

# 現行の弁済提供制度の解消と 新たな債務不履行免責制度の導入\*

——現行民法492条・493条の債権法改正委員会の中間論点整理に関連して——

福 田 清 明

## 目次

はじめに 提起する問題とその限定

### 第1章 現行民法492条・493条の沿革史

- 1 フランス民法
- 2 旧民法草案（ボアソナード草案）
- 3 旧民法
- 4 現行民法
- 5 ドイツ民法

### 第2章 「弁済提供」と「受領遅滞」の制度間の調整問題

### 第3章 日本型「弁済提供」制度が対処する問題への対応

#### 第1節 ドイツ法圏における弁済提供と債務不履行責任免除の関係

##### 第1款 ドイツ法

- 第1目 判例
- 第2目 学説

##### 第2款 スイス法

- 第1目 スイス債務法の規定
- 第2目 判例
- 第3目 学説

##### 第3款 オーストリア法

- 第1目 オーストリア一般民法の規定
- 第2目 判例
- 第3目 学説

##### 第4款 ドイツ法圏の小括

#### 第2節 日本の学説における日本型「弁済提供」制度に対する批判

### 第4章 日本型「弁済提供」制度の守備範囲以外にある問題への対応

#### 第1節 日本型「弁済提供」制度の守備範囲外にある問題

- 第1款 日本の判例
- 第2款 日本の学説

- 第1目 取立債務において債権者の協力がいない場合

第2目 その他の債務において債権者の協力がいない場合

第3款 弁済提供の枠内で問題となる口頭の提供さえ不要な事例

第2節 この問題に対するドイツ法における対応

第1款 ドイツ民法における履行遅滞

第2款 判例

第1目 確定期限の付いていない債務

第2目 債務一般

第3款 学説

第3節 CISG80条等の国際的な契約法原則の対処方法

第1款 CISG80条

第2款 その他の国際的な取引ルール及びモデル契約法

まとめ 解決提案

## はじめに 提起する問題とその限定

法制審議会総会は、法務大臣から発せられた民法（債権関係）の改正に関する諮問第88号（2009（平成21）年10月28日）を受け、「民法（債権関係）部会」（新設）に、付託して審議することとした。民法（債権関係）に関する改正要綱案に至るまでの審議段階は大きく分けると、第1ステージ、第2ステージ、第3ステージに分けられる。法制審議会民法（債権法）部会は、2009（平成21）年11月24日の第1回会議以降、民法（債権関係）に見直しの調査審議を重ね（第1ステージ）、2011（平成23）年4月12日の第26回会議で、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を決定し、同年5月10日公表し、それをパブリック・コメントの公募手続に付した。同部会は、2011（平成23）年7月26日の第30回会議以来審議を継続し（第2ステージ）、同部会は、2013（平成25）年2月26日の第71会議で、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」を決定し、同年5月10日に公表した。それをパブリック・コメントの公募手続に付した。同部会は、2013（平成25）年7月16日の第74回会議以来、第3ステージとしての改正要綱案の取りまとめに向けての審議を続けている。第3ステージのスケジュールとしては、「(1)第3ステージでは要綱案の取りまとめを行うこと、(2)その取りまとめは、平成27年2月頃に法制審議会の答申をすることが可能な時期までに行う

こと、(3)要綱案の取りまとめに先立ち、平成26年7月末までに「要綱仮案」の取りまとめを行うこととされた」。

2014（平成26）年9月8日に、「民法（債権関係）の改正に関する仮要項案」（2014（平成26）年8月26日決定）が発表された。その仮要綱案において、弁済の提供に関する部分は、492条の文言が微修正され、「債務者は、弁済の提供の時から、債務の履行をしないことによって生ずべき責任を免れる」という文言となった。他方、受領遅滞制度を定める民法413条は廃止とされた<sup>(1)</sup>。

第1ステージの終了時に公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」において、弁済の提供に関しては次のような論点整理が行われた。

### 〔9 弁済の提供（民法第492条、第493条）

債務者が弁済の提供をしたのに債権者がこれを受領しない場合（受領遅滞）には、判例・学説上、例えば、債権者の同時履行の抗弁権の消滅、特定物の引渡しの場合における注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合における危険の移転といった効果が生じるとされている。しかし、現行民法は、弁済の提供の効果について「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」と規定する一方、受領遅滞の効果について「履行の提供があったときから遅滞の責任を負う」と規定するのみであるため、弁済の提供及びこれに基づく受領遅滞

のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されている。そこで、このような指摘を踏まえて、弁済の提供の具体的な効果について、受領遅滞の規定の見直しと整合性を図りつつ、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(関連論点)

口頭の提供すら不要とされる場合の明文化

民法第493条は、弁済の提供の方法として、現実の提供と口頭の提供があることを規定している。しかし、判例は、債権者が、契約そのものの存在を否定する等、受領拒絶の意思を明確にしている場合には、債務者は口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わないとして、口頭の提供さえも不要とされる場合があることを認めている。そこで、このような判例の考え方を条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。」

本稿では、上記の現行民法492条・493条の論点である「弁済の提供と受領遅滞の各効果の整序」と関連論点である「口頭の提供すら不要とされる場合の明文化」と関連論点について検討する<sup>(2)</sup>。この検討において、本論文は先行研究<sup>(3)</sup>の成果とそこで析出された枠組みに依拠しながら、我が国の弁済提供制度の母法となった仏独等の民法及び国際的な契約法原則に言及する。弁済提供制度は受領遅滞（債権者遅滞）との相互関係は、本来ならば、損害賠償請求権及び解除権を発生させる引取義務違反を含めて、広く債権者遅滞制度を俯瞰した上で検討するべきであろうが、本稿では、債権者遅滞制度の考察は行っていない。

## 第1章 現行民法492条・493条の沿革史

現行民法492条・493条の沿革史は、先行研究において、特に同413条（受領遅滞の規定）との関係で、これまでも詳しく取り上げられてきた<sup>(4)</sup>。本章では、後の章での叙述で必要となる仏独民法のまとまった規定の紹介を兼ね、上記現行条文の

沿革を取り上あげる。母法となったフランス民法、フランス民法を基にして独自の見解も挿入して作成されたボアソナード草案（旧民法草案）、旧民法、ドイツ民法草案をも参照して旧民法を改正した現行民法、ドイツ民法の債権者遅滞の条文の順に掲げる。

### 1 フランス民法<sup>(5)</sup>

#### 第1257条

①債権者が弁済を受領することを拒否するときは、債務者は、現実の提供を行い、債権者がそれを受領することを拒否する場合には、提供した金銭又は物を供託することができる。

②供託を伴う現実の提供によって、債務者は、解放される。供託を伴う現実の提供は、それが有効に行われたときは、債務者にとって弁済に代わり、そのようにして供託された物は、債権者の危険にとどまる。

#### 第1258条

現実の提供が有効であるためには、以下の条件を満たさなければならない。

- 一 受領能力を有する債権者対して、又はその者のために受領権限を有する者に対して行うこと
- 二 弁済能力を有する者が行うこと
- 三 元本支払いを要求できる金額、支払われべき支分金又は利息、数額を確定された費用及び、補完することを条件として、数額を確定されていない費用のためのある金額の全体について行うこと
- 四 債権者のために期限が約定された場合には、それが到来していること
- 五 そのもとに負債を締結した条件が成就していること
- 六 弁済のために合意した場所で行うこと  
弁済について特別な合意がない場合には、あるいは債権者本人に対して、あるいは債権者の住所において、あるいは合意の履行のため選定した住所において行うこと
- 七 又は、この種の行為について権限を有す

る裁判所補助吏によって行われること

#### 第1264条

弁済すべき物が現存の場所で引き渡すべき特定物である場合には、債務者は、債権者に対して、本人若しくはその住所又は合意の履行のために選定された住所に通知する証書によって、その引取りの催告を行わなければならない。この催告を行ったのちも債権者がその物を引き取らず、かつ、その物を置いている場所を債務者が必要とする場合には、債務者は、それを他のいずれかの場所に寄託することについて裁判所の許可を得ることができる。

フランス法の弁済提供の規律において、弁済提供が裁判所補助吏によって行われなければならない点に特徴がある。さらに、そのように行われた弁済提供が奏功しなかったことが、供託の要件になっており、法律効果は供託に結び付けられている。供託の法律効果とは、「債務者にとって弁済に代わり、そのようにして供託された物は、債権者の危険にとどまる」ことである。弁済提供は、供託と異なる効果をまったく有しておらず、独自の制度とは言えない<sup>(6)</sup>。

## 2 旧民法草案（ボアソナード草案）<sup>(7)</sup>

#### 第495条

若シ債権者カ弁済ヲ受クルコトヲ欲セス又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ債権者ハ下ノ區別ニ従ヒ提供及ヒ供託ノ方法ヲ以テ義務ヲ免レルコトヲ得

#### 第496条

- 1 若シ債務カ金員ニ係ルトキハ実物即チ貨幣ノ提示ニ伴ハルルコトヲ要ス
- 2 若シ負担シタル物ノ特定物ニシテ其ノ存スル場所ニ於テ引渡サルベキトキハ債務者ハ其物ノ引渡ヲ為スコトニ付キ債権者ニ催告ヲ為ス
- 3 若シ特定物カ債権者ノ住所又ハ其他ノ場所ニ於テ引渡サルヘクシテ其運送カ多費困難又ハ危険ナルトキハ債権者ハ提供ニ於イテ其引渡ヲ合意ニ従イ即時ニ実行ヲ

スルコトニ準備シタルコトヲ述フ

4 量定物ニ関シテモ亦同シ

5 債権者ノ立会又ハ参列ヲ要スル為スノ義務ニ関シテハ債務者カソノ義務ヲ履行スルコトニ準備シタルコトヲ述フルヲ以テ足ル

#### 第497条

提供ハ右ノ外弁済ノ有効ニ付キ上ニ定メタル条件ヲ併有シ且民事訴訟法ニ記載シタル方式及ヒ条件ニ従ヒ之ヲ為シタルトキニアラサレハ有効ナラス

#### 第498条

- ① 有効ニシテ且ツ有益ノ時ニ於テ為サレタル提供ハ法律ヲ以テ定メ若シクハ合意ヲ以テ要約シタル失権、解除、責罰ヲ予防ス
- ② 提供ハ付遅滞ヲ防止シ付遅滞アリタルトキハ提供ハ将来ニ向テ其効力ヲ止マシメ且遅延ノ利息ノ進行ヲ停ム

ボアソナード草案においても、弁済提供は、フランス民法と同様に、「民事訴訟法ニ記載シタル方式及ヒ条件」に従って、つまり裁判所手続の則り、行われなければならないとした。他方、フランス民法とは異なって、ボアソナードは、19世紀のフランス学説<sup>(8)</sup>を参照したと思われるが、弁済提供に、供託とは異なる法律効果を498条1項で与えた。その法律効果が、「法律ヲ以テ定メ若シクハ合意ヲ以テ要約シタル失権、解除、責罰ヲ予防ス」ることである<sup>(9)</sup>。このボアソナード草案において、弁済提供は、供託の要件であったフランス民法の弁済提供とは異なって、供託とは異なる法律効果を持つ独自の制度となった。もともと、弁済提供が裁判所の手続を経なければ充足できない点については、フランス民法と相違はない。

## 3 旧民法

#### 第474条

債権者カ弁済ヲ受クルヲ欲セス又ハ之ヲ受クル能ハサルトキハ債権者ハ左ノ區別ニ従ヒ提供及ヒ供託ヲ為シテ義務ヲ免カルルコトヲ得  
第一 債務カ金銭ヲ目的トスルトキハ提供

	ハ貨幣ヲ提示シテ之ヲ為スコトヲ要ス
第二	債務カ特定物ヲ目的トシ其存在スル場所ニ於テ引渡サル可キトキハ債務者ハ其物ノ引取ノ為メ債権者ニ催告ヲ為ス
第三	特定物ヲ債権者ノ住所其他ノ場所ニ於テ引渡ス可クシテ其運送カ多費、困難又ハ危険ナルトキハ債務者ハ合意ニ從ヒテ引渡ヲ即時ニ実行スル準備ヲ為シタルコトヲ提供中ニ述フ定量物ニ関シテモ亦同シ
第四	債権者ノ立会又ハ參同ヲ要スル作為ノ義務ニ関シテハ債務者カ義務履行ノ準備ヲ為シタルコトヲ述フルヲ以テ足ル
<b>第475条</b>	
提供ハ前条ノ外上ニ定メタル弁済ニ必要ナル条件ヲ具備シ且特別法ニ定ムル方式ニ從フニ非サレハ有効ナラス	
<b>第476条</b> <sup>(10)</sup>	
①	時期ヲ失セス且有効ニ為シタル提供ハ法律ヲ以テ規定シ若クハ合意ヲ以テ要約シタル失権、解除及ヒ責罰ヲ予防ス
②	此提供ハ付遅滞ヲ防止シ又既に付遅滞ノ存セルトキハ将来ニ向ヒテ其効力ヲ止メ且遅延利息ヲ停ム
<b>第478条</b>	
①	有効ニ属シタル供託ハ債務者ニ義務ヲ免カレシメ且債務者カ意外ノ事ニ任シタルトキト雖モ其物ノ危険ヲ債権者ニ帰セシム
②③	は省略

