

〔論文〕

「債務者が自ら提供しなければならない給付」 における期待不可能性（1）

——BGB275条3項をめぐる議論の考察を通じた課題の提示——

大 原 寛 史

名古屋学院大学法学部

要 旨

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

キーワード：民法，契約，履行請求権の限界，履行不能，期待不可能

Die Unzumutbarkeit der Leistung die der Schuldner persönlich zu erbringen hat

Hirofumi OHARA

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

* 本稿は、2014年度名古屋学院大学研究奨励金の成果の一部である。

目 次

- I. はじめに
 - 1. 問題の所在
 - 2. 検討の方法および順序
- II. BGB275条3項の制定経緯
 - 1. ドイツ債務法現代化における不能概念の再編
 - 2. RE275条2項2文の規定内容および経緯
 - (1) RE275条の規定内容と同条2項2文の挿入経緯
 - (2) 政府草案の理由書による説明
 - 3. RE275条2項3文をめぐる議論
 - (1) 政府草案の理由書による債務者の帰責性の考慮の理解
 - (2) 政府草案の理由書に対する批判
 - (3) 連邦政府による反論
 - 4. BGB275条3項の制定（以上、本号）
- III. BGB275条3項をめぐる議論
 - 1. 適用事例をめぐる議論
 - 2. 要件および考慮要素をめぐる議論
 - 3. 他の民法上の規定との関係性
- IV. ドイツにおける議論の分析と日本法への示唆
 - 1. 分析の前提
 - 2. 「債務者が自ら提供しなければならない給付」の期待不可能性

I. はじめに

1. 問題の所在

2015年（平成27年）3月末、民法（債権関係）改正作業の成果として「民法（債権関係）の改正に関する法律案」（以下、「改正法案」という。）が国会に提出された¹⁾。各領域において激しい議論が交わされていたが、この改正法案の提出により、改正作業は一定の到達点に達したことになる。

改正作業においては、その初期段階から、いわゆる「履行請求権の限界」に関する基本的かつ統一的なルールを設定するための議論もなされていた。この議論は、諸外国の動向および近時の有力な学説の影響が背景にあるといえる。近時の有力な学説によると、債権者の履行請求権は、決して絶対的なものではなく、不能概念の操作によって制約されてきているという。そのため、重要であるのは不能概念ではなく、不能概念の枠を越えて、契約に基づいて、いかなる場合に履行請求が認められないのかという「履行請求権の限界」に関する基本的かつ統一的なルールを提示することであるという²⁾。このような方向性も視野に入れつつ議論が進められた結果、改正法

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

2) 潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第2版〕——債権関係・契約規範・履行障害』（信山社、2003年）162頁以下（以下、『債権総論Ⅰ』として引用）を参照。

近時の契約法学の動向について、小粥太郎「最近の契約法学における一つの傾向について」早稲田法学71巻1号195頁以下（1995年）、潮見佳男「契約責任論の現状と課題」同『債務不履行の救済法理』

案412条の2第1項において、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」と規定されるに至っている。

当該規定については、改正法案の解説によると、次のように説明されている。すなわち、当該規定は、債権者が債権に基づいて債務者に対する履行請求権を有することを前提とするものである。そのうえで、その限界事由として、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるとき」を挙げるものである。また、契約上の債権のときは、契約という「債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」履行不能が判断されることを示すものであるという³⁾。この説明から、当該規定は、債権者が履行請求権を有すること、履行請求権が認められない場面を不能に一元化すること、その履行不能の判断基準は、契約その他の債務の発生原因および取引上の社会通念に照らして判断することを規定するものであるといえる。

また、その履行不能の判断基準について、改正法案の解説は次のような説明をくわえている。

（信山社、2010年）1頁以下〔初出は2006年〕、山本豊「契約責任論の新展開（その1）——総論的展望」法学教室342号84頁以下（2009年）、中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号1頁以下（2010年）を参照。伝統的な債権法理論と対比させつつ、契約責任に関する中心的な効果である履行請求権、損害賠償請求権、解除と関連させ詳細に解説するものとして、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号87頁以下（2006年）を参照。

履行請求権について、伝統的な債権法理論に対して、履行請求権の具体的内容および実体法上の根拠の再検討を試みるものとして、椿寿夫「予約の機能・効力と履行請求権」同編『予約法の総合的研究』（日本評論社、2004年）83頁以下〔初出は1995年—1998年〕、同「履行請求権（上）—（下の二・完）」法時69巻1号100頁以下・2号37頁以下・3号68頁以下・70巻1号73頁以下（1997—98年）。近時の履行請求権の議論の整理として、窪田充見「履行請求権」ジュリスト1318号103頁以下（2006年）、山本豊「契約責任論の新展開（その2）——履行請求権」法学教室344号120頁以下（2009年）がある。契約に定位して履行請求権の限界を画するという見解については、吉政知広『『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範（1）（2・完）——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として』同『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）201頁以下〔初出は2004年〕、潮見佳男「日本における客観的不能と主観的不能の区別」同・前掲書『債務不履行の救済法理』55頁以下〔初出は2009年〕。契約責任における履行請求権の位置づけについて、森田修「履行請求権かremedy approachか——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト1329号82頁以下（2007年）、森田修＝加藤雅信＝加藤新太郎「鼎談 民法学の新潮流と民事実務 履行請求権と契約責任を語る」加藤雅信＝加藤新太郎『現代民法学と実務（中）』（判例タイムズ社、2008年）105頁以下〔初出は2007年〕などを参照。

