠い(entfernteren)瑕疵惹起損害を区別しようとした。売買法では瑕疵損害と瑕疵惹起損害をど

のようにして区別しうるかの問題が加えられた。1900年民法463条は、通説によれば、売買目的物が保証された性質を欠きまたは売主が瑕疵を知っていた場合のみ瑕疵による損害を賠償すべきだとした。しかし瑕疵惹起損害は、売主が瑕疵を知りうべき場合にもまた賠償されるべきであった。いずれにせよこの議論は、新法によれば、281条により過失ある売主に対してもまた給付に代わる損害賠償が請求されうるがゆえに、もはやなされるには及ばない。しかし既述の理由によりその区別が給付とともにする損害賠償と給付に代わる損害賠償の間の役割分担の中でさらに生き残るがゆえに、今や新たな問題が生じる。債権者は瑕疵惹起損害を280条1項（義務違反）によってのみ主張しうるのか<sup>(17)</sup>、それとも彼はそれを281条（不完全履行）に依拠した賠償請求の中に加えるのか<sup>(18)</sup>という問題である。後者を肯定する場合、その請求権の基礎は、債権者がいつ損害賠償を主張するかに依存するのか、それともその損害がいつ発生したかに依存するのか、請求権は異なった時効期間に服するのか、損害が債務者の新しい給付の試みによって除去されうるのかも問題となる。これらの問題は新しい給付障害法によって羽目はずしたことを示す。かつての法のように、瑕疵ある履行のための損害賠償に関する少なすぎるルールを提供するのに代えて、新しい法は多くの相互に重なり合うルールを包含する。新法の実際上の適用のために投げかけられた質問はあまり標準とはならない<sup>(19)</sup>。学説にとってそれはすでにガラス玉競技となった。すなわち立法者が服した錯誤に陥った者が紡ぎ続ける空虚な議論になった<sup>(20)</sup>。

282条は、法律効果において付随義務違反のために賠償請求権のある債権者が給付に代わる損害賠償を請求しうる点で280条1項と相違する。そのためには単に債権者に義務違反のために債務者による給付がもはや期待されえないことのみが必要である。しかし債務に合った給付が債権者にいつも期待されうるのであろうか。実際上そのルールは債権者にその給付が期待されうるかどうかではなく、彼に債務関係の継続が期待されうるか、または324条が定式化するように、契約への固執が期待されうるかを問おうとする。起草者はそのために626条1項の定式化も志向

しうるのであろう。この観念的な不完全給付から目を転ずると、雇用契約、賃貸借契約または婚姻法上の権利以外のどのような債務関係で契約関係の継続が期待されるかどうかの問題になるのかが問われうる。282条および324条によって債権者が単純に不愉快な債務者を再び厄介払いすることのみを可能にしようとするのであろうか<sup>(21)</sup>。

282条および324条は、その給付障害法への採用を、債務者による積極的契約侵害が遅れてなされた契約に適った給付と同様に契約解除への債権者の利益を基礎づけるというシュタウプ (Staub) の観察に負う<sup>(22)</sup>。シュタウプは、共通の標識として、不履行の概念に近いが、シュタウプの場合は義務違反の程度のための物差しにすぎない契約目的の危殆化を挙げた<sup>(23)</sup>。シュタウプは、すでに付随事項にすぎないとしても、期待可能性もまた指標として挙げた。債務者による契約違反が契約目的を危殆化する場合、債権者には契約の最終的な挫折を待つことは期待されえない<sup>(24)</sup>。ライヒ裁判所はこれを直ちに、契約の続行が忠実な解釈および履行に際して事件の事情に従って彼にとって期待されえない場合に、債権者が契約を解除しうるという手ごころな定式にした<sup>(25)</sup>。その後契約の危殆化の程度が債権者に契約にとどまることが期待されるかどうかに従って定められるという立場がとられた<sup>(26)</sup>。学説上はこの結びつきを誰も不快に思わなかったが、例えばラーレンツ (Larenz) は近時まで債権者にとっての債務者の行為の期待可能性を契約目的の危殆化と区別した<sup>(27)</sup>。

新しい債務法では契約目的の危殆化は282条においても324条においても全く債権者にとっての期待可能性から離れた。それは不履行の概念からのすでに何度も観察された乖離のための小さいが特徴的な事例である。不履行は不給付にのみ関わるがゆえに、付随義務違反の場合契約目的とは幾分異なったことが問題になるに違いない。しかしどうしてもつばら付随義務違反のために契約を解除しまたは給付に代わる損害賠償を請求することができるのであろうか。明らかに282条と324条は様々な義務の規範に適った選別の産物である。すなわち学説および実務は、債務法改正まで契約目的の危殆化が給付義務違反から生じる事例のみを扱い、い

ずれにしても契約に適った履行への債権者の信頼が揺り動かされる事例は扱わなかった<sup>(28)</sup>。従ってフーバー (Huber) は、その給付障害法の改定に関する鑑定意見の中で、明らかに間近に迫った不履行および主たる給付を準備または補完する付随的給付義務の違反による解除のみを知っている<sup>(29)</sup>。それに対して委員会草案は、解除を原則として各々の義務違反の場合に予定したが (最終草案323条)、義務違反が重要でなく、または債権者に契約への固執が期待されうる場合はそれを排除した (最終草案323条3項1号および2号)。その場合義務違反を (最終草案241条3項に規定された) 単なる保護義務違反の中にも見うるという注目に値する変革に逢着した。改訂委員会は (1991年) 教科書的に、解除の可能性は不給付や履行拒絶の場合だけでなく、主たる給付の不完全な実現または付随義務の違反の場合にも与えられるべきであると説明する<sup>(30)</sup>。またはという語が決定的である。それによれば給付関係的でない付随義務の違反は、債権者に解除を可能にするために十分である。従って改正委員は、最終草案282条 (討議草案282条) の一般的損害賠償規定を解消したときに、単なる付随義務の違反もまた給付に代わる損害賠償請求権を基礎づけることを定式化した。それとともに初めて学校設例が法律規定というより高い厳粛さを身にまとうことになった<sup>(31)</sup>。

遅かったとしても絶えず、債権者に契約の存続がもはや期待されえないために付随義務違反が本質的なものでなければならないという最終草案323条3項から政府草案 (E-SMG) 282条に引き受けられた標識が同じ問題を二度立てたことが指摘された。そもそも二つの標識を結び付けることに逢着しえたことは、債務法現代化論者の作業に有効な光を投げかけなかった。政府草案282条の理由書は、その二重化を、付随義務違反の場合意味のない追加期間になるがゆえに、義務違反の基本が喪失したもののための賠償であることによって説明した<sup>(32)</sup>。それは客観的に誤りであるだけでなく、起草者の忘れっぽさによっても生じた。改正委員会は重要性の標識をなお国際統一動産売買法 (CISG) 25条によって理由づけた。更に281条に基づく賠償請求権が義務違反の重要さ (281条1項3文) とともに追加期間の設定を要求することが注意を引くに違ひ

ない<sup>(33)</sup>。

その他どうして再三再四入り口および家具調度品を有責に壊した画家が、給付に代わる損害賠償を請求され(282条)または契約を解除される前に(324条)催告をする必要がないのかほとんど理解できない。この場合明らかに、280条1項の特別の位置もまた、給付義務ではない義務は追完されえないことを確認するという現実から乖離した観念が道を破壊した<sup>(34)</sup>。いずれにせよ政府草案理由書は、すでになされた督促が、義務違反が重要なことを示すことを許容する。それは今や専ら標準的な期待不能の限界のためにも当てはまるのであろうか。282条の議論の初めに、新法では282条ではなく、281条に従って決定されるであろう事例のみが存在することで満足しなければならない<sup>(35)</sup>。

#### (b) 担保責任と損害賠償

不完全履行はすべての給付障害法の損害賠償請求権のためのさらなる構成要件として理解されている。しかしこれは瑕疵のための特別の義務および売主の第二の提供の権利に割り当てられたものではない。それゆえに多くの法的問題は激しく争われている。更に瑕疵に対する売主の責任と付随義務違反は調整されるべきである。損害賠償で補強された売主の義務は以下のような構造に分類される。①第一次的な結合点は義務違反の種類である。433条1項2文の主たる給付義務の違反と付随義務の違反が区別されるべきである。433条1項2文の違反は、除去しうる瑕疵、追完履行における義務違反および除去しえない瑕疵の三つに区別される。②主張された損害の種類に従った区別は最も議論されている。一部の学説は、さらに瑕疵損害と瑕疵惹起損害を区別する。その場合瑕疵損害とは、価値の減価、使用の喪失および逸失利益を含む履行利益の侵害であり、瑕疵惹起損害とは、買主の完全性利益、すなわちその他の権利および法益の侵害である<sup>(36)</sup>。正当にはその区別は、437条以下の概念において目的論的に整序されうる。その結果買主は第一に履行請求権、すなわち不完全履行の場合の追完請求権を有する。それから、瑕疵による減価、修補費用、将来の逸失利益のような原則的に追完履行により除去されうる損害や、買主の完全性利益の侵害、営業上の逸失利益(すでに

逸失した利益など)のような追完履行では満足の得られない損害の領域が導かれうる。③法律効果については280条1項による(給付とともにする)損害賠償、280条2項、286条による遅延損害および281条の給付に代わる損害賠償が区別されうる。給付に代わる損害賠償は重要でない義務違反の場合は請求されえない。追完履行の遅滞または不奏功は主たる給付義務の遅延を意味するが、例えば安全上重要な瑕疵の場合は、付随義務違反のように他の権利または法益の侵害において現れる。バイオディーゼル判決<sup>(37)</sup>によれば、給付に代わる損害と給付とともにする損害との区別について、当該損害が追完履行により除去されるかどうかが決定的である。その場合給付に代わる損害賠償のみが、追完期間が徒過したものでなければならず、そのためそれが例外的に法的に不要とはいえないという重要な帰結とともに請求されうる。それに対して280条1項の給付とともにする損害賠償と遅延損害は、追完履行によっては満足しえない損害を償う関係にある<sup>(38)</sup>。

損害賠償責任のために売主は瑕疵について帰責事由がなければならない(280条1項2文、311a条2項1文)。売主は瑕疵ある給付に契約上の義務の違反があるというだけで瑕疵につき帰責事由があるわけではない。損害賠償請求のためにはむしろ帰責事由が加わらねばならない<sup>(39)</sup>。結合点は義務違反の個々の種類である。除去しうる瑕疵のある売買目的物の引渡しは、売主が瑕疵を惹起しまたはそれを知りもしくは知るべきであった場合にのみ、帰責事由がある。売主は、彼またはその履行補助者(278条)がそれを有責に惹起した場合にのみ瑕疵について責めを負う。その認識は必ずしも問題とならない。①売主としての製造者は、彼が責任を負う製造過程におけるすべての責めに帰すべき事由による瑕疵、特に協働作業員の過失についても責任を負う。下請け業者が関わる場合も同様である。製造者は彼が総ての製造工程を委ねた履行補助者としての下請け業者の行為についてのみ責任を負う<sup>(40)</sup>。原料および原製品の供給者は製造物供給契約でなくても履行補助者ではない<sup>(41)</sup>。従って製造者は、製造過程において製造者の任務の一部が下請け人に委ねられ、または製造者が取引上必要な注意を尽くせば認識することができ、または

下請負人の仕事の瑕疵を相応に注意しなければならなかったであろう場合において全製品の瑕疵を知りうべきときに責任を負う<sup>(42)</sup>。

②純然たる商人は瑕疵を除去しなくても原則として責めを負わないが、同時に物の製造者でもあるときは、瑕疵の惹起に対する責任もまた問題になる<sup>(43)</sup>。営業上の売主として多数の工業製品を扱っている者はその商品の製造上の瑕疵を検討することがいつも期待されうるとはいえないから、このような場合には引き渡された商品の瑕疵について帰責事由は認められない<sup>(44)</sup>。従って売主たる商人は製造者の不注意な選択のような自己の過失の場合にのみ製造上の瑕疵について責めを負う。反対説は製造者を商人の履行補助者とみる<sup>(45)</sup>。

③その他の売主、特に不動産、自動車のような自己の在庫品の売主については、②で述べた商人に関する原則が準用される。売主が自らゼネコンに建設させる建物を売却する場合のように製作を当初特別に自ら引き受けた場合ですら、履行補助者ではない。従って製作上の瑕疵に対する責任は、瑕疵を知っていた場合のように自己に過失のある場合のみ観察に現れる<sup>(46)</sup>。

売主は契約締結時に知りまたは知りえた瑕疵につき責任を負わなければならない。商人には例外的にのみ検査義務が帰属する<sup>(47)</sup>：新車の売買における引渡し時の検査<sup>(48)</sup>；自己の作業場における中古車の売買の場合の最終検査<sup>(49)</sup>；中古車業者による目視検査<sup>(50)</sup>；周知の事故損害<sup>(51)</sup>などにつき判例がある。しかし特別の手がかりのない中古車の事故損害はこの限りでない<sup>(52)</sup>。私人たる売主は検査義務を負わない。自己の在庫品の営業上の売主も同様である。契約締結後引渡し前に知った瑕疵は、除去の懈怠、補助的に買主への情報提供の懈怠について責めに帰すべき事由がある場合に責任を負わせる。不動産の売主は買主が自ら閲覧しうるがゆえに、登記簿の閲覧義務を負わない<sup>(53)</sup>。

契約締結時に存在する瑕疵の検査義務とは無関係に、追完履行の過失ある挫折は責任を基礎づける。製作者の場合は追完が技術的に可能であり、契約内容に従ってその義務を負う：例えば制限種類債務の場合は、自己の製造が可能な場合にのみ義務を負うことがその前提となる。商人

は276条1項に従って、その標準的な調達方法で入手しうる商品を調達しまたは彼らに可能な修理を行う義務のみを負う<sup>(54)</sup>。

除去しえない瑕疵に関する場合は、過失は除去不能に関わるのでなければならぬ(311a条2項2文第2選択肢)。それからさらなる除去可能性のあらかじめの明示義務が生じるがゆえに、瑕疵の認識または過失ある不知の場合に通例帰責事由が存在するであろう<sup>(55)</sup>。

ただし、新債務法改正に主導的役割を果たしたカナリス(Canaris)自らは、伝統的な不能、遅滞および積極的債権侵害で扱われる給付利益に奉仕する契約上の付随義務の違反は、義務違反、主たる給付義務の不完全または瑕疵ある給付と債務者の帰責事由を区別することはできるが、保護義務違反については帰責事由はもはや問題にならないと指摘する<sup>(56)</sup>。これに対して卑見(半田)は、結果の実現を伴わない単なる保護義務-、配慮義務違反は、遅滞、不能、不完全給付の場合と異なり、責任能力の問題を度外視すれば、帰責事由(過失)ありという判断と事実上相即不離の関係にあり、義務違反という評価と帰責事由の判断が通常重なり合うとしても、両者の観念的な併存を認めることは可能だと考える。ドイツの現在の判例、多数説もこのような立場をとる。近時はカナリス以外にも、保証責任が新債務法で以前より詳しく規定されたことなどを契機として、従来の過失責任主義を再検討しようとする学説が前記シュミット・ケッセル以外にも少なくない。例えばズチュット(Sutschet)は、ドイツ民法では第一次的な給付義務(本来的給付)と第二次的給付(損害賠償義務)が区別され、後者のみ帰責事由が要件とされるが、後者についても契約利益と等価値の金銭給付については帰責事由(過失)はいらぬと主張した。履行利益は債務者の過失なしに賠償が認められるが、完全性利益は過失が要件とされる場合とそうでない場合がありうる<sup>(57)</sup>。

#### (c) 説明義務(ケーススタディ)

債務者の側に履行不能、履行遅滞の場合を除く、債務者の義務違反によって債権者が損害を受ける事例は、様々なものを含む。それらは売買契約、請負契約、賃貸借契約、主催旅行契約、弁護士-、税理士委任契



約、医療契約、雇用契約など多岐にわたるが、以下には今日特に問題になっている金融サービス契約、投資顧問契約を採り上げたい。ドイツでは戦後契約交渉段階における責任の理論的根拠として契約交渉の開始によって信義則上法定債権関係が発生し、そこでの義務違反に対しても契約責任が妥当するという理解が一般的になった(中間的責任説も有力であった)<sup>(58)</sup>。近時の裁判例によれば、顧客が投資顧問会社または与信機関の勧誘、助言により投資の決定をするときは、明示的な合意がなくても助言契約が成立する<sup>(59)</sup>。顧客がすでになされた投資決定の後で銀行に、相場の下落に際会してどのようにしたらよいかを問い合わせた場合も同様である<sup>(60)</sup>。連邦最高裁は、投資家および目的に合った助言をなす義務を定式化した。銀行は顧客の投資目的、その危険の準備およびその当該専門知識を明らかにし、投資家に意味を有するすべての事情およびリスクを正当かつ完全に伝えるべきである。この標準は金融商品以外の他の投資についても当てはまる<sup>(61)</sup>。助言義務の範囲内には、損失保証に関する情報<sup>(62)</sup>、特定の会社の持ち分の再売買の制限に関する説明<sup>(63)</sup>が含まれるが、投資物件ないし投資額の全体的な喪失危険に関する説明は含まれない<sup>(64)</sup>。CMXスプレッドラダースワップ契約のような高度に複雑な投資商品の場合は、投資家にとっては提示された利率を認めるかどうかの自己責任的な決定のみが可能であるがゆえに、説明は、投資家が行為のリスクに関して基本的に彼に助言する銀行と同じ認識と知識の水準を有することを保証するものでなければならない<sup>(65)</sup>。かような契約の場合助言する銀行はそれに加えて、これがその重要な利益衝突の表明であり、かつそれがその投資の推奨を顧客の利益においてだけでなく行うという具体的なリスクを基礎づけるがゆえに、それが投資商品の中に組み込んだ消極的な市場価値について説明しなければならない。パンフレットへのその正確な記載は、助言者の瑕疵ある説明に対する責任を免除しない<sup>(66)</sup>。しかしパンフレット自体は目的商品に合った助言の適切な手段である。投資助言者はパンフレットの内容の理解が容易かについて調査しなければならないが、通例正当な理由なしに記述の裏を探る必要はない<sup>(67)</sup>。

それと結びついた利益の衝突のために銀行は、2014年8月1日からすべての隠れた販売手数料の受領についていわば第三者の側から説明しなければならない<sup>(68)</sup>。かくして払い戻しと内部手数料の違いは将来的に消滅する。かつては銀行は、そのファンドの持ち分を購入した顧客に銀行が顧客に推奨したファンドの会社からそれが支出のプレミアムおよび管理費用として払い戻しを受けるか否か、またどれだけの額を受けるかを説明しなければならないとされた<sup>(69)</sup>。この説明義務の存在および範囲についての避けえない法の錯誤を、銀行は1984年以降援用しえない<sup>(70)</sup>。内部手数料（投資財産からの支払い）の有無および額についても特定の場合においては説明されなければならなかった<sup>(71)</sup>。しかしいずれにせよ説明義務に関する法の錯誤は、2014年8月1日以前は避けられないものとされうる<sup>(72)</sup>。

投資助言者が負うその投資家に適った助言の枠内で顧客の個人的経済的關係が顧慮され、特に投資目的、リスクの準備および投資関係者の知識の状況が協議されなければならない<sup>(73)</sup>。助言する銀行がこれらの状況を例えば長年の顧客との取引関係またはその従来投資行為からすでに知っていた場合は協議義務が消滅するとされる場合が多い<sup>(74)</sup>。顧客が意図された投資行為の明確な観念を持って金融機関に来店した場合にも、顧客の知識状況の探求や総ての観察に現れる投資の可能性の協議は必要ではない。このような場合でも銀行は、原則的に顧客がその追求する投資行為について情報提供をし、かつこれを明示的に要求しまたはその他の事情によってそれを認識しうる限りにおいてのみ助言すれば足りる<sup>(75)</sup>。推奨される投資は、投資目的の顧慮の下で顧客の個人的な関係に割り当てられるものでなければならない<sup>(76)</sup>。意図された行為がより安全な金銭投資に資するべきだとすれば、通例それと結びついた喪失危険のために企業的な投資の推奨は瑕疵があるものたりうる<sup>(77)</sup>。