旧民法の弁済提供制度は、ボアソナード草案における制度の骨格と特徴を引き継いでいる。

#### 4 現行民法

##### 第413条 受領遅滞

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があつた時から遅滞の責任を負う。

##### 第492条 弁済の提供の効果

債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。

##### 第493条 弁済の提供の方法

弁済の提供は、債務の本旨に従って現実に行ななければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる。

旧民法と現行民法の文言上現れた大きな違いは、以下の3点である<sup>(11)</sup>。第1に、旧民法では為すべき提供の内容、つまり提供制度の要件が、債務の目的と種類に応じて細分化されていたのに対して、現行民法が原則としての現実の提供を「本旨に従い現実に為す」ことと包括的に定めたことである。第2に、旧民法が供託制度の定める、執達吏による提供という手続要件を課していたのに対し、現行民法はそのような手続要件がなく債務者本人が提供をすると規定したことである。第3に、弁済提供がいかなる事態に対応したのものかについて旧民法が「債権者カ弁済ヲ受ケルヲ欲セス又ハ之ヲ受ケル能ワサルトキ」という文言によって明言しているのに対して、現行民法がそのような文言を規定せず弁済提供規定の趣旨が文言上確定できなくなかったことである。

旧民法から現行民法への移行の際に、弁済提供の文言以外の弁済提供を取り巻く制度上の変化も重要である<sup>(12)</sup>。それは、旧民法上は存在しなかった受領遅滞の制度が現行民法で導入されたことである。弁済提供の導入の理由は、債権者の受領等の債務者の履行に対する協力が無い事例における債務者保護が、旧民法の弁済提供では十分ではない点にあった。この導入に伴い、かような事例における債権者保護が弁済提供と受領遅滞という2つ制度に担われ、かつ受領遅滞の効果発生要件に債務の弁済提供が取り込まれるという状況が生まれたのである。

#### 5 ドイツ民法<sup>(13)</sup>

##### 第293条 受領遅滞

債権者は、自己に提供された給付を受領しないときに、遅滞に陥る。

#### 第294条 現実の提供

給付は、為されるべきように、現実に提供されなければならない。

#### 第295条 言語上の提供

債権者が債務者に対して給付を受領しない旨の意思表示をしたとき、又は給付の実現のために債務者の行為を要するとき、特に債権者の目的物を取り立てるべきときは、債務者は、言語上の提供をすれば足りる。債権者に対して必要な行為をするべき旨を催告することは、給付の提供と同様とする。

#### 第296条<sup>(14)</sup> 提供を要しない場合

債権者がすべき行為につき暦に従って時期が定まっている場合においては、債権者がその行為を適時にするときのみ、提供を要する。或る事態の後に行為を行わなければならない場合において、その行為についての時期がその事態を起点に暦に従った計算方法によって定まるときも、同様である。

#### 第297条 債務者の主観的不能

提供の時期又は第296条の場合には債権者の行為につき定めた時期に、債務者が給付をすることができないときは、債権者は、遅滞に陥らない。

#### 第298条 引換給付

債務者が債権者の給付と引換えに給付すべき義務を負う場合において、債権者が提供された給付を受領する準備をしたときでも、請求された反対給付を提供しないときは、債権者は、遅滞に陥る。

#### 第299条 一時的な受領障害

給付時期の定めがなく、又は債務者が一定の時期以前に給付する権利を有する場合において、債権者に提供された給付の受領について一時的な障害があるときは、債権者は、遅滞に陥らない。ただし、債務者が債権者に対して給付についてあらかじめ相当の時期に通知をしたときは、この限りでない。

#### 第300条 債権者遅滞の効果

①債務者は、債権者遅滞の間、故意又は重過失についてのみ責任を負う。

②種類物の引渡し義務を負っている場合には、提供された物を債権者が受領しない時点で、危険が債権者に移転する。

#### 第301条 利息支払いの不要

利息付金銭債務について、債務者は、債務権者が遅滞にある間は利息を支払うことを要しない。

#### 第302条 使用利益

債務者が給付客体からの収益を返還し、又は償還するべきときは、その義務は、債権者が遅滞にある間は債務者の取戻した収益を限度とする。

#### 第303条 占有放棄の権利

債務者が土地又は登記された船舶若しくは建造中の船舶の引取り義務を負うときは、債務者は、債権者に遅滞が生じた後その占有を放棄することができる。放棄する旨はあらかじめ債権者に通知することを要する。ただし、通知ができないときは、この限りでない。

#### 第304条 増加費用の賠償

債権者遅滞の場合には、債務者は、受領されなかった提供並びに債務の目的の保管及び保存のために支出することを要した増加費用の償還を請求することができる。

## 第2章 「弁済提供」と「受領遅滞」の制度間の調整問題

中間的な論点整理でも言われているように、弁済提供制度の効果と受領遅滞制度の効果について、整序が必要であといわれる。これは、奏功しなかった弁済提供という共通の要件を両制度がもつので、両制度の効果が重なって発生するからである。共通な要件を有する2つの制度間でその効果が重なるのは論理的な帰結ではあるが、2つの制度が別個な制度として定められている以上、いかなる効果がそれぞれの制度の固有な効果であるかを整序しなければならないという意識が働いている。

以上のような意識は、フランス民法の条文それ自体では生じようがない。それは、弁済提供が、別の制度とは異なる固有な効果を有するという意味での独自の制度でないからである。弁済提供に独自の効果を認めることによって独自の制度と構成したフランス民法学説においても、上記のような弁済提供と受領遅滞に関する意識は生まれえない。なぜなら、弁済提供は供託とは区別される制度であると意識はされても、フランス民法にはドイツ型の弁済提供を要件として債権者の負担を発生させる受領遅滞制度がないからである。したがって、弁済提供と受領遅滞の制度として区別しなければならないという意識は出てきようがない。

では、弁済提供を要件とする受領遅滞制度を有するドイツにおいては、どうであろうか。ドイツ法では、弁済提供は受領遅滞の要件ではあるが、それには独自の法的効果は与えられておらず、固有の要件・効果をもつ制度ではない。そこで、弁済提供と受領遅滞との「制度間の調整」を必要とする基盤がないのである。

弁済提供がドイツ型の受領遅滞制度に法定されていない効果つまり債務不履行責任免除効果<sup>(15)</sup>を持ち、弁済提供が受領遅滞の要件となっている日本民法においてこそ、両制度の調整あるいは区別立てをしなければならないと考える前提がある。

### 第3章 日本型「弁済提供」制度が対処する問題への対応

#### 第1節 ドイツ法圏における弁済提供と債務不履行責任免除の関係

ドイツ型の受領遅滞制度を持つドイツ、スイス、オーストリアでは、弁済提供は受領遅滞の要件であるが、独自の制度ではない。それらの国においては、奏功しなかった弁済提供は、受領遅滞を導き、受領遅滞の効果を発生させるが、その受領遅滞の効果の中に債務不履行責任免除は含まれていないのである。では、奏功しなかった弁済提供が債務不履行責任免除を導く日本民法の492条・493条が適用されるような事例は、ドイツ法圏ではど

のような法的構成によって如何なる結論に至っているのであろうか。条文・制度がないからといって、奏功しなかった弁済提供をした債務者は、供託をしない限り、債務不履行責任を負うのであろうか。そのような結果は、まったく妥当でないので、そのような債務者に債務不履行責任を否定するように予想される。現実にはどのように対応しているかを本節で扱う。

#### 第1款 ドイツ法

##### 第1目 判例

出発点は、ライヒ裁判所1910年6月23日判決(RG JW 1910, 804)であり、そこでは、一部支払における債権者遅滞の債務者遅滞との関係が問題となった。事案は、詳しく書かれていない。恐らく債務に対する分割支払が約定され、その中の1回の分割払を債務者がしようと弁済を提供したのだが、債権者によって受領拒絶をされた事例が問題とされたのであろう。この判決の第1の判示事項は、債務者が分割払いについて弁済提供をすれば、債権者が受領を拒絶したことで債務の履行とはならない場合でも、債務者はその分割払いについて履行遅滞(ドイツ民法旧284条以下<sup>(16)</sup>)には陥らないと判示した。債権者の受領遅滞が債務者の履行遅滞を排除する以外にも、債務者に帰責事由が欠ける場合には、債務不履行責任が排除されると述べ、ライヒ裁判所は、第2の判決事項として、債権者の行為により債権者が拒否の立場に引き続き固執するであろうという特定の推定が正当化される限り、問題となった分割払い後の分割払いについて債務者が提供(294条~295条)をしなくても、債務者に履行遅滞についての帰責事由(ドイツ民法旧285条)が欠けるので、債務者が債務不履行責任を負うことはない論じた。このライヒ裁判所1910年6月23日判決は、第1の判示事項に関連して、債権者の受領遅滞が債務者の債務不履行責任を免除する原則を示したものとして位置づけられている。しかしながら、債務不履行責任免除の法律構成は、分明ではない。

その後の判例においても、受領遅滞(債権者遅滞)は履行遅滞(債務者遅滞)を排除する原則は維持されている<sup>(17)</sup>。

## 第2目 学説

履行遅滞は、債務法現代化以前から、その要件は大きく二分されていた。一方は、ドイツ民法旧284条に規定されていた要件で、請求権、期限到来、貫徹可能性、催告又は暦による期日の到来といったものである。他方は、同旧285条に規定されていた債務者の帰責事由である。2002年1月施行の債務法現代化法前は、これら双方の要件が具備されて初めて、履行遅滞による損害賠償請求権（同旧286条）も、履行遅滞による解除権（同旧326条）も成立した。債務法現代化法以降は、遅延遅滞に基づく損害賠償請求権の成立には、双方の要件具備が必要であるが（新280条<sup>(18)</sup>、同286条）、履行遅滞に基づく解除権の成立要件から、債務者の帰責事由は外された（同新323条）。

債務法現代化法前の時代に、Huberは、遅滞法の大著で、債権者の受領遅滞による債務者遅滞の排除の原則を、次のように支持している<sup>(19)</sup>。すなわち「給付行為も、債権者の協力行為が必要とされ、かつ債権者がその協力行為を行わないことによって挫折することがある。例えば、給付が物の引渡しである場合、債権者が物の受領につき準備をしていないときに、給付結果だけでなく給付行為も挫折する。このような場合、債務者による給付の提供だけで、債務者の履行遅滞を排除するには十分であると言わねばならない」。この原則をどのように法律構成するかについて、Huberは、帰責事由が欠けるから債務者の履行遅滞が成立しないと構成するべきではないという<sup>(20)</sup>。債権者が債務者が提供した物を受領しない場合に、旧284条で定めた要件は満たすが、旧285条の債務者の帰責事由が欠けるので、最終的に履行遅滞が成立しないとすべきでないというのである。債務者が債権者に物を、適時に、しかし結果を伴うことなく、提供した場合、そのことだけで旧284条の要件が具備されないと見るべきである。旧284条が履行遅滞の要件として挙げている「債務者が給付をしないこと」は、債務者が自分の側で必要とされることをしなかったと理解されるべきだからである。債務者の側で必要とされるすべてのことを行った債務者は、義務にあって、行動したの

であり、義務に違反して行為したのではない。つまり、義務の違反（義務違反性）がないので、旧284条の要件が既に欠けていると見るべきであるという。Huberが、受領遅滞のルールとは、債務者遅滞に関する統合されたルール全体の一部であり、受領遅滞のルールを取り込まないならば、債務者遅滞の構成要件の叙述は、不完全なものとなるであろうと指摘している。受領遅滞による債務者遅滞の排除の原則は、受領遅滞ルールの一部を構成するものと整序している<sup>(21)</sup>。

債権者の受領遅滞と債務者の履行遅滞は、相互に排除し合う結果、履行遅滞は、債権者が受領遅滞に陥るや否や、終了し、その受領遅滞の終了とともに、履行遅滞は再び発生可能となる<sup>(22)</sup>。

## 第2款 スイス法

### 第1目 スイス債務法の規定

スイス法の受領遅滞（債権遅滞）と履行遅滞（債務者遅滞）の規定は以下のようになっている。

E 債権者ノ遅滞	<b>第91条</b>
I 要件	債権者ハ適法ニ提供シタル給付受領ヲ拒ミ又ハ負担スル処ニシテ之ナクシテハ債務者カ履行ヲ為スコト能ハサル準備ヲ為スコトヲ拒絶シタルトキハ遅滞ニ附セラル
II 効果	<b>第92条</b>
I 物ノ給付	① 債権者遅滞ニ在ルトキハ債務者ハ其負担セル債務ノ目的物ヲ債権者ノ危険及費用ヲ以テ供託シ之ニ依リ其義務ヲ免カルルコトヲ得
a 供託権	② 供託ノ場所ハ履行地ノ裁判官ノ之ヲ定ム但シ商品ハ裁判官ノ指定ヲ俟タス倉庫業者ニ供託ス
b 売却権	<b>第93条</b>
	① 物ノ性質若クハ行為ノ種類ニヨリ供託ヲ為スコト能ハス又ハ物カ腐敗ノ恐アリ若

