

## ドイツ法における契約義務論の現況

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-02-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 長坂, 純 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/1365">http://hdl.handle.net/10291/1365</a>

【論 說】

ドイツ法における契約義務論の現況

長 坂 純

目 次

- I はじめに
- II ドイツにおける契約義務論の展開
  - 一 積極的債権侵害論の展開
  - 二 完全性利益保護義務の性質
  - 三 小 括
- III ドイツ新給付障害法の構造と契約義務
  - 一 新給付障害法の構造
  - 二 契約義務の位置づけ
  - 三 小 括
- IV 結 び

## I はじめに

今日、わが国においては、債務不履行による損害賠償請求の可否を判断するに際し、履行遅滞・履行不能・不完全履行という伝統的な三分体系に立脚することは、必ずしも一致した理解であるとはいえない状況にある。<sup>(1)</sup>特に、不完全履行論を契機として、従来の三分体系の見直しを図る見解が有力となっている。<sup>(2)</sup>不完全履行における被違反義務の内容・構造に着目する見解や不履行類型の拡張を志向する見解、さらには不完全履行概念を排除して債務不履行を捉える見解などからは、本旨不履行という包括的な定式を採用する民法四一五条のもとでは、三分体系はそれ自体維持し得なくなる。そして、債務不履行が債務履行の完全な反対概念になったとの認識に立てば、債務不履行を履行がない場合と不完全な履行をした場合とに分けることなく、「債務の本旨に従った履行をしない」というメルクマールで統一的に捉える方向へ向かうものと思われる。このように考えると、損害賠償請求の可否を判断するに際して重要なものは、単なる履行遅滞・不能などの存否を探ることではなく、債務者が「債務の本旨」に従ったかどうかを判断することだといえる。<sup>(3)</sup>

このような理解は適当であると考えるが、問題は、本旨不履行の判断規準をどのように捉えるかである。この点で、債務・契約義務構造に立脚して債務不履行を判断する理論動向に注目できる。契約義務構造についても不完全履行論の中で議論されてきたが、未だ一致した理解が得られているわけではない。ここでは、被違反義務の面からは給付義務、付随義務、保護義務などが析出され、それに従って債務不履行責任の要件・効果が説明される。しかし、義務を尽くさなかったことが本旨不履行（履行不完全）と構成されるが、それと帰責事由との関係は必ずしも明らかではな

く、三類型毎に説明を加える従来の通説とは異なったものになっている。また、給付義務違反については、損害賠償請求権の他、契約の解除や追完ないし完全履行請求権が認められるが、付随義務・保護義務の違反については損害賠償請求権のみが生じるとされるようであり、義務の性質論は効果の点でも違いを生み出している。このように、不完全履行論を契機として、債務不履行一般の構成規準が改めて問い直されるに至っている、というのが今日の理論状況だといえるであろう。

ところで、不完全履行は、ドイツ民法理論からの学説継受の結果としてわが国に定着した概念であり、また、契約義務構造についても、ドイツの契約義務論に示唆を得てその理論的深化が図られてきた。周知のとおり、ドイツにおいては、二〇〇二年一月一日より債務法現代化法を取り込んだドイツ新民法典が施行された。そして、この改正の最も大きな柱の一つである一般給付障害（履行障害）法においては、「義務違反（Pflichtverletzung）」概念のもとですべての給付障害が統括され、さらに、債務関係から生じる諸義務の存立根拠も明らかにされた。<sup>(5)</sup> わが国においても、債務不履行として問題とされる給付実態を被違反義務の面から捉えることが可能であり、また、そのような方向が適当であると考える立場からは、今後も、ドイツ民法に理論的素材を求めて日本民法の解釈学的検討を深めることは有益だといえる。

そこで、以下では、積極的債権侵害論の中で展開されてきた契約義務構造をめぐる議論を明らかにした上で、それが新給付障害法においてどのように位置づけられるのかを検討し、わが国への示唆を得たい。

#### 注

(1) 例えば、下村正明「不完全履行には、どういふ基本的論点が残されているか」椿寿夫編「講座・現代契約と現代債権の展望

第二巻」（日本評論社、一九九二）七四―七五頁は、通説における遅滞・不能・不完全履行と四一五条の妥当範囲の同一視は、今

- 日すでに確実に崩壊しつつあるとする。また、辰巳直彦「契約責任と債務不履行類型—三分体系批判—」〔北川遼層記念・契約責任の現代的諸相（上巻）〕（東京布井出版、一九九六）八九頁は、四一五条は本旨不履行一般の中に遅滞と不能が例示的に取り込まれているという構造を有するとの理解からは、一般的包括的債務不履行責任の発生要件として再認識する必要があるとする。
- (2) 不完全履行論の詳細については、拙稿「不完全履行」概念の現代的展開とその有用性」帯広畜産大学学術研究報告人文社会科学論集一一巻二号（二〇〇三）一一頁以下（[http://www.obhiro.ac.jp/~library/research/Vol11\(2\).pdf](http://www.obhiro.ac.jp/~library/research/Vol11(2).pdf)）参照。
- (3) このような要請は、当事者の行為自体を評価の対象とせざるを得ない債務提供者責任についてはより顕著だといえる（拙稿「債務提供契約」NB17七九〇号（二〇〇四）一〇五頁以下、同「債務提供者責任の基本構造」本誌七八巻一号（二〇〇五）三九頁以下参照）。
- (4) 北川善太郎「契約責任の研究—構造論—」（有斐閣、一九六三）三〇七頁以下、同「日本法学の歴史と理論—民法学を中心として」（日本評論社、一九六八）三四頁以下参照。
- (5) 詳細は、拙稿「ドイツ新給付障害法における「義務違反」概念」〔伊藤進教授古稀記念・現代私法学の課題〕（第一法規出版、二〇〇六発行予定）参照。