投資仲介人は資金を求めている者の利益において特定の投資商品を販売する。彼と投資関係者の間には通例黙示で生じた情報提供義務が生じる<sup>(78)</sup>。その発生のためには顧客が、特定の投資決定に関して仲介人の特別の認識および義務を要求することを明らかにするので十分であ

る<sup>(79)</sup>。投資仲介人もまた顧客に投資のために重要な事実に重要な事実的な事情を正確かつ完全に伝えなければならない<sup>(80)</sup>。それには資金を求める者の堅実さ、信用度ならびに投資の採算性が含まれる。しかしその義務の範囲は投資助言者ほど広くはない。投資仲介人はこれらの事情の評価までも伝える義務はない<sup>(81)</sup>。彼は投資計画が経済的に納得できるものであるかについて吟味しなければならない<sup>(82)</sup>。

銀行が計画された投資のリスクに関して具体的に突出した知識を有している場合<sup>(83)</sup>または目的物の公序に反した値段の高さがその念頭に浮かぶに違いない場合は<sup>(84)</sup>、銀行は常に説明義務を負う。与信銀行と売主または販売者の制度化した協働の事例では、投資家は、仲介人、売主またはファンドの発起人ないしファンドのパフレットの投資目的物に関する不当な言明による投資家に対する詐欺に関して、かような説明義務を発生させる具体的な融資銀行の知識の突出を主張しうる<sup>(85)</sup>。銀行の説明義務を基礎づける知識の突出を超えて、以下の場合には売主等の詐欺についての銀行の認識が推定される。①売主またはファンド発起人、彼らによって委託された仲介人および融資銀行が制度化された方法で協働している。②投資のための融資が、売主または、彼によって指名された特別の融資仲介人に関してのみであるとしても、仲介人によって提供された。③瑕疵ある言明の不当さが事例の事情によって明らかであるため、銀行が詐欺の認識に心を閉ざすしかなかった<sup>(86)</sup>。この判例は2005年10月25日のヨーロッパ裁判所のガラクタ不動産判決（Schrottimobilien-Rspr.）<sup>(87)</sup>の反作用である<sup>(88)</sup>。それによれば、訪問販売でその教示義務を履行しなかった銀行は、従来の国内法上の最上級審で展開された原則に従って責任要件が存在しない場合でも損害賠償義務を負う。具体的な知識の突出の事例と並んで、銀行の説明義務は、それが計画、実行または企画の販売に関して信用供与者としての役割を超えて、一般的な経済的リスクに付加される特別の危殆化要件を顧客のために生み出したりはその発生を促進し、さらには信用の許可に関連して施行者や個々の取得者と重篤な利益衝突に巻き込まれることによっても発生しうる<sup>(89)</sup>。

## (d) 原始的給付障害の場合

2002年の改正前のドイツ民法では、ローマ法に倣って原始的不能給付を目的とする契約は無効とされていた。瑕疵担保や追奪担保の場合は、給付の(一部)不能が物または権利の瑕疵と重なる限り、その例外となった。もっとも原始的不能給付を目的とする契約でも19世紀半ばのイエーリングが主張した契約締結上の過失責任論以来債権者が債務者に対して損害賠償責任を追及する道が開かれた。1900年の民法典は、このイエーリングの契約締結上の過失責任を民法の中に規定した。そして19世紀の後半以来この契約締結上の過失理論の適用範囲を判例、学説は拡大していき、2002年の改正法ではこの近時の学説、判例の展開を受けた幾つかの新規定が法典中に結実した。2002年民法275条1項は、給付不能が契約締結後初めて生じた場合と契約締結時にすでに生じていた場合とを問わず、給付不能の場合に債務者が給付義務を免れると規定する。給付不能がすでに契約締結時に生じていたときも、契約は有効である(311 a 条1項)。債権者には311 a 条2項に規定された権利が帰属する。すなわち契約は275条1項により当初から第一次的な給付義務には向けられないが、債権者は給付に代わる損害賠償(積極的利益)を請求しうる。従って彼は契約が合意にあって実行されていたとすればあるであろう状況に置かれるべきである。債務者が不能を知りまたは知りうべきである場合に彼は損害賠償責任を負う。しかしそれは反論の余地を許す推定であり、債権者の悪意ないしその不知についての重過失は債務者が反証の責任を負う。債権者は、給付に代わる損害賠償請求権の代わりに284条により、彼が給付の実現を信頼して出捐した、かつ公平な方法で出捐すべきであった費用(いわゆる無駄になった出捐)の賠償を請求しうる。なされた出捐が、債務の本旨に合った行為の実行がなされても無駄となったであろう場合はこの限りでない<sup>(90)</sup>。

しかし賃貸目的物の原始的瑕疵については古い法律状態にとどまっている。536 a 条1項第一選択肢によれば、賃貸人は彼がこれに関して不注意に行為したかどうか、または瑕疵を知りえたかどうかとは無関係にかような瑕疵について責めを負う。この規定は311 a 条および276条1項

1文の特別規定である<sup>(91)</sup>。

(ハ) 第三者の行為に対する債務者の責任

278条によれば、債務者は法定代理人およびいわゆる履行補助者の行為に対して、その選択または監督に関する過失を問題とすることなしに責めに任じなければならない。この帰責の根拠として活動の関与および危険の帰責<sup>(92)</sup>、危険—および挙証状況の確保、担保の引き受けが挙げられる。しかし事実上権限の委譲による債務者の免責を妨げることが問題になる。278条は債務者が補助人を用いることに対する対価である。しかし債務者による通知は原則として必要とはされない<sup>(93)</sup>。債務者がそもそも第三者を用いてはならないときは、278条は適用されない。その場合責任は、彼が義務に反した委託につき責めを負うべきか否かによる<sup>(94)</sup>。

原則として債務者は、278条に基づく活動の中で不首尾な行為をなし、それによって相手方にその他の法益に対する損害を引き起こすすべてのその補助者の行為に対しても責任を負う<sup>(95)</sup>。もちろん保護義務の射程距離は各々の契約について独立に解釈の方法で決定されるべきである。債務者自ら過失とは無関係に責任を負わねばならない一方では、補助者ないしは法定代理人は自らも義務違反について責めを負わなければならない。法律は法定代理人または履行補助者の帰責事由と呼ぶ。従って276条1項2文、827条、828条が適用される。責任能力も必要である（反対説あり）。しかし必要な注意の標準は、履行補助者の場合、債務者自身に適用されるのと同じものだから、責任軽減が顧慮されるだけでなく、債務者の職務領域について適用される客観的標準に基づく責任加重もまた顧慮されるべきである（反対説あり）<sup>(96)</sup>。

278条1文の文言によれば、履行補助者は債務者がその義務の履行に用いる者である。学説によって展開された履行補助者の定義は著しく詳細である。それによれば、履行補助者は行為主体の認識および意思をもってその義務領域の中で活動する者である。投資家の受託を受けた独立の投資顧問会社は、明示的にもっぱら割引手形仲買人として執行のみのサービスを提供する銀行の履行補助者ではない。損害発生の前または後

に債務者の義務が終了または発生するためである<sup>(97)</sup>。履行補助者の投入と履行代行とは区別すべきである。債務者が義務の履行を他人に移転しようときは、彼は代行者の正しい選択についてのみ責めを負うが、その遂行については責めを負わない(664条1項2文)。補助者が従属的な労働者であるかまたは下請負人のような独立した第三者であるかは問うところではない<sup>(98)</sup>。請負人はそれをその被用者が惹起したか、それとも後で加わった請負人(*beigezogener Nachunternehmer*)が惹起したかを問わず、仕事の瑕疵の責任を負う。これに対して通説によれば、債務者によって給付準備のために関与させられた者は、その給付準備がまだ債権者に対して債務者の義務に含まれていないときは、履行補助者ではない。この見解はさらに契約締結前は相応の義務の欠如のために債務者の責任は存在しないという考えによっても説明される。後の給付計画との十分な関連がある場合のみ補助者の投入の時点が意味を持たないという説明がふさわしい。契約締結前の準備行為における補助者の失敗は278条によって帰責されるべきである。かようにこの規定は特に311 a 条2項2文についても適用される<sup>(99)</sup>。

更なる要件は、補助者が彼に委託された任務の枠内で活動したことである。履行に関してのミスが債務者の責任に導くのであり、履行の機会にのみなされた義務違反はこの限りではない<sup>(100)</sup>。債務者の契約上の拘束は通例契約の履行と十分な関係のないような補助者の加害についても責めを負わせるほど広くはない。しかしもちろん義務の範囲は広く把握されうる。相手方の他の法益や事物に関する241条2項の保護義務や小切手譲渡契約<sup>(101)</sup>または投資仲介契約の結果としての契約後の債務関係<sup>(102)</sup>に基づく監視義務も含まれる。債務者の指示からの乖離も必ずしも278条の帰責を排除することに導くとは限らない<sup>(103)</sup>。

問屋、運送業者または商事代理人のように第三者が給付の仲介のみを行う義務を負うときは、この第三者は債務者の履行補助者ではない。仲介者と給付実行者の制度化された協働の事例が存在する場合は異なる<sup>(104)</sup>。自己の義務の限界はいつも容易に引かれるわけではない。主催旅行契約の場合起草者は651 a 条2項による相応の明確化が必要と考え

た。事実上仲介のみが問題になる場合は、仲介者は主催者の履行補助者である<sup>(105)</sup>。

通説によれば売主への供給者はその履行補助者ではない<sup>(106)</sup>。その伝統的な根拠は、売主は売買目的物の製造義務を負わないというものである<sup>(107)</sup>。請負人への供給者も同様である。しかしシュミット・ケッセル (Schmidt-Kessel) によればこれは新しい法によれば支持し得ない<sup>(108)</sup>。ド民433条1項2文、439条1項選択肢1の修補請求権から生じるように、悪わしい場合は、売主は製造についても配慮しなければならない。製造者の行為に対する責任はそれを超えて法政策的にも命じられる。さもないならば売主は、もっぱら彼が自ら製造することではなく、製造の全部または一部を第三者に委託することによってその責任を軽減することができることになるからである<sup>(109)</sup>。織物工場が引き渡されるべき素材のための製造工程を第三者に委託したときは、この第三者は651条 (製造物供給契約) の義務に関して履行補助者である<sup>(110)</sup>。

## (二) 履行遅滞

### (a) EU支払遅滞指令とドイツ履行遅滞規定の改正

既述のように2000年6月29日に「商取引における支払遅滞と対決するためのヨーロッパ議会およびEU幹部会指令」(前出)が加盟国に向け発されたが、これは東欧諸国のEU加盟等をも契機として支払いモデルが悪化したためそれに対処するためであり、この問題状況はドイツでも共有されるものであった。ドイツはこの指令の国内法化に向けて動き出し (それを先取りする形ですでに2000年3月30日には「履行期の到来した債務の支払を促進するための法律 (前出)」が制定されたが)、さらに同法律に変更を加える形で、2001年5月9日には債務法現代化法の政府草案が提出された。そして同法案の審議の結果、現行ドイツ履行遅滞規定が制定された<sup>(111)</sup>。

### (b) 2002年の新規定

1900年法では「履行期到来後にされた債権者の催告を受けて債務者が給付しないときは、債務者は遅滞に陥る (284条1項)、給付日が暦日で定められているときは、債務者がこの特定された日に給付をしない場合

催告なしに遅滞に陥る(284条2項前段)」と規定されており、2002年法では同条1項および2項前段は維持されたが(新286条1項、2項1号)、2項後段は新286条2項2号—4号の新規定に置き換えられた。現行履行遅滞規定は以下のように解されている。

給付は、債務者が給付をなすべき場合に弁済期が到来する。別段の合意がない限り、給付は271条により直ちに弁済期が到来する。計算書の付与は通例弁済期到来の要件ではない。債務者がその給付を正当に拒絶しようときは、彼は遅滞に陥らない。抗弁はその権利自体の存在には影響を与えないが、権利の実行可能性を妨げる。抗弁の存在だけで十分であり、その主張は遅滞の発生にとって問題とならない<sup>(112)</sup>。

しかし遅滞を理由づけるためには給付の弁済期が到来しただけでは十分でない。それに加えて通例弁済期到来後督促がなされねばならない。督促とは一義的な給付請求である。それは無方式で可能であるが、債権者が特定の給付を請求し、それがなされなければ一定の効果が発生することを知らしめなければならない。督促は債務者に届かなければならない。その到達とともに初めて286条1項1文により遅滞が生じる。訴えの提起ないし督促命令の送達は督促と同視される。給付時期が暦日により定められている場合は、286条2項1号によれば督促は不要である。286条2項2号によれば、給付にある出来事が先行し、この出来事の発生後給付のための相当な期間が定められているときは、暦日に従った給付時期の計算可能性で十分である。そのため例えば引き渡し後、告知の到達後、計算期日後3週間での支払い、または電話後の給付が合意されたときは、督促は不要である。ある出来事が発生してから一定期間後給付時期が到来することは、一方的な指示ではなされえず、契約上の合意が必要である。債務者がなされるべき給付の履行を完全かつ真摯に拒絶し(286条2項3号)、または特別の理由により双方の利益の考量のもとで即時の遅滞の発生が正当化されるときもまた(284条2項4号)、督促は不要である。後者は債務者が明示的に給付を予告していたのに給付しなかったとか、債務関係の内容から即時の給付の特別の緊急性が生じるような場合である<sup>(113)</sup>。



EU支払遅滞指令の影響の下に「報酬（対価）請求権の債務者は、遅くとも履行期到来後であり、かつ計算書またはこれと同価値の支払をせよとの提示が到達した後30日以内に給付をしなければ遅滞に陥る。債務者が消費者であるときには、第一文の定めが妥当するのは、計算書または請求書の中で右の効果につき特別に指摘されていた場合に限られる。計算書の到達時点または支払をせよとの提示がされた時点が不明であるときには、消費者でない債務者は遅くとも反対給付の履行期到来および受領の後30日を経て遅滞に陥る（286条3項）」という規定が設けられた。また改正前も履行遅滞責任は過失責任と解するのが通説であったが、改正後は「債務者は自己の責めに帰することのできない事由により給付がされない場合には遅滞に陥らない（同条4項）」ことが明示された。また改正前は金銭債務の履行遅滞の場合、債権者が別の法律上の原因に基づきこれより高い利息を請求できる場合を除き、年利4%の利息がつけられ（旧288条1項）、その余の損害の主張は妨げられない（同条2項）と規定されていたが、改定後は従来の固定金利制に代えて変動金利制が採用され、基本利率（新247条）に年利5%を加算したものとされた（新288条1項）。消費者が当事者でない法律行為では、報酬（対価）債権についての利率は基本利率に年利8%を加算した率である（同条2項）。また債権者は別の法律上の原因によりそれよりも高額の利息を請求できる（同条3項）。その余の損害を主張することも妨げられない（同条4項）。

### (c) 遅滞と不能

ローセによれば、1900年の民法では後発的な不能は、それが責めに帰すべき事由によらない場合、免責の原因となった（1900年民法275条）。それに対して履行不能が債務者の責めに帰すべき事由による場合は、逆に、それが債権者を履行請求権への拘束から解放し、彼に損害賠償請求を可能にすることによって責任原因となった。そしてその限りでのみ、それは遅滞と並んで同様の権限が帰属する給付障害とみられた。この同様の権限は広範囲に及ぶものであったので、ドイツ民法典効後直接に第一委員会によってパラレルな責任規定の正当化のために提案された、遅滞は部分的に時間の不能であり、それゆえに本来は不能の事例である

という衡量が学説上広まった<sup>(114)</sup>。しかしその後議論の力点を移すことによって遅滞と不能とは距離が置かれるようになった。当初遅滞は一部不能の特別ルールと把握されるにすぎなかったが、今や遅滞の規定の存在は、不能概念が法律上の構想後原則的に給付時期には関わらないことを示すことが強調されたからである<sup>(115)</sup>。事物に従えば、それは、立法者が遅滞を一部不能のルールに従って扱い得たであろうための視線を変えうる同じ競合問題の異なった解決にすぎない。遅延損害の賠償も全契約の不履行による損害賠償への移行も、1900年民法286条の代わりに1900年民法280条および325条によってもまた理由づけえたであろう<sup>(116)</sup>。1900年民法においては、遅滞が一部不能だという衡量は、不能の免責機能の枠内でのみ行ったものであり、しかもそれは、遅滞のルールによる責任が、厳密に免責が不能により生じる場合にその限界を有することを基礎づけるためであるがゆえに、生じなかったのである。これに対して2002年債務法改正の起草者は、給付に代わる損害賠償請求権への移行のためではあるが、給付がなされないことと結びつき（2002年民法281条1項）、数量的一部給付のためにあてはまる2002年民法281条1項の制限を伴い、同時にすでにこれまで一部不能（1900年民法280条2項）と遅滞（1900年民法286条2項、326条）を区別したルールを事物に従って維持する統一的なルールを創設した。起草者が遅滞損害のために同様になお遅滞の特別規定に固執したことは、その原因を不給付による義務違反に関して現れる特別の遅滞要件としての督促のすでに言及された不適切な理解に有している。2002年民法280条2項、286条の特別規定は、給付の遅滞が確かにそれ自体としてすでに、損害賠償義務を負わせる義務違反であるが、債務者にこの種の義務違反から生じる不利益を督促後に初めて負担させると信じたがゆえに制定されたのである<sup>(117)</sup>。

しかし遅滞規定は維持されただけではない。帰責事由が問題になる限り、それはその当初の固有の意味すら再取得した。19世紀末期のドイツ民法典起草者にとって帰責事由は、第一に債務者の意識から導かれる免責の論拠を把握すること、および第二に債務者が不能の原則に従って免責される場合に遅滞が排除されることによって、不能による責任制限が

関わってくるのが自明的であった。不能はその機能において免責原因として遅滞規定の不可欠な構成部分であった<sup>(118)</sup>。同時に1900年民法285条は、法の錯誤の事例を度外視すると大幅に意味を失った。給付義務の不知による免責は督促要件によって大幅に後退した。当初は遅滞の事例として分類された<sup>(119)</sup>、一時的不能の事例において帰責事由がない場合、不能が継続している限り、すでに貫徹しうる請求権は存在しなかった(遅滞はなかった)<sup>(120)</sup>。継続的不能の事例のために結局いずれにしても責めに帰すべき事由による不能の責任に関する規定のみが予定された。1900年民法285条は、不能の機能の理解が変遷したことによって初めて徐々に意味を獲得したに違いない。当初総体として責任免除の論拠としての責めに帰すべからざる事由による不能、モムゼンの偶然的な不能に重点が置かれていたが、今や単なる客観的不能自体が前面に現れ、これが第一次的請求権を排除することが強調された。そのために1900年民法275条の「彼の責めに帰すべき事由によらない」という語は余計なものとなった。2002年民法275条は、不能が責めに帰すべき事由によるかどうかを問わないで給付請求権を排除するがゆえに<sup>(121)</sup>、今や1900年民法275条のこの理解に従って、すでに以前に認めなければならなかったであろうことが一般に当てはまる。債務者が責めに帰すべき事由による一時的不能の場合にも一時的に給付義務を免れるとすれば、この給付義務は2002年民法284条のために、弁済期の到来した貫徹しうる請求権が存在するかどうかの問題に際して顧慮されないままにしておかねばならない。そのようにしてのみ一時的不能はなお遅滞事例として把握されうる<sup>(122)</sup>。それがこの方法で把握されうることを債務法改正もまた変えなかった。それは、給付がその責めに帰すべき事由により一時的に不能になった債務者が遅滞損害を賠償すべきことは疑いえず、遅滞損害は2002年民法280条2項に定められているからである<sup>(123)</sup>。解決を遅滞法の代わりに2002年民法280条1項の一般条項に、または2002年民法280条1項、3項、283条に従って適時の給付に代えて損害賠償の付与に求める者は、2002年民法275条が給付義務の存続に関する問題をこれ自体のためにのみ規定し、2002年民法280条以下に規定された請求権のためにも規定したも