	<p>クハ飼養料又ハ著シキ保管費用ヲ要スルトキハ債務者ハ其旨予告シ裁判官ノ許可ヲ得テ公売シ其売得金ヲ供託スルコトヲ得</p> <p>② 物カ取引所ノ相場若クハ市場相場ヲ有スルトキ又ハ過大ノ費用ヲ要スルトキハ公売スルヲ要セス且ツ裁判官ハ予告ヲ発セスシテ之ヲ売却スルコトヲ許可スルコトヲ得</p>		<p>遅滞シタル履行ニヨリ生スル損害を賠償ス可ク且ツ不可抗力ニ付テモ責任ヲ負フ</p> <p>② 債務者ハ遅滞ノ責任ニ帰セサル事由ニヨリ生シ又ハ正当ナル時期ニ履行スルモ給付ノ目的カ不可抗力ニ依リ債権者ノ損害ト為ルベキリシコトヲ証明シ前項ノ責任ヲ免ルルコトヲ得</p>
<p>c 返還権</p>	<p><b>第94条</b></p> <p>① 債務者ハ債権者カ受領ノ意思ヲ表示セス若クハ供託ノ結果質消滅セサル間ハ供託物ヲ取戻スコトヲ得</p> <p>② 取戻ト同時ニ債権ハ其他ノ従タル権利ト共ニ復活ス</p>	<p>2 遅延利息</p> <p>a 総則</p>	<p><b>第104条</b></p> <p>① 債務者カ金銭債務ノ支払ヲ遅滞シアルトキハ約定利息之ヨリ少キトキト雖トモ年五分ノ遅延利息ヲ支払フヘシ</p> <p>② 直接ノ合意ニ依ルト時々ニ於ケル銀行日分ニ関スル合意ニ依ルトヲ問ハス五分以上ノ利息ヲ約シタルトキハ遅滞ノ間ト雖トモ亦同利率ニ依リ之ヲ請求スルコトヲ得</p> <p>③ 商人間ニ在テハ支払地ニ於ケル普通ノ銀行割引カ五分以上ナルトキハ遅延利息ヲ同利率迄高ムルコトヲ</p>
<p>2 其他ノ給付</p>	<p><b>第95条</b></p> <p>義務カ物ノ給付以外ノモノニ係ルトキハ債務者ハ債権者ノ遅滞ニ依リ債務者ノ遅滞ニ関スル規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルコトヲ得</p>		
<p>B 債務者ノ遅滞</p> <p>I 要件</p>	<p><b>第102条</b></p> <p>① 債務ガ期限ト為リタルトキハ債務者ハ債権者ノ催告ニヨリ遅滞ニ附セラル</p> <p>② 履行ニ付キ一定ノ期日ヲ合意シタルトキ又ハ留保又ハ適法ニ為シタル予告ニ因リ履行期生スルトキハ債務者ハ其期日ノ経過ヲ以テ遅滞ニ附セラル</p>	<p>b 利息、定期金、贈与</p>	<p><b>第105条</b></p> <p>① 利息又ハ定期金ノ支払、若クハ贈与シタル金額ノ支払ヲ遅滞シタル債務者ハ取立又ハ裁判上ノ訴ノ開始シタル日ヨリ遅延利息ヲ支払フ可シ</p> <p>② 反対ノ合意ハ違約金ノ原則ニ從テ之ヲ判定ス</p> <p>③ 遅延利息ノ遅延利息ハ之ヲ算入スルヲ得ス</p>
<p>II 効果</p> <p>1 事変ノ責任</p>	<p><b>第103条</b></p> <p>① 債務者遅滞ニ在ルトキハ其</p>		

## 第2目 判例

スイス法においても、債権者の受領遅滞によって債務者の債務不履行が排除されるという原則は認められている<sup>(23)</sup>。その原則を認めた判例は、スイス連邦裁判所1919年3月19日判決（BGE 45 II 250）で、その事案は以下のものであった。

1894年12月19日に、ジュネーブに住む原告は、被告である生命保険年金機構との間で生命保険契約を締結した。その契約は、死亡時又は満期の1914年12月19日に保険金5000フランが原告に支払われるというものであった。原告は、1902年7月15日に、保険金請求権を訴外Dに債権担保のために譲渡し（債権質に関するスイス民法906条<sup>(24)</sup>が適用されているので、債権質と構成したのであろう）、その旨を被告のジュネーブにある代理店に通知した。当該生命保険契約の満期日である1914年12月19日に先立つ1914年10月30日の日付の手紙で、被告は、次の6つの書類を送付することを原告に促した。すなわち、①保険金支払請求書、②保険証書、③原告の出生日についての公的証明書、④最後に支払った保険料の領収書、⑤保険金の受領についての領収書、⑥原告への支払に関する質権者訴外Dの同意書又は質権者への支払についての原告の授權書である。この被告からの手紙には、これらの証明書類が被告に送られ、被告が正規のものと確認したら、満期日後すぐに保険金を原告に支払うと書かれていた。この手紙に対して、原告から返事が来なかったため、被告は、ジュネーブの代理店に、原告と連絡を取るよう指示した。そして、被告は、代理店から知らせを受け、次のことを知るに至った。すなわち、原告は、被告による保険金支払と引換えに、求められた証明書類を引き渡す用意ができていたが、保険金受け取りの前にそれらの書類を引き渡すことは拒否するということを知るに至った。原告の主張によれば、既に2回被告の代理店の事務所に立ち寄り、上記の証明書類を提示したが、その事務員が、自分達はそれらの証明書類を審査する権限はなく、審査のためにチューリッヒの本部に送らなければならないと答えたという。そのようなやりとりでは埒が開かなかったため、原告は、1916年1

月5日付の裁判所の支払命令という手続（強制執行法の一部を形成する「債権取立と破産に関する連邦法」69条以下に規定された手続）を用いてチューリッヒで保険金支払請求権の回収を試みた。被告は、裁判所で、「債権取立と破産に関する連邦法」上の解決提案を行った。支払命令を阻止する解決提案を退けるために、1917年1月3日、原告は、裁判を裁判所に求め、1917年1月17日には、原告の保険金支払請求権の証拠となる証明文書（保険証書を除く）を提示した。被告の訴訟代理人は、原告に5000フランの保険金支払請求権があるというために、これら提示された証明書類で十分であると陳述した。被告は、原告がこの支払命令で別途請求している遅延利息支払請求を放棄すれば、保険金を被告の事務所で原告に即刻支払う用意があると述べた。この提案を、原告は拒否し、遅延利息支払請求にこだわった。同日（1917年1月17日）、裁判官は、原告から被告に必要な書類が引き渡されていないことにより支払期限が到来していないなどの理由で、支払命令の申し立てを却下した。その日のうちに、被告は、裁判所の判断を引き合いに出して、必要書類の引渡しと引換えに5000フランを支払う旨の書面を原告に書いたが、原告は、それには何も答えずに、5000フランと遅延利息支払いを求める本件民事訴訟を提起した。

連邦裁判所は、原告の請求を棄却した原審判決を支持した。その理由の中で受領遅滞に関する部分を、以下のものである。

原告は、スイス民法906条2項の意味における債権質権者の同意に当たる同意書を引き渡すまでは、被告に支払を要求する資格を有しない場合、原告が本訴をもってさらに請求している遅延利息支払も、この理由から拒否されざるをえない。5000シリングの支払の障害事由が後で原告によって取り除かれるべき事例において、遅延利息支払請求を、認めることはできない。なぜなら、支払障害事由が取り除かれない限り、原告は受領遅滞に陥っているのであり、債権者の遅滞は、債務者の履行遅滞を、したがって、遅延利息の支払いに関する債務者の義務を排除するからである。スイ

ス債務法91条によると、受領遅滞は、債権者が正当に提供された給付を拒否した場合だけではなく、債権者が債務者の履行のために必要な準備行為を拒否した場合にも、成立する。給付を要求する者が債権の本来の債権者でない場合、又は債権に第三者の利益のために物権を設定した場合においては、この準備行為の中に、債権者であることの必要な証明をすること、さらには、支払の受領について同意することも含まれるのである。このような準備行為がなされるまでは、債務者は履行をする必要がないので、債務者は履行を拒絶することもでき、債権の履行期が到来していても、遅滞に陥らないのである。このことは、スイス民法906条3項が、質権者の同意が欠けているが故に、債務者が負っている債務額を供託しなければならないと規定していることによって、変更されることはない。

以上の理由付けにあるように、スイス連邦裁判所は、受領遅滞の効果として、本件事案との関係では債務者の提供があるのに債権者が履行に必要な準備行為を欠くことによる受領遅滞発生の効果として、債務者の履行遅滞が排除され、遅延利息請求権が発生しないことを認めたのである。

### 第3目 学説

学説もこの「債権者遅滞は履行遅滞を排除する」との原則を支持している。この原則は、スイス債務法の債権者遅滞<sup>(25)</sup>の効果を定めている条文(スイス債務法92条から95条)に現れてはいない<sup>(26)</sup>。この明文の規定をもって定められていない債権者遅滞の効果に関する原則、つまり「債権者遅滞は履行遅滞を排除する」との原則を、履行遅滞の要件の一つとして掲げられる「遅滞除去根拠ないしは遅滞排除根拠」<sup>(27)</sup>に位置づけている。このようにして、この原則と既存制度との間を整理している。

## 第3款 オーストリア法

### 第1目 オーストリア一般民法の規定

オーストリア法の受領遅滞(債権遅滞)と履行遅滞(債務者遅滞)規定は以下のようになっている。

### 第918条

- ①有償契約が一方当事者によって適切な時期に、適切な場所で、又は約定した方法で履行されない場合、他方当事者は、履行及び遅延損害賠償を請求するか、又は、追履行のための相当な期間を設定した上で契約の解除をなすことができる。
- ②履行が両当事者にとって可分である場合、一部給付の遅延を理由に解除を、その一部給付又はその他の履行されていない残りの給付について、なすができる。

### 第919条

その他の解除事例において履行が特定の時期又は確定された期間内になされることが約定されている場合、解除権者は、履行に固執したいときには、その時期の経過後に遅滞なく告知しなければならない。解除権者がこれを怠った場合、解除権者は、爾後、履行に固執することができない。同じことは、取引の性津又は義務者に知られている給付の目的から、遅延した給付又は一部給付の遅滞の場合には、まだ残っている給付が、給付受領者にとって利益を有しないことが推量されるときにも、当てはまる。

### 第1419条

債権者が、弁済の受領を躊躇した場合、不利益な効果が債権者に発生する。

### 第2目 判例

「債権者遅滞は債務者遅滞を排除する」との原則を述べた1969年9月10日の最高裁判所(OGH)判決(JBI 1970, 316)は、以下のような事案であった。被告は、原告から、A城の一部(建物)を1966年10月24日ないしは1967年7月1日から、月額賃料6000シリングで賃借した。被告は、原告のガレージも月額200シリングで賃借した。1968年1月から被告は賃料支払いが滞った。1968年3月5日に、原告と被告は、同年2月から4月までの賃料支払いを同年4月10日まで猶予することで合意した。1968年4月11日に、被告は、原告の管理人に、6000シリングの支払いの提供をした上で、残債務については数日間の猶予を与えてくれるよ

うに懇請したが、その管理人は、その提供を受領せず、被告に、原告の代理人のところに行くように指示した。1968年4月22日、原告は、同年1月からの建物賃料とガレージ賃料の滞納分の合計19000シリングの支払と、同年2月以来の遅延利息の支払いを求めて訴を提起した。訴訟の中で、原告は、一方で訴えを拡張して同年5月から8月までの建物賃料と同年5月から11月までのガレージ賃料の支払も請求し、他方で建物の使用適性の低下を理由に月額建物賃料を312シリングだけ減額し、遅延利息の利率も9.5%から4%に引き下げた。これにより、これらの期間にわたる不払賃料合計額の41904シリングとそれに応じた遅延利息の支払を原告は被告に請求した。訴提起後、被告は、原告に、1968年5月から8月までの月額賃料6000シリングの提供を各月の賃料支払期限に行った。しかし、原告は、それを受領しなかった。同年5月から8月までの賃料について、被告は、一覧払手形を原告のために裁判所に供託した。

第1審判決は、原告の賃料支払請求を認めたが、利息支払請求の一部については棄却した。第2審判決も、第1審判決を基本的には支持した。これに対して、被告は上告をした。は、上告理由の中で、被告は、1968年5月分から同年8月分の賃料を毎月6000シリング分を一覧払手形で供託したのであるから、その分の債務は消滅し、被告はその分の債務から解放されるはずであるといい、その分が請求認容額から減額されていない第2審判決を批判した。

オーストリア最高裁判所は、一覧払手形の供託による債務の消滅は認められないという解釈を示した。特定の額について裁判所へ一覧払手形を供託した（オーストリア一般民法1425条）ことにより、供託した債務者の債務が消滅するのは、債務者が一覧払手形を債権者に振り出すことを義務づけられている場合だけである。本件事案において、そのような義務を被告に課す明示又は黙示の合意はないので、被告は原告に現金で毎月の賃料を支払う義務を負っていた。このように解するのは、確定した判例にも対応している。その判例によれば、手形の交付は、弁済に代えて行われることが

ありうるが、通常は、すなわち特別の合意がない場合は、弁済のために行われるのである。つまり通常の場合、債務のために手形が交付されても、その債務の存続・消滅に影響を及ぼさない。したがって、結論として一覧払手形の裁判所への供託は、現金の裁判所への供託と同じ法律効果を有さず、債務の消滅を導かない。