## II ドイツにおける契約義務論の展開

### 一 積極的債権侵害論の展開

(1) 旧ドイツ民法典（BGB）は、債務不履行として債務者の消極的な行為態様による不履行形態である履行遅滞・履行不能のみを規定したが、民法典制定後まもなく、シュタンプ（Staub）が、債務者の積極的な行為により債権者に損害が生じる場合（実現された給付に瑕疵があったり、債務者がしてはならないことをしたという場合）につき法の欠

欠があるとして、第三の不履行形態である「積極的契約侵害 (Positive Vertragsverletzung)」なるものを提唱し、遅滞に準じて損害賠償と解除の規定を類推適用することを主張した<sup>(6)</sup>。その後、数々の修正を受けながらも、より一般的に「積極的債権侵害 (Positive Forderungsverletzung)」と称され、慣習法上承認された制度として定着した<sup>(7)</sup>。そして、これまで、シュタウプの主張した類型のうち、主に「不完全給付」を遅滞・不能と並ぶ第三の債務不履行とみる見解が有力であり、また、そこでは被違反義務の面からも捉えられ、給付義務の不履行としての履行遅滞・不能に対し、信義則を媒介として生じる付随義務・保護義務が機能する場面として理解されるに至った<sup>(8)</sup>。なお、積極的債権侵害論の展開は、不法行為法 (BGB 八二三条以下) における具体的構成要件の狭隘さに起因したものであつた。

このように、契約義務構造については、特に積極的債権侵害論の中で展開されてきたものといえるが、一致した理解が得られているわけではない。一方で、契約債務関係の構造分析に立脚して給付義務に対比させた付随義務という形での整理がなされ、また、債権者に実現されるべき利益状態との関係から当該義務の果たすべき役割が分析され、諸義務の具体的な内容や相互関係が明らかとなりつつある。しかし、他方で、構築されてきた義務群の中で異質なもの (完全性利益保護義務の特殊性) が浮き彫りにされるとともに、それが本来の契約規範の領域を超えるものなのか否かが問題とされ、さらには、義務構造論自体を疑問視する見解も存するのである。このように、契約義務構造をめぐる問題状況は錯綜しているが、以下ではそこでの代表的な見解をみていきたい。

(2) ラーレントツ (Larenz) は、契約義務を債務関係に意味内容を付与しその類型を決定すべく機能する「給付義務」と、給付の本来の実現あるいはそれと内的関連を有するすべての行為である「その他の行為義務 (weitere Verhaltenspflichten)」から整理する<sup>(9)</sup>。このような理解は、債務関係とは当事者の合意と制定法規範との相互作用から形成される権利義務が結合した組織体 (Gefüge) であるとの、債務関係の構造分析に立脚するものである。すなわち、「契約上の債務関係

は、その核心たる双方向的な給付義務の内容・範囲が法律行為つまり当事者意思によって確定されなければならないだけであり、その他の点では、制定法上の任意法規または強行法規により共同決定され、また、「契約関係は相互に結びつけられた権利義務の組織体である。諸義務は、表示された当事者意思の解釈に基づき、とりわけ主たる給付義務はそうであり、さらに制定法に基づく諸義務を含み、保護義務および一次的給付義務の代わりあるいはそれと併存する二次的給付義務は<sup>(10)</sup>後者に属する。契約関係の内容は、一部は当事者意思、さらに法秩序により定まり、法秩序は当事者意思を尊重し、正当な規律という意味においてそれを補充する」と述べる。<sup>(11)</sup>そして、給付義務は、「主たる給付義務 (Hauptleistungspflichten)」と「従たる給付義務 (Nebenleistungspflichten)」とに細分され、前者は、一時的給付義務として当該債務関係の類型を決定するものであり (例えば、売買目的物の引渡・所有権の移転、買主の代金支払義務)、後者は、主たる給付義務とともに債務関係の内容を決するが、わずかな意義しか有しないものとする。<sup>(12)</sup>「その他の行為義務」は、信義則 (BGB 二四二条) に基づき、債務関係の実行により債権者の法益に生じうる侵害から債権者を保護すべき「保護義務 (Schutzpflicht)」あるいは労働関係や組合関係といった長期間継続する債務関係において不可欠な信頼関係の保持に奉仕すべく「誠実義務 (Loyalitätspflicht)」が問題となり、これらは作為 (特定の損害防止措置、相手方に存する危険の説明) または不作為 (契約目的を危殆化したり信頼を揺るがしたり、相手方を害するような行為をしない) へも結びつく義務である。「給付義務」と「その他の行為義務」との相違は、前者 (とりわけ「主たる給付義務」) は、債務関係の類型を決定し、その内容が最初から定まっており給付の訴による訴求が可能であるのに対し、後者は、あらゆる債務関係においても生じ、内容は定まっておらず、原則として事前の履行請求ができない点にある。<sup>(13)</sup>もつとも、「その他の行為義務」も、当事者が特定の行為につきそれが債務内容となることの合意をした場合<sup>(14)</sup>には、「従たる給付義務」に昇格するとみる。このように、ラーレンツは、債務関係を広く解することにより、債務者