のではないこと、換言すればドイツ民法典において給付義務の限界は、今や二重の規定として、別々に第一次的給付義務および金銭の等価物に対する責任のために実行されることを誤認している。まさにこの理由から2002年民法280条1項における義務違反の概念のためにも、債務者が2002年民法275条に従って彼が違反するいかなる給付義務も負わないことが看過されている。その問題は遅滞に際して全く異なったものではない。単にこの場合義務違反の概念の場合だけでなく、弁済期の到来した貫徹する請求権の場合にもまた生じうるにすぎない。遅滞のために275条に定められた給付の免責がもはや考慮されるべきではないとしても、同時に同様に第一次的給付と給付障害の区別の結果として、遅滞における帰責事由の概念にモムゼン以来不能法にずれ込んだ評価を再び背負わせなければならない<sup>(124)</sup>。

#### (d) 履行遅滞と帰責事由

ドイツでは履行遅滞についても、義務違反について過失がなければ損害賠償義務を負わないという立場が基本的にとられているが(280条1項)、履行遅滞の場合は、債権者は286条の要件の下でのみ賠償を請求する(同条2項)。286条は遅滞の概念を規定し、同条4項は債務者がそれについて責めを負う場合にのみ給付遅滞につき責めを負うべきことを明らかにする。債務者が帰責事由のある場合に賠償責任を負うことは276条以下から生じる。286条4項は挙証責任の転換を定める。帰責事由は推定されるだけで、債務者は反証を挙げて免責されうる。債務者は遅滞中はすべての過失につき責めを負わねばならない。彼は損害が適時の給付の場合にも生じたであろう場合を除いて、不可抗力の場合でも給付のために責めを負う(287条)。

遅滞は場合によっては後発的不能より明らかに義務違反の統一的概念から際立って見える。この場合もまた義務違反は債務者の行為の中ではなく、単なる不給付の中に存在する。しかし責めに帰すべき事由による不能による損害賠償規定におけるとは異なり、遅滞における責任の限界は特別に定義される：既述のように債務者は給付が彼の責めに帰すべき事由によらない事情によりなされない限り遅滞には陥らない(286条

4項)。一見したところ、この規定は責任の厳格化(287条)および利息支払義務(288条以下)を理由づけるために必要である<sup>(125)</sup>。しかし起草者のように、義務違反が給付時期が合意または督促によって定められた後、給付がその時期までになされないことの中に存在することから出発する場合に<sup>(126)</sup>、286条4項はその限りでも余計なものになる。しかし通説によれば、286条4項は義務違反による損害賠償請求権についてのみなくてもよい。もっともそれですらなお議論されている<sup>(127)</sup>。286条4項の意味に関する議論は近代の概念法学の典型的である。実務にとってそれは重要ではない。学説にとってそれはガラス玉の競技である<sup>(128)</sup>。

280条1項2文および286条4項の重複は深い意味はない。従ってまた理論的に説明され、または正当化さえされるに及ばない。それは単に誤解の産物であるにすぎない。すでに普通法の伝統の中で給付の不能と事件は責任の限界として相互に発展してきた。確かにモムゼンは両側面を再び統合し、フォン・キューベルは、債務者に責めに帰すべき事由があるときは、彼に常に不履行について責任を負わせることを提案した。しかし遅くとも1900年民法の基礎の上に不履行の概念を喪失したために、不能と帰責事由の中に二つの異なった形象をみることになった。帰責事由をなお義務違反と重ね合わせる債務法現代化が、疎遠になることを深化させた。いつも不能に関する議論の背後にあった遅滞における展開は全く異なって推移した。この場合もまた不履行が問題となり、かつ債務者は遅滞について責めを負わねばならない場合で、給付が彼にとって不可能ではない場合にのみ責任を負った。しかし不履行に関する一般的議論におけるとは異なり、遅滞の場合責任および責任限界は決して対立関係には立たない。かように遅滞およびその中に包蔵されている帰責事由に対する責任は20世紀における義務論からもまた免れた。従って委員会草案284条3項から改正法に至るまで遅滞が帰責事由を前提とすることが定式化される場合、それとともに当初の不履行責任への窓が開かれたままになっている。この不履行責任は、280条1項への包摂により、今や帰責事由を給付障害法の固有の、中心的な構成要件にする義務論に出くわす。それは一時的不能の事例をもはや275条1項から基礎づけえない、

責めに帰すべからざる事由による（以前は偶然に不能になるといわれていた）給付遅滞の事例のみが問題になるがゆえに、もはや不能を語るべきですらないという稀な帰結を生じる。遅滞規定自体は不履行責任の遺物である。そしてそれゆえに280条1項2文および286条4項では重要でない、歴史的に説明しうる二重化が問題になる。280条1項を分割して義務違反の客観的構成要件と帰責事由の主観的構成要件とを見る場合にのみ異なった結論に到達するであろう。その場合もちろん280条1項2文と286条4項との間の実体的な相違もまた存在するであろう。しかしいずれにしても通説は、不履行自体の中に義務違反を見るのであり、債務者の何らかの種類の誤った行為の中に見るのではない<sup>(129)</sup>。

遅滞法はもちろん、債権者の督促（286条1項）または給付時期の明示的または推断的な特定（286条2項1号—2号、286条）が理論的に不履行の特別事例として扱われるべきことを考えさせるという特殊性を際立たせる。この特殊性から出発して、給付遅滞（Verzögerung）による賠償請求権（280条1項）および遅延（Verzug）による賠償請求権（280条1項、2項、286条）について帰責事由との関係で二つの異なった時期が問題になるかどうかを考慮させられる。後者では（例えば督促による）時期の定めの時点が、前者では遅滞の時点が問題になる。この区別は特に瑕疵あるまたは遅れた給付による事業利益の喪失損害について議論された<sup>(130)</sup>。瑕疵ある物を給付する者は同時に瑕疵のない給付につき遅滞に陥る。債務者が瑕疵惹起損害を常に（280条1項から）賠償しなければならないのか、それとも彼が瑕疵のない給付につき遅滞に陥る場合でかつその限りにおいて（280条1項、2項、286条）であるのか。異なって定式化すると、給付と並んだ損害賠償の二つの定式（瑕疵惹起損害と遅延損害）は督促の要件によって区別されるのか。エルンスト（Ernst）がかような区別を原則として拒否する一方で、カナリスは、債務者が種類物から給付しなければならない事例でそれに意味を認めたと<sup>(131)</sup>。種類物の債務者が瑕疵ある給付をしたときは、彼は過失がある場合にのみ瑕疵惹起損害を賠償しなければならない。彼は遅延損害をもちろん督促する限り、過失がないときでも賠償しなければならない<sup>(132)</sup>。

シェールマイヤーによれば、この区別は今日支配的であるとしても誤っている督促の理解において始まる。督促は債務者に遅滞の結果を警告することではなく、債務者が給付しなければならない時期を確定することに資する。債務者が督促の前に給付をするときは、彼自ら給付時期を確定する。今や債権者は債務に合った給付を取得することを期待する。期限前の、督促の前にもたらされた給付は、それゆえに債務者の自己催告に等しい。債務者の立場からも、債権者の立場からも、かような給付と債権者により督促を受けた給付との間に違いは存しない。瑕疵ある、それゆえに遅延した給付または遅滞発生後もたらされた給付のためのルールの違いは、そのため正当化されない。むしろ債務者は瑕疵ある給付により直ちに遅滞に陥る。単純な、280条1項に依拠した瑕疵惹起損害の賠償請求権は280条1項、2項、286条に従って存する遅滞損害の賠償請求権と異ならない。両者の間に請求権競合は存しない。むしろ請求権の同一が存在する<sup>(133)</sup>。それは種類債務者にとって彼が瑕疵ある給付の場合に直ちに遅延した給付のために、彼が債権者からすでに督促を受けた場合のように損害賠償義務を負うことを意味する。種類債務者が給付能力を保証するが、瑕疵惹起損害の賠償は保証しないというカナーリスの議論<sup>(134)</sup>は、突出したものではない。厳密に種類債務者が保証するものは、各々の事例で解釈により探求される。督促は督促前になされた債務者による瑕疵ある給付のようにこの解釈において変わらない。債務者が瑕疵ある給付をなし、それゆえに遅滞にあることを彼が知らなかったことも意味を有さない。給付時期の確定は、この時期の前に不履行により責任を負うことから債務者を守るだけである。彼が時期を自ら選んだときは、彼をこの責任から保護する理由は存しない。その他債務者がその瑕疵並びに遅滞につき責めを負うかどうかが問題になる<sup>(135)</sup>。

給付に代わる損害賠償(281条)と遅滞による損害賠償(280条1項および286条)との限界はこの解決によりなお明らかになる。債務者の瑕疵ある給付の場合債権者にとって三つではなく、二つのみの請求権の基礎が存在する。遅滞損害を彼は、280条1項または債務者が給付行為により自ら督促するがゆえに、280条1項、2項、286条により賠償請求し

うる。追完給付のために彼は債務者に追完期間を設定し、徒過後は給付に代わる損害賠償を請求しうる。追完期間中に生じた瑕疵惹起損害を債権者は280条1項、2項、286条により賠償請求しうる。追完請求により生じた費用も同様である。債務者が瑕疵ある給付または遅滞につき責めに帰すべき事由がなかったときは、不十分な追完履行のための責任の論拠と範囲のためにももちろん彼が追完履行につき遅滞に陥った時期が標準となる。債権者が結局不履行による損害賠償を請求するときは、彼は原則として遅延損害もまたその賠償請求の中に包含させうる<sup>(136)</sup>。債務者が瑕疵ある給付について責めを負わないが、なされなかったまたは契約に適わない追完履行について責めを負う上記の事例については、彼が追完履行について遅滞に陥った時から同様のルールが適用される<sup>(137)</sup>。

#### (ホ) 賠償責任の基本的要件

##### (a) 故意、過失

276条1項の定める故意とは違法性または義務違反を知りかつ意欲することである。条件付き故意（未必の故意）で常に十分である。故意は、違法性または義務違反を基礎づける事情と並んでこれら自体もまた包含するものでなければならない。したがって、債務者に例えば違法または義務に違反した行為をなす意識がないときは、彼は通説によれば民法上故意なしに行為したものである（いわゆる故意説（Vorsatztheorie））。刑法上は違法性の認識を故意の要件とはせず、独立の責任要件とする責任説（Schuldtheorie）がとられている（下刑17条）<sup>(138)</sup>。

同条2項は過失を定義するが、これは私法全体に当てはまる定義である。取引上必要な注意は客観的な標準に従う。個々の債務者がなしうるのではなく、その取引圏に属し、かつその年齢群に属する者に要求される平均的な注意（例えば、通常の運転手、業務に就いている医師または商人の注意（下商347条1項））が問題になる。この厳格な標準は民法上優先すべき簡易さおよび取引の安全のために正当化される<sup>(139)</sup>。注意の標準の具体化のためには、製品安全法、建築法上の規定のような当該分野に適用される法規もまた参照すべきである。EU指令や規則もまた、それがまだ国内施行される前であっても過失の具体化のために参照され



うる<sup>(140)</sup>。しかしこれらの規則またはルールに違反するからといって必ずしも過失が認められるとは限らない。

特に同条3項のために(不法行為については826条参照)故意と過失の区別が重要である。しばしば過失責任は契約上排除される。普通契約約款については309条7号の制限がある。条件付き故意と意識的過失との区別は、債務者がいずれの事例でも要件充足の可能性を知っているがゆえに、困難である。判例<sup>(141)</sup>によれば、この場合違法性または義務違反に関する考え方が問題となる。債務者が要件の充足を認めて引き受けた場合は条件付き故意となる<sup>(142)</sup>。

#### (b) 法の錯誤

過誤の行為が法の錯誤に基づく場合は、過失の非難は、この錯誤が回避可能であったかどうか依存する。当該法律規定や契約内容の不知は、常に過失があるものとみなされる。判例が変更した場合は免責は可能である<sup>(143)</sup>。確定した判例を知らない場合でも、事実状況が複雑なときは、必ずしも過失が認められるとは限らない<sup>(144)</sup>。疑わしい法状況の場合で、法的に許容されるかどうかの限界領域にあることを知りうるにもかかわらず、当該行為の法的許容性の自己の評価とは異なった判断を観察に入れねばならないときにも、過失で行為したものである<sup>(145)</sup>。回避可能性は、一方では給付義務を誤認した債務者について、他方では外見上のみ存在する債務を主張した債権者について異なって判断される。債務者の場合、回避しえない法の錯誤は、通例彼が法律状態を、最高裁判例を含めて注意深く検討し、彼が取引上必要な注意を用いたときに裁判所によるいかなる異なった判断も考慮するに及ばない場合にのみ存在する<sup>(146)</sup>。しかしその場合債務者は、自己の法的認識が欠ける場合、法的助言を入手する義務を負う。弁護士の誤った法的回答および鑑定は、彼が278条に従ってその過失の責めに任じなければならない場合、免責原因とはならない<sup>(147)</sup>。これに対して債権者には狭い要求しか課されえない。それゆえに彼の行動には、その要求が客観的に正当でないことを知らないというだけで過失はない。通例その固有の法的立場がもっともだという場合はすでに彼は免責される。なぜならばある請求権の正当さは、原則として

裁判所の判決によってのみ確定されるからである<sup>(148)</sup>。

(c) 異なった責任の標準

より厳格なまたはより緩和された責任が法律行為または法律により定められうる。若干の事例では債務者は法律により軽過失に対する責任が免除される。例えば、贈与者 (521条)、使用貸主 (599条)、緊急事務管理者 (680条)、遺失物拾得者 (968条) ならびに債権者遅滞後の債務者 (300条 1 項、277条をも参照) は単に重過失についてのみ責任を負う。これらは、必要な注意が特別に重い程度に侵害された場合に問題になる。判例の定式によれば、これは最も簡単な考慮が払われず、かつ所与の事例で各人にとって簡単であるに違いないことが考慮されなかった場合である。例えば、100%以上の最高時速の超過、濃い霧が出ている場合の追い越しがその例である<sup>(149)</sup>。判例上展開した労働法上の特則はそれと並んで労働者の責任の制限を形成する。運送上はさらに、下商435条等や一連の国際運送法条約の中に損害の蓋然性を容易に認識しようという標準が見出される。それは重過失という標準よりも狭い。この標準は、特に運送業者が運送上通常予定された責任の最高額を超えて請求される場合に問題となる<sup>(150)</sup>。

異なった責任の標準は債務関係の内容からもまた生じうる。276条 1 項 1 文は過失なき責任のために例えば、最も重要な事例群として、①担保の引き受けまたは②調達危険の引き受けを挙げる。①担保の引き受けは、特に売買、賃貸借、請負契約およびそれに類似した事物に関わる契約における性質保証を意味する<sup>(151)</sup>。法律は、担保という表現を、その概念を定義することなく、売買法上の442条 1 項 2 文、443条、444条でも用いる。それは場合によっては個々の規定の規定内容に鑑みて固有の定めたりうる<sup>(152)</sup>。いずれにせよ統一的な概念が276条 1 項 1 文、442条 1 項 2 文および444条の基礎になっている。立法者がこの場合、場合によっては特定の性質の保証を念頭に置いていた一方では<sup>(153)</sup>、443条のさらなる適用領域は担保概念に関する付加的な考慮を要求するからである。保証は特定の客体の特定の性質のためだけでなく、請求権の売買のように権利の存続および抗弁の不存在のためにも引き受けられうる<sup>(154)</sup>。そ

これは、債務者が品物に関するその認識のみを表明する単なる性質表示(例えば競売の広告)とは異なり、売主が契約にあって拘束的な方法で合意された性質の存在のために保証を引き受け、かつそれとともに、この性質の欠缺の総ての結果に対して責任を負い、保証された性質の欠落に関していかなる帰責事由も彼に帰さず(276条1項1文)、または重過失により瑕疵が買主に知られないままになっていた場合ですら(442条1項2文)損害賠償をなす意を表することを意味する。債務者が保証を引き受けるときは、それはもちろん彼が強制的に、無制限に厳格に責任もまた負うことを意味するものではない。法律が述べるように、債務関係(契約)の内容が問題になる。売買契約において同時に売買目的物の特定の性質の記載と瑕疵担保責任の一括した排除が合意されたときは、これは通常責任の免除が、合意された性質の欠缺についてではなく(434条1項1文)、単に434条1項1号および2号の意味の瑕疵についてのみ当てはまるというように解釈すべきである<sup>(155)</sup>。

②債務者は、債務関係の内容に従って種類債務の場合は通例(243条)、金銭債務の場合は常に(275条)調達危険を負担する。特定物債務の場合もまた、債務者は調達危険を契約上引き受けうる。例えば、債務者がピカソの特定の絵画の調達義務を負担する場合、彼が過失なく調達できない場合でも、彼は責任を負う。調達危険の引き受けの場合の帰責原因は、調達における遅滞もまた包含する<sup>(156)</sup>。

#### (ハ) まとめ

現行ドイツ民法によれば、債務不履行に基づく債務者の損害賠償義務はその故意、過失(帰責事由)を要件とし、債務者のより厳格なまたはより緩和された責任が定められている場合はその例外となる(276条1項)。過失行為とは取引上必要な注意の懈怠の場合である(同条2項)。故意による債務者の責任はあらかじめ免除されえない(同条3項)。英米法では保証責任主義がとられているが、ドイツの過失責任主義と実際上はそう大きな違いはない。債務者の過失は通常推定され、かつ挙証責任は債務者側にあるからである。第三者の行為による債務者の責任に関しては、債務者は履行補助者の過失について自己の過失と同様な範囲で

責めを負う (278条)。

ドイツ民法では、債務者が債務関係に基づく義務 (付随義務を含む) に違反したときで、それについて責めを負う場合に損害賠償義務を負う (280条1項)。281条は、主たるまたは付随的給付義務の違反に適用される。281条により過失ある売主に対してもまた給付に代わる損害賠償が請求されうる。瑕疵惹起損害の賠償が280条1項によってのみ請求しうるのか、281条に基づいてもまた請求しうるのかの問題は、今日ではあまり重要性を持たなくなった。282条によれば、付随義務違反の場合でもそのために債権者に債務に適った給付がもはや期待できないときは、給付に代わる損害賠償を請求しうる。

履行不能の場合も、債務者の側に義務違反につき帰責事由がなければ債務者は損害賠償義務を負わない (ド民280条1項)。しかし債権者は債務者の義務違反 (不履行) を立証しなければならない。

ドイツでは履行遅滞についても義務違反について過失がなければ損害賠償義務を負わないという立場が基本的にとられている (280条1項)。債務者は弁済期到来後になされる督促にもかかわらず履行しないときは、遅滞に陥るのが原則であるが、給付のために暦日に従って時期が定められている場合や債務者の給付を真摯かつ最終的に拒絶する場合などはこの限りでない (286条1項、2項)。また既述のように対価 (報酬) 請求権の場合は、債務者は弁済期の到来および計算書およびそれと同価値の支払い請求書到達後30日以内に給付しないときに遅滞に陥る (同条3項)。債務者は、遅滞中はすべての過失につき責めを負わねばならない (287条)。ドイツ民法は、債務者は給付が彼の責めに帰すべき事由によらない事情によりなされない限り遅滞に陥らないと規定する (286条4項)。これはドイツで以前から一般に認められてきたルールであるが、今日では反対説が有力である。

債務者の故意、過失が損害賠償請求権の要件である。故意の中に未必の故意も入る。債務者に違法または義務に反した行為をなす意識がないときは悪意は認められない (故意説)。過失とは取引上必要な注意を怠ることであり、客観的標準に従って定められる。債務者の取引圏に属し

かつその年齢群に属する者に要求される平均的な注意が問題になる。債務者が違法性（法律）について錯誤に陥り、そのために不履行または義務違反を行った場合、債務者に過失が否定されるためには、彼が取引上必要な注意を用いたときに、裁判所によるいかなる異なった判断も考慮するに及ばないことが必要である（判例）。

故意による責任はあらかじめ免除しえないが、過失による責任はこの限りでない。担保の引き受けまたは調達危険の引き受けが代表例である。贈与者などの場合は法律により軽過失に対する責任が免除される。

〈注〉

- (1) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 719 [Huber]（下森他・西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究（1988年）144-145頁 [宮本健蔵]）。フーバー説については、角田光隆「債務者の帰責事由一担保一」早稲田法学会誌38巻（1988年）108頁以下、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察」法学新報96巻6号（平成2年）178頁以下が詳しい。
- (2) von Caemmerer, Die absoluten Rechte in para. 823 Abs. 1 BGB., Gesammelte Schriften, Bd. I (1968), S. 577f. 潮見・契約責任の体系182頁参照。
- (3) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 673 [Huber]. 角田・前掲論文早稲田法学会誌38巻113頁以下、潮見・契約責任の体系192頁-193頁、森田修・契約責任の法学的構造74頁参照。
- (4) 草案段階での議論の推移については、潮見・契約法理の現代化（2004年）373頁以下参照。フーバーの帰責事由不要論に対して過失主義の立場から直ちに反論が展開された（例えば、Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, 1985, S. 19f.）。フーバー説に対する学説上の反応については、渡辺「給付障害の基本構造に関する一考察」法学新報96巻5号193頁以下が詳しい。

- (5) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht, S. 127. 債務法改定委員会での議論の経緯については、下森・岡編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究21頁以下 [浦川道太郎]、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由」判タ1116号 (2003年) 23頁-24頁参照。
- (6) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht, S. 128.
- (7) この問題については、中村肇「ドイツ民法における種類債務債務者の調達リスクの引受による責任」滝沢他編・民事責任の法理 円谷峻先生古稀祝賀論文集 (2015年) 52頁以下参照。
- (8) これは2016年の日本の新債務法 (改定後日民560条以下) でも同様である。ドイツにおけるこの問題を論じた文献として、北居功「瑕疵担保責任から債務不履行責任へ—特別法の一般法への包摂現象—」滝沢他編・前掲書17頁以下。
- (9) 例えば、280条1項2文、286条4項。例外は例えば、536 a 条1項第1事例 (賃貸物の原始的瑕疵)。
- (10) Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., 2015, S. 128.
- (11) Schulze u. a. (Hrsg.), Handkomm. z. BGB., 5. Aufl., 2007, S. 311 [Schulze] ; Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP Bd. 202 (2002), S. 892f.
- (12) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., 2017, S. 474 [Schmidt-Kessel].
- (13) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 834.
- (14) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 667.
- (15) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 489 [Schmidt-Kessel].
- (16) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1291-1292 [Schermaier].
- (17) Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 106.
- (18) Recker, Schadensersatz statt der Leistung, NJW 2002, S.

