

原始的不能による損害賠償について：ドイツ民法第三一一条a条の立法過程を手がかりにして

田中，教雄
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7595>

出版情報：法政研究. 72 (3), pp.301-350, 2006-01-25. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

原始的不能による損害賠償について

——ドイツ民法第三二一 a 条の立法過程を手がかりにして——

田 中 教 雄

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ債務法現代化法の編纂過程の概観
- 三 ドイツ民法第三二一 a 条の立法過程
- 四 連邦政府草案第三二一 a 条への批判
- 五 若干の検討とわが国への示唆

一 問題の所在

ドイツ債務法現代化法 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts) は二〇〇二年に施行されたが、それによって改正される前のドイツ民法第三〇六条、第三〇七条 (以下、本論考では旧条文については旧第三〇六条、旧第三〇七条という形で引用する) は、次のように規定していた。¹⁾

ドイツ民法旧第三〇六条

不能な給付を目的とする契約は無効である。

ドイツ民法旧第三〇七条

(1) 不能な給付を目的とする契約を締結する際に、当該給付が不能であることを知っているか、知らなければならなかった者は、相手方が契約の有効性を信頼したことによって被った損害を賠償する義務がある。しかし、相手方が、契約が有効であることについて持っている利益の額を超えない。この賠償義務は、相手方が不能を知っているか、知らなければならなかった場合には、認められない。

(2) この規定は、給付が一部だけ不能であり、契約が可能な部分を考慮して有効である場合、あるいは、複数の選択的な形で約束された給付の中の一つが不能である場合に、準用される。

このドイツ法の影響を受けて、²⁾ 日本でも、原始的に不能なことを内容とする契約は無効であり、いわゆる契約締結上の過失による責任、すなわち「過失によって無効な契約を締結した者は、相手方がその契約を有効なものと誤信したことによって蒙る損害を賠償する責任がある」とされてきた。³⁾

ところが、ドイツでは、ドイツ債務法現代化法によって、次に示すような第三一一 a 条が設けられ、原始的に不能な

給付を目的とする契約は有効であり、しかも給付に代わる損害賠償義務 (Schadenersatz statt der Leistung) を負うとされた。⁽⁴⁾

ドイツ民法第三一一 a 条 (契約締結に際しての給付障害)

(1) 契約の有効性にとって、債務者が第二七五条 (給付義務の排除) 第一項から第三項により給付する必要がなく、この給付障害がすでに契約を締結する際に存在していることは、妨げにならない。

(2) 債権者は、その選択にしたがい、給付に代わる損害賠償、あるいは、第二八四条 (無駄になった費用の賠償) において定められている範囲での費用の賠償を要求できる。これは、債務者が給付障害を契約締結に際して知らず、かつ、知らないことについても帰責されない場合には、適用されない。第二八一条 (提供されなかった、あるいは、債務の本旨にしたがって提供されなかった給付による、給付に代わる損害賠償) 第一項第二文と第三文、第五項が準用される。

原始的に不能な給付を目的とする契約も有効であることは、国際的な私法統合の動向にも合致している。⁽⁵⁾ しかし、契約が有効であるとする、原始的不能による損害賠償は、どのような義務に違反したものと考えられるのだろうか。それは、従来の見解と同じように契約締結上の過失によるものなのか、それとも契約が有効になったのだから、契約上の義務に違反したことによるものだろうか。

ドイツ民法第三一一 a 条第一項が引用する第二七五条は、給付が不能となった場合に給付義務が消滅することを規定している。しかし、第三一一 a 条第二項は、給付されることを信頼して支出された費用と選択的な形ではあるが、給付に代わる損害賠償を請求することを認めており、このことからすれば、不能で消滅するとはいえ契約に基づく給付義務に違反しているものと理解することもできそうである。ところが、原始的不能で問題になるのは、不能であるにもか

わらず契約を締結したということであり、それは契約締結前の行為である。契約締結前の行為が、契約締結によって発生する（しかも不能であるため最初から消滅している）給付義務に違反するのは、論理的には奇妙なことである。この論理的な矛盾を避けるために契約締結前にすでに何らかの義務が発生しているとすると、その義務の違反による責任は、いわゆる契約締結上の過失責任であり、従来の見解では信賴利益の賠償しか認められない。それにもかかわらず、第三一一a条は給付に代わる損害賠償請求権を認めているのである。これはどのように理解すればよいのであろうか。本論考は、この疑問を、ドイツ債務法現代化法における第三一一a条の立法過程における議論を参考に説明し、かつ、わが国の解釈論への示唆を得ようとするものである。⁽⁶⁾

二 ドイツ債務法現代化法の編纂過程の概観

まずは、ドイツ債務法現代化法の編纂過程を概観しておくことが便利であろう。それは、カナリスによれば、おおよそ次のようなものである。⁽⁷⁾

その準備は、一九八一年と一九八三年に公表された一九七九年の鑑定報告にはじまる。⁽⁸⁾これに続いて、連邦司法大臣が債務法改正のための委員会 (Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts 以下では、債務法改正委員会と略す) を招集し、それは一九八四年初めに発足した。この委員会は、理由を付して法案 (委員会草案) を作成し、一九九一年にその最終報告書を提出した。⁽⁹⁾

一九九九年にEUが、二〇〇二年一月一日までに国内法化しなければならぬ「消費財売買及び消費財の保証に関する指針」を出し、⁽¹⁰⁾これをきっかけとして、連邦司法省は、改正作業を再び取り上げ、EUの指針の国内法化と結合させた。二〇〇〇年八月初めに、⁽¹¹⁾先の最終報告での提案とその理由づけを部分的にはそのままの形で採用して作成された討

議草案 (Diskussionsentwurf) が公開された。¹²⁾

二〇〇〇年一二月に連邦司法大臣は給付障害法の改正作業のための委員会 (Kommission zur Überarbeitung des Leistungstörungsgesetzes 以下では、給付障害法委員会と略す) を設置し、発足会議が二〇〇一年一月一七日に、最終会議が二〇〇一年八月二九日に開催された。それと並行して、「連邦州作業班」が、時効法を対象として、二〇〇一年一月一五日・一六日に最初の会議を開き、二〇〇一年九月一日に最後の会議を開いた。

二〇〇一年三月六日に、連邦司法省は、「債務法現代化法の討議草案と、それについて提出された意見と、個々の問題群のための作業班と給付障害法委員会の審議結果を基礎とする債務法現代化法の討議草案の整理稿」を提示した。¹³⁾ 時効法については、連邦司法省によって、二〇〇一年三月二三日の「連邦州作業班」の会議で、二〇〇一年三月二日付けの新しい草稿が提示された。¹⁴⁾

二〇〇一年五月九日に、連邦政府草案が内閣によって決議され、それと並行して、ドイツ社会民主党 (SPD) と九〇年連合／緑の党 (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) のそれに対応する会派草案が、連邦議会に提出された。¹⁵⁾ 二〇〇一年七月一三日に、連邦参議院が、その見解を表明し、¹⁶⁾ それに対する意見を、連邦政府が二〇〇一年八月二九日に表明した。¹⁷⁾ 二〇〇一年七月二日と四日に有識者の公聴を経て、二〇〇一年九月二五日に、連邦議会の法務委員会が、決議案と連邦議会への報告を決議した。¹⁸⁾ 連邦議会は、二〇〇一年一月一日に、第二と第三読会での法律を決議した。

三 ドイツ民法第三一一条の立法過程

次に、ドイツ民法第三一一条 a 条それ自体がどのような変遷の末に現在の形になったのかを、本論考の関心に添って、その理由づけとともに確認しておきたい。その際に、二〇〇〇年一二月に設置され、翌年一月一七日から会議がはじ

また給付障害法委員会のメンバーが⁽¹⁹⁾、第三一一a条について述べていることもあわせて確認することにした。

一 旧第三〇六条から旧第三〇九条の削除

旧第三〇六条から旧第三〇九条を削除することについては、債務法改正委員会の最終報告以来、一貫している。旧第三〇六条から旧第三〇八条の規定は、無効という効果の点でも、賠償請求権を消極的利益に限定している点でも、不適切なものと一般的に認められているようである。⁽²⁰⁾

債務法改正委員会の最終報告では、次のようなことが指摘されている。⁽²¹⁾

(1)無効の効果と債務者の責任を消極的利益に制限することが妥当ではなく、かつ、存在しない債権の売却という特別な事例（旧第四三七条）でない場合には、判例は、債務者が約束した給付の提供可能性についての保証（Garantie）を引き受けたということを、事例の事情から引き出していること。

(2)原始的主観的不能の規律が欠如しており、この類型について判例が採用した解決をめぐっては学説が激しく対立していること。

(3)「一時的」不能については、原始的客観的不能の場合にだけ規律があり（旧第三〇八条）、後発的な場合や、原始的ではあるが当該の債務者にとってだけ不能である場合についての規律がないこと。

(4)様々な種類の客観的不能と主観的不能との限界づけを、それぞれに認められる法律効果の違いを正当化する形で行うことができないこと。

また、次のようなことも述べられている。⁽²²⁾

- (1) 不能の発生が契約締結前であるか後であるかは偶然であり、正確な時点を証明することはしばしば困難であること。
- (2) 改正前の旧法でも、旧第四三七条(権利売却の場合の担保責任)、旧第四六三条(不履行による損害賠償)、技術的に不可能なやり方(Verfahren)の売買の事例についての判例に見られるように、積極的利益(履行利益)の賠償が認められていること。

給付障害法委員会のメンバーであるカナリスは、次のように述べている。⁽²³⁾

- (1) 原始的主観的不能の法律効果は、ドイツ民法典のテキストから導かれたものではなく、次のような二重の推論によって導かれている。まず、主観的不能を客観的不能と同じに取り扱うとする旧第二七五条第二項に対応する規律がないことから、主観的不能は、旧第三〇六条においては旧第二七五条においてと異なっており、客観的不能と同じには取り扱われないということが導かれている。しかし、この議論はあまり説得的ではない。なぜなら、旧第二七五条第二項を類推することも考えられるからである。主観的不能が契約の有効性に影響を与えず、不履行による損害賠償責任を帰結するという、旧第三〇六条によるもう一つの推論は、たしかに一貫しているが、それに続く、この責任は過失(Verschulden)を前提とするか否かという問題について解答する手がかりを与えるものではない。
- (2) ここに旧第四〇条(買主の諸権利)第一項が関係するかもしれない。というのも、旧第四〇条第一項は、原始的な主観的不能の一部を規律しているが、後発的不能の事例についての規定である旧第三二五条(債務者の責に帰すべき不能)を準用しているからである。通説は旧第三二五条を原始的な主観的不能に適用するが、これは、旧第三二五条が旧第二七六条(自己の過失についての責任)により原則として過失を要件とするのに対して、判例・通説は原始的な主観的不能においては保証責任を前提とするために矛盾に陥る。旧第四〇条第一項においては、原始的な主観的不能については、法律効果と法的根拠が指示されているだけであるとして矛盾を回避することは、この解決の分裂ゆえに、方法論的にまったく不十分であり、第四〇条第一項から、この問題の解決にとって、実際には何も獲得されないことを隠しようがない。

(3) 結局のところ、ドイツ民法典の起草者たちは、原始的・主観的不能、そして原始的権利瑕疵、のような基本的かつ明白な問題を、解決することに半分も成功していない。むしろ、旧第二七五条第二項と旧第三〇六条、旧第四四〇条第一項と旧第三二五条の関係の不明確さは、ドイツ民法典の給付障害法が基本的な欠陥を持っていること、そして、給付障害法に関してドイツ民法典の立法者の質を賞賛することが正当でないことを示している。

二 第三一一条 a 条の追加

債務法改正委員会の最終報告ならびに討議草案においては、原始的客観不能は、一般的な規律にしたがって処理することが予定されている。⁽²⁴⁾ その場合、損害賠償責任は、契約締結の機会を提供したことによって発生する債務関係に基づく義務の違反による責任であり、いわゆる契約締結上の過失責任である。⁽²⁵⁾ そして、賠償の対象は、義務違反がなければそうであったであろう状態であり、いわゆる消極的利益（信頼利益）である。しかし、それは履行利益を上限とするものではなく、場合によってはそれを越えることもありうるものであり、仮に実行されなかった取引の代わりに別の取引を行っていたとすれば、この取引によって得られたであろうものの賠償を要求できるとされている。⁽²⁶⁾