なお、実際の立法的な提案として提示するものとして、能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として』別冊NBL51号103頁以下（1998年）、同「履行障害」私法61号14頁以下（1999年）などを参照。

- 3) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015年）53頁以下を参照。また、本条1項は、「その債務の履行を請求することができない」という文言より、債権者が債権に基づいて債務者に対する履行請求権を有することを含意しているという点については、法制審議会民法（債権関係）部会資料83-2・8頁も参照。

まず、「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」については、「及び」で結ばれているものの、そこにおいては、「契約その他の債務の発生原因」から契約規範の内容を導くことができたときは、それを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを認める意図はないことに注意を要する。あくまで、契約規範の内容を導く際に当事者の主観的事情とともに客観的事情も考慮されうること示すための表現であるという⁴⁾。次に、立法の経緯および改正前民法634条1項ただし書の削除という方針の背景をふまえると、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」の概念のもとで把握されるべきものであるという⁵⁾。

後者の内容は、契約においては、給付における「債権者の利益」と「債務者の費用負担」の比較衡量により「履行請求権の限界」を画することを意味するものである。この判断構造は、改正作業における初期段階の「債権法改正の基本方針」の案において、文言において採用されているわけではなかったものの⁶⁾、その解説においてはすでに姿をみせており⁷⁾、中間試案においては「履行請求権の限界事由」の一例として提示されていた⁸⁾。そうすると、この判断構造は、改正作業

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

改正法案400条(特定物の引渡しの場合の注意義務)

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

- 5) 潮見・前掲注(3) 54頁を参照。なお、法制審議会民法(債権関係)部会資料81-3・18頁も参照。
6) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号131頁以下(2009年)を参照。そこにおいて挙げられている案は、次のとおりである。

【3.1.1.56】(履行を請求することができない場合)

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

- 7) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(1)』(商事法務, 2009年) 384頁を参照。当該頁は事情変更の要件に関する案【3.1.1.91】に関する解説にあたるものであるが、履行請求権の排除制度との関係性の説明において、いわゆる「事実上の不能」論としてこのスキーマが示されている。
8) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)』別冊NBL143号36頁以下(2013年)。具体的な提案については、次のとおりである。

第9 履行請求権等

2 契約による債権の履行請求権の限界事由

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

ア 履行が物理的に不可能であること。

「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性（1）

の初期段階から視野に入れられていたものであるといえ、今回の改正法案により、不能に一元化した統一的なルールによる処理がなされる一局面の基準として存在し、機能することになると考えられる。

この判断構造は、ドイツにおいても、2002年の債務法現代化により、「給付義務の排除」を規定するドイツ民法典（以下、「BGB」とする。）275条の2項において採用されている⁹⁾。もっとも、後にみるように、ドイツがこの判断構造をBGB275条2項において採用したという事実を正確に理解するためには、次の3つの点について十分に注意をはらう必要があるといえる¹⁰⁾。

第一に、その採用の経緯である。ドイツは、債務法現代化に向けた議論の初期においては、従来強く批判されていた「不能」概念を放棄し、「給付義務の排除」に関する統一的なルールを採用するという、日本における近時の有力な学説と同様の方向性をみせていた。ところが、統一的なルールに対する批判や「不能」概念の再評価がなされ、最終的には、「不能」概念を維持しつつも、他の「給付義務の排除」に関する類型について個別に規定を置くという選択をするに至っている。

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

第三に、新たに規定されたBGB275条2項と3項の関係性についてである。その判断構造を採用する2項と、個別に規定されたBGB275条3項との関係性をどのように理解するか、「給付義務の排除」を判断するにあたって、BGB275条3項におけるその基準は、BGB275条2項における基準とどのように異なるのかについては、債務法現代化後も激しい議論が展開されている。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

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

9) 改正法案以前からBGB275条2項の態度について支持するものとして、潮見・前掲注（2）『債権総論Ⅰ』165頁以下を参照。そのような考え方については、現日本民法においても、注文者の瑕疵修補請求権に関する634条1項、他人物の遺贈に関する997条2項において具体化されているという。

10) BGB275条2項をめぐる議論の詳細については、大原寛史「ドイツにおける事後的不能の位置づけ——ドイツ民法275条2項をめぐる議論を中心に——」同志社法学61巻6号65頁以下（2010年）を参照。

ドイツの債務法現代化における以上の点をふまえつつ、日本の改正法案をみてみると、今後検討されなければならない次のような問題が浮かび上がってくると考えられる。すなわち、日本が改正において目指した「履行請求権の限界」に関する基本的かつ統一的なルールを不能に一元化して設定するという方向性自体を仮に是として、改正後もその方向性が維持されつつ議論が展開されるのであれば、その基本的かつ統一的なルールが個別具体的な事案に直面したときに、解釈においてどのような要素が考慮され、機能していくべきであるのかである。

この問題については、個別具体的な事案に対する実際の解決法の集積を待ち、理論構築をしていくことになるであろう。しかしながら、その前に、先に債務法現代化を果たしたドイツの状況を参照し、ドイツのように個別規定を置くに至った経緯や、その規定をめぐる展開されている議論を検討しておくことは、少なくとも統一的なルールの個別事案に対する解釈・適用のあり方や、日本の改正後の議論における対処すべき問題点の明確化に資すると考えられる。

2. 検討の方法および順序

以上の問題意識から、本稿においては、その一局面として、先に挙げた第三の点と関連するBGB275条3項をめぐる議論を主題的に検討することにより、「履行請求権の限界」に関する統一的なルール設定を目指す日本の民法（債権関係）改正の議論において今後議論されるべき内容を提示することを目的とする¹¹⁾。