最高裁判所は、建物賃料に関する遅延利息支払いについては、原審と異なる判断を、次のように下した。すなわち「債権者遅滞は、（先行する）債務者遅滞を、したがって、遅延利息の支払い義務を終了させる。下級審裁判所の事実認定によれば、被告は原告に1968年8月までの建物賃料支払いについては期限を守って提供している。この建物賃料支払いについては、被告の債務者遅滞が発生しない。訴訟上の請求の中で、この部分の遅延利息支払請求は、理由付けられない。しかし、同じことは、ガレージの利用対価には当てはまらない。なぜなら、被告から、毎月200シリングの利用対価を毎月、期限を守って提供していたとの主張も立証もなされていないからである。この債権部分については、原告の債権者遅滞が発生しない」。最高裁判所は、1968年8月までの建物賃料支払については、借主である被告が適時の提供をしているので、賃料支払いが完了していなくても、被告の債務者遅滞は生ぜず、したがって、その分の遅延利息も発生しないと判断したのである。

### 第3目 学説

Gschnitzerは、債権者遅滞の効果が利息発生に及ぼす影響について、次のように述べる<sup>(28)</sup>。すなわち「債権者遅滞は、債務者遅滞を、したがって、遅延利息支払義務をも、終わらせる。提供すべきものには、債務だけでなく、債務に付随する支払、特に提供時まで発生した利息をも含まれる。これとは異なることが、約定利息には当てはまる。約定利息は、その支払義務は債権者遅滞によって消滅させられないので、支払義務は存続するのである」。

近年の教科書及び注釈書には「受領遅滞が履行遅滞を排除する」との記述が見られないがHeidingerは、次のようにいう<sup>(29)</sup>。すなわち「受領遅滞は、

先行する債務者遅滞を終わらせ、したがって、遅延利息の支払債務の継続を終了させる。オーストリア一般民法1419条によれば、不利な効果が債権者に発生するとしているが、オーストリア一般民法は債権者遅滞の法律効果を具体的に規定していない。一般に解釈上言われている受領遅滞の効果は、危険の移転、責任軽減（故意又は重過失でのみ債務者が賠償責任を負う）、自助売却、供託、増加費用の賠償である<sup>(30)</sup>。

#### 第4款 ドイツ法圏の小括

弁済提供があっても債権者の協力が無いことによって弁済が奏功しない場合に備えて、受領遅滞（債権者遅滞）制度を、ドイツ法圏では用意している。受領義務を一般論としては承認しないことから<sup>(31)</sup>、履行遅滞（債務者遅滞）が損害賠償と解除（ドイツ法は2002年施行の債務法現代化法までは、損害賠償又は解除であった）を効果として導くことはないが、危険の移転、責任の軽減、増加費用の賠償といった効果が法定されるか解釈上承認されていた。受領遅滞の要件において義務違反が観念され得ず、したがって責に帰すべき義務違反という概念も想定できないことから、履行の完遂のためには受領その他の債権者の協力が必要なのにそれをしないという緩和された要件が定められている。その緩和された要件に対応して、受領遅滞の効果は、履行遅滞の効果よりも緩和されたものであった。条文上又は解釈上認められた受領遅滞の効果として、履行遅滞を排除するというものは当初存在しなかった。しかしながら「受領遅滞は履行遅滞を排除する」という原則は、判例及び学説によって支持されるに至った。このことは、ドイツ法圏のどの国においても共通であった。

### 第2節 日本の学説における日本型「弁済提供」制度に対する批判

日本型「弁済提供」制度は、履行について債権者の協力のなく履行が完了しない場合に、債務者の行為を基準に、債務者の債務不履行責任を免れさせる制度である。債務の履行がないのに、債務者の行為（弁済提供）を根拠に、債務者は、債務不履行に基づく損害賠償責任を負わず、契約解除

されないのである。弁済提供制度は、過失責任主義の基盤に立った既存の債務不履行に基づく「損害賠償請求権」の成立要件を構成する免責事由に解消されるか、又は既存の債務不履行を理由とした「解除権」といった救済制度内部の債務者の行為態様に関する帰責性要件若しくは新しい契約解除論における重大な契約違反の評価基準に解消されてしまうし、そうすべきであると指摘されている<sup>(32)</sup>。

北居は、フランス法とドイツ法を含めて、民法492条の沿革史を辿り、日本型の弁済提供制度を削除するのが最善でないかと立法論レベルで主張する。民法492条・493条は、フランス法系の受領付遅滞に固有の制度であるから、現行民法で413条に固有の受領付遅滞制度が定められた瞬間、フランス型の受領付遅滞制度は固有の意義をすでに失っていたが、それにもかかわらず、その規定が存在するが故に、不要な提供論議が生じ、多くの誤解をもたらしてきたという。その誤解の最たるものが、債務者が弁済提供をすれば債務不履行を免れ、債務者が弁済提供を怠るときには債務不履行に陥るという「誤った理解」である。簡単に言えば、債務不履行とは、弁済提供のないことであるとされてしまった。債務不履行（履行遅滞）の成立要件に債権者の履行受領の意思・準備のあることを追加すべきだという理論的前提に立ち、北居は、その追加要件が欠けるために、債務者が弁済提供をしないで履行期が経過した事例<sup>(33)</sup>でも、債務者の債務不履行（履行遅滞）が成立していないと見るべきなのに、「誤った理解」が災いして、弁済提供による債務不履行責任（履行遅滞責任）免除の枠組みの中で妥当な解決を模索してしまった結果、無理をさせられた日本型弁済提供制度が曖昧なものになってしまったというのである。

## 第4章 日本型「弁済の提供」制度の準備範囲外にある問題への対応

債権者の受領がなく債務者の弁済提供が奏功しない場合に、債務者の債務不履行責任を免除する

ために、日本型弁済提供制度は考案され、現行民法492条・493条で結実している。そのような制度を持たないが受領遅滞制度を有するドイツ法圏で、債権者の受領がなく債務者の弁済提供が奏功しない事例をどのように解決しているかを第3章で見えてきた。本章では、債務者の弁済提供がなく債権者の受領を含めた協力がないために履行さなれないまま履行期が徒過した事例を検討する。この問題の解決は、多くの場合、債務者の債務不履行を成立させず、したがって、債務者に債務不履行責任を負わせないことに、見いだされる。しかし、このような債務不履行責任免除は、日本型弁済提供制度の効果と同じであるが、債務者の弁済提供がないのであるから日本型弁済提供制度が本来対象としていない問題である。

### 第1節 日本型「弁済提供」制度の守備範囲外にある問題

債務者の弁済提供がなく債権者の受領を含めた協力がないために履行さなれないまま履行期が経過した事例の説明を、債務不履行責任不成立という結論には異論がない事例、すなわち取立債務において債権者の取立がないために履行期を経過した事例をもって、始めたい。

#### 第1款 日本の判例

取立債務において債権者の取立がなかった事案に関する下級審裁判例には、東京地判昭和36年2月10日訴訟月報7巻2号492頁がある。その判決理由で、「かような特別定期預金債務は、債務者において、その預金債権者が何人であるかを知らないことを立前とし、預金証書と届出の印章を持参して請求するものに対して支払をする取扱であるから、その性質上取立債務であると解せられる。したがって、本件定期預金債務についても、確定期限が存するにかかわらず債務者たる被告をして遅滞の責に任じさせるためには、商法第517条<sup>(34)</sup>を準用し、預金債権者の権利を行使する原告において証書を呈示して支払の請求をしなければならぬと解するを相当とする」と判示している。

取立債務以外の債務における債権者の協力がないうこと履行遅滞の関係については、最判昭和48年

2月2日金法677号48頁が、解釈を示している。その事案は、自動車売買契約の買主（ユーザー）において借入に必要な借入申込書および印鑑証明書添付の信用保証委託書等の提携ローン関係書類を売主（ディーラー）に交付し、次いで売主が右書類によって買主のために銀行に借入申込の手続を代行し、それによって借り入れた金銭を買主が売買代金の支払にあてるという約定を両当事者がしていたというものである。原審は、買主が残代金支払期日までに支払をしなかったことをもって、履行遅滞の責に任ずべきものとし、これを理由とする売主の契約解除を有効として、売主の本訴請求を認容すべきとした。これに対して、最高裁は、売主が買主から右書類を受領しながら、買主のために銀行で借入申込の手続を代行していなかったとすれば、買主は、右残代金の履行期を過ぎてても、正当にその支払を拒絶することができ、また、その期限までに支払わなかったことをもって、履行遅滞の責に任ずべきものではないと判示した。そして、手続を代行したか否かの点につき、何らの判断をも示していないのに売主の請求を認めたとして、原判決を破棄差し戻した。

債務の履行につき債権者の行為を要する場合に、債権者が必要な協力をしない場合に、債務者は履行遅滞の責任を負わないことは、特に取立債務の事例では、判例・学説ともに認めるところである。本最判は、自動車売買契約の売主が買主のために銀行から提携ローンによる借入れを受ける手続を代行するという協力も、約定があれば、取立債務における債権者の取立と同じように、その協力の懈怠が買主の代金支払債務の期限を過ぎて履行されなくても、履行遅滞責任が成立しないということを確認した。一般論が当てはめられた一例である。しかし、一般論の現行法及び既存理論への組み込み方は示されていない。

#### 第2款 日本の学説

##### 第1目 取立債務において債権者の協力がいない場合

我妻は、その民法体系書<sup>(35)</sup>で、履行遅滞の要件として、①履行が可能なこと、②履行期を徒過したこと、③債務者の責に帰すべき事由に基づく

こと、②履行しないことが違法なことの4つを挙げる。そして、確定期限のある債務は、その期限の徒過によって原則として遅滞となるが、例外的にそのようにならない場合があるとして、取立債務その他の履行について債権者が協力をなすべき債務については、その確定した期限に、債権者が必要な協力をしなければ、遅滞とはならないとする。

奥田も、債権総論の体系書における履行遅滞の項で、「取立債務その他債務の履行についてまず債権者の協力を必要とする場合には、債権者がまず必要な協力またはその提供をして履行の催告をしなければ、確定期限が到来しただけでは遅滞とはならない」と叙述している<sup>(36)</sup>。

我が国を代表する民法注釈書の確定期限ある債務に関する412条の注釈によれば<sup>(37)</sup>、取立債務その債務の履行についてまず債権者の協力を必要とする場合、債権者がまず必要な協力またはその提供をして履行の催告をしなければ、確定期限が到来しただけでは遅滞とはならない。そのような場合において、「債権者が取立その他の協力行為をなしたとしても、債務者の方でまったく履行の用意ができていないような場合——したがって、債権者が必要な協力をしたうえで履行の請求をすれば確実に履行遅滞になる場合——に、たまたま債権者が取立その他協力をなさなかったために履行期を徒過したとき、債務者は履行遅滞責任を免れるか」と自問し、それに続いて、「わが国では、このような場合でも一般に、履行遅滞とはならないと解されている（東京高判昭和50年7月21日判時796号52頁参照）」と、答えている<sup>(38)</sup>。

以上のように、日本の学説は、債務の履行に必要な債権者の協力たる取立がない場合、債務者は確定期限を経過しても履行遅滞に陥らないという結論を提示する。もっとも、その結論がいかんして導き出せるのかという解釈論は展開してはいない。少なくとも、民法415条ではなく、同412条のもとで論じていることから、帰責事由の問題と位置づけた上で、この要件を欠くから債務不履行責任が成立しないとしているのではないことは、推論できる。帰責事由に位置づけてしまうと、民法

419条3項があるため、金銭債務か非金銭債務かによって、結果が免責可（＝債務不履行不成立）か免責不可（＝債務不履行成立）となり、正反対になる。したがって、帰責事由が問われる前の段階で、債務不履行の成立を阻止することには、両債務を同じように扱へる実益がある。

上記の体系書及び注釈書の叙述をまとめると、確定期限付きの債務が履行遅滞となるための要件に、履行期限の経過だけでなく、債務者の履行にとって必要な債権者の協力である取立のあることが追加されている<sup>(39)</sup>。しかし、この追加された要件は、民法412条からも民法415条からも容易には導き出せない。いわんや、弁済提供がないのであるから、民法492条から理由付けことは無理であり、そのような提案をしている学説も散見されない。

#### 第2目 その他の債務において債権者の協力が ない場合

取立債務においては取立という債権者の協力が履行にとって不可欠である。このように、履行にとって債権者の協力が不可欠である債務は、他にもある。民法493条で口頭の提供で足りるとされる「債務の履行について債権者の行為を要する」場合が、そうである。具体的には、債権者の供給する材料に加工すべき債務、債権者の指定する期日または場所で交付すべき債務などである。これらの債務につき、債権者の協力がなくかつ債務者の弁済提供もない事例をも射程に入れて論じているのは北居説である<sup>(40)</sup>。北居説は、三章二節のように、履行遅滞の成立要件に、債権者に受領の準備ないしは意思があることを追加する提案をしている。その際に参考にされたのがドイツのGursky説である<sup>(41)</sup>。履行にとって債権者の協力が不可欠である債務において、債権者がその必要な協力をしない場合、債権者に、債務者側の履行を受領する準備がない又は意思がないことに該当し、履行遅滞は、債務者の帰責事由を問う前に、不成立が帰結される。北居説は、取立債務以外の債権者の協力を履行にとって必要とする債務一般の履行遅滞論で機能する見解である。