1247-1248.

- (19) Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und Kaufrechts- Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002-Schuldrechtsmodernisierung (2003), S. 41f.
- (20) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1292-1293 [Schermaier].
- (21) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1293-1294 [Schermaier].
- (22) Staub, Vertragsverletzungen, S. 23 (E. Schmidt (Hrsg.), von Jehring, c. i. c. und Staub, p. Vv., S. 106所収). シュタウブに始まるドイツの積極的契約侵害論の展開については、北川・契約責任の研究—構造論—42頁以下が最も詳細である。
- (23) Staub, Vertragsverletzungen, S. 23-24 (E. Schmidt (Hrsg.), Jehring, c. i. c. u. Staub, p. Vv., S. 106-107所収).
- (24) Staub, Vertragsverletzungen, S. 23-24 (E. Schmidt (Hrsg.), Jehring, c. i. c. u. Staub, p. Vv., S. 106所収).
- (25) RG Urt. v. 11. 5. 1906, BGHZ Bd. 63, S. 297 (長期間の酒場とビール製造所との間のビールの取引で、個々の給付に時折品質の悪いものが含まれていたと主張する酒場の主人は、直ちに契約解除の主張をなすのではなく、そのためには苦情にもかかわらず質の悪いビールの供給が継続され、買主がそれ以上の供給になら利益を有さず、かつ彼にとって契約の継続が期待されえないことが必要だとされた).
- (26) RG Urt. v. 5. 10. 1939, RGZ Bd. 161, S. 330 (原告がAから土地を買った被告から建物建設目的でその一部の転売を受けた。その後被告が原告に売却した土地の隣(後背地)に建物を建築し、眺望権が損なわれるに至った。原告は被告に損害賠償を請求。第一審、第二審は請求を棄却したが、大審院は、目的土地の後背地に立てられた建物により眺望が妨げられることを当然には目的物の価値とは捉えなかったが、被告が目的土地引き渡し後原告の眺望が悪

化することを知りつつ隣地に建物を建てることは積極的契約侵害に基づく被告の賠償義務を基礎づけうるとした)。

- (27) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 2. Aufl., S. 227.
- (28) BGH, Urt. v. 19. 10. 1977, NJW 1978, S. 260 (ボルシェ事件) (原告は被告にボルシェの新車を販売したが、原告は被告にそれを知らせることなく新車の一部 (スポイラー) を中古車の部品と交換していた。被告は原告に代金を支払わなかった。最高裁は、原告には被告の契約解除を正当化する積極的契約違反があると判示した。本最終判によれば、積極的契約侵害を認めるためには、契約への固執が相手方にもはや期待しえない場合であれば、相手方の利益の危殆化または侵害で十分である)。
- (29) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge Bd. 1, 1981, S. 832f. [Huber].
- (30) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht, S. 166.
- (31) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1295 [Schermaier].
- (32) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 683.
- (33) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1296 [Schermaier].
- (34) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 683.
- (35) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1296-1297 [Schermaier].
- (36) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 3, 7. Aufl., 2016, S. 139 [Westermann].
- (37) BGH Urt. v. 3. 7. 2013, NJW 2013, S. 2959 (運送会社の破産管財人である原告が燃料会社である被告からバイオディーゼル燃料を購入したが、被告は一部を供給したのみで、残部は卸売り業者が倒産したという理由で履行を拒否。そこで原告は填補購入を行い、差額を被告に請求した。最高裁は、買主の填補購入による増加費用は、給付に代わって生じ、債権者がそのためド民280条1項、3項、281条の要件のもとにのみ請求しうる、その結果契約の履行と並んで請



求しえない損害が問題になるがゆえに、ドイツ民法280条1項、2項、286条の遅延損害ではないとし、原告がなお残部の燃料を請求した以上自己の填補購入による差額は請求できないと判示した)。本事例については、ヴィンデル(拙訳)「ドイツ民法による給付遅滞における法的救済」駿河台法学31巻1号(2017年)86頁以下参照。

- (38) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 830 [Schmidt].
- (39) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 250 ; BGH Urt. v. 22. 6. 2005, BGHZ Bd. 163, S. 234 (原告が犬の飼育業者である被告からダックスフンドの子を買ったが、その犬は過度のO脚で高額の手術費用を要した。原審は原告の賠償請求を認めたので被告上告。最高裁は、本売買契約は2002年6月になされたから改正規定が適用されるとしたうえで、瑕疵ある物を給付した売主に帰責事由がある場合でなければ損害賠償義務を負わないとの立場から、本件では被告は引き渡し後4か月経ったときに遺伝性の犬の疾患を知ったのであり、飼育業者として通常尽くすべき注意を尽くしていれば過失はないとした)。
- (40) U. Huber, Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht, Habersack u. a. (Hrsg.), Festschr. für Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S. 1185. 古い見解：前出RGZ Bd. 108, S. 221 (容器に詰めた水素の売買で売主(被告)は買主(原告)の同意を得て供給者の工場から直接に買主に送らせたが、それには酸素が混入していて、買主のもとで爆発した。大審院は、供給者が売主の履行補助者として協力する場合には(売主と直接的な結合関係があれば)278条が適用されるとした)。
- (41) BGH Urt. v. 2. 4. 2014, BGHZ Bd. 200, S. 337 (原告はアルミニウム塗装の木製窓枠の製造者であり、被告は建設用材の販売業者である。2005年に原告は被告にその製作に必要な素材を注文し、被告は供給者にコーティングを委託した。供給者は原告にその注文された素材を引き渡したが、供給者の過失で塗装が不完全であった。最高裁は、売主への供給者は買主への売主の義務の履行に際してその補

助者ではないから、被告には帰責事由はなく、賠償義務を負わないとした).

(42) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 3, 7. Aufl., S. 140 [Westermann].

(43) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 3, 7. Aufl., S. 139 [Westermann].

(44) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 250 ; BGH Urt. v. 15. 7. 2008, BGHZ Bd. 177, S. 224 (製造業者たる売主 (被告) が買主 (原告) に引き渡した寄せ木細工の棒に瑕疵があった (契約は2004年になされた)。その瑕疵は製造者の不手際によるものであった。原審は、買主が代金を支払ってないことから、取り除き費用の賠償のみを認める被告の主張を支持した。最高裁は、被告は原告に瑕疵ある物を引き渡したが、被告の履行補助者ではない製造者によって製作された目的物の瑕疵を知りうべきでなかったから、それから生じる義務違反につき帰責事由は存せずそれ以上の賠償義務を負わないとした) ; BGH Urt. v. 19. 6. 2009, BGHZ Bd. 181, S. 317 (原告が被告からオフィスとして他に賃貸する目的で土地付き建物を購入したが、建物の建築確認が遅れてその間原告は他に賃貸していれば得られたであろう利益を失った。原告が被告に対してこの逸失利益の賠償を請求。最高裁は、僅かな賠償額しか認めなかった原審を破棄、差し戻した。最高裁は、下民280条1項の賠償責任も債務者の帰責事由を要件とし、また通例売主は売買目的物の検査義務を負わないが、本事例では売主は土地の現時の利用および建物の状況が公法上の規定に反しないことを保証しており、買主の賠償請求は認められうるとする) ; 前出BGHZ Bd. 200, S. 337 (売主から委託を受けた業者が瑕疵ある半製品を給付した事例)。反対 : Witt, Aus- und Einbaukosten in der Sachmängelhaftung bei einem Kaufvertrag zwischen Unternehmern, NJW 2014, S. 2157 ; Keiser, Pflichten im Rückgewährschuldverhältnis und Schadenersatz wegen Sachmangels, NJW 2014, S. 1474f. (履行補助者の範囲の拡大を図るべきである)。

(45) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 2, 7. Aufl., 2016, S. 876 [Grundmann]

(製造者の誤った情報提供を売主が用いた場合を例示) ; Schroeter, Untersuchungspflicht und Vertretenmüssen des Händlers bei der Lieferung sachmangelhafter Ware, JZ 2010, S. 497f.

- (46) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 832 [Schmidt].
- (47) 古い見解 : BGH Urt. v. 18. 2. 1981, NJW 1981, S. 1269 (接着テープの売買。売主が製造者の利用上の指示を自分の指示とするような特別な事情がある場合は別である)。
- (48) 古い見解 : BGH Urt. v. 18. 6. 1969, NJW 1969, S. 1708 (新車の販売で売主の検査技師(履行補助者)が契約上引き受けられた引渡し検査に際して、一つの車輪の内側のリムが外側に向かって18cm長く湾曲しているという目的物の瑕疵を見過ごし、それが自動車の事故の原因になった場合、最高裁は、ド民旧276条、旧433条、旧278条を適用して売主の賠償義務を肯定した)。
- (49) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 250.
- (50) BGH Urt. v. 19. 6. 2013, NJW 2114, S. 211 (原告が被告から中古自動車を買ったが、その自動車には重大な事故による損害があった。最高裁は、業者は原則として目視検査義務しか負わず、事故歴の手がかりが存しないときはさらなる検査義務は負わないとした)。
- (51) BGH Teilurt. v. 14. 4. 2010, NJW 2010, S. 2426 (消費者が中古車業者から中古車を買ったが、それには重大な瑕疵があったため契約を解除した。最高裁は、損害賠償の前提となる売主の過失については、売却前に車を検査すれば運行に関わる重要な瑕疵に気づいたであろうとした)。
- (52) BGH Urt. v. 7. 6. 2006, BGHZ Bd. 168, S. 64 (原告が自動車業者たる被告から中古車を購入したが、無事故車であるという当初の言明に反して、重大かつ修復しえざる事故による損傷があることがわかった。最高裁は、支払代金の返還を認めた原審に従ったが、買主の自動車および使用利益の返還との同時履行の関係について原審に再審理を命じた。損害賠償については事故歴を示す特別の手がかりがなければ、売主に事故歴を調査する義務(Obliegenheit)は認め

られないとした).

- (53) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 832 [Schmidt].
- (54) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 833 [Schmidt].
- (55) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 833 [Schmidt].
- (56) Canaris, Die Reform der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 512. 同旨: Riehm, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen, Festschr. für C. -W. Canaris, Bd. I, 2007, S. 17f.; Sy, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, 2010, S. 17f. 長坂「ドイツ給付障害法における義務違反と帰責事由」滝沢他編・民事責任の法理 円谷峻先生古稀祝賀論文集44頁以下参照。
- (57) Sutschet, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 250f. (フランスの手段債務、結果債務の概念に示唆を得ている).
- (58) 2002年改正前の融資者の説明義務に関する法状況については、本田純一・契約責任の成立と範囲(1991年)108頁以下、川地宏行「金融機関の説明義務と融資者責任」三重大学法経論叢14巻2号(1997年)42頁以下、山田剛志「金融機関の説明義務に関する一考察」新潟大学法政理論30巻3号(1998年)184頁以下、潮見・契約責任の体系189頁。
- (59) BGH Urt. v. 6. 7. 1993, BGHZ Bd. 123, S. 126 (顧客(原告)は銀行(被告)との間で長年資産の運用をしていたが、1989年に従来運用してきた契約が満期になったことに伴い、被告の投資助言者の助言に従って外国の証券を購入した。しかし、その発行者の倒産によりその証券は無価値になった。最高裁は、被告の投資助言者は本件における投資リスクを十分に原告に説明していないという理由で賠償請求を認めた)。
- (60) BGH Urt. v. 21. 3. 2006, NJW 2006, S. 2041 (原告は親から相続した資産で証券投資等を行い利益を挙げたが、2000年初めに相場の下落により損をした。原告は同年5月被告銀行に投資を継続するのがいいか問い合わせ、被告は相場が再び上昇するとの期待を表明した。

しかし相場は下落を続け、原告はさらなる損失を被った。控訴審は原告の損失の賠償請求を認めたが、最高裁は、当事者間に助言契約が成立していることを認めたものの、投資決定が後になって不当であることが明らかになったときは、そのリスクは顧客が負担すべきであり、被告には助言契約上の義務に違反していないとした。

- (61) BGH Urt. v. 14. 3. 2003, NJW 2003, S. 1811 (原告は被告1から不動産投資の目的で建物を取得したが、それに際して被告2が仲介人として原告に購入を助言、推奨した。しかしその建物の価値は代金額の半分以下であることが明らかになった。最高裁は、非現実的に少ない原告の建物の保持、管理に伴う負担の説明など被告1および被告2の原告に対する特別の助言義務違反により原告が損害を受けたことを認めた)。
- (62) BGH Urt. v. 14. 7. 2009, NJW 2009, S. 3429 (顧客(原告)が資産運用を託した銀行の破産によって受けた損害を填補させるために破産した銀行の管財人たる被告に対してドイツ銀行協会の保険に入っていた場合に受けられる金額の賠償を請求した事例。最高裁は、出資保険および投資家補償法による最低補償しか受けられない場合、銀行は出資金の名目額の保証に特別の関心を持っている顧客に投資を勧めてはならない、金融制度法(KWG) 23 a 条1項2文に従って銀行は最小の費用で資産の保証について説明し、顧客の保証システムの調査を可能にしなければならないが、本件では助言上の過失があるとする)。
- (63) BGH Versäumnisurt. v. 18. 1. 2007, NJW-RR 2007, S. 621 (投資助言者は、顧客に不動産ファンド合資会社の持ち分購入について助言するときは、原則としてその持分の処分が制限されていることを説明しなければならない)。
- (64) BGH Urt. v. 27. 10. 2009, NZG 2009, S. 1393 (原告が投資助言者の勧めで閉鎖的不動産ファンドに投資し、被告(銀行)が原告にそのための資金を貸与したが、不況のために賃料収入が激減し、融資した銀行(被告)がそのファンドを清算するしかなくなった。原告

は投資リスクについての不十分な説明を理由に損害賠償を請求。最高裁は、説明義務の内容および範囲は投資総額に占める他人の投資比率に依存するのではなく、その具体的なリスクおよびその知識の程度、リスクの準備および投資の目的に従って定まる個別的な助言の必要によって定められるとした（被告の上告の趣旨に従って原審破棄差戻）。

- (65) BGH Urt. v. 22. 3. 2011, NJW 2011, S. 1949（顧客（原告）が銀行（被告）の勧めた投資により損害を被った事例。最高裁は、原告敗訴とした原審判断を破棄した）。
- (66) BGH Urt. v. 14. 4. 2011, NJW-RR 2011, A. 1139（閉鎖的ファンド（持ち株会社）への投資事例）。
- (67) BGH Urt. v. 15. 11. 2012, NJW-RR 2013, S. 371（原告（顧客）が閉鎖的投資ファンドに投資したが、2～3年後その投資ファンドは賃料収入の不足により経営困難に陥った。原告は投資に際しての瑕疵ある助言に基づいて損害賠償を請求した。最高裁は本件で、パンフレット作成者に帰せられる普段使われない言葉や曖昧な用語が用いられている場合、助言者はその裏（真）の意味まで探求する必要はないとした）。
- (68) BGH Urt. v. 3. 6. 2014, NJW 2014, S. 2947（顧客が被告たる銀行に対してリベートの額を賠償請求した事例。最高裁は、立法者が2013年7月15日の「報酬投資助言法（BGBl. I 2013, S. 2390）」による有価証券取引法（WpHG）および営業規則の抜本改正が効力を生じた2014年8月1日より前に支払われたリベートについては被告に過失はないとした）。
- (69) BGH Urt. v. 19. 12. 2006, BGHZ Bd. 170, S. 226（2000年2月に勧誘を受け、購入。WpHG（有価証券取引法）旧31条1項2号（素人である相手方に対する情報提供義務））。
- (70) BGH Urt. v. 15. 7. 2014, NJW 2014, S. 2951（原告は1988年に被告銀行の勧誘により被告から資金を借りて投資を行ったが、被告の手数料に関する説明の欠落を理由として投資の解消を請求。最高裁は、

銀行は1984年の連邦最高裁第2小法廷判決に基づいて還付金の秘匿に注意深い検討を加えなければならなかったとし、原告の返還請求を基本的に支持した)。

- (71) BGH Urt. v. 12. 2. 2004, BGHZ Bd. 158, S. 110 (不動産ファンドへの投資契約。被告は投資仲介者である。被告が原告に呈示した説明書には記載されていなかったが、投資家が投資仲介者に支払う(内部的)報酬が相当額(15%)を上回るときは、説明義務違反となるとした)。
- (72) 前掲BGH NJW 2014, S. 2947.
- (73) BGH Urt. v. 20. 1. 2015, NJW 2015, S. 1095 (顧客が銀行のスワップ取引の勧めに応じて損害を被った事例。本判決は、勧誘した銀行がスワップ取引の当事者ではなく、単なる仲介者であるときは、市場価値の下落について説明する必要はないとも述べる)。
- (74) 前出BGHZ Bd. 123, S. 126 (本件では原告は20年の投資取引の経験があったが、突然に投機性の高い外国証券投資を勧められたという理由で説明義務違反が認められた)。
- (75) 前出BGH NJW 2015, S. 1095.
- (76) BGH Urt. v. 24. 4. 2014, NJW-RR 2014, S. 1075 (原告が被告の代理人(投資仲介人)による信託合資会社の持ち分の購入(投資)の勧めに従ってそれを購入したが、配当がパンフレットに当初約束されていた額(年利7%)を明らかに下回った。そこで原告が被告の助言義務違反に基づいて損害賠償を請求した。最高裁は、投資仲介人による適切な助言は顧客の個人的な(経済的)関係を顧慮し、特にその投資目的、リスクに対する準備、知識の状態が明らかにされるものでなければならないという一般論を述べながら、本件ではありうる全体の喪失リスクが明らかにされているとして原告の訴えを退けた)。
- (77) BGH Urt. v. 6. 12. 2012, NJW-RR 2013, S. 296 (トラック運転手である原告が被告(投資仲介人)の勧めで賃貸住宅を経営する会社の持ち分を取得した(投資をした)が、それからの配当の全額を新た

なプランの下に同じ会社に再投資する契約を結んだ後でその会社の破産が宣告されたため、瑕疵ある投資助言に基づく損害賠償を請求した。最高裁は、このような老齢になってからの備えのための金銭投資も一般的に不適切だとは言えないが、このような目的のためより安定した投資が求められるとすれば、かような投資の勧誘は通例それと結びついた喪失危険のためにそれ自体瑕疵があると判示した).