ドイツにおける債務法改正の背景や内容に関する研究は枚挙に暇がないが、BGB275条3項を直接の検討対象とする研究は存在しない。確かに債務者が自ら提供しなければならない給付であったとしても、改正法案の文言が示すように、結局は「債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」債権者の「履行請求権の限界」が判断されることになるため、このような特殊な局面を取り上げて検討する必要性が乏しいと考えられることも、理由の一つとして挙げることができるであろう。しかしながら、先に述べたように、「履行請求権の限界」に関する基本的かつ統一的なルールの設定に際しては、このような特殊な局面について、その統一的なルールにおいてどのような要素がどの程度考慮されるべきであるのかといった点を検討しておかなければ、そのルールの設定も画餅に帰することになりかねない。その意味においては、BGB275条3項をめぐる議論を主題的に検討することにも少なからず意義があるといえることができる。

もっとも、ドイツにおけるBGB275条3項をめぐる議論は、民法上の規定はもちろんのこと、関係する基本法、執行法上の規定にも及んでいるため、本稿において網羅的に検討することは困難である。したがって、本稿においては、あくまで日本において「履行請求権の限界」に関する基本的かつ統一的なルールを設定したときに、債務者が自ら提供しなければならない給付という特殊事情が、当該ルールにおいてどのように考慮されるべきか、その考慮において必要な要素は何か、という問題点を検討するために必要な視点を明らかにすることにとどめる。本稿において明らかとなった課題および他法の規定との関係性については、別稿において具体的な検討を進め

11) 第一点および第二点の検討については、大原・前掲注(10)論文を参照。

「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性（1）

ることとしたい。

本稿における検討の順序は、次のとおりである。まず、ドイツの債務法現代化においてBGB275条3項が個別に規定された経緯およびその過程において展開された議論について概観する（Ⅱ）。次に、当該規定の適用における解釈上の要素をめぐる議論を整理し、その現状を明らかにする（Ⅲ）。最後に、ドイツにおける議論から、民法（債権関係）改正を目前としている日本が何を読み取り、何を問題として議論していかなければならないのかという視点から、若干の検討を試みることにする（Ⅳ）。

Ⅱ. BGB275条3項の制定経緯

1. ドイツ債務法現代化における不能概念の再編

BGB275条3項の制定経緯をみるにあたっては、ドイツ債務法現代化における不能概念の再編をめぐる議論の展開を確認しておく必要がある。もっとも、先に述べたように、この点に関してはすでに多くの研究がなされている¹²⁾ため、本稿の問題意識に関連する範囲で簡潔にまとめるにとどめる。

ドイツにおける債務法改正作業上の議論、とりわけこのBGB275条における不能概念の再編に関する議論の展開においては、従来の研究によると、2つの立場の対立があったことが指摘できる。一方は、不能概念は不明確なものであるという批判的な視点から、不能概念を放棄し、新たな基準を定立しようとする立場である。他方は、不能概念は債務者を給付義務から解放する原因としての機能をなお有していると肯定的に評価し、不能概念を維持しようという立場である。激しい議論が交わされた結果、後者の立場が採用されることとなった。

この議論の展開を簡潔に示すとすれば、次のとおりである¹³⁾。すなわち、旧BGB275条¹⁴⁾にお

12) ドイツにおける不能法再編をめぐる議論については、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察(2・完)——契約上の『給付約束』と『給付結果』,比較法的に見たその法的保障の体系——」法学新報96巻6号178頁以下(1990年),同「ドイツ債務法現代化における一般給付障害法——債務者の給付義務からのアプローチ——」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局,2002年)55頁以下,潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法理の現代化』(有斐閣,2004年)339頁以下〔初出は2001年〕,半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社,2003年),吉政・前掲注(2)201頁以下,中村肇「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能——ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に——」成城法学72号39頁以下(2004年),森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣,2006年)65頁以下,大原・前掲注(10)などの諸文献を参照。

13) この議論の展開の詳細については、とりわけ吉政・前掲注(2)208頁以下を参照。

14) 旧BGB275条は、次のとおりである。旧BGB275条をはじめとするドイツ債務法総則の規定の訳出にあたっては、椿寿夫＝右近健男編『注釈ドイツ債権法総論』(日本評論社,1988年)などを参考にした。

旧BGB275条

1項「給付が債権関係成立後に生じた、債務者の責めに帰することができない事由により不能と

ける不能概念に対する批判を嚆矢として¹⁵⁾、債務法改正委員会による草案（Kommissionsentwurf = KE）により、不能概念を放棄した統一的債務解放基準の提示がなされ、おおむね肯定的な評価を受けた¹⁶⁾。この肯定的な評価を受け、討議草案（Diskussionsentwurf = DE）は、KEの立場

なったときは、債務者は、給付の義務を免れる。」

2項「債務者の後発的主観的給付不能は、債権関係成立後に生じた不能と同様とする。」

- 15) 旧BGB275条における不能概念に対する批判の代表的なものとして、フーバー（Ulrich Huber）の一連の論稿がある。フーバーによる不能概念に対する批判については、Ulrich Huber, Leistungsstörungen—Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderung im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band.I, Köln 1981, S.647ff.; ders., Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Hans Claudius Ficker/Detlef König/Karl F.Kreuzer/Hans G. Leser/Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein/Peter Schlechtriem (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S.837ff.などを参照。