これに対して、二〇〇一年三月六日の整理稿において、第三一一条 a 条として、次のような規定が挿入された。⁽²⁷⁾

整理稿第三一一条 a 条（契約締結に際しての不能）

- (1) 契約の有効性にとって、給付が債務者あるいはすべての者にすでに契約締結の際に不能であることは、妨げにならない。
- (2) 債権者は、その選択にしたがい、給付に代わる損害賠償、あるいは、第二八四条において定められている範囲で費用の賠償を請求できる。ただし、債務者が不能を知らず、かつ、知らないことに帰責されない場合は、この限りでない。

二〇〇一年五月九日の連邦政府草案では、次のようになっている。⁽²⁸⁾

連邦政府草案第三一一条 a 条 (契約締結に際しての給付義務の排除)

(1) 契約の有効性にとつて、債務者が第二七五条第一項あるいは第二二項により給付する必要がなく、この給付障害がすでに契約を締結する際に存在していることは、妨げにならない。

(2) 債権者は、その選択にしたがい、給付に代わる損害賠償、あるいは、第二八四条において定められている範囲での費用の賠償を請求できる。ただし、債務者が給付障害を知らず、かつ、知らないことについても帰責されない場合には、この限りでない。第二八一条第一項第三文と第四項が準用される。

連邦政府草案に付けられた理由づけによれば、⁽²⁹⁾この規定は、旧第三〇六条がもはや妥当しないことを法律上明確化すること、ならびに、債務者が、給付が客観的に不能であることを知って、あるいは、知らないことに過失があるにもかかわらず契約を締結した場合には、積極的利益について責任があることを規定することから設けられたものである。

また、カナリスは、⁽³⁰⁾討議草案のように旧第三〇六条以下を削除するだけの立場では、原始的客観的不能の場合には請求権の内容は消極的利益となることが前提にされているが、(1)それでは、削除された旧第三〇六条以下との区別が明白にならないこと、(2)客観的不能と主観的不能との明白ではない区別が再び生じること、(3)原始的客観的不能の請求権根拠として、債務法改正委員会草案三〇五条 (契約上あるいは契約前の債務関係の根拠づけ) 第二項、⁽³¹⁾第二八〇条 (義務違反の場合の損害賠償)、あるいは、討議草案第二〇五条 (法律行為による債務関係、禁止された契約) 第一項第二文、第二八〇条 (義務違反の場合の損害賠償) が引用され、決定的な規定である債務法改正委員会草案第二八三条 (給付に

代わる損害賠償)、第三二七条(解除と損害賠償)、あるいは、討議草案第二八二条(給付に代わる損害賠償)、第三二五条(解除と損害賠償)が引用されていないことから、それには従えないとする。要するに、原始的不能の場合について、契約締結前の義務違反による信託利益の賠償ではないことを明らかにし、給付義務違反と同じ効果を認めようとするものようである。

(1) 契約の有効性と給付義務の消滅

連邦政府草案第三一一a条第一項について、ヨーロッパ契約法原則第四・一〇二条が参照されていることは明らかであるが、この規定が契約を有効としていることと、当初から給付義務が認められないこととは矛盾しないとされている。従来から承認されてきた第一次的給付のない契約であるという⁽³³⁾。

(2) 積極的利益の賠償

第二項は、給付に代わる損害賠償請求権を規定するが、これについては、契約前の情報提供義務の違反からは、損害賠償法の一般的な規律によれば、原則として消極的利益についての請求権しか生じないが、積極的利益についての請求権が妥当であるとされている⁽³⁴⁾。その際に、債務法改正委員会の最終報告や討議草案が前提としているような、別の有利な取引をする機会を失ったことについての賠償は認められていない⁽³⁵⁾。

〔給付約束の不履行〕

この積極的利益についての請求権は、理論的には、第二七五条第一項により排斥される給付義務の違反によるのではなく、第三一一a条第一項により有効な給付約束の不履行(Nichterfüllung des Leistungsversprechens)によるものである⁽³⁶⁾。

カナリスによれば、契約締結前の義務違反によるものでもない³⁷⁾。原始的給付障害における不履行による損害賠償についての責任は、債務者が給付を約束して、給付を提供できないこと、すなわち、その約束を履行できないこと、したがって、取消しなどによって債務者が約束から解放されることが認められない以上、約束した給付の代わりにその等価額が発生することから説明されるという。³⁸⁾

グルネヴァルトも、債務者は履行することを約束したのであるから、債務として負担したものを現実に持っていないのであれば、債権者は、少なくとも価値的に履行されたのと同じ状態に置かれるべきであるとする。それは契約締結に際して発生した不能の場合もそうであり、積極的利益についての責任は、知りながら不能なことを約束した場合は当然であり、知るべきであった場合も同じであるとする。³⁹⁾

〔過失原理〕

この損害賠償請求権は、推定されるという形ではあるが、過失を前提としている(連邦政府草案第三一一条第二項ただし書)。保証原理(Garantieprinzip)によって積極的利益を債務者に負わせることは、正義の観点からしてまったく説得的ではない結果となり、過失原理(Verschuldensprinzip)は、より高度の法倫理的な説得力とより大きな柔軟性を兼ね備えているとされている。たとえば、滅失した芸術品の売主が、その滅失をまったく認識できなかった場合でさえ、なぜ積極的利益について責任を負うべきなのかは、理解できない。同じように、最後の遺言によれば、実際には、ほかの者が相続人であり土地の所有者であったことが判明した場合に、登記簿上の土地の賃貸人が、数十年もの間、給付に代わる損害賠償を賃借人に支払うべきことは理解できない、とされている。⁴⁰⁾

カナリスは、原始的客観的不能と原始的主観的不能を同じに取り扱うことから、原始的主観的不能についても、従来の保証責任ではなく、過失責任になるという。すなわち、一方で過失原理はドイツの損害賠償法においては原則であり、他方で保証責任がもたらす帰結は説得的なものではないからであるとし、⁴¹⁾ 契約に保証約束が内在するというテーゼは、

明らかな不当前提であるとも述べている。⁽⁴²⁾ ただし、保証を引き受けることを認めないわけではない。というのも、債務者が給付障害を「知らなければならぬ」かどうかではなく、債務者がその不知について「帰責される」かどうかが問題であり、そこでは第二七六条（債務者の責任）が指示されているのであって、この第二七六条は、「保証の引受け」も帰責の基準とするからである。⁽⁴³⁾

グルネヴァルトも、保証責任から離れることについて討議草案は述べていないが、原始的不能と後発的不能の異なる取り扱いが不当だということ为前提にしていると、契約締結時に関係する義務も含めてすべての義務について過失原理が適用されるという。また、契約締結時についての履行保証の引き受けによって、契約締結に際しての給付能力を別に取り扱うことは正当化できない、契約締結に際して給付するというが、そのことは、一定の給付障害がないことを保証することを意味していないとする。⁽⁴⁴⁾

グルネヴァルトによれば、ここで問題になっている過失は、債務者が、後に契約履行の妨げとなる事情を、すでに契約前に、防止しなかったことにあるのではない。なぜなら、当時は、そのことに義務づけられていなかったからである。非難されるのは、債務者が契約を締結し約束したものを給付できないことであるという。⁽⁴⁵⁾

〔独自の請求権根拠〕

この損害賠償請求権は、独自の請求権根拠 (Anspruchsgrundlage) であるとされている。すなわち、契約締結前に予定されている債務者の義務と契約締結後に予定されている義務とは異なるものであり、契約締結前は主として情報提供義務、後は給付目的物それ自体に関する義務である。したがって、原始的不能についての損害賠償義務は、義務違反の一般的事例の一つに位置づけることはできない。それは、情報問題・錯誤問題であるというその所在の独自性を考慮する独自の請求権要件に基づくものであり、債務者が、不能を知っていた、あるいは、知らなければならなかったという⁽⁴⁶⁾ことに注目するものであるとされている。独自の請求権根拠であることから、第二八〇条が引用されていないという。

カナリスによれば、ここでは義務違反は、契約前の段階にあり、第二八〇条は、その文言からして適用されない。というのも、第二八〇条は、構成要件上、「債務関係に基づく義務」の違反を前提とし、法律効果として、「そのことから発生する損害の賠償」についての請求権を認めている。たとえ債務関係として契約前の債務関係を考えても、必要とされる因果関係がないために、第三一一a条第二項によって認められる積極的利益についての請求権を認めることができない⁽⁴⁷⁾という。

〔理論的根拠づけへの批判〕

連邦政府草案が規定する、原始的不能における履行利益の賠償の理論的根拠は、給付義務違反でも、契約前の義務違反でもなく、給付約束に違反したことである。しかし、その一方で、過失原理を理由に、債務者が不能を知らないことに過失がない場合には、免責を認めている。このように、一方で給付約束違反を理由に履行利益の賠償を認めつつ、他方で過失原理を理由として免責を認めることについては、連邦政府草案の理由づけでも指摘されているように従来からの批判があるだけにとどまらず、⁽⁴⁸⁾給付障害法のメンバーの中でも、意見が完全に一致しているわけではないようである。たとえばハインリヒスは、責任の端緒は契約締結上の過失であるので、立法論としては、債務者の賠償義務を消極的利益に制限する十分な根拠があり、多くの者は、第二項の責任規律は論理的に一貫していないという見解に賛成している⁽⁴⁹⁾。そこで引用されているメデイクスは、次のように述べている。⁽⁵⁰⁾ただし、メデイクスは、後に改説している。⁽⁵¹⁾

後発的不能の場合とは異なり、債務者は、自分の給付能力の存続を義務に違反して確保しなかったことを非難されているのではない。契約締結が給付義務を根拠づけることができるのであり、その前には、債務者はそのことに義務づけられていない。第三一一a条第二項第二文が、債務者の過失を、債務者が契約締結に際して、自らの給付能力を確認しなかった点に見ているのは首尾一貫したことであり、債務者がそのことを行っていたとすれば、契約は締結されなかったであろう。このことは、原則として、(契約交渉に際しての過

失の場合と同じように) 消極的利益についての請求権を帰結するだけである。

そこで、ありうる選択肢の一つは、カナリスにしたがつて、責任を根拠づける債務者の義務違反を、給付約束違反と理解することである。これを支持するのは、これが、第三一一 a 条第一項第一文が契約の有効性を認めていることに適合的であることである。もう一つの選択肢は、おそらくこちらが優れているであろうが、理論的な例外であると認めることである。これは、決して類例のないことではない。たとえば、旧法でも、旧第四六三条第二文は、悪意がなければ契約は少なくともこの同じ内容では成立しなかったであろうにもかかわらず、積極的利益についての請求権を認めていた。別の例は、旧法によれば、同じように、積極的利益を帰結する存在しない債権(旧第四三七条第一項)の売買である。

また、シュレヒトリームは、連邦政府草案第三一一 a 条第二項に対する批判、特に契約前の義務の違反が消極的利益を賠償する責任しか生じさせることができないとする見解に反論する中で、次のように述べ、履行利益の賠償が認められる根拠を、自己の給付能力を確かめる義務の違反に求めている。⁽⁵²⁾

「まさに契約準備から生じる契約前の義務の場合——自己の給付能力を確かめる義務がこれに属します——において、かなり以前から次のことが明らかになっていたのである。すなわち、このカテゴリーにより予定された区別が事実には適合しないこと、および損害賠償法においては、むしろそのときどきの義務が、契約上の義務の場合には当事者双方の意思により、または法定義務の場合には立法者の意思により、どのような不利益を避けることを意図していたのかに照準が合わせられていることです。契約締結前に自己の給付能力を確かめる義務は、たしかに、期待していたがその後挫折する契約に無駄な出費をすることから、契約当事者の相手方をまず保護しなければなりません。しかし、その義務はおそらく、不誠実な契約相手方を選択することから、換言すれば、別の相手と契約を結び、または一般に別の取引をする代わりに、給付能力のない債務者と関係を結ぶことから、契約当事者の相手方を保護しなければなりません。

その限りにおいては、自己の給付能力を確かめる義務は、当事者の相手方の履行利益をも完全に保護することになっていきます。」

エルンストは、第三一一a条第二項が、第二八〇条が債務関係における損害賠償義務についての唯一の根拠であることに対する例外であるとする理解に反対し、帰責されるかどうかとは関係なしに給付義務のすべての不履行が第二八〇条の義務違反であると理解される場合には、契約締結時にすでに給付義務を履行する必要がないことを理由として給付義務が履行されないままであることも、第二八〇条の義務違反と理解できるとする。⁵³⁾ 第三一一a条第二項により賠償される義務違反は、履行に向けられた約束が第二七五条のために履行されないことであり、責任根拠は、不能な給付の義務を負った契約当事者の(契約前の)過失ではなく、その者が行ない守れなかった給付の約束であるとされている。⁵⁴⁾