### 第3款 弁済提供の枠内で問題となる口頭の提供さえ不要な事例

民法492条・493条の弁済提供の判例に整理されているものの中で、債務者が、債権者が事前に履行拒絶をしたが故に口頭の提供さえしなくても、履行遅滞責任が免責される一連の判例がある<sup>(42)</sup>。その判例に属する一つの最高裁判決（最大判昭和32年6月5日民集11巻6号915頁）を検討することによって、これら一連の判例の事案が有する核心問題を明らかにしたい。

#### 【事案】

事案は、以下のようなものである。第1審では、原告たる建物賃貸人は、建物賃借人が建物賃貸人に損害を及ぼす工事を建物賃貸人に無断でしたとの契約条項違反だけを理由として賃貸借の解除をしたと主張し、これを前提として本件貸室の明渡並びに賃料に相当する損害金の支払を訴求し、昭和27年5月17日その弁論を終結したが、同年6月19日敗訴の判決を受くるやその敗訴判決の後である同年同月27日付を以て特約に基づき催告をしないで同年5、6、7月分の賃料（同年5月の直前まで建物賃借人は34ヶ月分にわたり順次賃料を供託し且つその通知をして来た）不払を原因として、本件賃貸借解除の意思表示をしたという予備的請求を第2審口頭弁論期日において初めて主張した。第2審判決は、本件解除の意思表示を無効とし賃貸人の請求を否定した。それに対して賃貸人が上告した。

#### 【法廷意見】

「上告人（＝賃貸人）は、前記三ヶ月分の賃料を損害金としてならば格別賃料としては予めこれが受領を拒絶しているものと認められるばかりでなく、第一審以来賃貸借契約の解除を主張し賃貸借契約そのものの存在を否定して弁済を受領しない意思が明確と認められるから、たとえ被告上告人（＝建物賃借人）が賃料の弁済につき言語上の提供をしなくても、履行遅滞の責に任ずるものとするができない」と最高裁は述べ、賃貸人の上告を棄却した。言語上の提供がなくても、弁済提供の効果である不履行責任の免責を発生させ、建物賃借人が履行遅滞に陥っておらず、したがって、

履行遅滞を理由とする契約解除は認められないとしたのである。

#### 【意見】

この判決には「意見」（結論ではなく理由づけに対する異議）が付け加えられた。その内容は、「言語上の提供なるものはついにその適用のある場合はなくなるのであって、民法493条条但書の規定は全く空文に帰せざるを得ないこととなるように思われるが、多数意見は果してこれを肯定するの意であろうか」という法廷意見に対する疑問を發し、少数意見は、賃貸人の解除は、問題となった3ヶ月の賃料について建物賃借人の言語上の提供があったとして無効とするか、または解除権の濫用（民法1条2項、同条3項）であるとの認定判断によって賃貸人敗訴の判決をなすべきであったと述べている。

#### 【検討】

この種の事案は、不動産賃貸借の賃料に関するものがほとんどである。一回性給付の契約ならば、一方当事者の受領拒絶の表示は、その一方当事者の他方当事者への履行拒絶と表裏一体をなしていることが多いであろうから、その一方当事者の履行のないことが他方当事者の同時履行の抗弁権を発生させ、その一方当事者の履行を拒絶することができる。しかし、継続的契約関係ですでに賃貸人が目的物を引き渡している場合には、このような賃借人の同時履行の抗弁権は観念できない。その上で妥当な結論に向けて、債務者免責を日本型の弁済提供制度の視点からだけ考えると、本件は、民法493条但書を空文化し、弁済提供制度の解釈の中に混乱をもたらす。建物賃借人の弁済提供を問題としないで受領に関する賃貸人の行為の中に、不履行免責の効果を生じさせる要件を見いだすことが必要だったのではないか。そのためには、「新しい不履行免責制度」を導入するか、それまでの間は、「意見」が述べているように一般条項で不履行免責の効果を導き出すべきであったと考える。

取立債務の債権者が、債務者のところに取立てに来ないことを理由に、債務者の弁済提供の有無には関係なく債務者の不履行免責を認めるなら

ば、本件の事案でも、債権者の受領拒絶という債権者の行為に焦点を当てて、債務不履行免責の効果を発生させることは、価値判断として権衡を失っていない。このことを敷衍すると、「新しい不履行免責制度」からすれば、民法493条但書にある債権者側の事由があれば、債権者側の行為を基準に債務者の不履行免責を認めてよいのではないか。

## 第2節 この問題に対するドイツ法における対応

### 第1款 ドイツ民法における履行遅滞

フランス民法1139条は、契約に基づく債務に確定期限が付されている場合でも、その期限到来後に債権者が債務者に催告等をしなければ、債務者を遅滞に陥らせることができず、1143条で、ローマ法諺の「期限は人に代わって催告しない」を引き継いでいる。これに対して、ドイツ民法旧284条1項において一般原則を、同2項において、暦によって定まる確定期限のある場合を規定する。旧284条1項の遅滞が成立するためには、債権者が債務者対して行う催告が必要であるのに対して、旧284条2項で遅滞が成立するためには、催告は必要とされていない。暦によって定まる確定期限付きの債務については、いわば「期限は人に代わって催告する」を採用したのである。履行遅滞が過失を要件としていることを、ドイツ民法旧285条が定め、履行遅滞により債権者に発生した損害を賠償できることをドイツ民法旧286条が規定している。双務契約上の給付が遅滞に陥った場合に、解除または損害賠償請求ができることを、ドイツ民法旧326条が規定していた。2001年の債務法現代化法以後も、債務者を遅滞に付すために催告は原則として必要とし、暦をもって定まる確定期限付きの債務の場合には例外的に不要である（ドイツ民法新286条1項・2項）。遅滞に基づく損害賠償の成立に債務者の帰責事由が必要なことも変更はない（ドイツ民法新280条、286条4項）。債務法現代化法で修正されたのは、履行遅延による解除権発生に債務者の帰責事由が不要とされたことと（ドイツ民法新323条）、契約の解除と損害賠償が併存可能となったことである（ドイツ民法新

325条）。

### 第2款 判例

#### 第1目 確定期限の付いていない債務

上述したように、暦により定められる確定期限の付されていない債務を負う債務者を遅滞に付すためには、催告が必要である。遅滞の催告に関連させて、ドイツの判例は、ドイツ民法の第1草案理由書の解釈<sup>(43)</sup>に従って、債権者が履行に必要な協力をしない場合の処理を行ってきた。

給付を実行するために、「履行の受領」以外の債権者の協力（Mitwirkung）が必要な場合、債権者が必要な協力を実行または協力を提供したときにのみ、債権者がなす催告は、有効となり、したがって債務者を遅滞に付すことができると解してきた<sup>(44)</sup>。例えば、取立債務の債権者が給付の場所に現れない場合には、催告はしても有効とはならない<sup>(45)</sup>。ドイツ商法375条の指定売買において買主（債権者）が指定を行わなかった場合または債権者が債権者に属する選択権を行使しなかった場合も、同様に解されている。

#### 第2目 債務一般

第1目で紹介した事例は、暦で定められた確定期限の付されていない債務の場合で、債務者を遅滞に付すために債権者の催告が必要であったから、この催告の有効・無効を、債権者の「履行の受領」以外の債権者の協力の存否に係わらしめることができた。債権者の協力がなくて、債務者が履行遅滞に陥らずに、損害賠償を請求され又は契約解除されることを免れることを達成できた。では、催告がもともと履行遅滞の要件になっていない場合は、どうなるのか。手がかりになる判例は、1996年1月23日連邦裁判所判決である<sup>(46)</sup>。この事案は、以下のようなものであった。

原告は、コンピュータセンターを経営し、財務簿記、賃金簿記、給料簿記に関する役務を提供していた。被告は、電子データ加工装置とソフトウェアを取り扱っていた。被告は、その他に、電子データ加工と変更に関する助言サービスも提供していた。原告は、既存の大型計算機を新しいものに取替え、個別端末とその大型計算機とネットワーク化しようと考えていた。1987年夏、原告は被

告と契約を締結した。その契約によると原告は、被告経由で大型計算機をH社から取得し、その大型計算機で、原告の既存のものを取り替えることになっていた。当該契約は、新しい大型計算機への既存ソフトウェアの必要な適合調整も被告が行うことを定めていた。両当事者間で争われているのは、被告がそれ以上に別の給付をもしなければならぬかどうかである。具体的には、既存ソフトウェアの調整の枠内で、被告は何を当該契約上義務づけられていたのかについて争いがあった。被告は、原告の従業員達と一緒に既存の計算機のソフトウェアの新しい装置へ移行させる作業（基幹システムを新しいプラットフォームへ移行したり、OSやハードウェアなどの環境が異なるシステムへの移行）を始めた。しかし、その後、原告がその従業員達を解雇した。この移行調整作業は、契約上定められた期日（1987年6月30日）までに終了しなかった。原告は、1988年8月14日の書状で被告に、移行調整作業のための最後の付加期間（1988年9月30日まで）を設定し、この期間内に作業を終了させられず、特にダイアログによるデータ入力が可能とならなかった場合に、他の者に作業を委託することを告知した。被告は、これらの作業を1988年9月30日までに終了できなかった。原告は、1989年1月24日に被告に、履行の受領を拒絶し、不履行による損害賠償を請求した。第1審判決は、原告に402360.26マルクの損害賠償請求を認容した。原審判決は、416701.28マルクの損害賠償と遅延利息を認めた。連邦裁判所は、上告に理があるとして、原判決を破棄・差戻した。

原告の請求は、履行遅滞に基づく損害賠償を定めたドイツ民法旧326条を根拠とするものであった。連邦裁判所は、履行遅滞については、以下のように判示した。

「プログラムの引渡等の作業が期限に遅れたことにより、原告が被告を遅滞に付すことができるのは、この遅延が被告の責任領域にある場合だけである。それに対して、この遅延が被告による協力義務の違反に基づく場合には、被告の遅滞は排除される。原審裁判所が、認定した遅延を、原告の目的・趣旨を知り両者の合意内

容に照らしプログラム作成に義務づけられていた被告に、すべての責任を負わせるとするならば、原審裁判は、上告理由でされた攻撃に耐えることはできない。上告理由で正当にも主張されたように、原審裁判所は、評価において、本質的な事実主張を顧慮しないままにした。

被告は、契約で約定された期日は、原告が契約で予定されていた人数のプログラム作成のための従業員を用意せず、最終的には完全にその人数をゼロにしたことから、守ることができなかったのであると原審で主張した。両当事者の取決めによれば、本来的なプログラム作業は原告の担当であった。他方、被告は、プロジェクト統括管理だけを、即ち計算機転換の管理と原告の従業員の指導に義務づけられていた。」

この判決は、債務者の債務に暦において定まる確定期限が付されている場合で債務者を履行遅滞に付すのに債権者の催告が不要な事案において、履行のために必要とされる債権者の協力が無いことを理由に、債務者の履行遅滞の不成立、したがって履行遅滞に基づく責任不成立という結論が下されるルールを示した。これまでの判例は、履行遅滞の要件に債権者の催告がある事例で、その催告の有効・無効を判断する際に債務者の協力が無いことを判断に取り込んで結論を導いてきた。本判決は、催告の有効・無効という迂回をせず、債権者の協力が無いことを直截評価した。筆者としては、本判決をもって、債務一般について、債権者の協力が無いことを理由に、債務者の履行遅滞の責任の不成立となる一般命題が打ち立てられたのだと見たい<sup>(47)</sup>。しかしながら、この見方は判決の射程を見誤っているとの反論も否定できない。なぜなら、本判決の中で、債権者の協力「義務」の違反と明示しているからである。受領遅滞制度の説明において、ドイツ法圏では、受領は、義務(Pflicht)ではなく、その違反が損害賠償を発生させない間接義務(Obliegenheit)であると説明される。それに対応して、受領遅滞で問題となる債務者な受領以外の協力(Mitwirkung)の語にもPflichtを付けない、つまり協力義務とは表記しないのが通例である。本判決では、Mitwirkungspflichtと

いう語を使っているので、契約解釈を経て義務と評価できるものだけを指しているのだともいうこともできるかもしれない。

### 第3款 学説

【ドイツ民法297条の履行遅滞への類推適用するGursky説】

Gurskyは、債務者の履行及び債権者の協力が共になされなかった事例に対する普通法時代に行われた論争を検討した後で<sup>(48)</sup>、債権者遅滞の規定であるドイツ民法297条を債務者遅滞＝履行遅滞に類推適用することを提唱する<sup>(49)</sup>。このことを丁寧に説明する。Gurskyは、第1段階で、ドイツ民法297条を拡張解釈する。同条に規定されているのは、債務者が給付行為を為すことができない不能の場合である。ドイツ民法297条が明文で規定する、債務者が給付をすることができない場合（給付の不能）だけでなく、債務者がその意思のない場合にまで拡張すべきだと主張する。この拡張解釈によれば、債務者が債権者の協力行為のために設定された時点において給付することが可能であるが、その意思を有しなかった場合、債権者遅滞は、履行不能がある場合と同様に排除されなければならない。なぜなら、債務者に給付する意思がない場合にも、債務者による適時の履行は、債権者の適切な協力があってもなされなかったであろうといえるからである。債権者の協力の有無に係わらず、債務者の履行がされなかったとすれば、債権者の協力のないことが債務者の履行を阻止したとはいえない。次の段階で、このように拡張解釈された債権者遅滞に関する297条を、債務者遅滞に類推適用すべきであるとGurskyは主張する。この解釈提案に従えば、催告の時点または暦で確定した履行期において債権者が給付を受領することができないかまたは欲しない場合には、債務者は、遅滞に陥らないことになる。彼の提案は、ドイツ民法典制定後には鳴りを潜めたがドイツ普通法時代に行われた論争を端緒に、その論争から影響を受けて成立した297条（債権者遅滞の規定）を債務者遅滞にも類推適用しようとするものである。Gursky説は、Ernst及びLöwischによって支持されている<sup>(50)</sup>。