フーバーの鑑定意見を検討するものとして、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見——」下森定ほか編『西ドイツ債務法改正鑑定意見書の研究』（日本評論社、1988年）121頁以下（初出は1983年）、渡辺・前掲注（12）178頁以下などがある。なお、フーバーの提案条文の紹介として、采女博文「給付障害法改正に関するフーバーの提案モデル」鹿児島大学法学論集25巻1=2号385頁以下（1990年）などを参照。

フーバーによる275条の案は、次のとおりである。

フーバー案275条（債務者の責任）

- 1項「債務者が義務を履行しないとき、とりわけ債務者が債務として負担した給付を適時に実現しない、もしくは債務関係の内容によると債務として負担した態様及び方法で実現しないとき、又は、不作為義務に反したとき（不履行）は、債権者は、履行及び発生した損害の賠償を請求することができる。」

2項 略

- 3項「債権者は、不履行が債務者の責めに帰することができない事情に基づくときは、履行及び損害賠償を請求することができない。その証明責任は債務者が負う。債権者の解除権、解約権又は減額権は影響を受けない。」

4項 略

5項 略

- 16) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992. 委員会草案の訳出については、下森定＝岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局、1996年）を参考にした。

委員会草案（KE）275条は、次のとおりである。

KE275条（給付義務の限界）

「債務が金銭債務でない場合において、債務関係の内容及び性質により義務づけられている努力によって給付をすることができないときは、債務者は、その限りにおいて、給付を拒絶することができる。債権者の権利については、委員会草案第280条、第281条、第283条及び第323条により定まる。」

「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性（1）

を維持したものの¹⁷⁾、KEにおける肯定的評価とは異なり、一転して批判にさらされ、不能概念の再評価がなされる。この不能概念の再評価のもと、給付障害法委員会による討議草案の整理案（Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsrechts = KF）において、不能概念の復活とともに、その不能概念を補完するかたちで他の債務解放原因もあわせて規定されることになる¹⁸⁾。その後、政府草案（Regierungsentwurf = RE）が示され、微修正のうえで、現在のBGB275条が規定されている。

以上の経緯を経て、債務法現代化により改正された現在のBGB275条の規定は、次のとおりである¹⁹⁾。

BGB275条（給付義務の排除）

- 1項「給付が債務者又はすべての者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。」
- 2項「債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の給付利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待することができる努力を確定するに際しては、給付障害が債務者の責めに帰すべきであるかどうかも考慮されなければならない。」
- 3項「債務者が自ら給付を提供しなければならない場合において、その給付を妨げる障害と債権者の給付利益を衡量してその給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。」
- 4項「債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311条a及び第326条により定まる。」

17) DE275条については、KE275条がほぼ踏襲されている。

討議草案（DE）275条は、次のとおりである。

DE275条（給付義務の限界）

「債務が金銭債務でない場合において、債務関係の内容及び性質により義務づけられている努力によって給付をすることができないときは、債務者は、その限りにおいて、給付を拒絶することができる。債権者の権利については、第280条から第282条及び第323条により定まる。」

18) 討議草案の整理案（KF）275条は、次のとおりである。

KF275条（給付義務の排除）

1項「給付が債務者にとって不能であるときは、給付を請求することができない。」

2項「債務関係の内容及び信義誠実の要請に照らして、給付が債権者の利益と著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒絶することができる。この場合においては、給付障害が債務者の責めに帰すべきものであるかどうか、及び、債務者が債権者に対して適切な対価を提供したかどうかも考慮されなければならない。」

3項「債権者の権利については、第280条から第284条及び第326条により定まる。」

19) BGBの条文の訳出にあたっては、岡編・前掲注（12）、半田・前掲注（12）などの諸文献を参考にした。

2. RE275条2項2文の規定内容および経緯

この現在のBGB275条3項の規定内容は、ドイツにおける債務法現代化作業において、委員会草案、討議草案、討議草案の整理案においては登場していない。討議草案の整理案の段階においては、債務者が自ら提供しなければならない給付については、一般条項であるBGB242条²⁰⁾で処理すべきであると考えられていたためである²¹⁾。

ところが、一転して、政府草案の段階においてRE275条2項2文として挿入され、初めてその姿をみせることとなった²²⁾。最終的に、微修正を経て、BGB275条3項として規定されるに至っている。

(1) RE275条の規定内容と同条2項2文の挿入経緯

RE275条の規定は、次のとおりである²³⁾。

RE275条（給付義務の排除）

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

RE275条2項2文の内容が挿入された経緯は、次のとおりである。すなわち、RE275条2項1文において採用されている、給付において債務者が要する費用と債権者が得る利益との比較衡量のもと、債務者に給付拒絶権を認めるという構造は、給付において必要とされる投資を金銭的に評

20) BGB242条（信義誠実に適った給付）

「債務者は、取引の慣習を考慮し信義及び誠実に適うように給付をする義務を負う。」

21) Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.499, 501; ders., Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S.329, 330.