〔小括〕

少し錯綜してきたので、本論考の関心との関係で、ここで連邦政府草案の立場とそれへの批判を簡単に整理しておきたい。

原始的に不能な給付を目的とする契約は有効であり、債務者が不能であることについて善意・無過失でない限り、積極的利益についての損害賠償義務を負う。それは、原始的客観的不能と原始的客観的不能とを、また、原始的不能と後発的不能と同じに取り扱おうとするものである。その結果、従来認められてきた、原始的客観的不能の場合には積極的利益についての、過失と関係のない保証責任、原始的客観的不能の場合には信頼利益についての過失責任、後発的不能の場合には履行利益についての過失責任というものが、すべて履行利益についての過失責任として処理されることになる。⁵⁵⁾

この履行利益についての損害賠償義務は、第二七五条によって契約成立の当初から排除される給付義務違反や、信頼利益の賠償しか認められない契約前の義務違反によるものではなく、給付約束の不履行によるものである。しかし、保

証責任ではなく、債務者が自らの給付能力を知らないことについて善意・無過失である場合には、免責される。

ところが、免責の前提となっている債務者が自己の給付能力を調べなければならぬという義務は契約前の義務であり、この義務の違反からは信頼利益の賠償しか認められない。それにもかかわらず履行利益が承認されていることから、ハインリヒスやメディクス旧説は、論理的に不整合であることを指摘している。

また、この不整合ゆえに、連邦政府草案は原始的不能の場合に給付約束に注目し、そして、第三一一a条第二項は、債務関係に基づく義務の違反を前提とする第二八〇条に対して独自性を持つとされるのであるが、シュレヒトリームは、契約前の義務は履行利益の保護をも目的としていると理解しているようである。シュレヒトリームの立場からは、おそらく給付約束を持ち出す必要はなくなり、したがって第二八〇条に対する独自性も認められないことになるのではないだろうか。エルンストは、その原因に関係なく結果として給付約束が守られていない場合を義務違反と理解することで、第二八〇条に対する独自性を否定している。

(3) 錯誤との関係

〔錯誤との競合〕

先に請求権根拠の独自性の部分で触れたように、原始的不能は、情報問題・錯誤問題とされている。⁽⁵⁶⁾ カナリスによれば、債務者は、売却した物の取り扱いについて不注意であったことや後発的な給付障害の場合と同じことについて責任があるのではなく、真の所有関係、契約目的物の不存在、契約締結前のその滅失を知らないことについて責任があるのであり、このような情報の欠如は、後発的な給付障害の場合に重要とされることとはまったく異なった種類の、誤った行為であり、理論的にみれば、古典的な契約締結上の過失と評価されるものであるという。⁽⁵⁷⁾ グルネヴァルトやシュレヒトリームも錯誤と競合する場合があることを認めている。⁽⁵⁸⁾

〔錯誤取消しの排除〕

第三一一 a 条第一項によつて原始的不能であるにもかかわらず有効である契約が、別の理由で無効・取消可能になることは否定されていない。⁽⁵⁹⁾ そうだとすれば、先の錯誤との関係が問題になる。この点については、次のように述べられている。すなわち、物が売主のものではなく第三者のものであることは取引上本質的な性状と理解されるものの、原始的不能を知らなかった債務者に、第一一九条（錯誤による取消し）第二項に基づく取消権は、損害賠償請求権や担保給付請求権を免れることを目的としているだけであると考えられる場合には認められないのであり、そのことを明確にする必要もない、と。⁽⁶⁰⁾

〔過失のない錯誤における信賴利益の賠償との調整〕

債務者が不能を知らないことについて帰責されない場合に関して、第一二二条（取消者の損害賠償義務）の類推適用の可能性が示唆されている。しかし、第一一九条第二項の規律も検討しなければならず、今回の立法計画の範囲を超えることから、それを規定することは見送られた。⁽⁶¹⁾

債務者に帰責事由がない場合は、カナリスによれば、第三一一 a 条は、債務者を、第一一九条第二項の性状錯誤であるか、あるいはそれに非常に類似した単なる動機の錯誤を根拠に、契約上引き受けられた給付義務から代償なしに解放することになるが、それは、そのような免責を、過失に關係のない消極的利益についての責任という代償と引き換えに認める第一一九条第二項・第一二二条の規律と矛盾することになるという。⁽⁶²⁾

第一二二条の類推適用については、給付障害法委員会でも意見が対立していたようであり、⁽⁶³⁾ ハイน์リヒスは、一方で第一一九条の保護を認めないでおきながら、他方で第一二二条の義務を負わせることは矛盾しており、債務者は第三一一 a 条により、契約が履行されないことについて帰責される場合にだけ責任があるとする。⁽⁶⁴⁾ エルンストも、立法者が採用した過失原理に一致するのは、過失がない場合には、各当事者は自らに発生した損害を自ら負担しなければならない

ことであるとしている。⁽⁶⁵⁾

三 連邦政府草案以後

連邦政府草案第三一一条a条は、引用されている条文の修正に伴って変更される項番号などのほか、見出しとただし書(les sei denn)以下の部分が修正され⁽⁶⁶⁾、現在の表現となった。二〇〇一年九月二五日の連邦参議院の法務委員会による決議案に付された説明によれば、⁽⁶⁷⁾給付義務は契約締結によつてはじめて発生し、契約締結前の義務は想定されていないことから、以前の見出しは誤解を招くとして「契約締結に際しての給付障害」に変更されている。ただし書ではなく、後段という形に変更されたのは、第二八〇条第一項の表現に対応させるためである。また、そこでは、第三一一条a条第二項を削除し原始的不能の場合の損害賠償を第二八三条から引き出すことはできないのかという問題について、⁽⁶⁸⁾第二八三条は後発的不能の規定であることから、契約締結前には債務者が違反する給付義務は存在しないことを前提にして、第三一一条a条第二項とは事情が異なり、第三一一条a条第二項が規律している債務者を非難することができる義務違反は、債務者が履行できないことを知っている、あるいは、知らなければならぬにもかかわらず、給付義務を引き受けたことであり、給付義務の存在を前提とする第二八三条はこのことを表現できないとされている。

四 連邦政府草案第三一一条a条への批判

第三一一条a条に限らず、連邦政府草案については、給付障害法委員会のメンバー以外の論考も数多く公表されたが、ここでは、同一の雑誌上においてカナリスとの間で意見のやり取りがあったアルトメツペンの議論を取り上げたい。アルトメツペンの批判は、費用賠償を認める第二八四条にも及ぶが、第三一一条a条固有の問題ではないので、ここでは省

略し、第三一一 a 条を中心に紹介したい。⁽⁶⁹⁾

アルトメツペンは、まず原始的客観的不能について、次のように述べている。⁽⁷⁰⁾

〔独自の請求権根拠について〕

第三一一 a 条において問題になる、債務関係に基づく義務は、契約機会の提供に基づく(第三一二条第二項)、具体的な説明を目的とする義務である。なぜ、第二八〇条が、それに相応しい請求権根拠でないとされるのか。契約前の義務違反も第二八〇条によって把握されていなければならない。なぜなら、契約締結上の過失に基づく義務においては、「債務関係に基づく義務」が問題になっているからである。

〔積極的利益の賠償について〕

積極的利益についての責任は、はじめから認められない。契約に効力がないことではなく、第三一一 a 条第二項により責任を根拠づける債務者の義務違反の種類が、積極的利益についての請求権と矛盾する。契約締結に際して、客観的不能であることを誤解することについて過失があったとして第三一一 a 条の意味で債務者を非難する場合、この義務違反がそもそも不履行損害を発生させるか否かは疑問である。債務者が、その認識力を、期待されているように調べて、客観的不能であることを確認するという義務を履行していれば、契約は成立しなかったであろう。債務者は締結を申し込むこともなく、債権者は申込みを承諾することもなく、したがって債権者の履行請求権は発生しなかったであろう。

義務違反は少なくとも、第三一一 a 条第一項が認める履行請求権を発生させたという反論があるかもしれない。この場合、義務違反は、「あれなくばこれなし」という意味で、債権者の不履行損害にとって、同じく原因であるかもしれない。

しかし、少なくとも義務違反と損害との間の違法関連性がない。すなわち、債務者がその義務を履行し、客観的に不能な給付についての契約が考慮の対象とならないことについて「注意深く」知り(債務者に教えていたら)、債権者の履行請求権は決して発生しな

かったであろう。

原始的主観的不能についても、同じような批判がされている。そして、原始的主観的不能による債務者の責任を過失責任とする場合には、この責任は履行利益についての責任ではありえないこと、数千年来そうであったように履行利益についての責任とする場合には、過失責任ではありえず、保証責任以外では正当化されないことを指摘している。また、原始的主観的不能についての保証責任が、特に給付障害が債務者の領域に由来しない場合に過酷になることは、それを認めつつも、契約の解釈によって克服されるべきであるとされている。⁽⁷¹⁾

以上のアルトメツペンの批判に対するカナリスの答えは、次のようなものである。⁽⁷²⁾

アルトメツペンは、第三一一 a 条において問題になる「債務関係に基づく義務」は、契約機会の提供に基づく、正しい説明を目的とするもの（第三一一 a 条第二項）であるとし、そこから、「第三一一 a 条第二項にしたがい責任を根拠づける債務者の義務違反の性質は、積極的利益についての請求権と一致しない」と結論づける。この議論は、「重要な義務違反」が実際に、給付障害に関する情報を提供する契約前の義務の違反であり、そして、これが「責任を根拠づけるもの」として作用していることを前提としている。しかし、まさに、この前提が適切なものではない。すなわち、積極的利益についての請求権は単に、債務者が自分の——有効な——契約上の給付約束を履行しないことの帰結であり、それは、その賠償理論上の整合性については、はじめから疑いが存在しえない構成である。というのも、給付約束の不履行が実際に、不履行による損害賠償請求権を伴うことは、一貫しているからである。アルトメツペンは、「責任根拠づけ」として不当にも、契約前の情報提供義務の違反を理解し、責任根拠を契約約束の不履行において理解する可能性を議論していない。

原始的な主観的不能についてのアルトメツペンの批判に対しても、カナリスは同じような反論をしているが、アルトメツペンが保証責任であるとしている点については、原則として通常の保証 (Normalgarantie)、すなわち、取引上必要な注意をして行なわれた通常の情報提供があることについての保証しか存在しないとしたヘックを引用して、次のように述べている。すなわち、債務者が給付障害を取引上必要な注意をしたにもかかわらず認識できなかった場合についてまで、積極的な利益についての責任を引き受けようとしているということは、通常の債務者には原則として考えられない。そして、ドイツの給付障害法においては過失原理が原則であり、保証原理は例外であることから、約束した者が自らの給付能力を調べることは実際に期待できるが、避けられない錯誤の場合についてまで、積極的利益についての責任を引き受けることは、特別なことであるとする。⁷³⁾

アルトメツペンは、再批判において、依然として、原始的な主観的不能による積極的利益についての責任は、保証責任でなければならないとする。ただし、ヘックと同じように、給付約束の解釈によって保証責任を制限することが個別事例において正当化されることはあるとする。そのうえで、連邦政府の理由づけにおいて積極的利益についての責任に予定された構成は一貫しておらず、そこでの帰責根拠は、客観的に可能な給付を提供する保証ではなく、契約締結に際しての自らの給付能力に関する債務者の錯誤が過失に基づいているという推定であるとし、その場合、消極的利益を目的としうるだけであるとする。⁷⁴⁾

以上のやり取りから、カナリスの見解が、(1)契約締結前の義務違反によつては信頼利益の賠償しか認められないことを前提としていること、(2)第三一一条第二項の履行利益についての責任の根拠を、契約締結前の義務違反ではなく、給付約束そのものに求めていることは明らかであるが、給付約束に基づく責任の法的性質は曖昧であるといわざるを得ない。第三一一条第二項第二文において問題になっている過失は、カナリス自身が認めるように、給付目的物が滅失しないように注意する義務の違反ではなく、給付目的物が存在しているか、自分が所有しているかなど、自己に給付能