の義務も給付結果ないし契約目的の実現という履行過程の中で捉え、保護義務もその中に取り込んで位置づけている。

同じく、ゲルンフーパー (Gerhüber) も、債務関係の構造分析から契約義務を整理する。ゲルンフーパーは、債務関係を債権・債務および債権者・債務者間に存する種々の要素からなる「複合的な統一体 (komplexe Einheit)」であると理解する。<sup>(15)</sup> すなわち、債務関係は、BGBにおいて定義されていないが、これまで債権・債務の補充概念として、あるいは、債権者と債務者間の給付関係を意味するものとされ、また、広義の債務関係と狭義の債務関係とが区別されるなど、学説上その特徴は明らかではない。債務関係は、契約準備段階においても牽連関係においても存するものであり、したがって、その目的は、債権者の給付利益の実現に限定されず、規範や当事者の行為により別の債務関係に取り替えられたり変更が加えられる場合がある。例えば、給付義務なき債務関係が二次的給付義務 (損害賠償請求権) を伴う債務関係に替えられたり、双務的な債務が片務的なものに替わるが、ここでは債務関係の同一性が維持されるのか否か (連続性と非連続性) は別個に吟味されることになる。ゲルンフーパーにあつては、債務関係は契約の前後にも存するものとされ、その内容も多様であり、より柔軟なものとして概念規定する傾向が窺える。<sup>(16)</sup> そして、このような債務関係の構造分析に立脚した上で、契約債務関係は、給付義務により決せられ、その他の義務は、その侵害があつてはじめて明らかにされるものだとして、以下のように説く。<sup>(17)</sup> 給付義務は、「独立の給付義務」(他の学説が主張する「主たる給付義務」に対応するもの) と「従たる給付義務」(例えば、BGB四〇二条 (債権譲渡における旧債権者の新債権者に対する報告・証書交付義務)、四四四条 (不動産売主の報告・証書交付義務)、六六六条 (受任者の報告義務) など) に分けられ、前者は、契約類型を決するものであり、双務契約上の反対給付義務と結びつき、それとの関連なしには存在しないものである。これに対し、後者は、通常、牽連関係に組み入れられないが、当事者の合意により可能であるとして、主・従の給付義務の区別にそれほど重要な意義を認めないラーレンツよりも踏



み込んだ説明をする（例えば、買主の目的物引取義務（BGB四三三条二項）は、売主が引渡期日に関する利益を明示した場合は三二〇以下（双務契約の効力）の適用がある）。そして、「その他の義務」には、「給付誠実・協力義務（Leistungstreue - und Mitwirkungspflichten）」と「その他の行為義務」とに細分され、前者は、給付の実現に奉仕する義務（契約目的の実現へ向けられる作為義務またはそれを危殆化させない不作為義務）であり、後者は、ラーレンツと同様に理解し、保護義務もここに位置づける。「その他の義務」は、通常、訴求できないが、相手方の利益保護のためにある一定の行為（作為・不作為）が義務づけられる場合には可能だとする。

以上の見解に対し、契約上の義務を債権者に実現されるべき利益状態との関連から整理し、当該義務の果たすべき役割・その具体的内容に着目する見解がある。アイケ・シュミット (Eike Schmidt) は、契約上の義務として、本来の債務目的の達成（財貨移転による債権者利益の確保）へ向けられ、そのための給付請求権に結びついた「主たる給付義務」と「従たる給付義務」、また、「その他の付随義務」として「保護義務」を観念する。<sup>(18)</sup> すなわち、「主たる給付義務」は、債務およびその類型を特徴づけるものであり、財貨移転の確保に奉仕する「従たる給付義務」は、付加的な物の給付（例、証書の給付）、目的物の梱包・保管、情報提供や報告、目的物の使用方法の説明・教示などを内容とする。「従たる給付義務」は訴求可能であるのに対し、「その他の付随義務」はその対象とはならない点で相違する。<sup>(19)</sup> そして、給付義務を根拠づける債務関係は同時に、当事者を法的な特別結合関係に置き、そこでの当事者間の信頼は、債務者による給付の実現に尽きず、互いに付加的な侵害をしてはならないという期待と結びつき、ここに給付利益と並び保持利益（完全性利益）の保護が要請される。したがって、債務関係は、財貨移転を確保するための媒体であると同時に、不法行為によって評価されるべき接触をはるかに超える当事者間の目的接触の場として機能する。このような接触の結果、当事者が現に保持しており、通常は他人によって接触不可能な一般的利益に関連して不当に高い

損害発生のおそれがある。このことは、財貨移転または履行の観念からは捉えることのできない完全性保持にかかわるものであり、この保護利益の局面において保護義務は特徴づけられる。保護義務の内容は、当該情況下での危険性や危険回避の必要性、当事者間の接触の度合いにより決せられ、侵害の危険が具体化した場合には、請求（不作為請求権）が可能となり、契約の放棄（解除・解約）や給付拒絶権も認められる。<sup>(20)</sup>