22) この方針の変更について詳細な注釈がなかったことを指摘するものとして、Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), NomosKommentar BGB, 2.Auflage, Bonn 2012, § 275 Rn.58 Fn.210/Barbara Dauner-Lieb (以下, NK/Bearbeiterとして引用)。

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

「債務者が自ら提供しなければならない給付」における期待不可能性（1）

価し、客観化することにより、債務者の個人的な状況という要素については考慮しないことを前提とするものであった。しかしながら、たとえば労働契約における労務の提供など、債務者が自ら提供しなければならない性質の給付である場合においては、債務者の個人的な状況という要素を考慮せずに判断することは困難である。このような場合に対処するため、RE275条2項1文の構想とは異なり、債務者の個人的な状況についても要素として考慮することのできる構造が求められることになる。その結果、RE275条2項2文において、債務者が自ら提供しなければならない給付について、RE275条2項1文とは異なる基準を採用したのである²⁴⁾。

もっとも、債務者の個人的な状況という要素を考慮するということをもって、「個人的な不能」という表現を用いるとすると、旧債務法の状況から進歩しないことになる²⁵⁾。したがって、現在のBGB275条3項であるRE275条2項2文の事例については、現在のBGB275条2項であるRE275条1文の事例と同様に「不能に類似のもの」であり、給付義務を存続させることに実益がないものであると理解され、「不能を補完するもの」という位置づけが与えられている²⁶⁾。

（2）政府草案の理由書による説明

このRE275条2項2文の構想について、政府草案の理由書は、その内容と例を中心に、次のように説明する。

まず、RE275条2項2文の内容についてである。RE275条2項2文は、債務者が自ら提供しなければならない給付に関する特別規定である。この規定は、とりわけ労働契約および雇用契約に関係するものである。もっとも、これらの契約類型に限定されるわけではない。請負契約または事務処理契約においても、客観的な状況のみならず、給付に係る債務者の個人的な状況も考慮されるべきであると考えられることから、当該規定に係るということが出来る。このことは、給付それ自体が債務者という人に向けられているために必要とされるものである。したがって、このような債務者の個人的な状況は、RE275条2項1文の事例とは異なり、行為基礎の喪失の観点のもとでのみならず、RE275条に基づく第一次の給付義務の排除の観点からも考慮されなければならない²⁷⁾。

次に、RE275条2項2文の模範的な例についてである。政府草案は、その例として、自らの子

24) Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S.XIII.

なお、債務法現代化後の論稿においてこの点に触れるものとして、NK/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.22), § 275 Rn.58; Walter Erman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band.1, 14.Auflage, Köln 2014, § 275 Rn.30/Harm Peter Westermann, § 275 Rn.30 (以下, Erman/Bearbeiterとして引用); Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 1, 7. Auflage, München 2015, § 275 Rn. 108f./Wolfgang Ernst (以下, Münchener/Bearbeiterとして引用)などを参照。

25) Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. XIII.

26) なお、BGB275条2項に関する理解については、大原・前掲注（10）84頁を参照。

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

が生命の危険のある病にかかったため、コンサートへの出演を拒否した女性歌手の事例を挙げている。この事例においては、RE275条2項2文において、RE275条1項1文やRE313条²⁸⁾との境界確定に際して決定的とされるべき債務者の利益の考慮が問題となっている。この事例において問題となるのは、行為基礎の喪失ではなく、まさに不能である²⁹⁾。

また、トルコにおいて兵役に召集され、その命令にしたがわなければ死刑を覚悟しなければならぬため、自らの労働義務を果たしたくない労働者の事例についても、RE275条2項2文により解決されるべきであるとする。このような事例について、BAGは、不能であるとして「BGB323

28) RE313条（行為基礎の障害）

1項「契約の基礎となった事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、両当事者がこの変更を予見していたならば契約を締結せず、又は異なる内容の契約を締結したであろう場合において、個々の事案におけるあらゆる事情、特に契約上又は法律上のリスク配分を考慮して、契約を変更せずに維持することが当事者の一方にとって期待することができないときは、契約の調整を求めることができる。」

2項「契約の基礎となった本質的な観念が誤りであることが明らかになったときも、事情の変更と同様とする。」

3項「契約の調整が不可能であるか、又は当事者の一方にとって期待することができないときは、不利益を受ける当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代えて、解約権が認められる。」

なお、この行為基礎の喪失に関する規定については、KE306条の規定が実質的にほとんど変更されないまま、DE313条、KF313条、RE313条を経て、債務法現代化法による現在のBGB313条に至っている。この点については、石川博康『『再交渉義務』論の構造とその理論的基礎（1）（2・完）』同『再交渉義務の理論』（有斐閣、2011年）105頁以下〔初出は2001年〕、中村・前掲注（12）42頁以下、五十嵐清「ドイツ行為基礎論小史」札幌法学16巻1号120頁以下（2004年）、吉政知広「契約改訂規範の構造（1）—（4・完）— 契約改訂プロセスにおける法の介入と支援」同・前掲注（2）83頁以下〔初出は2007年—2011年〕などを参照。ドイツにおける行為基礎喪失の理論の生成、展開については、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、1926年）、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）などを参照。

KE306条（行為基礎の障害）

1項「契約の基礎となった事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、両当事者がこの変更を予見していたならば契約を締結せず、又は異なる内容の契約を締結したであろう場合において、個々の事案におけるあらゆる事情、特に契約上又は法律上のリスク配分を考慮して、契約を変更せずに維持することが当事者の一方にとって期待することができないときは、契約の調整を求めることができる。」

2項「契約の基礎となった本質的な観念が誤りであることが明らかになったときも、事情の変更と同様とする。」

3項「契約の調整が不可能であるか、又は当事者の一方にとって期待することができないときは、不利益を受ける当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係については、委員会草案第307条による重大な事由に基づく解約告知権をもって、この解除権に代える。」