力があるかどうかについて注意する義務の違反である。それは契約締結前の情報提供義務に関する過失であり、それが原始的不能による責任の「免責」に際して問題にされている。過失がない場合には免責されるのだとすれば、免責されない場合には過失があることになり、情報提供義務についての推定された過失が責任根拠ということになる。しかし、そうであるのならば、履行利益の賠償は認められないはずである。カナリス自身も、契約前の情報提供義務違反によっては信託利益の賠償しか認めない。要するに、契約締結前の情報提供義務違反が責任根拠であれば、過失による免責は説明できるものの、履行利益の賠償は説明できなくなる。

そこで、履行利益の賠償であることを説明するために、仮に保証責任が責任の根拠だとすると、保証責任であるにもかかわらず契約締結前の情報提供義務に違反したことについて過失がなかった場合に、なぜ免責されるのかについて説明が必要になる。この場合には、保証責任の例外として過失を問題にすることになり、カナリスが主張するような過失原理が原則だからという理由では説明できない。それは、自らの給付能力を確認することについて過失がない場合には免責されるという条件を付けた、制限付きの保証であると理解するほかに⁽⁷⁵⁾に思われる。

五 若干の検討とわが国への示唆

一 若干の検討

ドイツ債務法の改正作業には、その出発点において、原始的客観的不能を特別扱いすることは妥当でないという評価がある。たしかに、偶々契約締結前に滅失したのか（原始的客観的不能）後に滅失したのか（後発的客観的不能）という点によって、前者では契約無効で信託利益、後者では契約有効で履行利益が賠償されることに合理性はない。また、滅失したのか（原始的客観的不能）、盗まれたのか（原始的客観的不能）によって、前者では過失があることを

前提にして信頼利益、後者では過失を問わずに履行利益が賠償されることにも合理性はない。

しかし、理論的にいえば、違反されている義務に、契約の前後で違いを認めざるを得ない。契約締結前に違反する義務は、契約締結後に発生する義務（給付義務）と同じものではない。そこで、ドイツ債務法現代化法は、履行利益についての責任根拠は、契約締結前の義務違反でも契約締結後の給付義務違反でもなく、給付約束であるとしつつ、従来の保証責任とは異なり、給付能力について知らずに契約をしたことに過失がないことを免責根拠としている。こうすることで、契約前後に関係なく、給付約束違反と過失の組み合わせによって履行利益についての責任が認められることになっている。

以下、繰り返しになるが、まとめも兼ねて、問題となる点について若干の検討を加えたい。

〔契約締結前の義務違反と履行利益〕

契約締結前の義務違反によって、履行利益の賠償を認めることはできないだろうか。やや曖昧ではあるが債務法改正委員会の最終報告や討議草案、さらにシュレヒトリームが問題を肯定する立場であるように思われる。しかし、アルトメツペンが批判したように、契約前の義務に違反して契約を締結したこと、すなわち自分の給付能力について確認せずに契約をしたことが問題であるとすれば、回復されるべき状態は、義務違反がなければそうであった状態、すなわち契約が締結されなかった状態である。したがって、信頼利益が賠償されるべきである。最終報告や討議草案で問題になっているように、契約前の義務に違反して締結された契約が仮に締結されていなかったとすれば、別の契約が締結されていたはずであり、それによって損失を蒙ったという場合も、信頼利益の範囲内の問題として処理されると考えられる。連邦政府草案以降のドイツ債務法現代化法ならびにカナリスも同じ理解である。しかし、その場合に、契約前の義務に違反して締結された契約が履行された場合に得られる履行利益以上の賠償を認める必要があるか否かは検討の必要がある。連邦政府草案以降のドイツ債務法現代化法はこれを認めない。契約が正常に締結された場合に、その締結後に、よ

り有利な取引の申し出があつたとしても、その有利な取引の機会を生かせなかつたことは、契約を締結した者が自分で負担すべき「損失」であり、それを契約相手方に転嫁することはできないはずである。契約が無効・取消しとなつた場合であつても、履行利益が賠償され、契約が履行された場合と同じ状態が実現されたのであれば、それは契約が正常に締結され債務不履行となつた場合と異ならない。したがつて、履行利益以上の賠償を請求することはできないと考えられる。なお、履行利益を考慮することができない場合があるが、ドイツ債務法現代化法は、第二八四条により費用賠償を認めている。⁽⁷⁶⁾

〔契約締結前の行為と給付義務違反〕

〔*Impossibilium nulla obligatio est*〕（不能なことを目的とした債務は存在しない）という命題からは、履行を目的とする第一次的請求権が原則として認められないということが導かれるだけであつて、それ以外の帰結、すなわち、それゆえに不履行による損害賠償請求権も同じように発生しないということまでもが導かれるのではない。したがつて、原始的客観的に不能な給付を目的とする場合でも、契約は無効ではなく有効でありうる。このことからすれば、原始的客観的に不能な給付を目的とする場合であつても、履行利益についての損害賠償義務を認めることができようである。しかし、契約締結前には、給付に義務づけられていないのであり、給付目的物について注意する義務を負つてはいない。たとえ目的物が滅失することについて債務者に過失があつたとしても、それは給付義務違反ではありえない。連邦政府草案理由やカナリスはこの点について明確にはしていないが、契約締結前と締結後を区別して議論していることから、その前提となつていふと思われる。⁽⁷⁷⁾

この点に関して、メディクスは、先に触れたように、給付義務が根拠づけられることになる契約締結前には、債務者はこのことに義務づけられていないことを明確に認め、消極的利益しか認められないはずであることを指摘している。そのうえで、これを解決する方法のうち、責任を根拠づける債務者の義務違反を給付約束違反と理解するよりも、理論

的な例外と理解することのほうが優れているとしていた。しかし、後に次のように説を改め、賠償に義務づける事情は、給付能力についての確認の欠如ではなく、給付約束の不履行であるとしている。⁽⁷⁸⁾

すでに、旧法において、ドイツ民法は旧第二八二条で、不能が「債務者に帰責されるべき事由」であるかどうか注目していた。たとえば、債務者が売却の前に、自分の倉庫の防火について十分な注意を払っておらず、後に発生した火災によって売買目的物を給付することができなくなった場合がありえた。すなわち、後発的な不能が、より以前の、すでに給付義務が発生する前の事情に遡ることがありえた。債務者が、この事情に帰責される場合には、不能それ自体についても同じこと（帰責）が妥当する。この理解が、新しい第三一一条に継承されている。債務者に対する非難は、債務者が自らの給付能力を十分に確認しないままに、給付を約束したことにあつた。したがって、債務者は不履行に帰責され、それゆえに給付に代わる損害賠償を負担する。

ここでは、不能の原因となる不注意（防火への配慮の欠如）が契約前に存在する場合が指摘されている。契約締結後に目的物が滅失したが、その原因は、契約締結「前」の債務者の不注意にあり、契約締結「後」にはない。それにもかかわらず、通常の債務不履行として取り扱われるということであろう。しかし、契約締結前にすでに給付目的物の保存についての注意義務が存在し、帰責されるということであれば、それには同意できない。ここで不能との関係で債務者が非難されているのは、契約締結前の不注意そのものではなく、契約締結後も、その状態を放置したことである。すなわち、契約締結によって防火に配慮する義務を負担したにもかかわらず、契約締結後も、その義務を果たさないうままになっていることが問題である。そのことを度外視しても、給付能力を確認しなかったことと給付義務違反とは違いがある。給付能力を確認しなかったがために、給付義務違反について帰責されることにはならないと思われる。契約締結前と後における義務には質的な違いがあるといわざるを得ない。

〔給付約束と履行利益〕

契約締結前の義務違反では履行利益の賠償が認められず、契約締結前には給付義務違反はない。そこで、履行利益についての損害賠償の責任根拠は、給付約束とされている。しかし、給付約束に違反することによってなぜ履行利益の賠償が認められるのであろうか。従来、原始的主観的不能の場合については履行利益の賠償が認められてきたが、これは保証責任と理解され、給付能力を知らないことに過失があったかどうかを問わないとされてきた。これに対してカナリスは、過失原理を持ち出して修正しようとしている。しかし、カナリス自身が認めるように、この過失は、自らの給付能力を確認する義務についての過失であり、給付義務の場合のような目的物それ自体についての過失ではない。自らの給付能力を確認する義務の違反については信賴利益の賠償しか認められないのであれば、履行利益の賠償が認められる根拠は、自らの給付能力を確認する義務についての過失ではなく、それ以外の点に求めざるを得ない。それは、結局のところ、自らの給付能力を確認する義務について過失がない場合は免責されるという条件が付いた保証責任と理解するほかにないように思われる。しかし、なぜ過失がない場合に免責されるのかは不明であり、自らの給付能力を確認する義務を問題にするのではなく、アルトメツペンが提案するように、解釈によって保証の範囲を確定すれば十分であるとも考えられる。

また、原始的不能について履行利益を賠償しなければならないとされる根拠が保証責任であるとするれば、不能の問題をすべて履行利益についての過失責任として統一的に理解することはできなくなる。エルンストのように、給付義務の不履行は、すなわち給付約束違反であり、それはすべて第二八〇条違反であるとして、第二八〇条と第三一一a条とを統一的に理解する理論的な可能性は存在する。しかし、この場合には、後発的不能の場合も含めて履行利益についての一切の損害賠償責任が、過失と関係なしに認められるのでなければならない⁷⁹。先に指摘したように、原始的不能の場合に問題になる過失は、給付義務についての過失ではなく、自己の給付能力を確認する義務についての過失であり、責任

根拠は保証責任としか理解できないからである。この原始的不能についての保証責任と、債務関係に基づく義務違反の場合とを統一的に理解するためには、債務関係に基づく義務違反の場合をも保証責任と理解する必要がある。しかし、債務関係に基づく義務違反による損害賠償についての第二八〇条は、帰責事由を要求し、第二七六条は、帰責事由としては、故意・過失を原則としている⁽⁸⁰⁾。すなわち、ドイツ債務法現代化法は、債務関係に基づく損害賠償責任について過失責任であることを維持しつつ(第二八〇条・第二七六条)、原始的不能による損害賠償責任について、理論的には保証責任としか理解できない責任(第三一一a条)を導入したために、それらを統一的に、すなわち同じ性質の責任として把握することができなくなっているのである。

〔錯誤との関係〕

ドイツ債務法現代化法は、自己の給付能力を確認することについて過失がない場合には免責されるという条件付きで、履行利益についても責任を負うという約束(保証)を根拠にして、原始的不能の場合についても履行利益についての責任を認めている。しかし、このような判断は、錯誤取消しを認め、その場合に信頼利益の賠償しか認めていないことと矛盾するように思われる。

まず、原始的不能の問題が動機の問題とされるのであれば⁽⁸¹⁾、原則として顧慮されないものであり、債務者は、その契約を守らなければならない。原始的不能であるゆえにそれができないのであれば、履行利益の賠償をしなければならない。その際に、債務者の過失は、目的物滅失についての過失であれ、目的物不存在を知らないことについての過失であれ、問題にならないはずである⁽⁸²⁾。ところが、第三一一a条では、自己の給付能力を知らないことについて過失がなければ免責されてしまう。

次に、原始的不能が、たとえば性状錯誤であるとして顧慮される動機とされるのであれば、取消しが認められるが(第二一九条第二項)、過失に関係なく信頼利益の賠償をしなければならない(第二一二条)。ところが、第三一一a条

によれば、過失があれば履行利益の賠償が認められ、この場合、第一一九条第二項の適用を主張することは認められないし、過失がなければ免責される。カナリスは、過失があれば履行利益の賠償を認め、過失がなければ第一二二条を類推して信頼利益の賠償を認めるが、それは、ハインリヒスなどが指摘するように、一方で、錯誤であるにもかかわらず法律行為の取消しを認めずに履行利益の賠償を負わせておきながら、他方で、信頼利益の賠償だけは認めることになる。第一二二条の類推を認めても認めなくても、法律行為の一般規定である第一一九条・第一二二条に対して、債務関係についての規律である第三一一条a条が特則であるとするれば、形式的には矛盾がなくなる。しかし、錯誤においては過失が問題にされず、顧慮される動機であるかどうかによって、履行利益の賠償と信頼利益の賠償が区別されるのに対して、それと競合する原始的不能の場合には、過失が問題とされ、過失があれば履行利益が認められ、過失がなければ免責されるか、あるいは、信頼利益の賠償となるのであり、錯誤と理解する場合と原始的不能と理解する場合との間に実質的な違いがあることは否定できない。⁽⁸³⁾ 過失原理の貫徹というだけでは、この違いを十分に説明できない。

二 わが国への示唆

わが国でも、原始的に不能な給付を目的とする契約を有効であるとし、履行利益の賠償を認めようとする見解がある。⁽⁸⁴⁾ そこで、これまで確認してきたドイツの議論を参考にして、これらの見解を検討してみたい。⁽⁸⁵⁾