さらに、ハインリッヒス (Heinrichs) は、主・従の給付義務に対比させた付随義務群を詳細に分析する。<sup>(21)</sup> 付随義務を「給付に関連する付随義務」とその他の「行為義務」に分け、さらに、それぞれについて請求が可能か否かから「独立の付随義務」と「非独立の付随義務」とに細分する。「給付に関連する付随義務」としては、「主たる給付義務」を補完し、あるいは給付結果・契約目的を危殆化させない義務である「給付誠実義務 (Leistungstreuepflicht)」(給付目的の保護・保管義務や競争禁止義務などに具体化される)、および「協力義務」(例えば、必要な官庁の許可を得るための協力) があげられ、原則的に前者は訴求できないが (非独立の付随義務)、後者では可能である (独立の付随義務)。その他の「行為義務」には、「保護義務」(非独立)のほか、「説明義務 (Aufklärungspflicht)」(任意に相手方当事者に重要事項を知らせる義務≡非独立)、「情報提供義務 (Anskunftsspflicht)」(BGB二六〇条、四〇二条、六六六条の報告義務≡独立) があり、いずれも給付利益および完全性利益も保護対象となるとする。

エマリッヒ (Emmerich) は、契約上の義務を「主たる給付義務」との関連で段階的に捉え、「主たる給付義務」に最も近いのが「従たる給付義務」であり、それに最も遠いものとして完全性利益の「保護義務」を位置づけ、さらに、これらの間に各種の「付随義務」が存すると理解する。<sup>(22)</sup> 「従たる給付義務」は訴求可能であり、双務契約における牽連関係に含まれる点で「付随義務」と区別される。もともと、給付利益の保持へ向けられる「付随義務」にも、訴求できない「協力義務」・「説明義務」のほか、訴求可能な「情報提供義務」などを例示する。また、「保護義務」は、「主た

る給付義務」との関連性が希薄である点で「従たる給付義務」・「付随義務」と区別される。

(3) 積極的債権侵害の類型については、契約義務論と接合してはいるものの、各論者により義務構造の捉え方が異なることから、その理解は一致してはいない。しかし、これまでの代表的な見解からは、およそ給付義務違反とその他の付随義務（行為義務）違反に分けて捉える見解（ラールンツ<sup>(23)</sup>、メイクス<sup>(24)</sup>、ハインリッヒス<sup>(25)</sup>）と、付随義務違反をさらに給付利益（給付結果）の保持へ向けられた義務違反と完全性利益保護義務違反とに細分する見解（アイケ・シュミット<sup>(26)</sup>、エマリッヒ<sup>(27)</sup>）がみられる。そして、いずれにおいても、主に完全性利益侵害事例を中心に分析されている。すなわち、給付義務違反および保護義務違反としては完全性利益侵害が問題視され、給付利益の保持へ向けられる付随義務違反についても、給付利益の侵害と合わせて完全性利益侵害が問題とされる傾向にある。

したがって、そこからは「給付目的物（または給付行為）の瑕疵」および「給付するに際し必要な注意の欠如」という侵害態様に具体化させて捉えることができるであろう。前者では、「給付結果の不完全」（給付利益侵害）としての給付義務違反、さらには、「拡大損害」（完全性利益侵害）に至る場合には保護義務違反が存することになる。また、後者では、それを給付義務違反が問題とされない場面であるとみると、「給付結果の不完全」は付随義務違反、完全性利益侵害は保護義務違反が問題となる場面であると解することができる。しかし、それぞれの侵害態様において諸義務が交錯し、とりわけ付随義務と保護義務の性質・内容、その給付義務との関連性については明らかではない。

## 二 完全性利益保護義務の性質

(1) 契約義務構造については、積極的債権侵害論の中で明らかにされてきたが、反面、諸義務は契約債務関係にお

いてどのように位置づけられるのか、特に保護義務を契約債務関係の中へ取り込むべきか否かという問題が表面化する。これを否定するときには、当事者の生命・身体・財産といった完全性利益を保持すべく機能する保護義務は不法行為法へ放逐されることになるのか、逆に肯定するときには、その法的論拠および機能領域（契約規範）の限界づけが問題とされ、保護義務論が展開されている。

完全性利益の契約規範による保護をめぐる理論史的系譜は、前述したシユタウプによる「積極的契約侵害」の提唱に遡るが、契約義務論の展開過程で保護義務の特殊性が浮き彫りにされた。そんな中、契約締結上の過失、積極的債権侵害、契約終了後の過失責任、第三者の保護効を伴う契約といった、各々の契約責任の拡大領域において個別に構成されてきた保護義務を統一的に捉え、これを本来の契約規範の領域を超えるものとして理解する「統一的法定保護義務関係」論が提唱され、今日の学説の多くは、このような理論動向に承接した上で展開されている。以下では、「統一的法定保護義務関係」論の展開とそれに対する批判説の動向を整理しておきたい。<sup>(28)</sup>

(2) 「統一的法定保護義務関係」論は、カナリス (Canaris) が提唱し、ティール (Thiele) によりさらに分析が進められたものであり、給付関係とは別個の保護関係 (信頼関係) において法秩序 (BGB 二四二条 (信義則)) により付与される義務を「法定の保護義務」として根拠づけ、保護関係は契約の前・中・後を通して存立するものとして統一的に捉える。そして、保護義務違反による責任は、契約責任と不法行為責任の中間の様相を呈するもの（「信頼責任」<sup>(29)</sup>）だとする。もつとも、カナリスにあつては、構造上給付義務と保護義務は分断されるものの、両者が重なり合う場合も認める。とりわけ不完全履行の場合がそうであり、例えば、売主が有毒な家畜飼料を引き渡したことにより買主の家畜に損害が生じた場合には、売主は「中等の種類・品質」を有する商品を引き渡すべき義務を負うから給付義務は完全に履行されておらず、また、給付利益を超えた法益侵害であるから、同時に保護義務違反でもある。さら