### 【Gursky説に対するHuberの批判】

ドイツ民法297条を類推適用するGursky説によれば、売買契約において、代金が支払い済みまたは後払であり、目的物品が1月15日に売主が買主のもとに取立てに行く約定になっている場合、1月15日に売主がその物品を引き渡す準備をしておらず、買主が取立てに来ても引き渡すことができないときでさえ、1月15日の債権者が取立てに来ないことで、売主（物の引渡債務を負う者）は、履行遅滞に陥らない。それは、債権者が履行の受領について準備ないしは意思を欠いていることを理由に、債務者の履行遅滞の要件を欠くからである。これをHuberは批判し、債務者は現行条文通り、履行遅滞になるのだと主張する。同297条は、債権者が実際には履行準備のできていない債務者の形ばかりの弁済提供に巻き込まれて、無駄な受領準備をしなくてもよいと言っている。それをしてなくても債権者は受領遅滞に陥らないのである。このような債権者保護に関する同条の根本思想を債務者遅滞に敷衍することと、債権者が客観的に無意味な協力をしなかったことにより、債権者が債務者に履行遅滞による責任追及ができなくなるという結果とは相容れないであろう。Gurskyが法的根拠とするドイツ民法297条の根本思想から、債務者の履行遅滞不成立という結果は出てこないとHuberは論ずる。

しかし外見ほどに、GurskyとHuberの意見は隔たっていない。第1に、ここで問題となっているのは、債務者自らが、かつ債権者に影響されないで、債務者の側で、履行に必要なことをしない場合なのではない。したがって、先の事例でいえば、買主が取立てに来ないことを知って売主が履行準備をしない場合は、Huberの考えに従っても、売主は履行遅滞に陥らない。第2に、履行遅滞に基づく損害賠償では、Gursky説の結論と同じになる。その理由は、確かに、債務者は履行遅滞に陥るが、履行遅滞と債権者の損害の間の因果関係が否定されて、債権者に損害賠償請求権は認められないからである。その因果関係は、債務者が履行をしていたとしても、債権者の取立てがないことによって、いずれにしても損害が発生したこと

から、債務者の履行遅滞が損害の原因とされないのである。第3に、Huberは、債権者遅滞が受領遅滞を排除する原則は是認するので、ドイツ民法296条で口頭の提供する不要としている場合、すなわち債権者の協力的行為のために特定の時期が約定されている場合には、口頭の提供がなくても弁済提供をしたのと同様に債権者を遅滞に陥らせことができるので、Gursky説と同じ結果になる。以上の3点は、Huber自身が書いているところである<sup>(51)</sup>。

### 第3節 CISG80条等の国際的な契約法原則の対処方法

#### 第1款 CISG80条

ドイツの判例が積み重ねてきた結論を第4章第2節で紹介し、その結論をドイツ民法297条の類推適用で導き出そうとするGursky説を紹介・検討した。ところがドイツ民法制定過程でGursky説を先取りする条文提案がなされていた<sup>(52)</sup>。

履行に必要な債権者の協力がなされないことによって履行がなされない場合でも、債務者は、履行遅滞に陥らない。このように履行遅滞成立を制限する意味の文言を、第1草案246条（同草案はドイツ民法旧285条に繋がる）の第2委員会の審議において、追加するべきであるという提案がなされた。その追加文言案は、「債務者は、債権者が給付の前に為すべき行為をなさずまたは給付と同時に進行する行為の完了する用意がない限り、遅滞に陥らない」というものであった<sup>(53)</sup>。この提案は、規定の表現に関するものとして、編集委員会に任されたが、最終的には、受け入れられなかった<sup>(54)</sup>。

ドイツ民法制定過程で受け入れられなかった債務不履行の要件が、国際物品売買契約に関する国際連合条約<sup>(55)</sup>（CISG）80条において、明示的に規定されたとHuberは論じている<sup>(56)</sup>。同条は、次のように規定されている<sup>(57)</sup>。

「第80条 債権者の作為、不作為によって生じた不履行当事者の一方は、相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度において、相手方の不履行を援用することができない。」

本条は、債権者の作為又は不作為が債務不履行を惹起した場合（債権者の帰責事由の有無は判断していない）を要件としている。まさに、債権者の行為を評価対象として、債権者に法的救済手段を与えるか否か、つまり債務者の不履行責任の有無を、決する条項となっている。

本条に基づき、履行が債権者の協力がなくことから実現できない債務者は、その債務不履行について、損害賠償請求されたり、売買代金減額請求されたり、契約解除されたりすることもない。そして債権者から救済手段として履行請求されることもない。このCISG80条においても、Huberは、債務者が履行遅滞の構成要件を欠くから履行遅滞の責任を負わないことを強調し、期限に遅れたが債務者に帰責性がないことを理由に履行遅滞が成立しないのではないことを確認する<sup>(58)</sup>。

債権者の協力のなくことで債務の履行ができない事例において債務者の不履行（履行遅滞）責任を免除するために、CISG80条<sup>(59)</sup>を導入する場合、同条の法的効果が「相手方の不履行を援用することができない」という点が問題になる。債権者の協力がなくことで、債務の消滅はなく、債務不履行責任だけが免れるのである。80条は、履行請求権の行使には個別に言及していないが、不履行の結果与えられるすべての法的救済手段を援用する権利を債権者に否定している。そこで同条の法的効果として考察される援用できなくなる法的救済手段は、広い範囲にわたる。その範囲の中に、債権者の損害賠償請求権だけでなく、履行請求権、契約解除権、売買代金の減額を求める権利、CISG78条の基準に基づく期限到来後の利息請求権も含まれる。法的救済手段としての履行請求権が、債権者に実体法上の履行請求権があるのに、援用できないという点に違和感があるかもしれないが、債務者の履行のために必要な指示、材料などを与える協力がなく場合は、その協力がなく限り、救済手段としての履行請求権が債権者に与えられないことは合理的である。

要件論では、「自己の作為又は不作為によって生じた限度において」という文言が問題になる。債権者の行為（作為・不作為）と債務者の行為

(作為・不作為)が相互に独立して不履行を惹起した場合に、同条が適用されるか否かが論じられている。債権者の行為だけでなく債務者の行為も不履行の原因になった場合に、同条の適用がないという解釈も成り立ちうるが、ドイツの通説的見解は、その場合でも同条の適用があると解する<sup>(60)</sup>。最近、ドイツ連邦裁判所<sup>(61)</sup>とブランデンブルク上級地方裁判所<sup>(62)</sup>が、異なる事件において、各判決の中で、通説を支持した。

CISG80条で債権者から奪われる法的救済手段は、内容可分な損害賠償、代金減額、利息だけではない。内容不可分な法的救済手段である履行請求権及び契約解除の場合に、同条の具体的効果が困難な問題を提起する。履行遅滞の場合には、債権者が履行可能な協力をするまでの間、履行請求権を債権者に認めないということで処理できようが、契約解除の場合は、そうはいかない。債権者の行為が債務者の行為よりも不履行の原因として凌駕している場合のみ、契約解除権を剥奪するほうが、債権者の行為が少しでも原因である場合に、債権者の契約解除権を奪うよりも適切なのではないか。契約解除と履行請求権の代わりに、原因の寄与度に応じた不履行損害賠償請求権を債権者に与える権限を、裁判官に与えること、さらには、同条では、内容可分な法的救済手段の剥奪しか同条で行なえないようにすることなども提案されている<sup>(63)</sup>。

## 第2款 その他の国際的な取引ルール及びモデル契約法

国際物品売買国連条約以外にも、同80条と同旨の規定を持つ国際的な取引ルール及びモデル契約法が、近年においては、以下のように存在する。

第1は、最初に公表されたのが1994年に遡るUNIDROIT国際商事契約原則の第7.1.2条(債権者による妨害)である。同条は、「当事者は、相手方の不履行が、自己の作為もしくは不作為により生じたとき、または自己がそのリスクを負担すべきその他の出来事により生じたときは、その限りにおいて、相手方の不履行を主張することができない」と規定する<sup>(64)</sup>。

第2は、ヨーロッパ契約法原則である。その第

8章不履行および救済総則の第8:101条(利用可能な救済)の、同条3項<sup>(65)</sup>は、「当事者の一方は、相手方の不履行が自らの行為により生じたときは、その限りにおいて、第9章に定められたいずれの救済手段も用いることができない」と規定する<sup>(66)</sup>。

第3は、ヨーロッパ私法の「共通参照枠草案(DCFR)」である。その第3章「不履行に対する救済手段」第1節「総則」のⅢ.-3:101第3項は、「債権者は、自らが債務者の不履行を引き起こした範囲において、いずれの救済手段も利用することができない」と規定する<sup>(67)</sup>。

第4は、共通欧州売買法(草案)である。第2条(信義則と公正な取引)の第1項で、「各当事者は信義則と公正な取引に対応して行為する義務を負う」と定め、第2項で、「この義務の違反は、違反した一方当事者がその当事者の違反のない場合に有したであろう救済手段若しくは抗弁の行使若しくは援用することを妨げ、又はその当事者に、その違反によって他方当事者に引き起こしたかなる損失についても責任を負わせ得る」と規定する<sup>(68)</sup>。共通欧州売買法草案は、不履行を引き起こした債権者の行為に限定していないので、その他の国際的なルールに比べると、信義則に関する、より一般的な規定となっている。

## まとめ 解決提案

本稿「はじめに」で提起した一つは、「弁済の提供の具体的な効果について、受領遅滞の規定の見直しと整合性を図りつつ、条文上明確にすべきである」か、そうだとするとどのように明確にするかという問題(問題①)である。そしてもう一つの問題は、口頭の提供すら不要とされる場合の明文化についてである(問題②)。

本稿の第1章から第4章で行った考察に基づいて、上記の問題に対する解決、すなわち解決提案を試みたい。その際に、問題には一般的にそうであるように諸前提があるので、その諸前提を含めて問題にしたい場合には、問題を再構成してから回答する必要が生じる。

本問題の諸前提は、「受領遅滞」と「弁済提供」に2つの制度を併存させるというものである。併存させるからこそ、2つ制度の効果を明確に区別するにはどうすればよいかという問になる。また、口頭の提供する不要な場合の明文化は、現在の弁済提供制度を残すことが前提となっており、その上で、口頭の提供すらなくても弁済提供の効果を発生させてよいのはいかなる場合を問うている。

#### 【問題①に対する解決】

1 現行の弁済提供制度を廃止して、現行の受領遅滞制度に統合する。そして統合された新「受領遅滞制度」の効果として、不履行（履行遅滞）責任の免責を加える。

2 新「受領遅滞制度」の効果として、損害賠償及び解除権発生という効果（法定責任説では導き出せない効果）を発生させるためには、現在の法定責任説の意味おける受領遅滞の要件に、損害賠償及び解除権発生のために定めた一般的要件（新しい民法415条，同541条以下）に対応させるように、足りない要件を追加する（例えば債務不履行性と帰責事由）。

以上のようにすると、弁済提供制度を消滅するので、弁済提供と受領遅滞の固有の効果を整序するという問題自体が解消される。これは、いわば、ドイツ法圏の判例を制度として取り入れるという提案である（第3章参照）。もっとも、本稿で受領遅滞制度について考察していないのに、上記2で受領遅滞制度について言及している点は問題で、不可欠な受領遅滞制度について本稿で考察しなかったことは不備である。今後の課題としたい。

#### 【問題②に対する解決】

1 この明確化が必要となる事案には、日本型の弁済提供制度の守備範囲外にある問題が含まれている。債務者の弁済提供がなくても、債権者の受領を含めた履行のための協力がなく、履行していない債務者の遅滞責任を免責できる制度（新しい不履行免責制度）があれば、その視点から初めて解決できる問題であった。それなのに、日本型弁済提供制度の「解釈」でやってきて点に無理があった。

2 日本型の弁済提供制度の守備範囲外の問題に

対処するために、この問題解決を超える射程をもった制度ではあるが、CISG80条を導入する（第4章参照）。CISG80条を導入するには、債務不履行を債権者の行為と債務者の行為が共に惹起した場合の考察は残された課題である。ちなみに、Gursky説及び北居説を取り入れても、機能的には、CISG80条と同旨の規定を導入する提案とかなり同じであろう。受領のための協力を怠っている債権者に、救済手段としての履行請求権の可否の説明が異なるかもしれない。少し大きな相違は、債権者の協力のないことは独立に、債務者が提供をしないで、債務履行ができない場合である。Gursky説及び北居説は、履行遅滞の要件である受領の準備ないしは意思が債権者に欠けないということが満たされず、債務者の不履行免責を認めるであろう。それに対してCISG80条によれば、債権者の協力のないことと、債権者の履行がないことが共に債務不履行を惹起したとして、債務者の単なる不履行全部免責にはならないであろう。