比較的古い見解が挙げる論拠は、原始的客観的に不能な給付を目的とする契約が無効でなければならぬという論理的な必然性がなく立法政策上の問題であること、そして、たとえば日本民法第五六一条・第五六二条を適用するほうが結果としても妥当であることなどである。⁽⁸⁶⁾ 「問題は政策的なものである」とされていることもあって、本論考の冒頭に掲げ、ドイツ債務法の改正においても問題となった、契約締結前の行為によって履行利益の賠償を認めることがどのようにして可能なのかという問題、また、契約締結前の行為を給付義務違反と理解することが可能なのかという問題に

ついでに理論的な検討はされていない。

それに対して、比較的に新しい見解では理論的な検討が加えられている。

〔加藤説〕

たとえば加藤雅信は、サラブレッドの売買をするに際しては、馬が生きているとの前提のもとに契約を締結しており、また、「軽井沢の別荘の売買契約をしたところ、その前日に消失していた場合」を考えれば、売主、買主とも、軽井沢に別荘が存在していることを前提として契約をしており、この「前提的保証合意」は、契約の一部を構成するという。

そして、契約内容として、契約内容の実現自体を目的とする目的物移転債務と目的物の存在を保証する前提的保証債務とが区別されるが、後者の前提的保証債務の不履行についても、通常の債務不履行として、履行利益の賠償が問題になるとする。この履行利益の賠償には、従来信頼利益の賠償とされてきた、履行が可能だと思つて支出された費用などが含まれるが、それにとどまらず、転売利益についての損害賠償も含まれるとされている。⁽⁸⁷⁾ さらに次のように述べられている。⁽⁸⁸⁾

「設例を離れて、一般的な保証契約を考えた場合、保証契約には二種のものがあるように思われる。その一は、契約当事者の意思内容が絶対的保証を意図しているもので、保証内容が実現しなかった場合には保証債務者の帰責事由を問うことなく、保証債務者が責任を負うタイプのものである。これに対し、契約当事者が内心それほど強い保証を意図しておらず、保証債務者の注意力の範囲内で一定の保証をするというタイプもありうるであろう。この場合には、保証内容が実現しなかった場合、保証債務者に帰責事由がある場合のみ、保証債務者が損害賠償債務を負担することになる。設例に立ち戻つて考えると、別荘売買であれ、サラブレッド売買であれ、目的物の移転が絶対的に実現されると両当事者も考えているわけではないので、目的物が存在することについての保証も、債務者の注意力の範囲内での保証と考えたほうが、通常の当事者が内心意図しているものと合致するように思われる。そうであるとすれば、この点

についても債務者が無過失の場合、保証債務のほうも履行不能により消滅すると考えてよいであろう。」

しかし、ここで何が保証されているのかは明らかではない。サラブレッドや別荘が存在することを前提にしているとされていることからすれば、それらの存在が保証内容であるように思われる。そうだとすれば、それらが存在しないのであれば、債務者の注意力に関係なしに、保証内容について責任を負うことこそが、保証の意味であるように思われる。ところが、債務者の注意力の範囲内での保証であるとされている。

契約締結について帰責事由がある場合と目的たる内容の実現自体について帰責事由がある場合とを区別する前田達明の見解を引用し、前提的保証債務と目的物移転債務とが区別されていることから明らかなように、ここで問題になっている債務者の注意の対象は、契約締結前に目的物が存在していることを確認することである。⁽⁸⁹⁾したがって、「債務者の注意力の範囲内での保証」は、目的物が存在することについて保証しており、履行利益についての賠償責任を負うが、存在の確認について注意を尽くしていた場合には免責されるというものである。それは、ドイツ債務法の改正との関係で触れた「免責条件付き保証」に類似しているように思われる。しかし、このような免責条件付き保証には、目的物の存在を保証しておきながら、その時点ではすでに過去——せいぜい同時期——の行為である確認を問題にし、注意を尽くしていた場合には、目的物が存在していなくても免責されるという点に、どうしても違和感が残る。免責条件が、過去の行為を問題にしていること——既成条件であること——を度外視しても、保証内容との関係で疑問がある。保証内容については、契約締結時に目的物が存在することを保証することと、最終的に履行されることを保証することとが区別されなければならない。契約締結時に目的物が存在することを保証した場合に、最終的に履行されること、すなわち「目的物の移転が絶対的に実現されること」まで保証しているとは限らない。契約締結「時」に目的物が存在していることを保証したとしても、契約締結「後」については、その目的物について通常の注意義務（日本民法四〇〇条）しか

負担しないということも考えられる。⁽⁹⁰⁾これを前提にすると、保証は次の二つの種類(タイプ)に区別することができる。すなわち、(1)「目的物の移転が絶対的に実現されること」を保証する場合、(2)契約締結「時」に目的物が存在することを保証するものの、「目的物の移転が絶対的に実現されること」までは保証していない場合の二つである。前者の場合には当然であるが、後者の保証においても、契約締結「前」に目的物の存在を確認することに過失がなかった場合には免責されるという条件を付けることは、保証内容と矛盾するように思われる。

もちろん、ドイツ債務法改正との関係でも確認したように、目的物の存在の確認についての注意を怠った場合は、契約締結上の過失の一場面として、通常は信賴利益についての賠償であることからすれば、過失を要件としているとはいえず、履行利益についての賠償責任を特別に負担している点に「保証」の意味を認めることは可能である。その場合、原則から離れる特別な責任を負担することになることから、加藤が指摘しているように、その負担の根拠は当事者の意思に求めざるを得ないであろう。しかし、そうであれば、当事者の「通常の」意思とするのではなく、契約の解釈によって個別的に決定するほうがより妥当であるように思われる。そして、そのような意思が存在しないのであれば、原則どおりに、契約締結上の過失の問題とすれば十分であろう。

なお、ドイツ債務法の改正において問題になったような、錯誤の場合に認められる信賴利益の賠償は、日本においては、契約締結上の過失による責任の一つとして理解され⁽⁹¹⁾、ドイツの場合と違って、無過失であっても信賴利益を賠償しなければならぬという問題はない。しかし、原始的不能の場合には、原則として履行利益の賠償となるのに対して、それと競合するとされる錯誤の場合には、契約無効となって信賴利益の賠償となるのであり、両者には違いがある。この点についての言及はないようであるが、おそらく、当事者の通常の意味に基づく保証責任である原始的不能の場合についての規律が、錯誤の場合についての契約締結上の過失責任を排斥することになるであろう。

〔潮見説〕

潮見佳男は、「契約内容は物理的存在から確定されるのではなくて、両当事者が契約において当該対象に与えた意味が何であるかということが重要である」というスタンスから、原始的不能論についても、「両当事者が契約の締結にあたって、対象の存否ならびに給付の可能性につきどのような表象を抱き、かつ、どのようなリスク負担を想定して契約を締結したのか」という点を起点に置くべきであるとする⁹²。そのうえで、次のように述べている⁹³。

「このように見れば、給付が不可能な場合のリスクを甘受する意図で契約を締結したという事情が認められる場合には、たとえ原始的に不可能な給付を目的とするものであったとしても、当該契約を有効なものと評価すべきである。

そして、当該契約における当事者の意思・評価に照らすと原始的不能の給付を目的とする契約も有効であるとされた場合には、原始的不能を理由とする債権者の救済は、後発的履行不能の場合と同様の処理準則に服する。ここでは、契約当事者の意思・評価に基づきリスク分配という視点からアプローチする場合には、契約が有効とされる以上、履行不能が契約締結前に生じたという事実をもって後発的不能と違って扱うべきではない。その結果、履行利益賠償と契約解除が、債権者にとって中心的な救済手段となる。

この場合に、債権者から履行利益賠償を請求された債務者の免責事由は、過失責任原則を支持する通説からは、不能となったことについて債務者（および履行補助者）に故意・過失のなかったことが、ここでの免責事由となる。他方、本書の立場がそうであるが、まず、契約において結果実現につき保証引受がされているかどうかを吟味して、これが肯定される場合（保証責任の原理に基礎づけられた結果債務の場合）には不可抗力を債務者の免責事由とする立場からは、履行不能となったのが不可抗力によるものであることが、ここでの免責事由となる……。」

要するに、原始的不能の契約が有効であるかどうかを契約の解釈によって確定したうえで、有効とされる場合には、

保証責任として履行利益についての責任を認めている。そして、それとは別に、契約準備交渉段階での情報収集・調査面について、契約締結上の過失による信頼利益の賠償責任を認める⁹⁴。この見解は、結果実現についての保証責任としてある点、目的物の存在を知らないことについて過失がない場合の免責を認めない点で、ドイツ債務法現代化法やカナリスの見解と異なっており、原始的不能の契約が有効とされる範囲を解釈によって確定しようとする点で、アルトメツペンと共通する見解である。保証責任とすることで、契約締結前の給付義務違反を問題にすることなしに履行利益の賠償を根拠づけ、また、保証責任に関しては、目的物の存在を確認することについての過失も問題にされていない。契約が有効と解釈される場合は、当事者の意思を根拠にして錯誤の主張が排除されたと理解され、契約が有効と解釈されない場合には、契約締結上の過失の問題となり、錯誤の主張が許されている場合と同じ処理になる。

〔小林説〕

小林一俊は、ドイツ債務法現代化法に関して、原始的不能を目的とする契約において履行利益が認められる根拠について、次のように述べている。⁹⁵

「もともと新二七五条は履行不能の場合に契約で定めた本来的な履行は請求できないことを定めるに過ぎず……、そのことは、履行不能がすでに契約締結時に存在したか締結後に生じたかというような時系列的なことには関係しないのである。履行不能は履行義務違反の一場合であり、そのとき履行義務は——消滅するというより——正確には履行利益賠償義務に替わって存続するのである（履行の変形としての、いわゆる填補賠償）。換言すれば、履行義務は履行不能を契機に履行利益＝填補賠償義務によって代替されるのである。したがって、その履行利益賠償責任の根拠は、履行不能という履行義務違反に外ならないというべきである（政府理由において、履行約束違反というのは契約違反というのと同じで、一種のレトリックか）。このことは、履行不能が契約締結の前後いずれにおいて生じたかによって左右されない。」

そして、わが国に置き換えて次のように述べている。⁽⁹⁶⁾

「約束は守らなければならない」し、「契約は履行しなければならない」(契約責任)。その履行にとって重要な時点は契約締結時ではなく履行期であるが、履行期に履行できないことにおいて、原始不能も後発不能も同じである。そこで、契約締結前の不能も締結後の不能と同じく不履行問題とするのであれば、履行不能のような必然的に不履行に直結する事情に関する締結前の調査義務違反(不能に対する責に帰すべき不知)は、その必然的結果として締結後に問題になる不履行＝履行義務違反の帰責事由を構成すると理解することができる。

契約は履行を目的とするものであるから、その交渉段階から履行段階までを履行目的の一連の過程として統一的に捉え、債務者に交渉段階において後の不履行の原因をなすような注意義務違反があるときは、それを不履行の帰責事由として考慮することが契約の実態に適合するであろう。……契約締結後の目的物の保存義務といっても、それはもともと確認を前提とするが、締結後においてはそれも保存義務に集約された形で問題になるだけのことであり、また締結前には確認義務が保存義務から切り離された形で問題にされるが、確認義務違反の中には保存義務に違反するような事態(過失による滅失など)も織り込まれているのであって、締結前の確認義務違反も締結後の保存義務違反もいずれも不履行の原因をなす注意義務違反として同等に評価するわけである。」

たしかに、履行約束が守られなかったという点は、原始的不能であれ後発的不能であれ同じである。しかし、このことから、「履行不能のような必然的に不履行に直結する事情に関する締結前の調査義務違反(不能に対する責に帰すべき不知)は、その必然的結果として締結後に問題になる不履行＝履行義務違反の帰責事由を構成すると理解することができる」とはいえない。給付約束違反と義務違反(給付義務違反・契約前の義務違反)とを区別するドイツ債務法現代化法ならびにカナリスはもちろんのこと、給付約束違反を義務違反と理解するエルンストさえ、調査義務違反・確認

義務違反と履行義務違反・保存義務違反とは異なるものを認めている⁽⁹⁷⁾。契約締結前には契約を締結しない可能性がある以上、この両者は区別されるべきであり、原始的不能についての責任は、過失責任原理と結合した給付義務違反としてではなく、保証責任と理解すべきものである。

以上の検討からすれば、原始的不能については、契約の解釈によって有効であるか否かを確定し、有効である場合については保証責任として履行利益の賠償を認める潮見の見解が、最も無理がなく、妥当であると思われる。しかし、この見解は、民法の古典的原理とされてきた過失責任原理とは整合しない。そのことは、保証責任と過失原理を結合しようとしたと理解されるドイツ債務法現代化法において示されたとおりである。もちろん原始的不能の場面だけであれば、契約が有効であり履行利益の賠償がされることは当事者の意思であるとして正当化することが可能である。しかし、それ以上に「義務違反」「不履行」「契約違反」として、給付障害法を統一的に理解しようとすることは、従来の過失責任原理の伝統を捨て、通常の債務不履行責任までも保証責任とすることを意味することに注意しなければならない⁽⁹⁸⁾。

(一) BGB § 306

Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

BGB § 307

- (1) Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.
- (2) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.