に、給付義務と保護義務が同一目的に向けられる場合もあり、例えば、複雑・危険な機械の売却に際して使用説明書を交付すべき義務は、(機械の適切な作動という契約目的に向けられた)「従たる給付義務」であると同時に(例えば、爆発といった随伴的損害からの保護を目的とした)「保護義務」でもあるとする。これに対し、ティールは、給付義務と保護義務の峻別をより徹底させ、また、保護義務と不法行為法上の義務との相違を明らかにすることにより、給付関係および不法行為規範とも區別される「法定の保護義務」の性質をより鮮明なものとする。

「統一的法定保護義務関係」論は、その後多くの支持を集めるに至り、一方では、カナリス・ティール説を継承する傾向もみられるが、<sup>(30)</sup>他方で、カナリス・ティール説にあつては、保護義務違反の契約責任・不法行為責任に対する相違が必ずしも明らかではなく、また、具体的な侵害態様において給付義務と保護義務の分断も明確ではないことが問題視されるようになり、このような保護関係の曖昧さを回避しようとする見解が同じく「統一的法定保護義務関係」論者の内にみられる。その第一は、給付関係と保護関係の峻別を徹底させる意味からも、給付義務の不履行が存しない完全性利益侵害場面のみを保護義務違反として根拠づけようとする見解<sup>(31)</sup>である。すなわち、「給付目的物(または給付行為)の瑕疵による拡大損害」や給付履行にかかわる完全性利益侵害は、給付義務違反の因果関係上の問題として捉え、保護義務は給付義務と関連性を有しない場面においてのみ存するものとして、そこでの保護義務の機能を分析する。第二は、完全性利益の保護が給付に取り込まれ、保護義務が(主・従の)給付義務として認められる契約類型(雇用・労働法上の安全配慮義務、受寄者の義務など)を析出し、これとは別の場面で給付関係から峻別された「法定の保護義務」を観念する見解<sup>(32)</sup>である。これらは、いずれも保護義務領域を明確化する見解(「保護義務領域限定説」と称しておく)として注目できる。さらには、債務履行過程における給付関係と保護関係の峻別可能性を問題視する見解<sup>(33)</sup>も表明され、これは「統一的法定保護義務関係」論に対する批判説に接合するものといえるであろう。

(3) このように展開されてきた「統一的法定保護義務関係」論に対しては、批判説も有力である。「統一的法定保護義務関係」論は、保護義務違反による責任を不法行為責任を超え、かつ契約責任とも異なる責任とすべき要因を模索し、保護義務の存立根拠を高められた影響可能性・侵害可能性を有する当事者間の接触関係や信頼に求めている。しかし、このような根拠そのものが批判の対象とされている。第一は、債務履行過程における給付関係と保護関係の峻別に対する批判である。契約締結へ向けた交渉段階や契約が無効・取消された場合などにおいては「法定の保護義務」が妥当するものの、有効な契約が締結された場合には、保護義務の内容およびその違反の効果が生じない。第二は、契約締結後にかかわる場合があることが指摘される。ラーレンツは、有効な契約が締結された場合には、契約上の債務関係が、契約交渉段階の債務関係において設定された保護義務を吸収し、さらに広範な保護義務を新たに設定することになるとし、<sup>(34)</sup>メデイクスも、保護義務の内容・程度、その違反に対する免責についても、当事者の合意や契約の効力と無関係ではないとする。<sup>(35)</sup>

批判説の第二は、保護義務と不法行為法上の義務との同質性を認め、保護義務違反を不法行為責任として構成する見解である。契約責任の再構成が問題化した要因たる不法行為法の不備は、同規範内で解決されるべきであるとの立場から、完全性利益侵害は、不法行為法上の義務の違反が法律行為的接触を契機として侵害されたものと主張する。<sup>(36)</sup>そして、このような理解からは、保護義務領域を限定的に捉えるとき、給付義務違反による完全性利益侵害（拡大損害）および完全性利益の保護が給付対象となる契約において観念される給付義務たる保護義務を契約規範に服せしめ、給付関係からの峻別が強調される保護義務は、「法定の保護義務」というよりもむしろ不法行為法において生成・展開されてきた「社会生活上の義務（Verkehrspflichten）（社会生活保安義務（Verkehrssicherungspflichten）」）そのものであるとの理解に至る。