#### 【問題①の解決と問題②の解決の関係からの修正】

問題①の解決は、日本型の弁済提供制度を廃止して、現在と同じように弁済提供を要件とする受領遅滞の効果として、不履行免責を認めるというものであった。債務者の弁済提供（債権者の協力の内容によって債務者提供が現実の提供か口頭の提供かが決まる）があることと、履行に向けての債権者の協力がなく、履行できない債務者に、不履行免責の効果が与えられる。問題②の解決は、履行に向けての債権者の協力がなく、履行をしていない債務者に、不履行免責が与えられる。問題①の解決の中の要件が具備されれば、問題②の解決の中の要件も必ず具備される関係にある。このような関係にあるので、問題①と問題②の解決を共に提案する場合、問題①の解決のうちの「受領遅滞の効果に、債務者の不履行免責は追加する」という部分は、不要となる。そこで問題①の新しい解決の1の部分は、「弁済提供制度を廃止する」という内容だけとなる。

#### 【要綱仮案について】

要綱仮案は、受領遅滞のもとに解釈上認められ

てきた内容を規律としては残すが、制度としての受領遅滞はなくなった。残ったのは日本型の弁済提供制度である。

問題①については、制度としての受領遅滞の廃止により、弁済の提供の具体的な効果を、受領遅滞の規定の見直しと整合性を図りつつ、明確にする必要がなくなった。問題②については、日本型の弁済提供の守備範囲外の問題を解決する制度が導入されていないので、判例のように日本型の弁済提供制度に無理をさせるか、最高裁大法廷判決における意見のように一般条項を使うしかない。

以上

## 引用文献リスト

### 邦語文献

- ・石崎康雄『債務不履行の基本構造——民法典の制定とその改正への道』成文堂2009年  
上記著書275頁以下に所収のもの初出：「受領義務の不履行（協力義務違反）への統合理論」法学会雑誌46巻2号97頁以下（2006年）
- ・内田貴・曾野裕夫・森下哲朗・大久保紀彦（訳）『ユニドロワ国際商事契約原則2010』商事法務2013年
- ・内田貴ほか訳『共通欧州売買法（草案）』（別冊NBL No.140）商事法務2012年
- ・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
- ・奥田昌道『債権総論 増補版』悠々社1992年
- ・奥田昌道・編『新版注釈民法（10）I 債権（1）債権の目的・効力（1）§§399～414』有斐閣2003年
- ・奥富晃『受領遅滞責任論の再考と整序』有斐閣2009年
- ・オーレ・ランド／ヒュー・ピール（潮見佳男／中田邦博／松岡久和・監訳）『ヨーロッパ契約法原則I・II』法律文化社2006年
- ・北居功『契約履行の動態理論 I 弁済提供論』慶應義塾大学出版会2013年  
上記著書に所収のもの初出  
上記著書123～167頁：「受領遅滞論の再構成序説——民法413条と492条の基本構造とその関係」『法学政治学論究』2号（1989年）165頁以下  
上記著書259～294頁：「遅滞論のシンメトリー——遅滞制度における形式要件と実質要件の乖離」『法学研

- 究』72巻12号（1999年）283頁以下、  
上記著書295～450頁：「債権者の明確な受領拒絶（1）（2）（3完）——賃料増額紛争判例による遅滞要件の検証」『法学研究』74巻6号（2001年）1頁以下、7号（2001年）21頁以下、8号（2001年）73頁以下。  
上記著書559～576頁：「弁済の提供」円谷峻編『社会の変容と民法典』成文堂2010年254頁以下。
- ・クリスティアン・フォン・パールほか編、中田邦博ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則：共通参照枠草案（DCFR）』法律文化社2013年
- ・小林友則「契約の履行過程における債権者の責任（一）——合意を基礎におく責任と合意とは異なる原理に基づく負担」『名古屋大学法政論集』246号（2012年）107頁～158頁
- ・潮見佳男『債権総論II 債権保全・回収・保証・帰属変更』第3版信山社2005年
- ・潮見佳男『債務不履行の救済法理』信山社2010年  
上記著書337頁以下に所収のもの初出  
「国際物品売買条約における売主・買主の義務および救済システム（一）・（二）」『民商法雑誌』138巻2号、3号（2008年）
- ・椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』日本評論社1988年
- ・新田孝二「受領遅滞」星野英一・編集代表『民法講座4 債権総論』有斐閣1985年73頁～103頁
- ・早川眞一郎「5 民法四九二条（弁済の提供）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 III 個別的観察債権編』有斐閣1998年
- ・平野裕之『プラクティスシリーズ 債権総論』信山社2005年
- ・法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係——』法曹会1982年
- ・法律取調委員会民法草案第二編人権ノ部議事筆記（国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/> で閲覧した）
- ・穂積重遠校閲、辰巳重範説述『瑞西民法』、発行法学新報社、発売有斐閣、1911年
- ・前田達明「債権者遅滞について」『判タ』604号（1986年）2～4頁
- ・我妻栄『新訂債権総論（民法講義IV）』岩波書店1964年

### 欧語文献

- ・Bamberger/Roth/執筆者：Kommentar zum Bürgerlichen

- Gesetzbuch : BGB Band 1 § § 1 -610 CISG 3. Aufl. MünchK (Beck) 2012
- Berner Kommentar —OR Art. 92 (Hersg. Heinz Hausheer) : Schweizerisches Zivilrecht Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 4. Teilband Artikel 68-96 erläutert von Rolf H. Weber, Bern (Stämpfli) 2005
  - Berner Kommentar —OR Art. 102 (Hersg. Heinz Hausheer) : Schweizerisches Zivilrecht Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 5. Teilband Artikel 97-109 erläutert von Rolf H. Weber, 2. Aufl. Bern (Stämpfli) 2000
  - BSK OR I —執筆者名 Art.スイス債務法の条数 N. 欄外番号 : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1 -529 OR 3. Aufl. herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedium Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2003
  - CHK-執筆者 OR : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., herausgeben von Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Zürich (Schulthess) 2012
  - Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 13. Aufl., Tübingen (Mohr) 1950
  - Gsell, Beate, Non-Performance and Remedies in General IN : European Contract Law and German Law, edited by Stefan Leibel, Matthias Lehmann, Wolters Kluwer 2014 pp.375-449.
  - Gursky, Karl-Heinz, Schuldnerverzug trotz fehlende Annahmehbereitschaft des Gläubigers? AcP 173 (9173), 450-459.
  - Honsell/Magnus : Honsell, Heinrich, Kommentar zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin (Springer) 2010.
  - Huber, Ulrich, Leistungsstörungen Band 1 : Die allgemeinen Grundlagen, der Tatbestand des Schuldnerverzugs, die vom Schuldner zu vertretenden Umstände. Tübingen (Mohr) 1999
  - Hüffler, Uwe, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln-Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge--, Berlin (Duncker & Humblot) 1976
  - Jauernig/Stadler : Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage, München (Beck), 2009
  - KBB : Kurzkomentar zum ABGB herausgeben von Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, Wien (Springer) 2010
  - Klang/Gschnitzer : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 6. Band § § 1293-1502 herausgegen von Heinrich Klang, Wien (Österreichische Staatsdruckerei) 1951
  - Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig (J. Guttentag) 1888
  - Münchener Kommentar/Huber : Münchener Kommentar zum BGB § § 433-610 BGB, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG 6. Aufl., München (Beck), 2012
  - Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 2 -Recht der Schuldverhältnisse 1899 Aalen (Scientia) Reprint 1979
  - Palandt/Grüneberg : Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. München (Beck) 2013
  - Saenger, Ingo, Herabsetzung des Schadensersatzes und Befreiung von Vertragspflichten bei beideseitiger Verursachung nach CISG, IN : Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag herausgegeben von : Peter Mankowski, Wolfgang Wurmnest, München (Selier) 2014
  - Schlechtriem/Schwenzer, UN-Kaufrecht, 5. Aufl. München (Beck), 2008
  - Schwimann /Heidinger : ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl. Band 6. § § 1293-1502 ABGB herausgegeben von Michael Schwimann Wien (LexisNexis Österreich) 2006
  - Soergel/Wiedemann : Kohlhammer-Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, § § 241-432, 12. Aufl., Stuttgart (Kohlhammer) 1990
  - Stauber, Demian, Die Rechtsfolge des Gläubigerverzugs, Bern (Stämpfli) 2009

- ・ Staudinger/Löwisch/Feldmann : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, § § 255-304, Berlin (Sellier/De Gruyter) 2009
- ・ Staudinger/Magnus : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG) Berlin (Sellier/De Gruyter) 2013

注

\* Dieser Beitrag „Die Einführung der neuen Institution zum Nichterfüllungs-haftungsausschluß und die Auflösung der Institution“das Angebot der geschuldeten Leistung „—in Zusammenhang mit der Diskussion zu Art. 492-493 ZGB im Ausschluß zur Schuldrechtsreform in Japan und unter Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechts sowie des UN-Kaufrechts —“ wird von einem dreimonatigen Forschungsaufenthalt 2009/10 bei Herrn Prof. Dr Ingo Saenger im Institut für internationales Wirtschaftsrecht in Münster ermöglicht hat. Zu Dank verpflichtet bin ich der Ernst-von-Caemmerer-Stiftung, die finanziell den Forschungsaufenthalt unterstützt hat.

(1) もっとも、現行民法の解釈で、受領遅滞の効果と解釈されていたものを、実質的に残すために、次のような規律が設けられることになった。

・ 保存義務の軽減

保存義務の軽減について、次のような規律を設けるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供があった時からその物の引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同一の注意をもって、その物を保存しなければならない。

・ 履行費用の債権者負担

履行費用の債権者負担について、次のような規律を設けるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受け

ることができないことによって、その履行の費用が増加したときは、その増加額は、債権者の負担とする。

・ 受領遅滞中の履行不能

受領遅滞中の履行不能について、次のような規律を設けるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなす。

- (2) 弁済の提供に関する中間試案は、以下に見るように、現行法と実質的には変わらないものとなった。「8 弁済の提供（民法第492条関係）民法第492条の規律を次のように改めるものとする。
  - ①債務者は、弁済の提供の時から、履行遅滞を理由とする損害賠償の責任その他の債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れるものとする。
  - ②前記第11、1によれば契約の解除をすることができる場合であっても、債務者が弁済の提供をしたときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。
- (3) とりわけ早川251頁以下、石崎275頁以下（我が国でCISG80条等と受領遅滞及び弁済提供を最初に関連づけた論文である）、北居功13頁～94頁、123～167頁、259～294頁、295～450頁、559～576頁。
- (4) 前注（3）で掲げた文献以外では、奥富151頁以下、小林119頁～141頁。受領遅滞との関係については、新田75～84頁参照。
- (5) 条文和訳は、法務大臣官房司法法制調査部篇98頁以下と北居26頁以下に依拠した。
- (6) Hüffer, Lesitungsstörungen S. 64は、ドイツの受領遅滞と比較して、フランスの弁済提供は独自の制度ではないという。
- (7) ボアソナード（Gustave Émile Boissonade de Fontarabie）は、ボワソナードと表記されることもある。法律取調委員会民法草案第二編人権ノ部議事筆記、第三十五回の民財六ノ一、同六の三、同六ノ四）から条文案部分を転記した。その際、漢字は旧字体を新字体に改めた。北居56頁以下に弁済提供に関するボアソナード草案についての詳しい分析がある。

- (8) 19世紀フランスの学説については、北居22~47頁に詳しく論じられている。その中で、弁済提供に不履行免責の効果を認める学説があったことが、ポアソナード草案との関係で、重要である。
- (9) 前田3頁によると、失権を予防するとは、買戻し特約の場合に売主が期限内に代金を提供すれば買戻し得ること、賃貸借契約更新の特約の場合に、借主が期限内に金銭を提供すれば更新し得るとことであり、解除を予防するとは、例えば裁判所で解除の言渡し前に提供すれば解除されないことであり、責罰を予防するとは、過怠約款による損害賠償を免れるといったことである。
- (10) 本条はフランス民法典に該当条文がない(前田3頁)。
- (11) 早川217頁。
- (12) 早川172頁。
- (13) 条文和訳は、椿・右近に依拠した。
- (14) 2002年の債務法現代化法で改正されてこのようになった。改正以前の第2文は、「告知の後に行為を行わなければならない場合において、その行為について時期が告知の後暦に従った計算法によって定まるときも、同様である」であった。
- (15) 債務不履行責任の免除あるいは免責といっても、弁済提供によって免除・免責される債務不履行責任は、履行遅滞に基づく責任に限定される。それは、「遅滞免責」あるいは「履行遅滞に陥らないこと」を意味している。この点につき、潮見『債権総論Ⅱ』188頁、197頁を見よ。
- (16) 債務法現代化法前の履行遅滞に関する条文の和訳を以下でまとめおく。条文和訳は、椿・右近に依拠した。

【ドイツ民法旧284条】

- ①債務者が、履行期到来後に債権者のなした催告に応じて給付をしないときは、債務者はその催告によりて遅滞となる。給付の訴の提起ならびに督促手続における督促決定の送達には催告に準ずるものとする。
- ②履行期が暦にしたがって定められているときは、債務者は、その定まりたる時期に給付をしなければ、催告なしに遅滞となる。給付に先立って告知がなされるべきものとされ、かつ履行期が告知の時より暦算して定まるときまた同じ。

【ドイツ民法旧285条】

債務者は、その責めに帰すべからざる事由により給付を行わない限り、遅滞に陥らない。

【ドイツ民法旧286条】

- ①債務者は債権者に対して遅滞によって生じた損害を賠償しなければならない。
- ②給付が遅滞より債権者の利益とならないときは、債権者は、給付を拒絶して不履行に基づく損害賠償を請求することができる。約定解除権に関する規定は、この場合に準用する。