(2) 田中宏治「原始的不能と契約無効」阪大法學四八卷五号(一九九八年)一二四六頁以下参照。ただし、債務者にとってだけ不能である主観的不能と債務者以外の一般人にも不能である客観的不能の区別は継受されていない。奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)』(有斐閣、一九八七年)三三二頁〔北川善太郎〕。

(3) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、一九五四年)三八頁以下、八〇頁以下。

(4) BGB § 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.

ちなみに、ここで引用されている規定は次のようなものである(拙訳のみを掲げたい)。

第二七五条(給付義務の排除)

(1) 給付請求権は、この給付が債務者あるいはそのほかの者にとって不可能である場合には、排除される。

(2) 給付が、債務の内容と信義誠実の命じるところを顧慮して、債権者の給付利益と著しく不均衡である場合には、債務者は給付を拒否できる。債務者に要求される努力内容を決定する際に、債務者が当該給付障害に帰責されるかどうかも顧慮される。

(3) さらに、債務者がその給付を自ら提供しなければならず、かつ、その給付を妨げている障害と債権者の給付利益とを比較して、その給付を債務者に要求できない場合には、債務者は給付を拒否できる。

(4) 債権者の権利は、第二八〇条、第二八三条から第二八五条、第三一一条と第三二六条により定まる。

第二八一条(提供されなかった、あるいは、債務の本旨にしたがって提供されなかった給付による、給付に代わる損害賠償)

(1) 債務者が弁済期にある給付を提供しない、あるいは、債務の本旨にしたがった形で提供しない限り、債権者は、債務者に給付あるいは追完のための相当な期限を設定し、それが徒過された場合には、第二八〇条第一項の要件の下で、給付に代わる損害賠償を要求できる。債務者が部分的な給付を行った場合には、債権者がすべての給付に代わる損害賠償を請求できるのは、債権者が部分的な給付について利益を持たない場合だけである。債務者が給付を債務の本旨にしたがって行わなかった場合には、債権者は当該義務違反が重大でない場合には、すべての給付に代わる損害賠償を請求することはできない。

(2) 債務者が給付を真剣かつ最終的に拒否し、あるいは、両当事者の利益を衡量した時に損害賠償請求権を直ちに行使することを正

当化するような特別な事情がある場合には、期限の設定は不要である。

(3) 義務違反の種類により期限設定を考慮することができない場合には、催告がそれに代わる。

(4) 給付請求権は、債権者が給付に代えて損害賠償を要求した時に排除される。

(5) 債権者がすべての給付に代わる損害賠償を要求した場合には、債務者は第三四六条ないし第三四八条により、すでに給付したものの返還を要求できる。

第二八四条(無駄になつた費用)

給付に代わる損害賠償に代えて、債権者は、給付の受領を信頼してなした、そしてそうすることが正当と認められる費用の賠償を要求できる。ただし、その目的が債務者の義務違反がなかったとしても達成されなかったであろう場合はこの限りでない。

(5) 国際動産売買条約 (United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods = CISG) に明文の規定はないが、その解説書を見ると、原始的客観的不能は契約無効を帰結せず、不履行の一場合として処理されるようである。曾野和明・山手正史『国際売買法』(青林書院、一九九三年) 五七頁。

私法統一国際協会 (International Institute for the Unification of Private Law = UNIDROIT) の「国際商事契約原則 (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004)」では、次のように定められている (URL = <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> 以下、本論考で示す URL は、二〇〇五年八月二六日時点のものである)。

Article 3.3 (*Initial impossibility*)

(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.

(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

「(原始的不能)

(1) 契約締結時に、債務の履行が不可能であったという事実のみで、契約の有効性が影響を受けることはない。

(2) 契約締結時に、当事者の一方が契約に関係する財産を処分する権限を有していなかったという事実のみで、契約の有効性が影響を受けることはない。」(訳文は、一九九四年のユニドロア国際商事契約原則についての曾野和明／廣瀬久和／内田貴／曾野裕夫訳

『UNIDROIT 国際商事契約原則』(商事法務、二〇〇四年) 二二六頁による)

欧州委員会からの援助を受けて Ole Lando が委員会を組織し公表した「ヨーロッパ契約法原則」(Principles of European Con-

tact Law) にあること、次のように規定されている (Ole Lando and Hugh Beale (Ed.), Principle of European Contract Law, Parts I and II, The Hague 2000)。

Article 4 : 102 : Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.

「(原始的不能)

契約が締結された時に、引き受けた債務の履行が不能であったか、または、当事者が契約に関わる財産を処分する権限を有しなかったという理由だけで、契約は無効とはならない。」(訳文は、ユルゲン・バセドウ編／半田吉信ほか訳『ヨーロッパ統一契約法への道』(法律文化社、二〇〇四年)の資料編による)

特に原始的不能との関係で、国際動産売買契約については、小林一俊『錯誤・原始不能と不履行法』(一粒社、一九九六年)一〇一頁以下、ユニドロア国際商事契約原則やヨーロッパ契約法原則については、同『原始不能廃止の動向と課題——二一世紀ドイツ改正法を中心として——』法学志林一〇一卷(二〇〇三年)五七頁以下も参照。

- (6) ドイツ債務法現代化法に関する先行業績は、邦語のものに限ってもすでに少なくない。たとえば、管見の限りではあるが、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、二〇〇四年)三三九頁以下、小野秀誠『司法の現代化と民法』(信山社、二〇〇四年)一九三頁以下、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、二〇〇二年)、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、二〇〇三年)、H.P.ヴェスターマン／小川浩三(訳)『ドイツ債務法改革』ジュリスト一二四五号(二〇〇三年)一五一頁以下などがある。特に本論考のテーマに関する先行業績としては小林・法学志林一〇一卷一号五五頁以下がある。問題関心ならばに第三二一a条の立法過程の紹介部分などは重複しており、本論考の執筆に際しても大いに参照させていただいている。

なお、私事に関するものではあるが、河内宏先生には、大学院での Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 の講読以来、公私にわたって指導の鞭撻を受け、München 大学への留学に際しても大変お世話になった。本論考の執筆に際しても、ドイツ語文献の利用などに関してお世話になっている。記して感謝したい。

- (7) Schuldrechtsmodernisierung 2002 (以下では、SchRM022002)として引用する、München 2002, IXff. (Einführung von Claus-Wilhelm Canaris). 立法過程については、岡編・前掲書(注6)五頁以下「シムレヒトリーム」一五頁以下(渡辺達徳)、半田・前掲書(注6)一五頁以下も参照。

- (8) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (以下、Gutachten)として引用する、Bd.I und II, Köln 1981, Bd.III, Köln 1983. これについては、下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研

- 究』(日本評論社、一九八八年)参照。
- (9) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992 (以下「Abschlussbericht」として引用する)。これについては、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、一九九六年)参照。
- (10) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, Official Journal L171 (1999) pp.12-16. これについては、今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任」判例タイムズ一七号(二〇〇三年)三八頁以下参照。
- (11) SchRMd2002, IX には「二〇〇一年八月初めとなつては、誤植であると思われる。」
- (12) SchRMd2002, S.3ff.
- (13) SchRMd2002, S.349ff.
- (14) SchRMd2002, S.421ff.
- (15) 政府草案の理由については、会派草案なるものの理由を同一である(Anlage 1 zu BT-Drucks. 14/6857, S.5) ' Bundestags-Drucksache (Zitat BT-Drucks. 14/6040, S.3ff., 79ff. & SchRMd2002, S.429ff., S.569ff. & 同の) 及び BT-Drucks. 14/6040, S.164. 旧第三〇六条から旧第三〇九条の削除は、鑑定意見において提案され、討議草案、連邦政府草案はそれだったがためである。Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Gutachten, Bd.I, S.813ff.; Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten, Bd.I, S.510f. のほか、小林・前掲書(注5)一三六頁以下、田谷峻「契約交渉上の過
- (16) Abschlussbericht, S.145. 上森ほか編・前掲書(注9)四八頁以下(半田吉信)° SchRMd2002, S.173 (討議草案)° S.723 (連邦政府草案) = BT-Drucks.14/6040, S.164. 旧第三〇六条から旧第三〇九条の削除は、鑑定意見において提案され、討議草案、連邦政府草案はそれだったがためである。Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Gutachten, Bd.I, S.813ff.; Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten, Bd.I, S.510f. のほか、小林・前掲書(注5)一三六頁以下、田谷峻「契約交渉上の過
- (17) Anlage 2 zu BT-Drucks. 14/6857 = Bundesrat, Drucksache, 338/01; SchRMd2002, S.935ff.
- (18) Anlage 3 zu BT-Drucks. 14/6857; SchRMd2002, S.995ff.
- (19) BT-Drucks. 14/7052; SchRMd2002, S.429ff., 1051ff.
- (20) SchRMd2002, X Anm.8 (Canaris) の委員会のメンバーは、次のとおりである。Walter Rolland, Günter Brambring, Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Däubler, Wolfgang Ernst, Barbara Grunewald, Lothar Haas, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Horst Konzen, Dieter Medicus, Peter Schlechtriem, Arndt Teichmann, Harm Peter Westermann. これらの者の叙述によつて立法者意思を確定できるものではないと思われるが、条文の理解を助ける一つの手がかりとして取り上げたい。

失」に関するメディックスの鑑定意見」下森ほか編・前掲書(注8)二二九頁以下、三林宏「原始的不能・不能無効」に関する一考察」伊藤進教授還暦記念論文集」編纂委員会編「民法における「責任」の横断的考察」(第一法規出版、一九九七年)一二二頁以下参照。

ちなみに、旧第三〇九条は、法律上の禁止に違反した契約の場合について旧第三〇七条・旧第三〇八条を準用する規定である。

(21) Abschlussbericht, S.16f. これは、そのまま連邦政府草案の理由づけとして再録されている。BT-Drucks. 14/6040, S.84 = SchRM02002, S.578.

ここで言及されている旧第四三七条は、「(1)債権その他の権利の売主は、債権や権利が法的に存在することについて責任がある。(2)有価証券の売主は、その証券が無効宣告のために公示されていないことについても責任がある」と規定している。

(22) Abschlussbericht, S.145f. 下森ほか編・前掲書(注9)四九頁〔平田吉信〕。SchRM02002, S.174 (討議草案) S.723f. (連邦政府草案)。

ここで言及されている旧第四六三条は、「売却された物が売買の時点で保証された性状を欠く場合には、買主は、解除あるいは減額に代えて、不履行による損害賠償を要求できる。売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合も、同じである」と規定している。

また、二〇〇一年一月にミュンスターにおいて「共同体法を背景とする債務法改正」をテーマとしてシンポジウムが開催されているが、その際の報告を基礎とした論考において、カナリスは次のように述べる。原始的客観的不能を特別扱いは、耐え難い矛盾に陥る。契約締結直前に、売却された物が滅失した場合には、消極的利益(信賴利益)について責任があり、それが盗まれた場合には、積極的利益(履行利益)について責任があるという事は、何ものによっても正当化されない」と。Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der "Ummöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S.56. *カニス* Claus-Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht in Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik (以下「ZRP」として引用する), 2001, S.331も参照。

給付障害法委員会のメンバーでもあるグルネヴァルト論考の中でも、同じことが指摘されている。この論考の最後で提案されている新しい規定は、「契約の有効性にとって、給付が債務者あるいはすべての者にすでに契約締結の際に不能であることは、妨げにならない。債権者は、その選択にしたがい、給付に代わる損害賠償、あるいは、債権者が契約が有効であることを信賴したことによって蒙った損害の賠償を請求できる。ただし、債務者が不能を知らず、かつ、知らないことに帰責されない場合は、この限りでない。」であり、第二八四条の部分を除けば、整理稿とはほぼ同じである。Barbara Grunewald, Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Ummöglichkeit und des anfänglichen Unvernögens, Juristenzeitung (以下「JZ」として引用する), 2001,

S.434. 裁判実務において旧第三〇六条の規律が制限的に適用されているが、それは、おそらく、まずは債務者が約束した給付の提供可能性について配慮しなければならぬという感情があるからだろうとする。

(23) Canaris, ZRP2001, S.331. Verschulden は、故意も含む概念であるが、特に必要がない限り過失と訳している。

なお、旧第二七五条第二項は、「債務者の後発的に生じた主観的不能は、債務関係の成立後に生じた不能と同じに取り扱われる」と規定し、旧第四〇条第一項は、「売主が、第四三三条乃至第四三七条、第四三九条により負担している義務を履行しない場合には、買主の権利は、第三二〇条乃至第三二七条の規定によって定められる」と規定している。

(24) Abschlussbericht, S.145. 下森ほか編・前掲書(注9)四九頁〔半田吉信〕。SchRMd2002, S.173.