## 三 小 括

(1) 以上からは、契約上の義務は、当該義務の指向する利益から、給付利益ないし給付結果の保持へ向けられるものと、完全性利益という現状利益の保持へ向けられるものに分けて理解されている。給付利益の保持へ向けられる義務としては、給付結果の実現に直接関連する「給付義務」(主・従の給付義務に細分するのが有力)と、それを保持するために債務者に課される「付随的義務」<sup>(37)</sup>が解明されてきた。「主たる給付義務」は、当事者の合意に基づき当該債務関係の類型を決するものであるのに対し、「従たる給付義務」はそれほどの意味は有しないものの、「主たる給付義務」と併存して債務関係の内容を画する義務だとされる。「従たる給付義務」と「付随的義務」の区別規準については、なお対立がみられるが、前者では履行請求権(従たる給付結果)が認められる点で区別するのが一般的な傾向である。「付随的義務」は、その違反があつても給付結果が実現される場合もあり、それが「給付結果の不完全」(II給付義務違反)と評価されてはじめて問題とされると考えると、独自では帰責根拠とはならない点で給付義務と相違することになるものと思われる。訴求可能性から「独立の付随義務」と「非独立の付随義務」に分けて捉える見解も有力であるが、そこでは、とりわけ「従たる給付義務」と「付随的義務」との区別規準は必ずしも明らかではない。そして、これらとは構造上区別された形で「完全性利益保護義務」を觀念する見解が有力である。

(2) 保護義務については、前述したように、「統一的法定保護義務関係」論とそれに対する批判説という形で整理できる。そして、学説においては、保護義務の機能領域、そこでの保護義務の存立根拠(契約上の合意、当事者間の影響可能性・侵害可能性、社会的接触、信頼思想など)、不法行為法上の義務との異同や保護義務違反の効果(損害賠償

の範囲、履行請求権の可否)などをめぐり議論されてきた。これらの論点については、諸説が林立している状況にある。かくしてドイツにおいては、「統一的法定保護義務関係」論を契機として、給付関係と保護関係の峻別をめぐる問題性が表面化し、そこから保護義務領域の限定化を志向する見解が有力となり、あわせて保護義務と不法行為法上の義務との関係が改めて問い直されるに至っている、というのがこれまでの理論状況だといえる。<sup>(38)</sup>

そこで、以下では、このように展開されてきた契約義務論がドイツ新給付障害法のもとではどのように位置づけられ、また、今後どのような展開が予想しうるかについて検討を加えたい。

## 注

- (6) Hermann Staub, Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. deutschen Juristentag, 1902, S.31ff.; derselbe, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904 (Nachdruck, 1969), S.93ff.
- (7) Wolfgang B. Schünemann, Die positiven Vertragsverletzung - eine kritische Bestandsaufnahme, Jus 1987, S.1ff.; Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S.224-226. なお、シムタナブ以前の積極的債権侵害論の状況については、小野秀誠「不完全履行と積極的契約侵害—現代的展開—」一橋論叢二二六巻一号(二〇〇一)一頁以下参照。
- (8) もともと、積極的債権侵害概念を不要とする見解 (Horst Heinrich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S.41-47, 58ff.) や、義務論を否定する見解 (Ernst Wolf, Rücktritt, Vertretennissen und Verschulden, AcP 153 (1954), S.111ff.; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, S.34-36.) がある。
- (9) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Aufl. 1987, S.7ff.
- (10) 一次的給付義務の代わり(不履行による損害賠償義務)、あるいはそれと併存するもの(遅滞による損害賠償義務)が一次的給付義務である。これに対し、不法行為(BGB八三三条)に基づく損害賠償義務は一次的給付義務である。この場合は、損害賠償義務が生じることによりはじめて(法定)債権関係が生じるからである(Larenz, a.a.O. (Fn.9), S.9.)。
- (11) Larenz, a.a.O. (Fn.9), S.118, 365f.
- (12) ラーレンツは、給付義務を、給付行為のみならずそれにより実現されるべき給付結果も取り込んだものとして理解するよう



- ある。すなわち、債務者が給付行為を果したにもかかわらず給付結果が生じない場合（実現されない給付義務が残る）と、債務者が正当な行為をしないことにより債権者に付加的損害が生じる場合とを区別すべきだとして、給付義務は行為義務であるが、行為義務が給付義務となるのではないとする。それは、給付結果の実現を直接の目的とする本来の給付行為以外に、債権関係からその他の諸々の行為が債務者に課せられるからだとする（Larenz, a.a.O. (Fn.9), S.10f. Anm. 5.)。
- (13) Larenz, a.a.O. (Fn.9), S.11f.
- (14) なお、メテイクス (Medicus) も、主・従の給付義務、行為義務、保護義務が契約債務関係の中で一体となって存するものと理解する (Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, S.148ff.)。
- (15) Joachim Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts Bd. 8, 1989, S.6ff.
- (16) このような理解は、契約締結上の過失と積極的債権侵害の関係を論じてるに際してもみられる。すなわち、両者は契約の締結を基準に区別されてきたが、契約締結上の過失は契約準備段階における積極的債権侵害の問題に他ならないとする。契約準備段階の債務関係は、給付を義務づけるものではないが、「その他の行為義務」（給付誠実義務、協力義務）からなる債務関係として理解する。さらに、「その他の行為義務」は、契約準備段階のみならず給付の履行過程さらには履行後にも存するものとみず (Gernhuber, a.a.O. (Fn.15), S.26, 177.)。
- (17) Gernhuber, a.a.O. (Fn.15), S.15ff.
- (18) Esser - Elke Schmidt, Schuldrecht Bd. I Teilband 1, 8. Aufl. 1995, S.105ff.
- (19) 「その他の付随義務」は、配慮義務、誠実義務、警告義務、注意義務、監督義務、その他の保護義務に具体化される (Esser - Schmidt, a.a.O. (Fn.18), S.109.)。
- (20) Esser - Schmidt, a.a.O. (Fn.18), S.89-91, 105f, 109f.
- (21) Palandt BGB - Helmut Heinrichs, 60. Aufl. 2001, Rn.6f. zu Einleitung vor §241, Rn.23f. zu §242.
- (22) Volker Emmerich, in: Athenäum - Zivilrecht Bd. I Grundlagen des Vertrags - und Schuldrechts, 1972, S.304ff.
- (23) Larenz, a.a.O. (Fn.9), S.363ff.
- (24) Medicus, a.a.O. (Fn.14), S.218ff.; derselbe, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2000, S.198ff.
- (25) Palandt - Heinrichs, a.a.O. (Fn.21), Rn.104ff. zu §276.
- (26) Esser - Schmidt, a.a.O. (Fn.18), S.90.; derselbe, Schuldrecht Bd. I Teilband 2, 8. Aufl. 2002, S.153ff.
- (27) Emmerich, a.a.O. (Fn.7), S.226ff.; MünchKomm - Volker Emmerich, 4. Aufl. 2001, Rn.207ff. der Vorbem. zu §275.