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

条³⁰⁾の類推」により解決しており、主観的不能と同列に扱っている³¹⁾。この事例においては、債務者が自ら提供しなければならない給付における債務者の利益の考慮が問題となっているため、RE275条2項2文に基づいて解決することができるという³²⁾。

さらに、債権者の利益を考慮しても債務者に給付をすることが期待できないという他の事例においても、RE275条2項2文に基づいて解決することができるという。その例として、勤務時間中に医師の診察を必要とする場合、近親者が重病になり看病が必要である場合、官庁および裁判所からの呼び出しの場合が挙げられている³³⁾。

3. RE275条2項3文をめぐる議論

ところが、このような政府草案による構想をめぐるのは、次の点が問題となった。すなわち、債務者が給付を拒絶することを正当化するにあたって、RE275条2項3文において規定されている給付障害に関する債務者の帰責性を考慮するかどうかである。

（1）政府草案の理由書による債務者の帰責性の考慮の理解

この給付障害に関する債務者の帰責性の考慮について、政府草案の理由書は、次のように説明していた。

RE275条2項3文は、債務者に期待することができる負担を確定するに際しては、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるかどうかについても考慮されなければならないことを規定している。この規定から導かれることは、債務者が当該給付障害について責めに帰すべきであるときは、その障害の克服についてより高度な負担が債務者に対して期待されなければならないということである。したがって、債務者は、たとえば自らの責めに帰すべき錯誤により、または法的状態を知りながら、第三者に契約目的物を譲渡してしまったときは、自らの第一次的給付義務から解放されるために、その目的物の返還についてふつう市場価格以上を提供しなければならないことになる。また、このことは、従来の判例により形成され、「一般的な法思想」として認め

30) 旧BGB323条（責めに帰すべからざる後発的不能）

1項「双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責めにも帰すべからざる事由により不能となるときは、その反対給付請求権を失う；一部不能のときは、反対給付は、第472条及び第473条により減少する。」

2項「相手方が第281条により債務の目的に代わる代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求するときは、相手方の反対給付義務は、存続する；ただし、反対給付は、代償又は代償請求権の価額が債務の目的である給付の価額に満たない限度で、第472条、第473条により減少する。」

3項「前二項の規定によって債務の目的とならない反対給付を行ったときは、給付した物を不当利得返還に関する規定によって返還請求することができる。」

31) この点について、BAG NJW 1983, 2782, 2784が引用されている。

32) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 663.

33) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 663.

られてきたものであるという³⁴⁾。

もっとも、債務者が給付障害について責めに帰すべきでないときは、債務者は一般的に給付障害を克服する努力や負担をする必要がないという反対解釈については、RE275条2項3文においては認められていないとする³⁵⁾。むしろ、債務者が給付障害を克服するために、どの程度の努力や負担を要するべきかどうかという問題は、規定の文言にも示されているように、債務関係の内容に基づいて確定されるべきものである。したがって、債務者は、上述の例においては、債務者自らに過失がないときであっても、契約目的物を第三者から取り戻すことについて少なくとも努力しなければならない、また契約目的物について少なくとも市場価格を、場合によっては市場価格を超えて提供しなければならない。なぜならば、債務者は、自らの責めに帰すべきでない錯誤に陥り、それゆえ取引において必要な注意について意識していなかったわけではないものの、客観的に債務関係から生じる自らの義務を履行していなかったと評価されるのであれば、当該給付障害は債務者自らの領域において存在する瑕疵に基づくものであるからである。しかしながら、債務者に期待されるべきこの努力および負担は、原則として、債務者が当該給付障害について責めに帰すべきである場合に比してわずかなものである。そのため、当該給付障害について責めに帰すべきかどうかにより差異を設けることは、各場面において債務者の努力および負担を確定するにあたって、重要となる³⁶⁾。

以上の理由から、上記のような給付障害に関する債務者の帰責性の考慮に関する原則については、政府草案の理由書は、RE275条2項1文の事例においても、RE275条2項2文においても妥当するという理解を示している³⁷⁾。

(2) 政府草案の理由書に対する批判

しかしながら、この政府草案の理由書による債務者の帰責性の考慮に関する理解に対しては、強い批判が投げかけられることになる。連邦参議院は、政府草案に対して、草案の一般給付障害法の観点において労働法の特別性が考慮されているかどうかについて疑問があるとして、引き続き検討するよう求めたのである。

連邦参議院の理解によると、政府草案は、労働法上の原則、とりわけ労働者の責任および使用

34) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S.663.

立法理由によると、旧BGB633条2項3文の解釈上、類似のことが認められていること (BGH NJW 1995, 1836, 1837; 1996, 3269, 3270), これは債務法現代化以前からBGHによりBGB251条2項, 旧BGB633条2項3文をもとに展開されてきた一般的な法思想であること (BGHZ 62, 388, 393f.; BGH NJW 1998, 699, 700) が示されている。この一般的な法思想およびBGHの判断内容については、大原・前掲注 (10) 82頁以下を参照。

35) この点については、多くの者が前提としていとされている。その例として, Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band.I: Die allgemeinen Grundlagen-Der Tatbestand des Schuldnerverzuges-Die von Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999, § 3 I 6, S. 74, 75 が引用されている。

36) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 663.

37) BT-Drucks. 14/6040, S. 130 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 663.