(25) 委員会草案第二八〇条、同第三〇五条第二項、討議草案第二八〇条、同第三〇五条第一項第二文、現行民法第三一一条第二項。

(26) Abschlussbericht, S.146. 下森ほか編・前掲書(注9)五〇頁〔半田吉信〕。SchRMd2002, S.174. 何が賠償されるのかについては、曖昧である。一方で、債務者が自らの給付能力を検査する契約前の義務に違反しているにもかかわらず、積極的利益の賠償請求権が認められることがあるとし、また、どのような損害が賠償されるかについては、契約交渉に際しての過失が問題になりうる形態の多様性を顧慮して、個々の事例における損害と加害行為との因果関係にしたがうとして、他方で、原則として、消極的利益の賠償はあり得ない。Ulrich Huber, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (以下、ZIP) 2000, S.2149f.; Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.60 Fn.60 を参照。

(27) § 311a Unmöglichkeit bei Vertragschluss

(1) Der Gültigkeit eines Vertrages steht es nicht entgegen, dass die Leistung für den Schuldner oder für jedermann schon bei Vertragschluss unmöglich ist.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen, es sei denn, der Schuldner kannte die Unmöglichkeit nicht und hat seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten.

SchRMd2002, S.369 の注によれば、給付障害法委員会の見解は、討議草案と同じく、原始的不能はもはや契約の無効を帰結しないという見解であるが、討議草案は、そのような事例においてどこに義務違反があるかを十分に明白にしておらず、また、旧第三〇六条がもはや通用しないことを明白にする必要があるとされたようである。なお、討議草案についての論考である Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.61 は、債務者が有責に義務違反した場合における積極的利益についての賠償責任を法律に明記すべきであると述べていた。

- (28) § 311a Ausschluss der Leistungspflicht bei Vertragsschluss
- (1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.
- (2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen, es sei denn, der Schuldner kannte das Leistungshindernis nicht und hat seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten. § 281 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 finden entsprechende Anwendung.
- BT-Drucks.14/6040, S.12 = BT-Drucks.14/7052, S.25 = SchRMMod2002, S.461.
- (29) BT-Drucks.14/6040, S.164 = SchRMMod2002, S.724. 二〇〇一年三月末にベルリンで開催された、ドイツ民法学会の債務法現代化に関する特別会議において、討議草案と整理稿の違いを、それをめぐる具体的な議論とともに紹介することを意図した報告が行われているが、それを基にした論考においても、第一項に関して、旧第三〇六条から離れることが自明ではなく、法状態が制定法からはっきり明らかにならざる限り、ある理由として挙げられている。Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ2001, S.505.
- (30) Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.56f.
- (31) 討議草案第三〇五条第一項第二文と同じく、契約機会の提供によって付随義務を伴う債務関係が発生することを規定している。
- (32) BT-Drucks.14/6040, S.164 = SchRMMod2002, S.724. ローロンペ契約法原則については、前出注5参照。
- (33) BT-Drucks.14/6040, S.164f. = SchRMMod2002, S.725. カナリス Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.59 Fn.58; JZ2001, S.506; Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Der Betrieb (ZfB) DB 2001 (5) 17 (2001), S.1817; ZRP2001, S.331. 参照。[impossibulum nulla obligatio est] (不能なることを目的とした債務は存在しない) という命題からは、履行を目的とする第一次的請求権が原則として認められないということが導かれるだけであって、それ以外の帰結、すなわち、それゆえに不履行による損害賠償請求権も同じように発生しない、と必ずしも導かれるものではないとされている。Walter Rolland, 1. Kapitel. Einführung, Lothar Haas u. a., Das neue Schuldrecht, München 2002, Rdnr.8 以下、フヒェロー国際商事契約原則の Art.3.3 の一致も指摘されている (前出注5参照)。
- (34) BT-Drucks.14/6040, S.165 = SchRMMod2002, S.725f.; SchRMMod2002, S.56, 59 Fn.54 参照。第二八四条 (無駄になった費用の賠償) の準用は、原始的不能を、法律効果に関して後発的不能の場合と同じに取り扱おうとして認められたものである。
- (35) BT-Drucks.14/6040, S.165 = SchRMMod2002, S.726. これについては、Canaris, JZ2001, S.507 は、消極的利益の賠償を積極的利

益の賠償を上限としてしか認めない旧第三〇七条と同じであり、また、ここでは、契約締結上の過失においては、第一二二条(取消者の損害賠償義務)や第一七九条(代理権のない代理人の責任)第二項を類推して、消極的利益の賠償が積極的利益を上限とする契約締結上の過失の一つが問題になるであろうからである、とする。Grunewald, JZ2001, S.435は、現実的でない義務の場合には積極的利益がゼロであることがしばしば起こることから、客観的原始的不能の場合について信頼利益を、積極的利益を上限として制限することは妥当ではないとするが、この点は、第二八四条によって費用賠償を選択することが認められることで解決されているようである。すなわち、第三一一条によって、履行利益の賠償か費用賠償のいずれかが認められるが、それ以上に、別の有利な取引の機会を失ったことについての賠償は認められないことになる。BT-Drucks.14/6040, S.144 = SchRMd2002, S.687; Canaris, JZ2001, S.516f.

(36) BT-Drucks.14/6040, S.165 = SchRMd2002, S.725f. Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.59f. の段階ですべて、義務違反 (Pflichtverletzung) の概念ではなく、不履行 (Nichterfüllung) の概念で処理すべきであるとされ、Canaris, DB2001, S.1819 でも、給付義務は、第二七五条により存在せず、その侵害もありえないとされている。

(37) Canaris, ZRP2001, S.331.

(38) Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.59.

(39) Grunewald, JZ2001, S.435.

(40) BT-Drucks.14/6040, S. 165 = SchRMd2002, S.726. 相手方の善意無過失は要件とはなっていない。寄与過失(第二五四条)による処理が予定されることはない。Dieter Medicus, 3.Kapitel. Leistungsstörungsrecht, Lothar Haas u. a., Das neue Schuldrecht (Anm.33), Rdnr.68

(41) Canaris, a. a. O. (Anm.22), S.57f.

(42) Canaris, JZ2001, S.506, DB2001, S.1819, ともに Canaris, ZRP2001, S.332 も参照。

(43) Canaris, DB2001, S.1819 und ZRP2001, S.332. なお、第二七六条については、潮見・前掲書(注6)三七六頁以下参照。

(44) Grunewald, JZ2001, S.435f.

(45) Grunewald, JZ2001, S.435. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (以下では、MünchKommBGB) について引用する、Bd.2a, 4.Auflage, München 2003, § 311a, Rdnr.45 (Wolfgang Ernst) も、債務者が後の給付目的物などのような態度をとったか、給付の可能性に關係する事情に影響を与えたかは、過失の問題の直接の対象ではないとする。ただし、契約締結前の不能の発生について過失がある場合には、免責は認められないことがあるという (Rdnr.30)。

(46) BT-Drucks.14/6040, S.165f. = SchRMd2002, S.726f. 給付障害の一事例として一般的な規律によって処理しようとした委員会

草案や討議草案とは異なっている。Abschlussbericht, S.145, SchRMd2002, S.173f. Vgl. Rolland, a. a. O. (Ann.33), Rdnr. 22 u. 29.

(47) Canaris, JZ2001, S.507. Canaris, a. a. O. (Ann.22), S.59ff.は、義務違反として把握できない理由として、次のように述べている。契約締結前に債務者に期待できることは、自らの給付能力について認識を持っていること、あるいは、それについて契約締結の際に再度確認することであり、この義務違反からは、信頼損害についての請求権しか帰結しない。というのも、債務者が正しい情報を持っていた場合には、契約は成立しなかつたはずであり、すなわち、債権者は履行約束を受けることもなく、したがって、債権者は、履行の不能を知っていた場合と同じ状態に置かれることが首尾一貫しているからである、と。ただし、第三二一条の独自性は明言されておらず、そこで提案されている規定では、討議草案第二八〇条（義務違反の場合の損害賠償）が準用されているが、すでに義務違反の種類が異なることが指摘されている。Canaris, DB2001, S.1819は、給付義務は、第二七五条により存在せず、それが違反されることもない。「債務関係に基づく」義務違反としては、原始的、すなわち、契約締結前に存在する給付障害の場合には、債務者の契約前の、ありうる障害について情報を得、相手方に関して必要な場合には説明するという義務しか考えることができない。しかし、その違反は、原則として、消極的利益にしか導かない。それを避けるために、第三二一条第二項の規定をおいたとしている。Palandt/ Helmut Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 64.Auflage, München 2004, §311a, Rdnr.6参照。

(48) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd.1, Tübingen 1999, S.122. 契約を有効であるとして、法律効果については、過失原理にとどまることは、契約前の過失しか存在しえないので、結局はまた旧第三〇七条—信頼損害についての責任—になつてしまふのであり、意味がないとされている。Ders., Das geplante Recht der Leistungsstörungen, Wolfgang Ernst und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S.210. 二〇〇〇年一月にノーゲンズブルクで開催されたシンポジウム「債務法現代化二〇〇一」での報告を基礎とする論考であり、討議草案を批判するものであるが、契約締結によつてはじめて契約上の義務が設定され、それ以前には「義務違反」を語ることはできないとしている。契約機会提供関係に基づく義務は問題になりうるが、その違反は、契約締結上の過失に基づく、信頼損害（利益）の賠償責任を根拠づけるだけである（S.104）。Ders., Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP2000, S.2278.

なお、これらの論考については、吉政知広「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範」民商法雑誌一三〇巻一号（二〇〇四年）六八頁以下参照。

(49) Palandt/Heinrichs, BGB, §311a, Rdnr.7. Vgl. Rolland, a. a. O. (Ann.33), Rdnr.29.