- a.a.O. (Fn.15), S.26-29.; Palandt - Heinrichs, a.a.O. (Fn.21), Rn.106. zu §276.; Staudinger BGB - Manfred Löwisch, 13. Aufl. 1995, Rn.25f, 36f, 42f, 51, 56f. der Vorbem. zu §§275-283.
- (36) Hans Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, 1976, S.523-528.; derselbe, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), S.150f. Fn.21.; Ulrich Huber, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177 (1977), S.316-321.; derselbe, Leistungsstörungen, in : Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I, 1981, S.737f.; Peter Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, S.66, 187f. 544. 以上は学説とは異なり、保護義務違反による責任(完全性利益侵害)を特別責任として構成する見解である(Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen „Zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), S.369ff.; derselbe, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung - Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme -, JZ 1987, S.1045-1047.; Kleanthis Rousos, Schaden und Folgeschaden, 1992, S.303f.)。
- (37) 「付随義務(Nebenpflicht)」と称するのが一般的ではあるが、学説には「行為義務(Verhaltenspflicht)」と称したり、給付義務以外の義務を一括して「付随義務」と称する傾向もみられ一貫しない。本稿では、給付の保持へ向けられる付随義務を「付随的義務」と総称しておく。
- (38) 保護義務の契約債務関係における位置づけ、具体的な侵害態様と帰責根拠および不法行為規範との限界についての筆者による検討として、拙稿「完全性利益侵害をめぐる契約責任構造(1)(2)(3)(4・完)」清和法学研究一巻一号(一九九四)三九頁以下、同一巻二号(一九九五)二九頁以下、同一巻一号(一九九五)二二七頁以下、同一巻一号(一九九六)五一頁以下、同一「完全性利益侵害と契約責任構造」私法六〇号(一九九八)一七三頁以下、同一「契約責任の構造と射程・賞書」清和法学研究五巻一号(一九九八)一三二頁以下など。

### Ⅲ ドイツ新給付障害法の構造と契約義務

#### 一 新給付障害法の構造

(1) ドイツにおける債務法改正において重要な地位を占めるのは、給付障害法の根本的な変更である。<sup>(39)</sup> 履行遅滞と履行不能の平行構成を採用した旧ドイツ民法のもとでは、積極的債権侵害に特徴づけられるように、そこに収まりきれない給付障害が明らかとされ、また、債務法各則に規定のある瑕疵担保法との限界づけも問題とされた。これを受け、新給付障害法においては、「義務違反」という統一的概念の採用により、まったく新しい体系が出現した。これまでの遅滞・不能のみならず、履行拒絶や瑕疵ある給付・付随義務違反といった障害も、すべて「義務違反」として包括的に理解され、売買・請負契約の瑕疵担保法も統一され、一般給付障害法へ収斂された。<sup>(40)</sup> さらに、契約締結上の過失責任（三二一条二項・三項）や行為基礎の障害（三二三条）なども明文化された。

二八〇条一項は、「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しうる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りではない」と規定する。債務関係から生じる義務の違反が、給付障害の基本的構成要件であると同時に、原則的な損害賠償請求権の客観的要件となる。「義務違反」とは、債務者の行為が債務関係に適合しないことであり、帰責事由とは無関係な客観的な概念として理解される。<sup>(41)</sup> ここでいう債務関係は、広い意味での債務関係を意味する。すなわち、二四一条一項は、「債務関係に基づき債権者は、債務者に対して給付を請求することができる。給付は不作為でもよい」と規定し、同項は旧二四一条と変わるところ

はない（狭義の債務關係）。さらに、二項で「債務關係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益及び利益に対する配慮を義務づける」と規定した（広義の債務關係）。このように、債務關係から生じる義務は、給付に関連する義務（二四一条一項）に限定されるものではなく、その他の義務（同条二項）および法律行為に類似した債務關係から生じる義務（とりわけ、契約締結上の過失に基づく義務）も包含する。したがって、義務違反それ自体にとつては、義務のどのような種類が問題となるのか、すなわち、主たる給付義務が問題となるのか、従たる給付義務や付随義務・保護義務が問題となるのかは重要なことではない。そして、損害賠償請求権は、債務者に義務違反があり、その義務違反に対し債務者の責に帰すべき事由があるときに認められる（二八〇条一項二文、二七六条）。