者側のリスク論について残されたままとなっているのではないかという疑いを生じさせるものである³⁸⁾。確かに、このおそれについて、政府草案はすでにRE275条2項2文において考慮しているようではあるが、このことについて新たに規定を設けることにより労働法上保障されている原則を害することがないように配慮されるべきであるという³⁹⁾。

この批判の内容については、債務者の帰責性の要否との関係から敷衍すると、次のように理解することができる。すなわち、RE275条2項3文により、債務者の給付拒絶権を正当化する際には、債務者の給付障害に関する帰責性が考慮されることになる。確かに、RE275条2項1文のように、給付において債務者が要する費用と債権者が得る利益との比較衡量にふさわしい、債務者の個人的な状況という要素を考慮しないことを前提とする構造においては、債務者が給付障害について責めに帰すべきであるかどうかについても考慮することは、債務者の給付拒絶権の正当化においては必要とされるべきである。しかしながら、RE275条2項2文のように、債務者の個人的な状況という要素を考慮する必要がある給付であるときには、たとえば、自らの責めに帰すべき事由により病気になってしまった労働者が、自らの労働義務から解放されない、さらには労働義務を履行するためにより一層の努力および負担を義務づけられる、そしてそれを強制されるおそれがあることになる。以上のことを懸念した連邦参議院は、その点についてさらなる検討を求めたのである。

(3) 連邦政府による反論

このような連邦参議院の批判に対して、連邦政府は、次のように述べて反論した。すなわち、連邦参議院は労働法上の原則の特別性についてより配慮すべきであると主張するが、RE275条2項において、すでに十分に考慮されている。連邦参議院が指摘するように、債務者の帰責性について規定するRE275条2項3文に関する射程については疑問を生じさせる可能性がある。この債務者の帰責性は、ふつう、RE275条2項1文に基づいて、債務者に対して期待されるべき努力および負担の程度が判断されるべき基準となるものである。しかしながら、労働法上の原則の特別性を考慮すべきことと、RE275条2項2文の規定とは関係するものではない。なぜならば、自らの病気について責めに帰すべきである労働者に対しても、労務の提供を強制することはできないからである。この事例において、債務者の帰責性は、むしろ反対給付、すなわち対価の支払の運命を決する役割を果たすことになる。また、RE275条2項1文の枠組みにおいては、一般的な法思想から、ふつう給付障害について責めに帰すべきである債務者に対して、責めに帰すべきではない債務者よりも広い範囲において努力および負担を期待することができることになる⁴⁰⁾。

連邦政府の反論によると、労働法上の原則の特別性について考慮していることは、次の内容か

38) この点を主張し、連邦参議院の主張において引用されている文献として、Manfred Löwisch, Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht, NZA 2001, S. 465ff.

39) BT-Drucks. 14/6857, S. 11 (Nr. 21); = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 944.

40) BT-Drucks. 14/6857, S. 47 = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 1005f.

らも明らかとなるという。すなわち、RE326条1項⁴¹⁾は、給付が債務者にとって不能であるとき、債務者は反対給付請求権を失うという現行法上の一般的な原則を規定するものである。このことは、労働者にとって労働給付が全部または一部不能であり、それについて労働者または使用者が有責であるといえないときは、労働者は対価請求権を失うというということであり（BGB275条1項、BGB323条1項——「労働なくして賃金なし（ohne Arbeit kein Lohn）」の原則）、労働法にとっ

41) RE326条（給付義務が排除された場合における反対給付からの解放）

- 1項「債務者が第275条第1項又は第2項により給付を要しないときは、反対給付請求権は、消滅する。第441条第3項は、一部給付の場合に準用する；債権者は、この場合においてなされた給付について利益を有しないときは、契約の全部を解除することができる。債務者の履行が契約に適合しないときは、期間の定めを要することなく、第323条は、この場合に準用する。」
- 2項「債権者にのみ若しくは主として債権者に責めに帰すべき事由により債務者が第275条第1項又は第2項により給付を要しないとき、又は債権者が受領遅滞に陥った時に債務者の責めに帰することのできない事由が発生したときは、債務者は、反対給付請求権を失わない。債務者は、給付を免れることによって節約したもの又はその労力を他に使うことによって取得したものの若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。」
- 3項「債権者は、第285条に基づき債務の目的に代えて受領した代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求するときは、反対給付をする義務を負う。反対給付は、代償又は代償請求権の価値が債務の目的である給付の価値を下回るときに限り、第441条第3項に従って減額する。」
- 4項「本条に基づき反対給付をする義務なくそれをしたときは、第346条から第348条までにより給付したものの返還を請求することができる。」

なお、その後の修正を経て、BGB326条は次のように規定されている。

BGB326条（給付義務が排除された場合における反対給付からの解放及び解除）

- 1項「債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないときは、反対給付請求権は、消滅する；第441条第3項は、一部給付の場合に準用する。前文は、給付が契約に適合しない場合において、債務者が第275条第1項から第3項までに基づき追完を要しないときは、適用しない。」
- 2項「債務者にのみ若しくは主として債権者に責めに帰すべき事由により債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないとき、又は債権者が受領遅滞に陥った時に債務者の責めに帰することができない事由が生じたときは、債務者は、反対給付請求権を失わない。債務者は、給付を免れることによって節約したもの又はその労力を他に使うことによって取得したものの若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。」
- 3項「債権者は、第285条に基づき債務の目的に代えて受領した代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求するときは、反対給付をする義務を負う。反対給付は、代償又は代償請求権の価値が債務の目的である給付の価値を下回るときに限り、第441条第3項に従って減額する。」
- 4項「本条に基づき反対給付をする義務なくそれをしたときは、第346条から第348条までにより給付したものの返還を請求することができる。」
- 5項「債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないときは、債権者は、解除することができる；解除については、期間の定めを要することなく第323条を準用する。」