- (78) BGH Urt. v. 22. 3. 1979, BGHZ Bd. 74, S. 103 (顧客と仲介人の間には助言および情報提供契約または契約商議に基づく法定債務関係が発生し、被告は原告に契約締結上の過失責任を負う).
- (79) BGH Urt. v. 22. 3. 2007, NJW-RR 2007, S. 925 (原告が不動産ファンドに投資したが、パンフレットには税務上の観察に際しての清算の計算の枠内で広告費用としての投資の6%に相当する経営費用の割合が記される一方、それから被告が8%の仲介手数料を獲得する10%から15%の被告にとって重要な営業組織の手数料割合については記載がなかったため、原告は投資の回収を前提とする請求をした。最高裁は、被告が手数料の金額を知っていれば投資を控えたであろうことが推定されるとして原告を勝訴させた。本判決はまた、被告が説明義務違反をした限り、その帰責事由が推定されると述べる).
- (80) 前掲BGHZ Bd. 74, S. 103 (投資助言者が経験豊富でかつ専門知識を有し、または特別の個人的信頼関係を有するときは、特別な程度の人的信頼が要求されるため、注意義務の程度は高められる).
- (81) BGH Urt. v. 13. 5. 1993, NJW-RR 1993, S. 1114 (原告(の父)は投資仲介人である被告の仲介により映画製作会社に投資したが、その会社は一年余り後に経営の悪化により破産宣告を受けた。そこで原告が被告に対して損害賠償を請求。最高裁は、投資仲介者の情報提供義務の範囲および程度も、投資者の投資経験や具体的な記載の程度にも依存するとし、本件では被告がその情報の基礎が不十分であるにもかかわらず、投資が確実なものであると説明したことに過失があるとしたが、原告(の父)が投資前に第三者たる銀行員に意



見を求め否定的な解答を得ていたこと等から、原告側にも二分の一の過失があるとした)。

- (82) BGH Urt. v. 17. 2. 2011, NJW-RR 2011, S. 910 (原告の閉鎖的不動産ファンドへの投資に際して被告(投資仲介人)が提示したモデル計算書には、投資商品の価値が3年後から年々3%上昇、賃料は2%上昇と記載されていた。最高裁は、モデル計算例は将来の配当を担保するものではないが、その中に含まれた予測があてずっぽうではなく、あらかじめ計算された正しいものであると信頼しうることを指摘しうるとし、被告の説明義務違反を認めた)。
- (83) BGH Urt. v. 28. 2. 1989, BGHZ Bd. 107, S. 92 (原告たる銀行が建物建設資金とするために金銭を貸し付けた者の保証人たる被告に対して債務の支払を請求した。最高裁は、保証契約では原則的に債権者の債務者に対する説明義務は認められないとした)など。
- (84) BGH Urt. v. 23. 10. 2007, NJW 2008, S. 640 (原告が投資仲介業者によって自己資金なしに節税のために賃貸用物件を購入することを勧められ、被告銀行から金を借りてそれを購入したが、被告の商事代理人でもある仲介人の説明した予定賃料額と実際の賃料額との間に開きがあったため借入金の返済が滞った事例で、最高裁は、融資対象の代金額の公序に反した高値は、融資銀行と売主との制度化された協働の場合でも、その融資銀行が公序に反した高値を認識していたという反駁しえない推定には導かず、かような推定は詐欺の場合にのみ観察に現れるとしたうえで、被告の詐欺の有無の確定のために原審に差し戻した)。
- (85) BGH Urt. v. 16. 5. 2006, BGHZ Bd. 168, S. 1 (原告夫婦は、被告たる銀行の作成した書式を用意した仲介人を介して節税のために1995年自己資金なしで賃貸用の建物を取得したが、予定賃料は明らかに過大であった。建物には被告のために土地債務が設定された。原告が債務を支払えなかったため、被告は強制執行をした。原告は異議訴訟を提起。仲介人と継続的かつ密接に協働した被告は、契約の経済的リスクを十分に説明していなかったと認定されている。最

高裁は、売主、ファンド設立者または仲介人が不当な説明により顧客を欺いたときは、与信銀行が計画の特別の危険について借主に対して突出した知識を有している等の場合は、被告の説明義務が認められるとし、原審に差し戻した) など。

- (86) BGH Urt. v. 27. 5. 2008, NJW-RR 2008, S. 1495 (自己資金なしに節税のために賃貸用住宅を購入することを仲介人から勧められた被告が銀行(原告)から融資を受けてその投資に加わったが、賃貸収入が原告への返済額を下回って返済が滞り、原告が被告の自宅に設定した抵当権の実行を申し立てた。最高裁は、投資仲介人の不当な説明による投資家に対する詐欺に関する融資した銀行の具体的な知識の突出を認める従来の先例を出発点とした)。
- (87) C 350/03およびC 229/04.
- (88) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 506 [Schmidt-Kessel].
- (89) BGH Beschl. v. 5. 4. 2011, NJW-RR 2011, S. 1064 (原告が投資目的で賃貸用不動産を購入したが、その際に被告銀行の融資を受けた。消費貸借額は完済されたが、その間その投資物件の経営主体の資力が悪化して倒産した。原告は消費貸借の締結を訪問販売撤回法により取り消し、説明義務違反による損害賠償(原状回復)を被告に請求した。最高裁は、被告の責任を理由づける説明義務違反は、被告と原告の重大な利益衝突から生じるとの立場から、被告の説明義務を肯定し、ド民249条に基づく包括的返還請求権を認めた原審を支持した)。ガラクタ不動産事例については、ゲルト・ノッペ(判事)(角田美穂子訳)「不動産投資取引における銀行の責任—2006年以降の憲法通常裁判所判例法理—」クレジット研究40号(2008年)152頁以下、拙稿「ドイツの不動産提携ローンと顧客の銀行に対する既払金の返還請求権」千葉大学法学論集23巻2号(2008年)4頁以下参照。
- (90) Senne, Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JA 2002, S. 431.

- (91) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 481 [Schmidt-Kessel].
- (92) BGH Urt. v. 24. 11. 1995, NJW 1996, S. 451 (不動産の所有者(被告)がその売却を仲介人Aに委託し、その仲介人が自ら依頼した者Bの尽力で原告がそれを購入した。原告はBが5年間は賃料収入で維持費をまかなえると説明し、不足があれば被告がそれを保証すると述べたと主張。最高裁は、Aは被告の履行補助者であり、契約前の注意義務の履行が被告から委ねられた場合、ド民278条が適用されるとした)。
- (93) BGH Urt. v. 7. 10. 2008, ZIP 2008, S. 2208 (原告が被告銀行の共同行為者から投資に関する助言を得て閉鎖的不動産ファンドの持ち分を取得したが、その投資が利益をもたらさないことが判明した。原告はパンフレットの記載の不備を理由に説明義務違反による投資金額の返還を求めた。原告勝訴。最高裁は、銀行はその投資計画で採用した資金状況の検査のために履行補助者を指定しうが、原則としてそのことを顧客に伝える必要はないとした)。
- (94) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 483 [Schmidt-Kessel].
- (95) BGH Urt. v. 14. 11. 1989, NJW-RR 1990, S. 308 (製造業者たる原告が被告に庭の垣根の製作を依頼したが、被告の共同作業員がその作業に際して埋設電線を毀損し、そのために電流が遮断されて原告の事業所に大きな損害を与えた。最高裁は、被告の共同作業員をその履行補助者と認定し、この者がその債務者のための活動において債権者の法的財貨に関わる限り、債権者に対するその保護義務の履行に際して債務者の履行補助者とみられるとした)。
- (96) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 484 [Schmidt-Kessel].
- (97) BGH Urt. v. 19. 3. 2013, BGHZ Bd. 196, S. 370 (顧客(原告)が有価証券ブローカーの従業員による誤った助言により有価証券取引で損害を被ったと主張して銀行(被告)に対して損害賠償を請求し

た。原審は、原告と被告の間には助言契約が存在しないとして請求を棄却。最高裁は、助言は銀行の義務領域には属さないという理由で、有価証券ブローカーが銀行の履行補助者だという原告の主張も否定したが、被告が組織ぐるみの誤った助言を積極的に認識していた可能性があるとして原審に差し戻した。

- (98) BGH Urt. v. 17. 12. 1992, NJW 1993, S. 1704 (受託者が受託事務の履行を適法に第三者に委託した場合に下民278条と同じ責任を認める下民664条1項の適用事例。最高裁は、受託者が第三者に事務の全部または一部を自己の責任で処理することを委託した場合に、同条項が適用されるとした)。
- (99) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 486 [Schmidt-Kessel]。
- (100) RG Urt. v. 29. 5. 1906, RGZ Bd. 63, S. 343 (建物建設の請負人(原告)が契約に従って画家に室内絵を描かせたが、画家のミスで水道の蛇口を閉めるのを忘れ、水があふれて室内を汚損した。注文者(被告)は損害額について控除を主張。大審院は、契約履行の機会になされた補助者の行為についてまで債務者は責任を負わないとしたが、本件については画家が請負人の被用者かどうかははっきりしない等として原審に差し戻した) など。
- (101) BGH Urt. v. 29. 3. 2007, ZIP 2007, S. 904(原告は破産管財人である。破産債務者に対して被告が仲介人報酬等の支払のために小切手を郵送したが、それが名宛人と同じ住所を有する破産債務者の親会社の共同行為者によって取得され、換金された。最高裁は、破産債務者の親会社の共同行為者をその履行補助者とみて、受領者はこのような方法で届けられる小切手を監視する義務を負うとし、その負担は破産債務者の業務上の経過を知りえた原告に帰すると判示した)。
- (102) BGH Urt. v. 15. 3. 2012, VuR 2012, S. 224 (原告はその夫の譲渡された権利に基づいて被告の営業組織に対して、その以前の商事代理人によるファンド投資の解消と得られた収益の横領による損害の賠償を請求した。最高裁は、下民278条の適用要件は、履行補助者

の過失行為と契約履行に関して彼に割り当てられた任務との間の直接的かつ客観的な関係であり、その履行補助者の刑法に反する行為に対してもまた責任を負わなければならない、約款に従ってその顧客の財産状況について継続的に通知されることが確保されていた被告は、その助力なしに情報を利用のために加工しえなかったであろうその仲介人のこれに関わる非違行為について責めを負うと判示した)。

- (103) RG Urt. v. 19. 2. 1921, RGZ Bd. 101, S. 348 (物が被告(倉庫業者)に寄託されたが、その4年後その中からピアノや絨毯などが無くなっていることが判明した。寄託者が原告に損害賠償請求権を譲渡。大審院は、その間寄託物は被告の履行補助者によって保管されていたが、その勤務時間外に生じた窃盗により寄託品が失われた場合でも被告は責任を負うとした) ; Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 486 [Schmidt-Kissel] など。
- (104) BGH Urt. v. 26. 9. 2006, NJW 2007, S. 361 (与信銀行と不動産の売主または事業者との協働事例。最高裁は、この協働関係が認められるためには、事業の協定、枠契約または具体的な事業約束が存在するか、売主またはファンド創設者により関与させられた銀行の仲介人に部屋が与えられ、彼らにより与信者の書式が用いられまたは売主または仲介者が与信者に繰り返し同種の融資を仲介したことが必要であるが、本件はその場合ではないと判示した) ; BGH Urt. v. 14. 5. 2012, NJW-RR 2012, S. 1316 (ファンドの持ち分の売買)。
- (105) BGH Urt. v. 25. 4. 2006, NJW 2006, S. 2321 (バック旅行を利用した顧客が、旅行ビザが必要であるにもかかわらず、それを説明しなかったとして旅行会社に損害賠償を請求した。最高裁は、BGB-InfoV(民事情報提供義務規則) 4条、5条によれば、旅行にビザが必要かどうかを顧客に伝える義務は旅行会社ではなく、主催者に帰し、旅行会社は旅行主催者の履行補助者にすぎないと判示して顧客を敗訴させた)。
- (106) 前出BGH NJW 2008, S. 2837 (寄木造りの棒の売買で、購入した

ものに製造上の不具合があった。最高裁は、売主には瑕疵ある物の給付という義務違反につき帰責事由はないとし、瑕疵ある給付物の除去費用以上の賠償請求を認めなかった。

- (107) 前出BGHZ Bd. 48, S. 118 (トレヴィイラ事件) (トレヴィイラ材の製造者はその素材である人工繊維の製造者であるヘキスト社を履行補助者とするものではない)。本誌138頁注 (69) 参照。
- (108) 反対:Lorenz, Aus-und Wiedereinbaukosten bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung zwischen Unternehmern, NJW 2013, S. 217.
- (109) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 487 [Schmidt-Kessel].
- (110) 旧規定につき反対:前出BGHZ Bd. 48, S. 118. 現行規定につき反対:前出BGH NJW 2014, S. 2183.
- (111) 潮見・債務不履行の救済法理305頁以下参照。
- (112) Senne, op.cit., JA 2002, S. 427.
- (113) Senne, op.cit., JA 2002, S. 427.
- (114) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deut. bürg. Recht, 1900, S. 33f.; Planck, Komm. z. BGB., Bd. 2, 3. Aufl., S. 97.
- (115) Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP Bd. 96 (1905), S. 70f.; P. Oertmann, Komm. z. BGB., II /1, 5. Aufl., vor para. 275 Anm. 4.
- (116) Lehmann, op.cit., AcP Bd. 96, S. 71.
- (117) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 689; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1377-1378 [Lohsse].
- (118) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten u. Vorschläge, Bd. I, S. 112 [U. Huber].
- (119) RG Urt. v. 14. 8. 1941, RGZ Bd. 168, S. 321 (原告は特許製品である髭剃りとクリーム入りチューブを販売する会社であった。原告は被告との間で、後者が同製品10万個を製造する契約を締結した。被告は原告から前払い金の支払を受けて第三者に金型を作らせること

になっていたが、その前払金をその第三者に渡さず、結局金型は製作されなかった。そして被告は約束の履行期間が来ても、原告にどの会社も約束期間内に納入はできないだろう等と解答するにとどまった。その後戦争の勃発により工場が使用不能となった。大審院は、原告の履行請求を債務者の給付義務は戦争の勃発による原材料の押収により不能になったとして否定したが、履行遅滞（ド民旧286条1項）による逸失利益の賠償請求の余地を調査させるため原審に差し戻した）。

- (120) RG Urt. v. 21. 5. 1927, RGZ Bd. 117, S. 127（原告が1914年に南アフリカ産トウモロコシを買い、売主は船荷証券を売主所在地の仕向銀行に交付し、仕向銀行は為替手形とともに被告銀行に送付して仕向銀行ロンドン支店に代金を送金することを依頼した。原告が被告銀行に代金を振り込んだが、その送金は戦争勃発のためになされず、1919年に被告に返送された。原告は、被告が取得した金銭の支払を訴求。被告は、ロンドン支店の全財産が差し押さえられたと主張。大審院は、被告から送付された手形が仕向銀行には届かず、戦争の勃発によりイギリス政府に押収され、1919年に被告に戻されたのは債務者の責めに帰すべからざる送金義務の履行不能だとし（ド民旧275条）、被告は1919年に返送されたときから仕向銀行ないし原告に返送日の為替相場を基準とするポンド建ての代金の送付義務を負うとした）；Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürg. Rechts, I /2, 4. u. 5. Aufl., S. 130.
- (121) Wieser, Schuldrechtsreform. Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht, MDR 2002, S. 861.
- (122) Vgl. Arnold, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, S. 869 ; Harke, Vorübergehende Unmöglichkeit, SZ (Rom. Abteil.) Bd. 123 (2006), S. 150f.
- (123) ドイツの一時的不能論とその新債務法における扱いについては、中村肇「ドイツ新債務法における一時的不能の取り扱い」円谷・松尾編集代表・損害賠償の帰責と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）

(2008年) 466頁以下参照 (不能説 (メディクス (Medicus) など) と遅滞説 (カイザー (Kaiser)) の対立があったことが述べられている)。

- (124) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1378-1381 [Lohsse].
- (125) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 694.
- (126) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 672.
- (127) Kohler, Das Vertretenmüssen beim verzugsrechtlichen Schadensersatz, JZ 2004, S. 961f.
- (128) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1298 [Schermaier].
- (129) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1298-1299 [Schermaier].
- (130) Canaris, op.cit., E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 37f. ; Grigoleit/Riem, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP Bd. 203 (2003), S. 754f.
- (131) Canaris, op.cit., E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 42f.
- (132) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1299-1300 [Schermaier].
- (133) 反対 : Grigoleit/Riehm, op.cit., AcP Bd. 203, S. 758f. (債務者は、瑕疵の認識ないし責めに帰すべき不知および除去のための相当な期間の徒過の時から逸失利益の賠償責任を負う)。
- (134) Canaris, op.cit., E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 44.
- (135) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1300-1301 [Schermaier].
- (136) 反対 : Canaris, op.cit., E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 41f.
- (137) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1301-1302 [Schermaier].
- (138) Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 128.



- (139) Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 128.
- (140) BGH Urt. v. 24. 4. 2012, NJW 2012, S. 2422 (2008年秋に原告がオンラインバンキングの操作中明示的な警告表示が出ているにもかかわらず、それを無視してログイン操作を行い損失を受けた事例。最高裁は、原告には過失があったとした)。
- (141) BGH Urt. v. 18. 10. 1952, BGHZ Bd. 7, S. 313 (飲酒運転の原告の車が自転車に乗っていた者と衝突し後者が負傷したため、原告が加入していた被告保険会社が被害者に保険金を支払った。保険会社が加害者には未必の故意がありかつ酩酊していたという理由で求償してきたため、加害者が被害の保険による填補の確認を求めて提訴。最高裁は、未必の故意となるためには行為者が結果の発生の可能性を認識していただけでなく、その結果をその意思においても引き受け、その発生について同意することが必要である、また酩酊中のただ一度の運転は保険契約法23条以下の危険増大行為とはならないとした)。
- (142) Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 128-129.
- (143) BGH Urt. v. 28. 9. 2000, BGHZ Bd. 145, S. 265 (建物の建て替えを意図した原告がある会社にとそのための事務処理を委託し、被告たる公証人にそのための公証をさせた。しかし後になって原告は、被告の公証は法的助言法 (Rechtsberatungsgesetz) Art. 1, 1条1項1号 (他人の法的事件の処理には管轄官署の許可が必要) 違反により無効だという理由で、受託者の締結した消費貸借上の債務の無効や原告の損害賠償義務の免責などを主張した。最高裁は、被告が本件公証をしたとき平均的かつ職務を自覚した公証人が事務処理契約の締結に関する申込みを公証しうることになら疑念を持たなかったに違いないという理由で、原告の主張を斥けた)。
- (144) BGH Urt. v. 27. 5. 2009, NJW 2009, S. 2590 (建物賃借人が無効な改修条項に基づいて賃借建物の改修を行った場合、最高裁は、賃借人の改修は自己の権利、利益領域における工事だという理由で、賃貸人に対する不当利得返還請求 (ド民818条2項) を認めた。賃

貸人に対する損害賠償請求については、約款利用者は相手方（賃借人）に対して契約前の注意義務に違反したときは賠償義務を負うが、本件では契約締結の直前に同じ約款を有効とする判例も出ており、その有効性がより厳しい要求に服する可能性があるド民305条（普通契約約款）1項の解釈による場合は、被告に過失の非難をなさないとした）。

- (145) BGH Urt. v. 18. 12. 1997, NJW 1998, S. 2144（最高裁は、録音媒体に録音された演奏を演奏者の承諾なしに保護法が欠落していると誤信して複製、拡布した者は、保護法の欠缺の存在がその専門分野で争われていたことおよびドイツ連邦最高裁がヨーロッパ裁判所にこの問題の専決決定を求めていることから行為者に過失があるとした）。
- (146) BGH Urt. v. 30. 4. 2014, BGHZ Bd. 201, S. 91（土地および建物所有者である被告2が2004年に破産し、2009年には第三者がそれを落札した。その後開始された強制管理手続で原告が強制管理人に選任された。被告2は、その娘（被告1）に当該土地を転貸したことおよび被告1がすでに落札者との間で6年間の土地の賃貸借契約を締結していて、全額の賃料を支払ったと主張。原告は、被告1に賃料の支払および土地の明渡を請求。最高裁は、原告の主張を両方とも認めたが、被告1の落札者への一括賃料の支払が有効であり、その結果原告の要求した賃料を支払うには及ばないという法の錯誤が被告1にとって責任がないというためには、通例被告1が最高裁判例の参照の下で法律状態を注意深く検討し、取引上必要な注意を用いても裁判所による他の判例を考慮するに及ばないことが必要であるとした）。
- (147) Palandt, Komm. z. BGB., 76. Aufl., 2017, S. 371 [Grüneberg] ; Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 476 [Schmidt-Kessel].
- (148) BGH Urt. v. 16. 1. 2009, NJW 2009, S. 1262（被告たる建築業者が原告から取り壊すべき建物付きの土地を買い、分譲住宅を建てよう

としたが、建築確認が下りなかった。原告は代金支払請求を、次いで土地売買契約の解除を主張。被告は代金支払請求に対する防御のための費用の賠償を請求（反訴）。原告の代金支払請求は、建築確認が下りていないという理由で退けられた。最高裁は、反訴請求につき、権利を有しない者（本件では原告）が権利を行使した場合、ド民280条1項の義務違反となるが、彼に帰責事由が認められるのは、彼の法的地位が客観的に正当でないことを知らなかったときではなく、彼の権利がもっともなものであるとも見られえなくなったときだとする）；Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 120.