- (96) Medicus, a. a. O. (Anm. 40), Rdnr. 70f.; ders., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2003, Rdnr. 496.
- (97) Dieter Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, Juristische Schulung (JUS) 2003, S. 527; ders., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 2004, Rdnr. 496.
- (98) ペーター・シュレヒトリウム/錢偉榮 (訳) 「ドイツ債務法の発展とヨーロッパの法近似化」岡編・前掲書(注6)四三頁。これら「二〇〇一年九月に開催された第一二回若手民法学者大会 (die 12. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler) への講演原稿である。Peter Schlechtriem, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Stuttgart u. a. 2001, S. 21. Vgl. ders., Schuldrecht, Allgemeiner Teil 5. Aufl., Tübingen 2003, Rdnr. 372a.
- (99) MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2a, § 311a, Rdnr. 4. 整理稿(注6)の論考である Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 592 Fn. 17a は「カナリスが第三一一条を独自の請求権根拠と理解するのに対して、不能な給付も債務として負担されることがあることを認める場合、原始的な、債務者に帰責される不能の場合にも、責任根拠は、債務として負担された給付を提供しなかったことであり、すなわち、債務関係の発生後であるとする。そして、その場合、第二八〇条・第二八一条により、債務者は当然積極的利益について責任があるという。これもエルンストと同じ趣旨であると考えられる。前出注36も参照。
- なお、義務違反を債務者への帰責と関係ない形で理解することについては、潮見・前掲書(注6)三七三頁以下、吉政・民商法雑誌第一三〇巻一五五頁以下、岡編・前掲書(注6)三六頁以下〔シュレヒトリウム〕、Schlechtriem, a. a. O. (Anm. 52), S. 16ff. 参照。
- (94) MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2a, § 311a, Rdnr. 15.
- (95) MünchKommBGB/Ernst, Bd. 2a, § 311a, Rdnr. 14.
- (96) BT-Drucks. 14/6040, S. 166 = SchRM 2002, S. 727.
- (97) Canaris, a. a. O., (Anm. 22), S. 58f. Canaris, ZRP 2001, S. 332 は「第三一一条第二項においては、第二八〇条、第二八三条とは異なり、給付目的物の取り扱いにおける義務違反ではなく、それとはまったく異なる、給付障害の認識や認識しなかったことについて過失があったことという基準に注目されており、これらの規定は法律効果の点で同じであり、法律要件の点ではまったく異なるものであるとする。
- (98) Grunewald, JZ 2001, S. 435. 岡編・前掲書(注6)三八頁〔シュレヒトリウム〕、Schlechtriem, a. a. O. (Anm. 52), S. 17. なお、従来の理解の基礎を形成したとされるモムゼンは、原始的に不能な給付を目的とする契約が無効になる根拠の一つとして、契約当事者が、給付が不能であることを知っていたならば、この給付についての債務関係を締結しなかったであろうことを挙げている。

Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853, S.106. 磯村哲「Impossibitium nulla obligatio 原則の形成とその批判理論」勝本正晃ほか編集代表『石田文次郎先生還暦記念 私法学の諸問題(一)』(有斐閣、一九五五年)四二四頁。この点については、サヴィニーが、原始的不能による無効は行為者の意識と無関係に認められるのであり、それを錯誤に根拠づけることは誤りであるとしている点は興味深い。Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 3.Bd., Berlin 1840, S.302ff. サヴィニー／小橋一郎(訳)『現代ローマ法体系 第三卷』(成文堂、一九九八年)二七五頁以下。廣瀬克臣「原始的不能論前史」法学新報第八四巻第四・五・六号(一九七八年)四七頁以下。

(59) BT-Drucks.14/6040, S.165 = SchRM od 2002, S.725. Canaris, JZ2001, S.506.

なお、旧第三〇九条も削除されるために、法律上の禁止に違反して無効となった契約の場合(第一三四条)、賠償根拠がなくなるが、それは契約締結上の過失に基づく請求権で対処される(第二四一条第二項、第二八〇条)。

(60) BT-Drucks.14/6040, S.165 = SchRM od 2002, S.725. Canaris, a. a. O.(Anm.22), S.61f.では、このことを明確にする必要があるとしていた。Canaris, JZ2001, S.506では、委員会が採用しなかった理由として、競合関係を規律することはドイツ民法典のスタイルに適合しなことが挙げられている。Palandt/Heinrichs, BGB, § 311a, Rdnr.14は、多くの場合動機の錯誤であり、第一一九条第二項が適用される場合には、瑕疵担保責任の第四三七条(瑕疵がある場合の買主の諸権利)が優先して適用されるという。MünchKommBGB/Ernst, Bd.2a, § 311a, Rdnr.24, 79.

(61) BT-Drucks.14/6040, S.166 = SchRM od 2002, S.727. Canaris, JZ2001, S.507f.; DB2001, S.1819 も参照。

(62) Canaris, JZ2001, S.508; DB2001, S.1818; ZRP2001, S.331. 原始的不能の場合について契約締結上の過失による賠償責任を認めようとした討議草案(1997年)は、Canaris, a. a. O.(Anm.22), S.61f., 64f. も同じである。

(63) Canaris, JZ2001, S.507f.

(64) Palandt/Heinrichs, BGB, § 311a, Rdnr.14.

(65) MünchKommBGB/Ernst, Bd.2a, § 311a, Rdnr.41.

(66) Canaris, JZ2001, S.507 によれば、一般原則にしたがい、帰責事由がないことの証明責任を債務者に負わせるために、ただし書の形にされていたようである。

(67) BT-Drucks.14/7052, S.190 = SchRM od 2002, S.1088f.

(68) すでに述べたように、それを行おうとしたのが債務法改正委員会の最終報告ならびに討議草案であり、連邦参議院の意見表明でも、その可能性が指摘されている。BT-Drucks.14/6857, S.17 = BR-Drucks.338/01, S.30 = SchRM od 2002, S.955。給付障害委員

会はそれに反対して第三一一条を規定し、連邦議会の法務委員会も給付障害委員会と同じ立場に立っている。

- (69) Holger Altmeyen, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB2001, S.139; ders., Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB2001, S.1821. マルトメッペンには、第二八一条(提供されない)あるいは、債務の本旨に従った形で提供されない給付による、給付に代わる損害賠償)について批判した論文 ders., Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, DB2001, S.1131 もあり、カナリスの応答は「これにも及んでいゝ。Canaris, DB2001, S.1815. なお、第二八四条については、福田清明「ドイツ民法典284条の費用賠償請求権」法学研究七四号(二〇〇一年)一頁以下、金丸義衡「不法行為法における支出賠償の構造」法学論叢一五六巻一号(二〇〇四年)五九頁以下参照。
- (70) Altmeyen, DB2001, S.1400. マルトメッペンは、客観的不能について、積極的利益を規定している第三一一条第二項を削除し、旧第三〇七条の法律効果(信頼利益の賠償)にとどまるべきであるとす。立法者が、理論的な観点において一貫しない法律効果、たとえば責任理論の基本原則に違反した損害賠償責任も、指示することができるという理解は、あまりにも実証主義的 (zu positivistisch) であるとする。なお、認識がある場合については、保証責任であるとする (S.1401)。
- (71) Altmeyen, DB2001, S.1401f.
- (72) Canaris, DB2001, S.1818.
- (73) Canaris, DB2001, S.1818f. なお、Canaris, ZRP2001, S.332. Vgl. Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, S.141f. ヘッスは、原始的主観的不能と後発的主観的不能とは、利益状況は同じであり、履行利益についての保証責任ではなく、旧第二七五条(帰責されない不能)、旧第二八〇条(帰責される不能の場合の責任)、旧第三二三条(帰責されない形で不能になること)以下を類推適用すべきであるとしている。
- (74) Altmeyen, DB2001, S.1823.
- (75) Roland Schwarze, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, Juristische Ausbildung, 2002, S.81. このよびな免責条件は、過去の行為を条件とする既成条件であると思われる。
- (76) Medicus, a. a. O., (Anm.40), Rdnr.67. 前出注35参照。
- (77) 前出注46参照。渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由」判例タイムズ二一六号(二〇〇三年)二七頁。
- (78) Medicus, Schuldrecht I, 15. Aufl. (Anm.51), Rdnr.496; Medicus, JuS2003, S.527. なお、旧第二八二条の規定は「給付の不能が、債務者の責に帰すべき事由の結果であるかどうか争われる場合には、証明責任は債務者にある」と規定する。
- (79) 英米法などが債務不履行責任を保証責任として理解していることについては、BT-Drucks.14/6040, S.131 = SchRMoD2002, S.

664や渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察」法学新報九六巻五号（一九九〇年）一七三頁以下参照。また、性質保証である瑕疵担保責任と一般債務不履行責任との統合の困難性について、渡辺・同論文五号二一七頁、六号二一〇頁参照。

なお、渡辺達徳「契約責任における「過失」の機能に関する覚書」法学新報一〇五巻二・三号（一九九八年）二四九頁以下によれば、国際動産売買条約（第四五条、第七四條、第七九條）、ヨーロッパ契約法原則（第一・三〇一条第四項、第八・第一〇一条、第九・五〇一条）、ユニドロア国際商事契約原則（第七・一・一条、第七・四・一条）も保証責任である。しかし、保証責任を原則とするとしても免責の可能性があり（国際動産売買条約第七九條、ヨーロッパ契約法原則第八・一〇八條、ユニドロア国際商事契約原則第七・一・七條）、結果的に過失責任を原則とする場合と大きな隔たりはないようである。国際動産売買条約について、曾野ほか・前掲書（注5）二六四頁以下参照。

(80) BT-Drucks.14/6040, S.131=SchrMod2002, S.664; 渡辺、判例タイムズ一一一六号二四頁以下。

(81) たとえば、ある物を売るという意思が存在し、それが表示されているのであるから、意思と表示との間に不一致はない。意思され、かつ、表示された「ある物」が、現実には存在していないだけであり、それが存在していると思っていたことは動機にすぎない。

(82) 動機において錯誤した債務者は契約から解放されることを認められていない。契約内容を実現することが不能なのであれば、履行利益を賠償しなければならないが、それは保証責任ということになるであろう。

(83) なお、給付不能であることを知っていて約束する場合は、心裡留保であり、契約は有効として扱われるであろう。Altmeppen, DB2001, S.1401.

(84) 本文において検討するもののほか、能見善久「履行障害」別冊NBL no.1「債権法改正の課題と方向」（商事法務研究会、一九九八年）一四五頁以下、星野英一「民法概論IV（契約）」（良書普及会、合本新訂一九八六年）五〇頁以下。

(85) 松下英樹「原始的不能ドグマ克服論の体系」九大法学七三号（一九九七年）二二九頁以下も参照。

(86) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、再版一九四三年）六〇頁以下、広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第五版一九七九年）七八頁以下、五九頁以下、（第六版一九九四年）七五頁以下、五七頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、一九六三年）三三七頁、三四七頁、二七九頁。

(87) 加藤雅信「不能論」の体系」法政論集一五八号（一九九四年）六一頁以下。軽井沢の別荘の例は、星野・前掲書（注84）五一頁から採られている。

(88) 加藤・法政論集一五八号七五頁以下。

(89) ほとんどの場合、契約「前」の目的物の保存についての過失は問題にならないが、自己の過失によって滅失したが、その滅失

を契約締結時に確認できなかったような場合が、例外として考えられる。前出注45参照。

なお、加藤も引用している前田達明「原始的不能についての一考察」奥田昌道編集代表『現代私法学の課題と展望 下』(有斐閣、一九八二年)七七頁以下は、原始的不能の内容を目的とした契約締結について帰責事由のある場合(軽井沢の別荘が焼失したことを知って、あるいは過失で知らないで契約を締結した場合)と、目的たる内容の実現自体を原始的に不能としたことについて帰責事由のある場合(その別荘の焼失について故意過失のある場合)を区別し、前者の場合には信賴利益の賠償、後者の場合には通常の債務不履行と同様の利益衡量が認められるとする。前者については、契約締結上の過失による解決と一致するが、後者については、契約締結前には給付義務を負担しておらず、契約を締結しないことも可能であることから、通常の債務不履行と同様の利益衡量をすることには疑問がある。契約交渉開始と同時に契約目的物を保存する義務が発生するとしても、その義務違反は契約締結上の過失として信賴利益の賠償にとどまるはずである。

(8) Dieter Medicus, Schuldrecht I, 12. Aufl., München 2000, Rdnr.384. Vgl. Simonida Cekovic-Vuletic, Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, München 2003, S.23f.

(91) ただし、錯誤者の損害賠償責任を、契約締結上の過失の一面と理解できるかどうかは検討の必要がある。錯誤を契約前の義務違反だと仮定すると、錯誤しない義務があり、それにもかかわらず不注意で錯誤して契約を締結してしまったことが義務違反となる。そうすると錯誤しない義務に違反しているにもかかわらず、錯誤者は自らの義務違反を援用して契約から解放されていることになる。自分の違法行為を自分の利益に援用することは許されないのが通常であることからすれば、錯誤者が錯誤を援用して契約から解放されることが認められる以上、錯誤を義務違反(違法)と理解することはできないのではないだろうか。拙稿「契約締結上の過失責任と契約の締結」九大法学六〇号(一九九〇年)三〇三頁以下参照。

(92) 潮見佳男『債権総論(第二版)I』(信山社、二〇〇三年)四五頁以下。

(93) 潮見・前掲書(注92)四六頁以下。

(94) 潮見・前掲書(注92)四七頁。

(95) 小林・法学志林一〇一卷一号七一頁以下。

(96) 小林・法学志林一〇一卷一号七六頁。なお、ここで引用されている円谷峻『契約の成立と責任(第二版)』(一粒社、一九九一年)二一九頁以下は、契約成立前の行為と成立後の行為を厳格に区別することを、必ずしも適切ではないとするが、たとえば取引の危険性の説明などについても、アルトメッペンが指摘しているように、危険性について説明を受けていれば契約が締結されなかったという余地がある以上、契約締結後の義務(付随義務)と同一視できるのかは疑問である。円谷峻「日本における「専門家の不法行為責任」」川井健編『専門家の責任』(日本評論社・一九九三年)六一頁以下、同「新・契約の成立と責任」(成文堂・二〇