て意義がある。この原則と異なる内容は、BGB615条⁴²⁾、616条⁴³⁾といった現行法の雇用契約上の規定に含まれている。また、判例も、不能に関する一般的な規定（BGB275条1項、323条1項）および労務の受領遅滞に関する特別規定（BGB615条）は労働関係の特殊性を常に正当化するものではないということを前提としている⁴⁴⁾。これらの判例は、労働の対価の支払に関するBGBの規定（BGB275条1項、323条1項、615条）とは異なる原則を形成しているといえる⁴⁵⁾。したがって、債務法現代化法の施行後も従来と同様に、使用者は、労働が行われなかったことに関するリスクを引き受けているときは、労働の対価の支払を義務づけられることが保障されるべきであるという⁴⁶⁾。

このように述べたうえで、連邦政府は、労働法上の原則との関係を疑問視する連邦参議院による批判は適切ではない、むしろ、政府草案は労働法上の原則を確認するものであると主張している⁴⁷⁾。

42) BGB615条（受領遅滞の際の報酬）

「労務給付権利者が労務の受領について遅滞に陥るときは、義務者は、追給付をする義務を負うことなく、遅滞により給付しなかった労務に対して合意した報酬を請求することができる。ただし、労務給付をしなかったことにより免れ、又はその他の方法により自己の労務を用いることによって取得したもの、若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。」

43) BGB616条（一時的障害）

1項「労務給付義務者は、その一身上の事由により帰責事由がなく比較的著しくない期間労務給付を妨げられたことによって、報酬請求権を失わない。ただし、妨げられた期間において法律上の義務に基づく健康保険又は災害保険から受ける額を差し引かなければならない。」

2項「事務労働者の報酬請求権は、病気の場合並びに医師による不妊手術及び妊娠中絶の場合について、契約により排除し、又は制限することができない。この場合において、労働協約により異なった期間を定めないときは、6週間を比較的著しくないものとみなす。医師による違法でない不妊手術及び妊娠中絶は、帰責事由がなく労務給付を妨げられたものとみなす。事務労働者は、病気を契機にして使用者が労働関係を告知したときであっても、この報酬請求権を保持する。事務労働者が重大な事由により告知するときも、同様である。本項に規定する事務労働者とは、社会法典第6編により年金保険者の下で事務労働者の活動をする者として資格区分された仕事に従事する労働者をいう。」

3項「労務給付義務者が賃金支払継続法に規定する現業労働者である場合において、病気又は医師による不妊手術若しくは妊娠中絶を理由とする労働不能のために、又は同法第7条に規定する療養のために労務給付を妨げられたときは、請求権は、同法によってのみ定まる。」

44) この点について、BAG vom 8. 2. 1957-1 AZR 338/55- AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vom 22. 12. 1980-1 ABR 2/79-AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vom 23. 7. 1994-6 AZR 853/93-AP Nr.56 zu § 615 BGBの諸判決が引用されている。

45) BT-Drucks. 14/6857, S. 47f. = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 1005f.

46) BT-Drucks. 14/6857, S. 47f. = Canaris, a.a.O. (Fn.24), S. 1005f.

なお、以上のように述べたうえで、BGB615条について、「前二文は、使用者が欠勤の危険を負担する場合に準用する。」という一文を追加するとしている（36a参照）。

47) BT-Drucks. 14/6857, S. 47f. = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 1006.

4. BGB275条3項の制定

以上のような議論を経て、最終的に、ドイツ連邦議会の法務委員会は、「債務者が自ら提供しなければならない給付」に関する規定を維持し、さらに当該規定をRE275条2項から独立して規定することを推奨した⁴⁸⁾。その結果、現在のBGB275条3項が規定されることとなった。

一方で、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮に関する内容については、BGB275条2項においては維持されたものの、BGB275条3項においては規定されなかった。

このBGB275条3項が規定されることとなった経緯からは、本稿の問題意識と関連する重要な内容として、次の2つの点を指摘することができる。

第一に、債務法現代化における議論の方向性である。債務法現代化の議論においては、当初の統一的な債務解放基準を提示しようとしていた方向性から一転し、不能概念の再評価のもと、不能概念を維持しつつ、それを補完するかたちで他の債務解放基準を並列させるという規定方式を採用している。

第二に、他の債務解放基準の設定と、その基準における考慮要素をめぐる議論である。他の債務解放基準に関しては、給付について債務者の要する費用と債権者の利益との比較衡量のもとで、債務者の給付障害に関する帰責性も考慮要素としつつ、債務解放を認めるとする統一的な基準を採用しようとする方向性であった。しかしながら、政府草案の段階において、債務者が自ら提供しなければならない給付については、債務者の状況を考慮しなければならないという理解から、RE275条2項2文を設けた。この債務者が提供しなければならない給付について、給付障害に関する債務者の帰責性を考慮要素とすることの妥当性をめぐって議論の対立があり、結果として、債務者が自ら給付を提供しなければならないケースについては独立の項として規定し、給付障害に関する債務者の帰責性の考慮については規定から除外することとなった。

それでは、以上のような経緯を経て規定されたBGB275条3項においては、債務法現代化後、どのような議論が展開されているのだろうか。III. では、とりわけBGB275条3項における債務解放の基準として重視されている要素を中心として、展開されている議論をみていくこととする。

(未完)

48) BT-Drucks. 14/7052, S. 183. = Canaris, a.a.O. (Fn. 24), S. 1076.