- (149) Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 129.
- (150) Prütting u. a. (Hrsg.), Komm. z. BGB., 12. Aufl., S. 478 [Schmidt-Kessel].
- (151) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 665.
- (152) Bamberger/Roth (Hrsg.), Komm. z. BGB., Bd. 1, 2. Aufl., 2007, S. 1964 [Faust].
- (153) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, SS. 665, 854, 861.
- (154) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 1077.
- (155) BGH Urt. v. 29. 11. 2006, BGHZ Bd. 170, S. 86（中古オートバイがインターネット競売に付された事例。競売公告には「走行距離3万キロメートル」、「オートバイは無担保で売却されます」と記載されていた。最高裁は、原告の代金返還請求や弁護士費用の賠償請求等を許容した原審の判断を基本的に支持したが、中古車（オートバイ）走行距離の記載は通例性質の保証ではなく、性質の言明だとしたうえで、本件のように性質（走行距離）合意と担保責任の排除が併存しているときは、一括的な責任の排除は合意された性質の欠缺には及ばず、目的物が契約に従って前提された使用に適しないという瑕疵に関してのみ及ぶと判示した）；Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 129-130.

- (156) Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 665 ;  
Jacoby/von Hinden, Studienkomm. z. BGB., 15. Aufl., S. 130.民法改正  
研究会 (代表加藤)・民法改正と世界の民法典 (2009年) 247  
頁-248頁 [リーゼンフーバー (渡辺達徳訳)].

## 11 結びに代えて

### (1) 比較法的考察

債務不履行 (契約違反) に基づく損害賠償請求権の要件として、ドイツ民法や (改定前の) 日本民法では債務者の帰責事由 (悪意、過失) を原則的な要件としているが、英米法系の諸国ではこの限りでない。いずれの立法主義が妥当であるのか。(改定前の) 日本民法の立場が19世紀までのドイツの民法理論を下敷きにしたものであろうことは容易に想像のつくところである。それでは現在に至るまでのドイツ民法の過失主義はどのようにして生成したものなのであろうか。既述のように本稿の研究はこの間に答えるものとなっている。結論からいえば、ドイツ民法の過失主義は、ローマ法以来の何百年間も伝えられてきた民法学を継承したものであり、まさに歴史的所産に他ならない。そしてその発端は、紀元前3世紀後半に制定されたアキリア訴権 (不法行為訴権) のルールがローマ古典期において債務不履行責任 (契約責任) に導入されたものであった。そしてそのようにして形成された考え方が近現代の大陸民法学においてもローマ法の権威のもとに遵守されてきたのである。中近世の教会法学もこのような立場を揺るがせるものではなかった。むしろそのような立場を強めるものであったとすらいうる。もっとも民法理論は19世紀末以降は大きく進化し、複雑、多様な理論形成が行われている。それとともに外国法、特に英米法圏の法制の研究も盛んになり、英米法制も含んだ比較法的な研究も普通に行われるようになってきている。以下にその概要を略述しよう。

シェールマイヤーによれば、過失は以前は負担した注意の不足と理解されたが、義務違反としての注意の違反は今日給付障害法の礎 (いかり) としてすら理解されている。債務関係において義務に違反した者は、不

法行為法と同様に違法に行為したものである。過失はかくして客観的な部分と主観的部分、すなわち義務違反と過失（帰責事由）を含み、相互の間には関係はない。過失の普通法上の概念、すなわち必要な注意の欠缺からは、ドイツの理論では主観的な非難可能性というぼんやりした記述以上のものは残らなかった。過失は今日では理想的行為からの乖離ではもはや済まされず、義務に反した行為の意思理論的な帰責に還元される。それは、伝統からかつ法律上の命令により（280条1項）義務違反が二重に、すなわち給付義務違反として、そしてさらに注意義務違反として吟味される給付障害法におけるよりも、不法行為法の場合により明瞭に見られる。特に付随義務違反における非難および重複は、かような概念の中でももちろん不可避である。債務関係に関与する複数の当事者の利害関係の考慮は、侵害された義務が、理想的な債務者がどのように行為したであろうかという問題の最後にはなく、最初に存在するがゆえに、困難である。しかしドイツの不法行為法および給付障害法の義務概念は、理論的に問題とするに値するだけでなく、実務においても困難を引き起こす：ある事例で義務違反として確定される不完全履行を別の事例で義務に従った行為と評価することを裁判官に期待しうるのであろうか<sup>(1)</sup>。

ドイツの民法は他のヨーロッパの法秩序と同じ伝統を分かち合っている。これらすべては個人倫理的な、意思論的に理由づけられる過失への転回を経験した。しかしいかなる法秩序においてもこの転回はそんなに深いわだちをつけておらず、ドイツにおけるほどドラマチックな結果はもたらさなかった。ドイツでは注意は合理人を標準とすると言葉上捉えられ、法取引における各当事者にとって個々のそれから生じる義務と定義されている。それ以来不法行為法上刑法におけると同様に違法な行為が問題とされ、違法な結果は問題とされない。またそれ以来給付障害法では不履行ではなく、不履行が惹起した行為が問題とされている。残りのヨーロッパでは人々は様々に考えている。そこでは責任問題の中心に、意思論的な犯罪を度外視すれば加害者の過失が存在する。その中に彼が必要な注意を遵守しなかったことが看取される。その限りで事実上人間の行為が判断される。ケメラールが引用するように過失は行為である。

もちろんそれは事後的に判断され、厳格でなく、柔軟な、場合に応じた利益衝突に向けられた注意の標準が設けられた<sup>(2)</sup>。

イギリスおよびフランスの不法行為法が、過失ある行為に対する責任が問題になる限り、加害者の義務を問題にすることが許されうる。過失があらかじめ存在する義務の違反だというプラニオル (Planiol) の定義が有名である<sup>(3)</sup>。近代のフランスの不法行為法は、もちろん取引—または行為義務の理論には向けられていない。確かに一般的な注意義務 (obligation de diligence) が語られるが、それによって取引上通常の注意以上のものをいっているのではない。刑法によって動機づけられた、ドイツで行為違法の理論に導いた帰責、違法性および過失の区別はフランスには存在しない。この場合正当化の論拠は過失 (faute) を排除する。イギリスの不法行為法についても基本的にあまり違わない。この場合同様に注意義務の違反が、不法行為を基礎づける過失 (negligence) を特徴づけるが、この場合でも義務違反と注意違反は区別されない<sup>(4)</sup>。具体的事例でいかなる注意義務に違反したかは、従って規範的具体的に探究される注意の標準に依存する。ドイツでは、過失 (Verschulden) に依存するといえるであろう。その限りでイギリス法はフランスの義務の修辞学のように義務の理論を押し進めるのではない。義務 (devoirs, duties) の中には個々の場合に必要な注意および努力が具体化されている。それは、それをローマ法の注意の要求の分離独立において観察すると同じプロセスである。不法行為法上の責任を行為違法の概念の周りに構築しようとするヴァーグナー (Wagner) の提案は<sup>(5)</sup>、違法性と過失の融合に逢着し、ローマの損害訴権と同様にイギリス法およびフランス法に近づく。それによって法益侵害の代わりに損害を各々の不法行為責任の中核に置く<sup>(6)</sup>。

ドイツの不法行為法上の義務論には、確かに他のヨーロッパ法秩序における対比構成は欠けていないが、ドイツの義務論は帰責、違法性および過失の分離を貫徹していない。ドイツ法が給付障害法において歩んだ特別の道はなおはるかに顕著である。他のヨーロッパの法秩序は、一貫して不履行を総てのさらなる規定の中心に置くが、義務違反はそうでは

なかった。それはいずれにせよローマの民法典のために当てはまる。しかしそれはオーストリア民法 (ABGB918条)<sup>(7)</sup>、スイス債務法 (OR97条以下)<sup>(8)</sup>およびオランダ民法 (6:74条)<sup>(9)</sup>ならびに最近の新しい契約法原則 (PECL 8:108条 (障害による免責)<sup>(10)</sup>、PICC(2016年) 7.1.1条 (不履行の定義)<sup>(11)</sup>)についてもまた当てはまる。他の概念の下であるとしても、イギリス法についても同様に当てはまる。注意義務の違反は、この表現をそもそも用いようとする場合、債務者が本旨に適った履行をしないことが確定するときに初めて、これらの法秩序は考慮に入れる。イギリス法が契約責任の枠内で厳格責任から出発する場合、すなわち債務者が原則として (不可抗力の事例を除いて) 不履行損害を賠償しなければならない場合、大陸法と基本的に異ならない (PECL 8:108条、PICC(2016年) 7.1.7条<sup>(12)</sup>)。債務者が責めを負わなければならないものは、二つの視点から判断しうる。一つは、彼がいずれの場合も責めを負う必要のない事例に従って、もう一つは、彼がいずれの場合も責めを負わなければならない事例に従ってである。フランス法は、手段債務と結果債務の区別とともにそれを例示的に示す。2016年改正前民1147条<sup>(13)</sup>によれば、債務者は、債務不履行の場合であれ履行遅滞の場合であれ、彼が不履行が彼の責めに帰しえない外的原因に基づくことを証明しないときは、彼の側に悪意がなくても賠償責任につき有責の判決を受け、しかも2016年改正前1137条<sup>(14)</sup>によれば、契約が両当事者の一方のみの利益を目的とする場合であるとその双方の利益を目的とする場合であると問わず、物の監視につき債務者は良家父の注意に対して責めを負った。それから20世紀の前半にデュモーグ (Dumogue) により、債務者は給付結果が問題になるときは厳格責任を負い、それ以外は注意と努力についてのみ責めを負うことが導かれた。その区別は決疑論的になされ、また個々の債務関係の特徴に従って区別される。この区別の主要な結果は、立証責任の割り当てである。結果債務の場合債務者は、彼が不可抗力により履行を妨げられ、または債権者の過失が協同したことを立証しなければならない。手段債務の場合は、債権者は債務者の注意の違反を主張、立証しなければならない。この区別をPICC(1994年) 5.

4条(特定結果達成義務(1項)、最善努力義務(2項))は採用した。この区別においては、2002年より前にドイツでなされた積極的契約侵害における挙証責任の分担に関する議論を想起すべきである<sup>(15)</sup>。

2016年新フランス債務法では、改正前民1147条は若干の文言の訂正を受けて新1231-1条に採録され、改正前民1137条は、与える債務は物を引渡し、引渡しまでそれを保管する義務を包含し、それに違反した場合は、債務者は債権者に対して損害賠償義務を負うと規定していた改正前民1136条と合体されて、物の引渡し債務は、引渡しまでは総ての合理人の注意をもってそれを保存する義務を包含すると規定する新1197条となった。手段債務と結果債務の区別について2016年フランス新債務法は規定を設けていないが、このような区別を禁止するものではないとされる。この区別は不確定かつ相対的であるとともに、しばしば両者は混ざり合うが、間違いというよりも、まだ説明が十分に尽くされていないとする立場が一般にとられている<sup>(16)</sup>。現在のPICC(2016年PICC)も、緩和された表現ながら結果債務と手段債務の区別を前提とする規定を置いている。それによれば、債務が特定の結果を実現する義務を含む程度において(2016年PICC 5.1.4条1項)、または債務が活動の遂行における最善の努力をする義務を含む程度において(2016年PICC 5.1.4条2項)、債務者がそれぞれの義務を負う<sup>(17)</sup>。

事実上BGBもまた不履行と注意違反の間に、同時に両者の間の関係をゆるがせにすることなしに、明確な限界を引いた。不履行(1900年民法282条)と給付遅滞(1900年民法285条)の場合債務者の過失が推定された。彼は、彼が責めに帰することができない事情により給付を妨げられたことを主張、立証した場合にのみ、イギリス法におけるように責任を免除されえた。新しい制度である義務違反は過失推定(2002年民法280条1項2文)を一般化し、それによって明確にヨーロッパの伝統から離れた。給付義務の不履行および不法行為法に属する付随義務の不履行は同様に扱われる。両領域を新しい概念のもとでもまた区別する場合にのみ、ドイツ民法はヨーロッパ民法と結びつく。その場合もちろん2002年民法276条の役割もまた述べなければならない。給付義務の不履



行の場合、債務者がその責めに任じなければならないことが推定される。付随義務違反の場合取引上通常の注意の客観的標準から、いかなる義務が考慮されるべきか、かつ侵害されたのかが問題になる。債務者にかような義務違反が帰責されうる場合、彼は直ちに損害賠償責任を負う。これは基本的に手段債務（フ民1137条（2016年改正前））に基づく責任または過失（negligence）に基づく責任に一致する。この回り道をもろん省くことができる。普通法の過失概念からも、その中に義務違反が過失、すなわち注意の違反であることが明らかだということ以外は生じなかった。それとともに契約責任と不法行為責任の競合もまた新たに引き起こされた。付随義務違反という衣装をまとった過失責任は法益侵害という要件なしの、しかし契約責任という効果を伴った不法行為責任である。過失によって得られた損害（damnum culpa datum）は、契約法という人を欺く鎧（辛い小麦（Schauspelz））の中でドイツの不法行為法に先んじた<sup>(18)</sup>。

〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1172-1173 [Schermaier].
- (2) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1173-1174 [Schermaier].
- (3) Planiol, Revue critique de legislation et de jurisprudence 1905, p. 283 et s.
- (4) Buckland, The Duty to Take Care, Law Quaterly Review vol. 51 (1935), p. 637f.
- (5) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 6, 7. Aufl., S. 1672 [Wagner].
- (6) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1174-1175 [Schermaier].
- (7) オーストリア一般民法典918条「(1)有償契約が一方の当事者により正当な時期、正当な場所または約された方法で履行されないときは、相手方は、遅滞のために損害賠償を請求するか、または追完の

ための相当な期間の設定のもとに契約の解除を表明しうる。(2)履行が両当事者のために分割しうるときは、一部給付の遅滞のために個々の物に関してのみまたは総てのまだ履行されていない部分給付に関してもまた解除が表明されうる。」

- (8) スイス債務法97条(不履行1 債務者の賠償義務 ①一般論)「(1)義務の履行がそもそもなされえずまたは正当になされえないときは、債務者は、彼にいかなる帰責事由も帰さないことを彼が証明しない限り、それから生じる損害を賠償しなければならない。(2)強制執行のためには、強制執行および破産に関する1889年4月11日の連邦法並びに2008年12月19日の民事訴訟法の規定が適用される。」同98条(不履行1 債務者の賠償義務 ②作為、不作為義務の場合)「(1)債務者が作為義務を負うときは、債権者は、損害賠償請求権の留保のもとに債務者の費用で給付を行わせうる。(2)債務者がなにかをなす義務を負うときは、彼はすでに単なる違反の場合に損害を賠償しなければならない。(3)これを超えて債権者は、違法な状況の除去を請求し、これを債務者の費用で除去させうる。」同99条(不履行2 責任の程度と損害賠償の範囲 ①一般論)「(1)債務者は総ての帰責事由について一般的に責任を負う。(2)責任の程度は、行為の特別の性質に従って定められ、特に行為が債務者にとっていかなる利益も目的としないときは、緩やかに判断される。(3)その他不法行為における責任の程度に関する規定が契約に反した行為に準用される。」同100条(不履行2 責任の程度と損害賠償の範囲 ②責任免除の要件)「(1)違法な意図または重過失に対する責任が排除されるあらかじめなされた約定は無効である。(2)軽過失に対する責任のあらかじめ表明された放棄もまた、放棄者がその表明のときに相手方に雇用されており、または責任が当局によって認可された営業活動から生じるときは、裁判官の裁量によって無効とされうる。(3)保険契約に関する特別規定の適用が留保される。」同101条(不履行2 責任の程度と損害賠償の範囲 ③補助者の行為に対する責任)「(1)債務関係に基づく義務の履行または権利の行使を、権限に基づく場合で

あっても家族員または被用者のような履行補助者によってなされしめる者は、相手方にその履行補助者がその遂行において惹起する損害を賠償しなければならない。(2)この責任はあらかじめなされた約定により制限または排除されうる。(3)しかし排除者が相手方を雇用しておりまたは責任が当局により認可された営業の活動から生じるときは、責任はせいぜい軽過失について免除されうる。」

- (9) オランダ民法7:74条(義務の不履行の効果、一般原則)「(1)義務の履行の場合総ての義務違反は、その義務違反が債務者の責めに帰すべきでない場合を除き、債務者に債権者がそれによって被った損害を賠償する義務を負わせる。(2)履行がすでに継続的に不能となっていない限り、1項は、第2節の債務者遅滞に関する規定の顧慮の下にのみ適用される。」(Nieper/Westerdijk (Red.), *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Buch 6, 1995による。潮見・契約責任の体系10頁-11頁参照)。
- (10) 法文の邦訳については、オーレ・ランドー／ヒュー・ピール編(潮見・中田・松岡監訳)・ヨーロッパ契約原則I, II(2006年)390頁参照。不履行が当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつその障害を契約締結時において考慮することまたはその障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できないことがこの当事者によって証明されるときに免責されるとする。PECLの免責事由については、渡辺「ヨーロッパ契約法の諸原則における不履行法の体系」法学志林95巻1号(1997年)50頁以下、3号(1998年)74頁以下参照。
- (11) PICC(2016年)7.1.1条(不履行の定義)「不履行とは、瑕疵ある履行または履行遅滞を含む、契約下での一当事者によるその義務の履行の失敗である。」
- (12) PICC(2016年)7.1.7条(不可抗力)「(1)当事者による不履行は、その当事者が、不履行がそのコントロールを超えた障害であることおよび契約締結時にその障害を考慮に入れることまたはそれもしくはその結果を回避または克服することを合理的に期待することが

できないことを証明する場合に免責される。(2)障害が一時的なものにすぎないときは、免責は、契約の履行への障害の効果を顧慮して合理的であるような期間について効力を生じる。(3)履行することができない当事者は、その障害およびその履行能力への効果を相手方に知らせなければならない。その通知が、履行できなかった当事者がその障害を知りまたは当然知るべきであったときから合理的期間内に相手方によって受け取られないときは、相手方はかような不受領から生じる損害について責めを負う。(4)本条の何も、当事者が契約を解消し、または履行を差し控え、もしくは支払われるべき金銭の利息を要求することを妨げない。」法務省民事局参事官室(参与室)・民法(債権関係)改正に関する比較法資料(別冊NBL/No. 146)(2014年)58頁参照。

- (13) フ民1147条(2016年まで)「債務者は、債務の不履行による場合であろうと、履行における遅滞による場合であろうと、不履行が彼の側のいかなる悪意も存在しないにもかかわらず、彼に帰せられえない外部的原因によることを証明していないときは、その理由があれば損害賠償の支払判決を受ける。」
- (14) フ民1137条(2016年まで)「(1)物の保管に留意する債務は、契約が利用当事者の一方の利益のみを目的とするか、それともそれが共通の利益を目的とするかを問わないでその負担に任じる者に総ての良家父の注意を負担させる。(2)この債務は、その効果はその点についてそれに関する第三者のもとで明らかになる特定の契約に関して多かれ少なかれ拡大される。」
- (15) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1175-1176 [Schermaier].
- (16) Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 8e éd., 2016, p. 536 et s.
- (17) Unidroit, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, p. 156; Vogenauer (ed.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC),

2 ed., 2015, p. 626-629参照。

(18) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1176-1177 [Schermaier].