【ドイツ民法旧326条】

- ①双務契約において当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の履行のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる。給付を適時に行わないときは、期日経過後において、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除する権利を有する。この場合において、履行請求することができない。期間を経過するまでに給付の一部を行わないときは、第325条第1項第2文の規定を準用する。
- ②遅滞のために契約の履行が相手方の利益にならないときは、期間を定めることを要せずに、相手方は第1項に定める権利を有する。
- (17) BGH WM 1971, 1268; NJW 1996, 1745f.; NJW-RR 1994, 1469, 1470.
- (18) 債務法現代化法以後のドイツ民法の遅滞に関する条文の和訳をまとめて掲げる。条文和訳は、岡孝の訳に依拠した。

【ドイツ民法新280条】義務違反に基づく損害賠償

- ①債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない。
- ②債権者は、第286条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付の遅滞に基づく損害賠償を請求することができる。
- ③債権者は、第281条、第282条又は第283条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

【ドイツ民法新286条】債務者の遅滞

- ①履行期の到来後になされた債権者の催告を受けて債務者が給付をしないときは、債務者は、催告により遅滞に陥る。給付の訴の提起および督促手

続における支払督促の送達は、催告と同様とされる。

②次の場合には、催告は不要である。

- 1号 給付時が暦日で定められているとき。
- 2号 ある出来事が給付の前に先行しなければならない場合であって、かつ給付時期が当該出来事の時から暦により計算されるという方法で定められているとき。
- 3号 債務者が給付を真摯かつ終局的に拒絶したとき。
- 4号 双方の利益を衡量すれば特別の理由により遅滞を直ちに発生させることが正当とされるとき。

③省略

④債務者は、自己の責めに帰すことのできない事情により給付をしない場合は、遅滞に陥らない。

【ドイツ民法新323条】

①双務契約において債務者が履行期の到来した給付を実現しなかったかまたは契約適格的には実現しなかった場合、債権者は、債務者に対して給付または追履行のための相当期間を設定してそれが経過したときに、契約を解除することができる。

②次のいずれかにあたる場合には、期間設定は不要である。

- 1号 債務者が給付を真摯かつ終局的に拒絶した場合
- 2号 債務者が契約により指定された期日または期間内に給付を実現せず、債権者が契約の中で給付が適時にされることへの自己への給振栄の存続を結びつけていた場合
- 3号 双方の利益を衡量したときに、即時の解除を正当化する特別の事情が存する場合

③以下は省略

(19) Huber, Leistungsstörungen, S. 173.

(20) Huberの見解に反した判例もある。すなわち、給付の遅延について、債権者が履行準備の時点で協力するという自ら負った義務を履行しなかった場合（原料の引渡しをしなかった、又は税務申告の資料を引き渡さなかった）に、ドイツ民法旧285条の意味における債務者の帰責事由が欠けるので、履行遅滞の成立を否定した判例もある。これらの判例については、Soergel/Wiedemann § 285 Rdnr. 6を見よ。

(21) Huber, Leistungsstörungen, S. 174.

(22) Jauernig/Stadler, § 293 BGB, Rn. 9.

(23) この原則を、判例だけでなく学説も一致して支持している。これについては、Stauber, S. 258を見よ。

(24) スイス民法第906条

①善良ナル管理上質入ラレタル債権ノ解除通知又ハ取立ヲ要スル場合ニハ債権者之ヲ行ヒ質権者ハ之ガ行ハルコトヲ請求することを得

②債務者ハ質入ヲ通知セラレタル場合ニ於テハ他方ノ承諾ヲ得タルトキニ限り債権者又ハ質権者ノ一方ニ弁済スルコトヲ得

③前項ノ承諾ナキ場合ニ債務者ハ債権額ヲ供託スベシ

上記の条文和訳は、穂積重遠校閲、辰巳重範説述に依拠した。

(25) 債権者遅滞の要件は、給付提供のあること、弁済準備のあること、協力の懈怠されること、正当事由のないことの4つに整理されている（CHK-Mercier OR 91 N 3 -12.）。91条の文言からは給付提供がなくても、履行に欠かせない準備を懈怠するという債権者遅滞要件は満たされ債権者遅滞が成立するように読めるが、給付の提供が必要と解されている。

(26) この原則の他にも、スイス債務法92条から95条までには規定されていないが、債権者遅滞の効果とされているものは、例えば、責任を免れる注意基準の低減、危険の移転、同時履行の抗弁権の消滅などである（CHK-Mercier OR 92 N 3 -12. Berner Kommentar —OR Art. 92 N14-32, BSK OR I — Berner Art. 92 N 5 - 7.）。

(27) これが、「可能なのに履行がなされないこと」、「期限の到来」、「催告又は確定された満期日」と並んで、遅滞の要件を構成するものと整理されている。例えば、CHK-Furrer OR 102 N 43-46. Berner Kommentar —OR Art. 102 N153-157, BSK OR I — Wiegand Art. 102 N12. を参照。

(28) Klang /Gschnitzer § 1419 ABGB S. 392.

(29) Schwimann /Heidinger § 1419 ABGB Rn. 13.

(30) Koziol in KBB § 1419, Rn. 4-7.

(31) Jaernig/Stadler § 293 Rn. 2 ; CHK-Mercier OR 91 N 5 ; Koziol in KBB § 1419 Rn. 2.

(32) 早川251頁以下、潮見『債権総論Ⅱ』197頁以下。

- (33) 北居561～564頁は、そのような事例として、大判大正14年12月3日民集4巻685頁、最判昭和45年10月13日集民101号71頁＝判時614号47頁、最大判昭和32年6月5日民集11巻6号915頁の事案を挙げて、検討している。
- (34) 判決当時の商法578条の文言は、「指図債権又ハ無記名債権ノ債務者ハ其履行ニ付キ期限ノ定アルトキト雖モ其期限カ到来シタル後所持人カ其証券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ為シタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス」で、同条は、現在の解釈と同様に、民法412条の特則と解されていた。
- (35) 我妻102頁以下。
- (36) 奥田『債権総論 増補版』, 131頁。
- (37) 奥田『新版注釈民法(10) I』462頁以下 [奥田昌道・潮見佳男・執筆]。
- (38) 奥田『新版注釈民法(10) I』463頁 [奥田昌道・潮見佳男・執筆]。
- (39) 司法試験の択一試験に、取立債務に関するこの知識を基準に正誤を判断する選択肢が出題されるほど、このことは、確定したものになっている。具体的には、平成8年度第35問の選択肢ウと、平成11年度第39問の選択肢5である。
- (40) 北居284頁、447頁以下、563頁以下など。北居説を支持するものに、平野215頁がある。
- (41) 後述の第4章第2節第3款を見よ。
- (42) 北居296頁から450頁で、判例及び学説が詳細に分析・検討されている。
- (43) ドイツ民法旧284条(ドイツ民法新286条に相当)に繋がる第1草案245条に関する理由書は、確定期限の付されていない債務については、債務者を遅滞に付すために債権者による催告が必要である述べた上で、次のように論じる(Motive II S. 58f.)。
- 「催告の内容は、債務関係の内容にしたがって決まる。催告に要求されることをこの方向で法律上の要件によって定めるのは不要であり、かつ疑問であるように思われる。妥当なことは、催告の本質と目的から困難なく明らかになる。[…中略…] いわゆる取立債務の場合に債務者が債権者の催告によって遅滞に付されるのは、債権者が給付受領のために債務者のもとに現れたときだけであるということは、債務関係の内容から、自ずから明らかになる。同様に、

債権者たる資格を得るために証券の呈示が必要であるか又は債務者が無記名債権証券の交付と引換えでのみ給付に義務づけられる場合なのに債権者が当該資格を持ち出さない又は当該無記名債権証券を交付しないときには、債務者は遅滞に陥らない。これは、債権者が受取証券を引き渡さないことを理由に債務者が給付を拒絶した場合に遅滞に陥らないのと同様である。このような考えに照らし、債権者が自己の負う債務の履行を先行させた後で又は同時履行でのみ債務者に履行請求できる双務契約の事例についても、さらに同時履行でなされるべき義務一般の事例についても、同じように、特別な規定を設けるべきではない。債務の履行のために、これら以外の方法での債権者の協力が必要なのに、債権者が協力に対応する活動をせず債務者がこのことを理由に履行することができない立場にある場合、例えば、債権者が供給すべき商品についてまず詳しく指定をしなければならないか又は給付客体の選択に際して協力しなければならないのに債権者が協力をしない場合に、債務者の遅滞は問題となり得ない。問題の状況に照らせば、そのような場合、協力に関して債権者が準備をした後で債務者に催告を再び行うことが必要となりうる。」

ドイツ民法に明文の規定はないが、確定期限の定めのない債務の履行遅滞の要件である催告の中に、履行のために債権者がなすべき協力がされなることを読み込む解釈を、既に第1草案理由書が行っていたのである。

学説も、上記の第1草案理由書の「催告」の解釈を支持する。その学説の中で、2002年施行の債務法現代化法よりも前のものは、Enneccerus/Lehmann S.307, Soergel/Wiedemann § 284 Rdnr. 30, Emmerich S.172f. である。債務法現代化法以後のものは、MünchKommBZ/Ernst § 286 Rdnr.53, Staudinger/Löwisch/Feldmann § 286 Rdnr.56, Bamberger/Roth/Unberath § 286 Rdnr.28である。

- (44) BGH NJW 1998, 1985 ; BGH WM 1971, 1268, 1270 = DB 1971, 2155f. ; OLG Hamburg OLGE32, 325 .
- (45) BGH WM 1971, 1268, 1270 = DB 1971, 2155. 連邦

裁判所は、1970年7月23日の決定において、被告は、原告の機械を寄託契約に基づいて保持していた。原告はそれをドイツに送り返すよう被告に請求してきた。当該契約では、原告が南アフリカの被告のところに当該機械を取り来ることを約定していたと認定され、それをしなかった原告の被告に対する催告は無効で、被告を遅滞に付すことができないと判示した。

- (46) BGH NJW 96, 1745.
- (47) Palandt/Grüneberg § 286の注釈で、債権者の協力を履行遅滞の一般的要件のところで扱い、一般的要件の1つである催告の中の扱うことをしていない。これは、「債権者の協力」を格上げしたことになり、筆者の望む整理に沿っている。
- (48) この論争については、北居278～282頁で詳しく検討されている。
- (49) Gursky, Schuldnerverzug, 450-459. Gursky論文は、北居277頁～283頁の「ドイツ法における履行遅滞要件」で詳しく考察されている。債権者遅滞と債務者遅滞の関係を、実像の鏡像のような対称性のある関係としてみれば、この類推適用は受入れやすいであろう。
- (50) Münchner Kommentar/Ernst, § 286 Rn.53, Staudinger/Löwisch/Feldmann § 286 Rn. 57 f.
- (51) Huber, Leistungsstörungen, S. 460～461.
- (52) Huber, Leistungsstörungen, S. 688.
- (53) Mugdan, Band 2, S. 536.
- (54) Mugdan, Band 2, S. 537.
- (55) 日本は2008年7月1日に本条約に加入し、その効力は2009年8月1日に発生した。日本は、71番目の締約国である。
- (56) Huber, Leistungsstörungen, S. 688.
- (57) 本条は、旧東ドイツ（ドイツ民主共和国）の提案

で起草されたもので、当時の東ドイツの国際経済法294条に倣ったものである。ハーグ統一売買法条約（ULIS）に同様の規定はなかったが、本条の基本思想は同条約74条2項に含まれていた。本条の内容は、信義則を具体化したものと説明されている。以上につき、Schlechtriem/Schwenzer, UN-Kaufrecht, Art. 80 Rn. 1を見よ。

- (58) Huber, Leistungsstörungen, S. 688
- (59) CISG80条について、石崎275頁以下、及び潮見『債務不履行の救済法理』372頁以下を参照。
- (60) Staudinger/Magnus, Art. 80 CISG Rn. 14; MünchKomm/Huber, 2012, Art. 80 CISG Rn. 6; Schlechtriem/Schwenzer, UN-Kaufrecht, Art. 80 Rn. 7; Honsell/Magnus Art. 80 Rn. 12; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 80 CISG Rn. 3; Ferrari/Saenger, CISG Art. 80 Rd. 12.
- (61) BGH Urt. vom 26.09.2012 VIII ZR 100/11, IHR 2012, 231 = NJW 2013, 304.
- (62) OLG Brandenburg Urt. vom 05.02.2013-6U 5/12
- (63) 債権者だけでなく、債務者も不履行を惹起した場合のCISG80条の問題については、Saenger S. 297～S. 300を参照のこと。
- (64) 条文和訳は、内田貴・曾野裕夫・森下哲朗・大久保紀彦の訳に依拠した。
- (65) ヨーロッパ契約法原則の同条同項と、ドイツ民法の債権者遅滞との関連を指摘したものに、Gsell, Non-performance, S. 376f.がある。
- (66) 条文和訳は、オーレ・ランドの訳に依拠した。
- (67) 条文和訳は、クリスティアン・フォン・パールの訳に依拠した。
- (68) 条文和訳は、内田貴ほか訳『共通欧州売買法（草案）』（別冊NBL No.140）商事法務2012年を参考にした。