## (2) 賠償責任論の地平

ドイツ民法では既述のように債務不履行に基づく損害賠償請求権につき過失責任主義がとられてきたが、異なった定めがある場合はこの限りではない(旧276条1項)、ただし、故意による責任はあらかじめ免除しえない(旧276条2項)と規定されていた。種類債務の場合に給付が可能である限り、債務者に帰責事由がなくてもその主観的不能について責めを負うとする規定(旧279条)は、過失責任主義の例外と解されていた。日本の改定前民法415条は、特に本旨不履行(同条1項)の場合は帰責事由(故意、過失)が明記されていないため、当初は帰責事由を要件とするかどうかにつき議論があったが、大正時代の判例によって履行不能と同様に帰責事由がなければ損害賠償義務を負わないものとされたことは前述した。ところでドイツ民法では、別段の定めがあれば帰責事由を要件としないことが法文上明記され、2002年の法改正によってそれが更に詳しく定められたことも前述した(新276条1項)。この帰責事由を要件としない賠償責任は、フーバーの用いた保証責任の語でわが国にも紹介され、債務不履行責任では、過失責任が機能する責任と過失を要しない保証責任という帰責原理の異なる二種の契約責任が併存し、後者については給付結果の実現その他一定の事態の発生に関する保証(結果保証)の存在を前提として、保証された事態が発生しない場合に、債務者の具体的行為の当否を問題とすることなく、(結果保証を帰責事由として)債務者に責任を負わせると主張する学説が有力化した<sup>(1)</sup>。しかしドイツではこの保証責任に該当する場合は、債務者は不履行につき帰責事由がなくても賠償責任を免れず、約款規制ルールに抵触する場合に、債務者の賠償義務が影響を受けるにすぎないが(ド民307条~309条)<sup>(2)</sup>、日本ではドイツほど厳しい約款規制ルールが存在していないため、債務者が保証責任の存在によって苛酷な責任を負わされることになるケースが多くなってくるのではないかが懸念される。

上記のような二元論のうち潮見教授の二元論は、結果保証が存在する場合は一律に過失責任を否定し、給付義務が具体化した具体的行為義務（手段債務）に対する違反が過失を基礎づける場合に、帰責原理が債務不履行に投影しているがゆえに債務不履行＝帰責事由を認めるものである<sup>(3)</sup>。従って潮見教授の二元論は、ドイツ新債務法276条1項の立場とは大きく相違し、給付結果の不実現につき債務者に帰責事由（過失）がある場合に損害賠償請求権を認めるという伝統的な立場は否定される。給付結果の不実現の場合は、債務者は債務内容の実現を自ら引き受けている、すなわち債務者は契約に拘束されているのだから、不可抗力とか債権者に圧倒的な帰責事由がある場合を除いて賠償責任を負わない<sup>(4)</sup>。そうすると新415条1項但し書きの「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」とは何を意味することになるのか。これは起草者の解説によれば、契約の締結に際して債務者が当該債務の内容を引き受けないことを約束させるべきであったのにそのような条項を入れなかったことにつき帰責事由（過失）がある場合とみることになろう。しかし帰責事由をこのような意味に解する立法例はこれまで見られなかったし、何よりこれは約款規制、不当条項規制の問題であって、当事者の私的自治の問題に委ねるだけではないと考えられる。契約内容、契約条項は当事者間の力関係で定まるからである。また債務者がリスクを契約上引き受けないことを約束しなかったことが不可抗力によるとか、他面では債権者に圧倒的な帰責事由があるときは免責事由に該当するとすることも<sup>(5)</sup>、考えづらい。どうして債務不履行の惹起につき伝統的な意味で債務者に帰責事由があることは考慮の外に置かれるのに、債権者にそれにつき帰責事由があることが免責事由として考慮の対象に入るのだろうか<sup>(6)</sup>。

2017年の債務法改正まで日本の債務不履行責任は、既述のようにドイツ法的な過失責任主義をとっていた（改正前民法415条1項）。それまで英米法が無過失責任主義であることはつとに日本でも知られており、日本の民法学者の中にもこの英米法主義を日本でも採用すべきことを説く

者がいなくはなかったが<sup>(7)</sup>、圧倒的多数の民法研究者および実務はドイツ法主義を信奉していた。そしてこのようなドイツ法主義に法適用上特に問題があったわけではない。極めて安定的かつ信頼のおける制度として広く認識されてきたとあってよい。しかるに1990年代から何人かの民法学者によって主に給付義務ないし結果債務を中心に無過失責任主義を採用すべきだという提案がなされた<sup>(8)</sup>。それが明確な形で明らかにされたのは、2009年の債務法改正提案（民法改正原案）であるが、その頃すでに各種の民事法関係の学会で無過失責任主義に立った報告が相次いでなされ、ドイツ法主義には触れられないという状況が存在していた。またこれらを契機として学説上も英米法的な無過失責任主義を論じる研究がみられるようになっていった。民法教科書の中にも伝統的な過失主義ではなく、無過失責任主義に書き改めるものが始まった。筆者のようにはっきりした理由なしに安定的なドイツ法主義から英米法主義に転換することに対して異議を述べる者もいたが、総体的には少数にとどまったといえよう。

ところでわが国の帰責事由要件除外論者は、帰責事由を債務不履行に基づく損害賠償請求の要件とする立場を改めるとは言わないで、債務者が履行できなかった給付を債権者との間で合意したときにその給付が履行されないことを予見ないし回避しえたのに漫然と合意した点について過失があるがゆえに、その不履行によって債権者が被った損害を賠償する責任を負うと説明する者が前記潮見教授以外にもみられた。森田教授は、結果債務の場合給付の実現を約束した者は、かかる障害が契約締結時に予見可能かつ回避可能であれば、給付の実現が履行できない限り、債務者の帰責事由によるといえる、手段債務の場合は、債務者の不履行の事実とその帰責事由の判断は実務上同一に帰するから、債務者が履行しなければ（善管注意を尽くしていなければ）帰責事由があるといえると主張された<sup>(9)</sup>。

しかし結果債務と手段債務の区別は、理念型としてはともかく、実務上総ての給付義務をどのようにして区別するのかははっきりしないし（出発点で戸惑う）、それはともかくとして債務者が契約上義務を負った給

付の履行を結果的に実現できなかった場合に、債務者がそのような約束をしたことに帰責事由があるといえるならば民法415条により賠償責任を負うとしたのでは、伝統的な債務不履行責任論に約款論を混在させるものであって、しかも当事者の一方に不利なやり方で接合するものだと批判を免れないと考える。本論で述べたローマ法以来のドイツの賠償責任論も、このような契約締結時における債務者の過失(?)を念頭に置いたものではなかった。このような議論は債権者となる者の利益の拡大には資するかもしれないが、債務者の責任の範囲を拡げ、後述するように零細な債務者に苛酷な結果をもたらす可能性が強い。債務者が給付能力を超える危険を引き受ける場合はその限りで結果の実現が担保されているという前記潮見教授の指摘については、このような契約の効力は一般的に認めるべきではないか、またはこのような約束をした債務者が実際に給付できなくなったときに、(このような約束をしたことについてではなく、)約束された給付を実現できなくなったことにつき帰責事由があるかどうかという判断を介在させて問題を解決すべき場合も多いと考えられる。手段債務については、既述のように保護義務違反と債務者の帰責事由とが實際上自同性を有する場合が多いと考えられるが(カナリス)<sup>(10)</sup>、だからといって債務不履行責任について一般的に帰責事由を不要とすべきではないと考えられる。ドイツの判例、通説もこの場合に債務者の帰責事由(過失)を要件としている(本稿九(3)(ロ)(c)参照)。不履行(義務違反)はすなわち債務者に帰責事由がある場合だという指摘は、森田、潮見教授以前にもわが国でつとに見られたところであるが<sup>(11)</sup>、履行遅滞、履行不能、不完全履行の場合を通じて、債務者にそれにつき帰責事由(過失)のないときは債権者に生じた損害の賠償義務までは負わないという範疇を残しておいてよいと考えられる。またそもそも債務不履行の場合に債務者の帰責事由を要件としなくても債権者に損害賠償請求権を認めるという範疇は、これまでのわが民法でも損害担保約束という形で認められてきたところであり(改正前日民420条1項)<sup>(12)</sup>、これらの近時の学説はその意味では従来のわが国の民法の立場と全く相容れないものではない。従来の民法の立場と異なるのは、



無過失責任（保証責任）を過失責任と並ぶ（いわば二者択一的な）責任原理とし（潮見、円谷説）、または（少なくとも結果債務につき）原則的な賠償責任原理としようとする（森田説）である。筆者はこのような立場には強い危惧を抱かざるをえない。多くは経済的社会的な力に相違のある当事者の間で締結される契約は、債務者が経済的、社会的弱者である場合にその不利な内容において締結されるのが常態だからである。

帰責事由不要とする立場は、契約責任について一般的に帰責事由を要しないとする英米のブリーチオブコントラクトと同一であり、かつ同じ問題を包蔵する。改正後民法415条1項の規定は、言葉のうえではドイツ法的な改正前の規定と同じ体裁を維持しているが、英米法的な無過失主義に事実上浴することを可能にする文言が含まれている。立法上は改正前の規定の体裁をとりながら、今回の法改正の動因になった一つの要因と考えられる英米法主義の採用という実体を組み入れたものと評価することも不可能ではあるまい<sup>(13)</sup>。それではこのようないわば民事責任論におけるコペルニクスの転回あるいは法系のジャンプを引き起こしたものはどこに求められるのであろうか。21世紀を迎える頃から顕著になってきたと感じられるものに制度万般におけるアメリカ化がある。文化、言語、学問、制度などにおけるアメリカ化は、太平洋戦争で日本が敗れたときから顕著になっていったが、法制度の分野では、民法、刑法、民事訴訟法など戦前の法制を基本的に継承したものが結構多く存在していた。しかし21世紀を迎えた頃から法制度、さらには法教育の分野でアメリカの制度をさらに強力に受継する傾向が出てきた。法科大学院（ロースクール）の設置、信託法の改定と普及などが代表的なものである。今日では法制度の世界的な平準化と比較法研究の進展が見られるから、そのような傾向から説明することも可能かもしれないが、それだけでは日本の近時の動きは説明できないように思われる。2016年に国会を通過した新債権法は、英米法をモデルにしたというよりも、2002年のドイツ新債権法を嚆矢としてヨーロッパ、中南米、アジアを席卷している債務法の現代化の一環として理解すべきであろうが、民法（債権法）の

大改正の機会にアメリカ法の原理を取り入れるというものであろう。しかしこの過失主義から無過失主義へという転換は、単なる債権法上の制度の小手先の手直しではなく、民法法を支配する基本原理の改定であり、その改定の意義は大きいといわねばならない。過失主義か無過失主義かの問題は、民法法学におけるいわばエートス (ethos) (社会精神) を決定する重要な要素であるといっても過言ではないからである。それは契約違反によって生じる問題のほとんどすべてに関わり、しかも債務者の資産の帰趨を左右する結果を導きうる。このような民法法学の基底に関わる原理を十分な議論もなく、突然に転換することはいかにも唐突の感を否めない。確かに今日では国際間のオイル等の取引は英米法の取引ルールによって処理されているが、だからといって純粋な国内取引についても英米の取引ルールによるべきだということになるのであろうか。

次に過失主義と無過失主義の異同ないし前者から後者への移行の是非に関する議論に進みたい。日本の債権法改正の起草者も、また今日のドイツの民法学者の多くも、ドイツの過失責任ルールと英米の結果責任ルールとの間に実際上あまり違いはないとする者が多い。また履行遅滞の場合については、ドイツでもローセ (Lohsse) などは、既述のようにドイツでは遅滞責任は過失責任とされているが、督促や確定期限の到来などによって債務者の遅滞が発生するのが通常であり、過失責任とする意味は乏しいと主張する。わが国の起草者が起草の過程で履行遅滞に関する裁判例を網羅的に取り上げて、これを過失責任とすることはほとんど意味を有さないとする近時の学説を引用したことも記憶に新しい。しかし、債務不履行責任を無過失責任 (結果責任) だとする出発点に立ったうえで、不可抗力免責の抗弁を認め、または債務者の予見可能性という縛りを予定する立場は、なるほど債権強行の実を上げやすいといえるかもしれないが、債務を履行できなかったまたは履行の遅れた債務者がそれについて帰責事由 (過失) がなければ損害賠償義務を免れることを認めるドイツの立場は、モラルに富んだ、民主主義にふさわしい民事責任制度であり、これを今すぐに放擲すべきだということにはならないと考える。もっとも、債務者に資金がなくて支払えないといった場合は、

今日では債務者の免責は認められないし、債務者の帰責事由の範囲は拡大され、狭義の過失があるとは必ずしもいえなくても、債務者の支配領域あるいは影響力の埒内であれば、債務者の責任を認めるという考え方（領域説など）が20世紀の初めにはドイツですでに出ていることは周知の事実である。

英米法主義をとる場合のもう一つの懸案事項は、無過失責任主義が約款論と結びついた場合に出て来る問題である。債務者が契約に基づいて債権者に対して負担する債務を履行しなければ、それによって債権者が被った損害は、債務者の帰責事由の如何にかかわらず賠償されるのであれば、債権者は知恵を働かせて、債務者にその契約で自己に対して負うべき行為の細目をできるだけ詳しく列挙して提示することにならないであろうか。債務者がそのいずれかにつき違反すれば、債権者は賠償がとれる。勢い契約書に記載される行為のリストは詳しくかつ大部なものになるであろう。債務者が債権者に対して経済的社会的に拮抗した立場であれば、それに対して異議を唱え、また代案となる契約条項を用意することになるであろう。逆の立場、すなわち、債務者の方が優位にある場合は、もちろん自己に不利な契約条項は契約書に盛り込ませない。このような状況が普遍的になると契約から多くの利益を引き出す側と財産を失う側とが恒常的に対立することにならないであろうか。帰責事由を要件とする立場では、経済的社会的に優位にある債務者には重い責任を課すことも可能となるのに反して、逆の場合は債務者には重い責任は課せられない。もっとも、これはあくまで理論的な予測であり、実際上は近代社会では庶民にも市民としてのまたは職業人としての注意義務が要求されるから、その違いは日々顕著に見られるというものでもないと思われる。イギリスの無過失責任主義（breach of contract）は14世紀にコモンロー上のルールとして生じたといわれており<sup>(14)</sup>、その後今日まで数百年を経過しているが、このような無過失主義のもとでどのようなことが起こったかを見てみると、英米ではローマ法系の諸国には見られなかった契約の類型が登場した。それらはフランチャイズ、リースが代表的である。フランチャイズ契約では、労働者として扱われるべき当事者

が約款によって独立の事業者としての扱いを受ける。その結果食品の廃棄のリスクや諸費用の負担はフランチャイザーからフランチャイジーに移され、かつ後者が前者から様々な指示、監督を受けるにもかかわらず、労働保護法規の適用を受けない。今日日本でも見られる請負業等における一人親方の制度はその応用型である。リースは、リース事業者を介在させることにより企業の支払う法人税額を軽減させる契約であり、いずれも資本家はその利益を極大化させるために発案されたものである。筆者は、このようなローマ法を母胎とする近代大陸法にはなかった契約類型が英米で発祥したのは、偶然ではなく、無過失責任主義のもとで契約当事者（主に事業者）が自己の利益を図るために契約の条項の記載内容を工夫することが常態化している中で生成されたものではないかと考えている。これらフランチャイズとリースのいずれも公平な契約関係を実現するものではなく、経済的社会的に優位な立場にある者が相手方に不利益を強い、または支払うべき税額を大幅に減らす結果となっており、そのでこととなっているものは当事者間で締結された契約（約款）である。フランチャイズでは利益を得る側は、相手方の労働ないしサービスに対して相当な対価を支払ったり、安全な仕事の環境を確保したりする義務を負わず、リースでは税金を支払う義務を免れるために利用者は賃貸借の形をとる。現在ではフランチャイズもリースも日本の社会に入ってきて、かなりの経済的規模をもって実務上運用されているから、今日英米的な無過失責任主義を民事責任制度として導入してもあまり問題はないといえるかもしれないが、フランチャイジーや一人親方の法的地位の向上、企業の脱税の禁圧を21世紀の重要な法律学上の課題と捉える立場からは無過失責任ルールの導入には反対すべきだということになる。

無過失責任ルールを採用することに伴う民法学への影響は、上記の点にとどまらない。過失責任か無過失責任かがエートス（社会の精神）の問題であることはすでに述べたが、それはこれからもまた無過失責任主義のもとで新たな契約条項が社会的、経済的進展ないし変遷に応じて次々と案出され、新たな（混合的な）契約類型が登場するであろうことを暗示する。そしてそれらの多くは、いずれも契約の相手方にとって苛

酷な内容のものであろう。条項の設置者（約款作成者）がいずれも自己の利益の極大化を図るために作為するものだからである。このことは契約法が全体として庶民を苦しめる方向に向かうであろうことを暗示している。これに対しては経済法、社会法、消費者保護法、（場合によっては救貧法）によって救済を図ることが考えられるが、第二次的な救済手段にすぎない。やはり一般法である民法において国民相互間の利益の均衡を図るための装置を組み込んでおくことが望ましい。

次に日本が従来の過失主義を放擲して無過失主義（英米法主義）に転じることの学問的な意義について触れたい。本稿でローマ法以来の債務不履行責任の歩みを辿ったのは、既述のように現行ドイツ民法の過失主義がどのようにして生成されたのかを明らかにし、過失主義の当否を歴史的に明らかにするためであったが、日本がここにきて過失主義から無過失主義に転じることになると、ローマ法以来の過失主義の伝統が途絶えてしまうことになり、本稿で論じたようなローマ法以来の法律学と日本の民事責任法との間の直接的、全面的な繋がりが失われる結果になる。このことは日本の民法学がこれまで大陸法系の民法学だとされていたのに、一朝にして英米法圏の一員として位置づけられるようになることにも繋がってくる<sup>(15)</sup>。これは既述のような近時の法制度のアメリカ化の一環として理解されうるともいえようが、筆者は前記のように無過失主義には大きな問題があり、過失主義（ローマ法主義、ドイツ法主義）を維持すべきだとの立場である。

さらに債務者が雇用契約や在学契約などで負担すべきものとされている安全配慮義務は、日本では昭和59年の最高裁判決により判例法として定着し、その後労働契約法の中に明示されるに至ったが（5条）、このような判例、学説の動きは、日本の債務不履行責任が過失主義であったことと相関関係にあると考えられる。ドイツではつとに民法典の中に使用者の被用者に対する安全配慮義務を定める規定が置かれていて、日本でもすでに我妻教授や幾代教授により日本の解釈論として導入すべきことが提案されていた。英米法ではこのような問題はどのように扱われるのであろうか。もともと英米のブリーチ・オブ・コントラクトの原則は、

契約当事者が契約に基づいて約束したことは、その過失の如何を問わないで賠償義務を負うと考えられていることによるものであり、このような考え方のもとでは雇用契約の締結に際して使用者が被用者に対して雇用契約遂行中の被用者の死傷について補償義務を約束しておく必要があるが、実際にはこのような約束はなされない。イギリスでは雇用契約では使用者の被用者に対する責任は過失主義が採用されているとの指摘もあるが、オーソドックスな考え方によれば、英米では被用者が職務従事中に死傷した場合使用者に対する不法行為責任の追及を認めるべきことになるのであろう。しかしそれでは日本では昭和59年以前の実務に戻ることになるだけである。もっとも、この昭和59年の最判が不法行為による損害賠償請求権の短期消滅時効期間が3年間であったこと（日民旧724条）を契機とするものであり、平成27年の新法では不法行為による生命、身体の損害に対する賠償請求権の短期消滅時効期間が3年から5年に延長されていること（日民新724条の2）および新債権法では消滅時効期間が、債権者が権利行使可能を知ったときから5年間（166条1項1号）または権利行使可能のときから10年間（166条1項2号）となっていることを考慮すると新法のもとでは不法行為責任を追及しても改正前民法のもとにおけるほど債権者（被用者）の不利益は大きくないという指摘も成り立ちうる。この立場では、労働契約法5条の安全配慮義務は民法の体系からは導かれない特別規定だと説明すべきことになろう。このような立場が労働契約法5条の規定の制限解釈を導く可能性が強いという点はさておくとしても、どうして給付義務だけが厳格責任で、付随義務が過失責任なのか、あるいは債務者には主たる義務のみが帰属し、付随義務は認められないのか明らかでないし、さらには英米では合意あるいは約束が重視されるといわれるが、労働者が使用者に個別的に安全配慮義務を約束させることは無理であり、また物の給付が合意内容となっても、不可抗力免責の余地を認めることになんら不都合はないといえるから、新債権法の起草者の立場には疑問がある。

アメリカ法の詳しい議論の状況は過失主義か無過失主義かの問題の検討に重要な視角を提供するように思われる。笠井教授の研究によれば、

アメリカでは19世紀の前半までは過失主義が学説によって主導されたが、19世紀後半からは判例によって厳格責任の原則が展開された<sup>(16)</sup>。しかし特に近時においてはブリーチ・オブ・コントラクト（厳格責任）の考え方に対して学説上批判が出ており、伝統的な厳格責任主義との間で議論がなされている。批判説は、過失は契約法の説明として種々の法理において重要かつ不可欠な役割を果たしており、契約法を厳格責任の体系として説明するのは誤りだという（コーエン（Cohen）が代表的）。このような批判説は、①当事者が契約違反の理由は問題とならないという契約上の意思を一般に有していると考えerことは疑問だ、②契約責任に関する規範的判断も社会的行為の善悪に関する倫理的判断を離れたところでは成り立たない、すなわち契約法において過失を軽視すると取引過程における約束の倫理的支援を排除することになる、③従来のアメリカ法でも契約条項の解釈、免責法理の適用等において実質的に過失を契約責任の判断に取り入れており、契約法リステイトメント（第2版）261条<sup>(17)</sup>、UCC para. 2-615条<sup>(18)</sup>などですでに過失、不正義、合理的、非良心的といった用語を導入している、と主張する<sup>(19)</sup>。これに対して厳格責任支持説は、①古くからの説明であるが、契約当事者が通常自らの責任が厳格なものと考えている（黙示の合意）、②約束の履行について約束者が一般により優れた負担者の地位にいるから、厳格責任は合理的である、③過失責任は厳格責任よりも当事者により重い訴訟コストを負担させる、と主張する<sup>(20)</sup>。この支持説の論拠のうち①は、黙示の意思を推定するものであり、理由づけとしては後付けのニュアンスが強い。②と③は、契約を投資のための手段とみる立場に立っており、いかに最小の費用で最大の利益を挙げるかという視点からの理由づけである。過失の有無は最終的には裁判所の判断を待たなければならないが、それでは当事者がコストを負担することになって不都合だから、できるだけ契約当事者の私的自治に委ねようというのである。その結果として契約法から倫理の要素が抜け落ちることになってやむを得ないという。しかし、コスト計算をして自己の利益の最大化を図ることは零細な庶民には普通期待できないことはさて置いても、私的自治に委ねるだけでは富の集中

を招いて零細な者から財産が恒常的に逸出することにならないであろうか。19世紀までの民法が伝統的な市民対市民の契約を念頭に置いていたのに対して、資本主義の進展に伴い労働者対資本家の対立を産み、20世紀にはその是正策としての社会法、経済法の発達を見たことを想起すべきである。これらの新しい法制はいずれも当事者の一方の恣意を抑制、排除し、後見的に作用することを特徴とする。契約当事者間の衡平を図ることを民法学を含む法律学が考慮していないと富の集中と不均衡を招くことを忘れるべきではない。

起草者によれば、既述の如く債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としての帰責事由は改正前と改正後とは全く異なり、改正前はドイツ民法的な債務不履行に関する債務者の故意、過失またはそれに準じる事由とされていたが、改定後は415条1項但し書きにいう「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」場合に債務者は損害賠償義務を免れ、それは免責事由であり、かつその趣旨は不可抗力または債権者に圧倒的な原因がある場合だということになる。しかし、債務者が免責されるのが債務者がそのリスクを引き受けなかった場合ないし不可抗力または債権者に履行障害について圧倒的な原因がある場合としたのでは、従来の415条をめぐる判例法の集積と抵触することになり<sup>(21)</sup>、実務上混乱をもたらすことは必至である。やはり債務者が約束された履行ができず、または不完全な履行しかできなかった場合のうちその障害がいずれの当事者に起因するのかが一般的に問われねばならない。これは帰責事由を免責事由と呼称するかどうかとは関係がない、履行障害のリスクをどちらが負担するかの問題である。改定前はそれについて債務者に帰責事由があるかどうか問われていた。この帰責事由とは故意、過失だけでなく、債務者にリスクを負担させるべきだと考える様々な事例が包含されていた。また帰責事由概念はあいまいな概念であるがゆえに、柔軟に対応しえた。改定後は債務者が契約上引き受けなかった事情、すなわち不可抗力ないし債権者に圧倒的な原因のある場合に債務者が免責されるにすぎない。



しかし今日のような変化に富んだ複雑な社会では、このような厳格な賠償責任を定めるよりも、衡平な価値判断の下にリスクを柔軟な解釈によって当事者に振り分ける立場の方が説得力を持つのではないかと考える。そして既述のように改正後民法415条1項但し書きには「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のできない事情」という法文が置かれており、これは法文の字義通りに解すれば、不可抗力、債権者に圧倒的な原因のある場合に留まらないで、それ以外の取引上生じるであろう多種多様な履行障害について広く当てはまりうると解する余地があるのではないかと考える<sup>(22)</sup>。法制審議会では「債務者が引き受けた事情」という当初の定式は支持者が少なく、改正前の帰責事由要件を残せという声が圧倒的に多かったとされており<sup>(23)</sup>、そのような事情が原因で帰責事由という語が敢えて残されたのだとすれば、起草者の意思とは逆に、改正前の415条のように賠償義務が認められるかどうか、個別的な事情によって定まるという解釈論を改正民法の下で展開することも不可能ではない<sup>(24)</sup>。確かに今回の債権法改正では、起草委員の間では改定後415条の帰責事由が従来の改定前415条にいう債務者の不履行を惹起した事情ではないという立場で一貫しているとされており、その代案として挙げられているのが契約及び一般的な取引上の通念に鑑みて引き受けられたリスクである。そしてそれは契約の解釈によって個別的な事情を考慮して定められる。しかしそれでは適正な尺度としての機能を果たしえないのではないか。例えば建物売買契約で売主が引渡し前にその建物をその失火で焼失させた場合、もちろんそのリスク負担が問題になるのであるが、この場合それについて債務者に過失（落ち度）があるから負担させるとする方が説明としてはわかりやすい。むしろ契約解釈によってリスク負担者が定まるとしたのでは、間をもって間に答えるにすぎない。あらかじめリスク負担に関する合意があればそれによるべきことになるが、それについての取り決めや慣行があるとは限らない。このような場合はリスク負担者を契約解釈によって導き出すというよりも、本旨不履行に原因を与えたのはいずれの当事者なのか、どちらに不注意ないし落ち度があったのかによって債務者の賠償責任の有無、範囲

を決すべき場合が多いのではないかと考えられる（過失主義の復権）。これは今回の改正によって一般の債務不履行と同様に構成されることになった履行補助者の行為に対する債務者の責任についてもあてはまる。

スイス債務法もドイツ民法と同様債務不履行に基づく損害賠償の要件として帰責事由を規定していたが（OR119条）、2020年施行予定の草案は、日本の新債権法と同様にCISG、PECL、PICC等が採用し、世界標準となった保証責任に類似したモデルを取り入れ、義務違反のみで損害賠償請求が可能だとの立場をとった（草案128条）。しかし履行遅滞につきそれが債務者の責めに帰すべからざる事由によるときは、債権者は履行、代償給付および損害賠償請求権を有しない（草案121条）、他の方法による義務違反の場合、これが債務者の責めに帰すべき事由によるときは、債権者は追完または代償請求を請求しうる（草案125条）という法文もある<sup>(25)</sup>。草案121条は、債務者の支配領域外にある契約締結時に合理的に予見しえず、かつ克服しえない事情については債務者は責任を負わないが、その際には当該義務内容が考慮されるべきであるという趣旨である<sup>(26)</sup>。学説上は草案につき、帰責事由から全く独立した損害賠償責任は問題とされていないという指摘もなされている<sup>(27)</sup>。

改正後民法415条1項が伝統的な過失責任主義を否定しないものだと解する場合、次に問題となるのは、同条項の定める「契約に照らして債務者の責めに帰すべきでない事情」により履行が障害された場合の扱いである。2002年のドイツ新債務法が、より厳格なまたはより緩和された責任が定められまたは債務関係のその他の内容から生じる場合に過失責任主義が適用されないことを明記しており（ド民276条1項）、わが国でもその同調者が少なくなかったことは前述した。法律規定より当事者間の合意を優先するという近代法の基本原則に従えば、この立場では、債務者の帰責事由がなくても賠償責任を負わせるという合意または取引慣行のない場合に、過失責任主義によるということになろう。現に2016年の新債務法制定後も、前記のような起草者の立場に忠実に従う者の他にも、わが国でこのような立場（二元説）を説く者も現れている<sup>(28)</sup>。しかし、障害惹起につき帰責事由がなくても債務者に賠償責任を負わせる

ことは制限的に認めるべきであろう。単に公序良俗（改定後90条）や約款規制（改定後548条の2～548条の4）によるだけでなく、「契約上の免責条項が合理性を欠く場合は、債務者は不履行につき帰責事由がある場合でなければ損害賠償義務を負わない」というルールに服せしめるべきである<sup>(29)</sup>。

〈注〉

- (1) 潮見・契約責任の体系148頁以下、215頁以下、同・債務不履行の救済法理50頁-51頁、215頁以下、同・債権総論 I [第二版]（平成15年）267頁以下。同旨：円谷峻・契約の成立と責任（第二版）（1991年）201頁、同・現代契約法の課題—国際取引と民法理論—（1997年）193頁以下、角田光隆・前掲論文早稲田法学会誌38巻134頁、笠井修・保証責任と契約法理論（平成11年）331頁以下、渡辺拓「帰責事由としての性質保証と損害担保」（静岡大学）法政研究8巻3・4号（2004年）194頁-195頁、加藤雅信・債権総論（新民法大系Ⅲ）（平成17年）152頁（ド民276条1項の立場を支持）。
- (2) Münch. Komm. z. BGB., Bd. 2, 7. Aufl., S. 860 [Grundmann] ; Palandt, Komm. z. BGB., 76. Aufl., 373 [Grüneberg].
- (3) 潮見・債権総論 I [第二版]（平成15年）269頁以下、同・新債権総論 I 373頁以下。
- (4) 潮見・新債権総論 I 383頁以下。奥田昌道編集・新版注釈民法10巻Ⅱ（平成23年）26頁以下、162頁以下 [北川善太郎、潮見佳男]をも参照（免責事由に関する解説が詳しい）。
- (5) 潮見・新債権総論 I 383頁以下。
- (6) 潮見教授は、中間試案段階の論述であるが、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできないとは、契約締結時に両当事者が債務不履行をもたらした事由が発生するなどと考えもしなかったときは、契約の拘束力から損害賠償義務を正当化できないとの趣旨だと述べられる（潮見「損害賠償」法時86巻1号（2014年）60頁）。しかしこれでは従来の過失判断に近いものになってしまう。

- (7) 例えば長尾教授は、契約の拘束力の根拠を相手方が約束に対して有する合理的な期待が裏切られてはならないことに求め、履行遅滞につき債務者の帰責事由を不要とした（履行不能の場合はこの限りでない）（長尾治助・債務不履行の帰責事由（昭和50年）218頁）。
- (8) 平井宜雄・債権総論〔第二版〕（1994年）79頁以下、吉田邦彦「債権の各種—「帰責事由」論の再検討」星野他編・民法講座別巻(2)48頁以下など。
- (9) 森田宏樹・契約責任の帰責構造（2002年）50頁。平野教授も基本的にこの立場を支持された（平野裕之「契約上の債務不履行と帰責事由」椿寿夫教授古稀記念 現代取引法の基礎的課題（平成11年）526頁）。
- (10) 潮見・契約責任の体系214頁-215頁、加藤・債権総論（新民法大系Ⅲ）151頁-152頁（診療債務につき）。
- (11) 平井・債権総論〔第二版〕79頁以下、吉田・前掲論文星野他編・民法講座別巻(2)48頁以下。
- (12) 我妻・新訂債権総論132頁-133頁参照。
- (13) 民法債権法改正国会審議録集(1)（第192回国会衆議院法務委員会（2017年）Ⅰ部88頁-89頁（Ⅱ部91頁-92頁）〔加藤雅信〕。松尾教授は、この改定が免責条項を契約で定めなければ債務者は契約通りに実行しなければならないとするコモン・ローの原則に依拠したものであると正当にも明言される（松尾弘「我妻民法の大転換 大陸法から英米法へ 国際的潮流への対応」週刊エコノミスト2017年7月11日号38頁）。しかし、当事者が契約条項に厳格に縛られるという英米法的ルールが適用されると問題が生じないであろうか。瀬々敦子・民法改正とアメリカ契約法（2012年）128頁以下をも参照。ただし、瀬々教授は今回の改正を、経済活動のグローバル化の中で契約法が大陸法と英米法の相違さえ克服する形で調和されつつあると積極的に評価される（同・195頁）。
- (14) 拙著・ドイツ新債務法と民法改正371頁注10、渡辺「給付障害の基本構造に関する一考察」法学新報96巻5号175頁など参照。

- (15) 原案（基本方針）が出た段階の文献であるが、鈴木仁・民法改正の真実（2013年）249頁以下、加藤雅信・民法（債権法）改正－民法典はどこに行くのか122頁-124頁、287頁、313頁-314頁、同・迫りつつある債権法改正151頁、野沢正充「民法（債権法）改正の意義と課題」法時81巻10号9頁。
- (16) 笠井修「契約責任は厳格責任か」中央ロー・ジャーナル7巻3号（2010年）32頁-33頁（同・契約責任の多元的制御（2017年）41頁所収）。
- (17) 債務者が履行障害免責を受けるための要件として、①債務者が障害事由の発生を契約上リスクとして引き受けていなかったこと、②かかる事由が発生しないことが契約上の前提条件となっていたこと、③当該事由の発生によって履行が不能または困難となったこと、④免責を主張する当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたことが挙げられている。
- (18) UCC para. 2-615（前提された条件の違反による免責）「売主がより重い義務を引き受けたかもしれない限度および2-614条（代替的履行）に服する場合を除いて(a)(b)項または(c)項を遵守する売主による全部または一部の履行遅滞または不履行は、合意された履行が、その不発生が、契約がなされた基本的な基礎的な前提である出来事の発生またはそれが後で無効であることが明らかになると否とを問わず、適用しうる外国または国内の政府の規則または命令の善意での遵守により実行不能になった場合は、売買契約上の売主の義務違反とはならない。(b)(a)項に述べられた原因が売主の履行能力の一部にしか影響しない場合は、売主は製品および引渡しをその顧客の間に割り当てなければならないが、その選択で、その時は契約していなかったいつもの顧客並びに更なる製造のためのその固有の必要物を包含しうる。(c)売主は買主に遅滞または不履行が起こりうることおよび割り当てが(b)項の下で要求される場合は、買主のためにこのように入手しうるものとなった見積もられた割合を適切に伝えるなければならない。」

- (19) 小林一郎「民法415条後段「債務者の責めに帰すべき事由」」NBL1007号(2013年)61頁-62頁をも参照。渡辺教授は、トライテル(Treitl)に依拠しつつ、コモン・ローにおいても契約責任が過失を要件としないのは、金銭支払い義務、瑕疵なき物の給付義務に限られ、それ以外は債務者の過失の有無もまた一つの判断基準を提供してきたと説かれる(渡辺「コモン・ロー上の契約責任における過失の機能に関する覚書」(東北大学)法学74巻6号(2010年)269頁以下)。
- (20) 笠井・前掲論文中央ロー・ジャーナル7巻3号27頁以下、8巻1号(2011年)45頁以下(同・契約責任の多元的制御59頁所収)。
- (21) 国会の専門部会の審議に際して法務省民事局長は、従来の判例法のルールが維持されると答弁していた(民法債権法改正国会審議録集(1)I部220頁(II部139頁))。
- (22) この法文は、帰責事由の存否を契約の趣旨に照らして判断することとしつつ、この契約の趣旨は契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき取引通念を考慮して定まるものとする中間試案(2013年)第10.1(2)の規定を受けているとされている。それによると「契約の締結に至る経緯その他の事情」も帰責事由の判断にあたって考慮されるのであり、当事者の故意、過失判断になじみやすい契約締結後に生じた事由も較量要素に含まれると解する余地があるのではないかと思われる。しかし起草者によれば、取引上の社会通念という語は、取引上の社会通念も考慮して定まる契約その他の債務の発生原因の趣旨に照らしての意味であることについて意見の一致をみていたとのことである(山本敬三・民法の基礎から学ぶ 民法改正115頁)。
- (23) 石崎泰雄編著・新民法典成立への道90頁以下。
- (24) 石崎泰雄・新民法典成立への扉—法制審議会の議論から改正法案へ—(2016年)56頁-57頁、民法債権法改正国会審議録集(1)I部129頁(II部105頁)[加藤雅信、岡正晶(弁護士)]、I部191頁-192頁(II部130頁)[宮路拓馬(衆議院議員)](これまでの裁判実務を明文化した

- ものにすぎない)、I部220頁(II部139頁)[小川秀樹(法務省民事局長)]。
- (25) 拙稿「スイス債務法総則編の改正」駿河台法学28巻1号(2014年)52頁-53頁、2号(2015年)18頁以下参照。
- (26) Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, S. 360 [Müller-Chen].
- (27) Kern/Bettinger, Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP 2014, S. 678.
- (28) 平野裕之・債権総論109頁-110頁。松尾教授は、契約において債務者の帰責不能事由としての免責事由を明示的に排除していたり、免責事由を限定列举したりしていたときは、それらに加えて取引上の社会通念によって帰責不能事由を追加的に判断することは難しくなったが、契約において免責事由を定めず、または例示的に定めていたときは、取引上の社会通念により帰責不能事由が補充される余地があるとの見解を提示される(松尾弘・債権法改正を読む(2017年)75頁-76頁。債権法改定後においても債務者の過失を損害賠償の要件として重視すべきだとするものに、笠井・契約責任の多元的制御26頁以下がある。
- (29) 高須順一・民法(債権法)改正を問う—改正の必要性とあるべき姿—37頁、商事法務編・民法(債権関係)部会資料集第1集〈第1巻〉145頁-146頁[高須]参照。