(2) 新給付障害法は、給付障害を包括する「義務違反」を据えたが、他方において、旧法上存在した障害類型（遅滞、不能、積極的債権侵害）は、給付に代わる損害賠償（旧法上の「不履行による損害賠償」に対応する<sup>42</sup>二八〇条三項、二八一条、二八二条、二八三条）ないし給付遅滞による損害賠償（二八〇条二項、二八六条、三一一 a 条二項）、ならびに、双務契約における解除権（三三三条、三三四条、三三六条）という法律効果について区別して扱われる。したがって、その限りでは将来においても固有の意味を有することになる。

前述したように、積極的債権侵害は、これまで主に当事者の完全性利益が侵害される場面として理解されてきたが、新法においても、二四一条二項で、権利、法益および利益という拡張された定式化により、当事者の現在の財産状態に対する加害行為からの保護義務（行為義務）が法律上明らかにされた。そして、保護義務違反により生じる損害賠償は二八〇条一項により認められる。また、給付に代わる損害賠償については二八二条に規定され、<sup>(42)</sup>双務契約における解除権は、債権者を契約に拘束することがもはや期待できない重大な義務違反が存在する場合に限って認められる（二二四条）。

(3) 以上のような特徴を有する新給付障害法に対しては、批判もある。例えば、給付障害の構成要件を抽象化・単純化させたことは、結果的にこれまで具体的に定められてきた規定・原則（遲滞、不能、不完全給付、保護義務違反、契約締結上の過失責任を根拠づける説明義務など）の間の隔たりが拡大することになるとされ、<sup>(43)</sup> また、新法においても伝統的な障害類型が維持される限りでは、「義務違反」という統一の構成要件は適当ではないとの見解もある。<sup>(44)</sup>

損害賠償を帰責するに際しては、まず第一段階として、客観的に義務違反（給付障害）が存在するかどうか判断され（二八〇条一項一文）、次に第二段階において、それが存在する場合に債務者の帰責事由の有無が判断される（同条一項二文）。このような「義務違反」と「帰責事由（有責性）」を区別することを疑問視する見解もある。すなわち、遲滞・不能については「義務違反」と「帰責事由」は区別できるが、保護義務違反については、それが確定的であれば帰責事由はもはや問題とはならないとされる。<sup>(45)</sup> また、両概念は厳密に区別されず一貫性もなく、特に双務契約の解除については、帰責事由の存在を要せず、義務違反に根拠を求めることはできないとされる。<sup>(46)</sup>

これらの批判からは、義務違反概念はあらゆる給付障害を包括しうるのか否かが問題となり、また、義務違反を帰責根拠および法的救済手段との関連で問題とする場合にも、やはりそれは義務違反概念をどのように理解するかにかかわってくる。

(4) 新法のもとも、学説においては、問題となる障害事象を債務関係から生じる諸義務に対応させて理解する傾向が顕著である。このような傾向は、これまで積極的債権侵害論の中で被違反義務の内容・構造に関する議論の蓄積があること、また、それを踏まえて、新法においても義務概念が明文化されたこと（二四一条、二八〇条）によるものと推察する。

学説は、概して、二四一条一項を根拠とする給付義務（主・従の給付義務）と同条二項の意味する保護義務（行為

義務)を區別し、あるいは、「給付に関連する義務」と「給付に関連しない義務(保護義務)」に対応させて給付障害を整理する。<sup>(48)</sup>例えば、遲滞・不能を給付義務の不履行として位置づけ、積極的債権侵害を保護義務違反として特徴づける。また、不完全履行(瑕疵ある給付)については、給付の不履行と完全性利益侵害という債務者の加害行為が並存する場面であるとの理解や、<sup>(49)</sup>瑕疵担保責任に関連づけて処理する見解もみられる。<sup>(50)</sup>しかし、義務構造や義務違反として問題とされる具体的な給付実態、その適用条文などについて、理解が一致しているわけではない。

## 二 契約義務の位置づけ

(1) ドイツ新債務法が、一般給付障害法における統一的要件として「不履行」ではなく「義務違反」の語を用いたのは、ドイツ民法学では伝統的に「不履行」は「給付の不実現」をさし、給付以外の付随義務(とりわけ保護義務)の違反を包含できないことを考慮したことによる。<sup>(51)</sup>また、二八〇条一項が「債務関係から生じる義務」に対する違反とし、端的に「債務」の不履行としていないのは、契約締結上の過失についても賠償責任を認めようとしたことにあるものと思われる。

新法の起草者は、「義務違反」を、帰責事由とは無関係に、給付障害という事態を客観的に把握する概念と考えている。つまり、義務違反概念は、給付障害が存在するかどうかの評価規準として機能する。そして、義務違反(給付障害)が存する場合に、それを債務者に帰責できるものかどうか別問に問われることになる。

しかし、このような義務違反概念に対しては批判もある。まず、義務違反のもとですべての給付障害を包括することは困難であるとの批判がある。<sup>(52)</sup>これは、客観的な給付障害の存在を「義務違反」というか、あるいは不履行・契約

違反と称すべきかという問題に帰着するようにも思われ、そうすると単なる用語上の相違にすぎないことになる。もう一つの批判は、義務違反には、給付義務の不履行（給付の不実現）という側面と債務者の行為に関連する（債務者の行為が当該債務関係に適合しない）側面の二つの異なった概念が混在するが、義務違反は本来的に保護義務違反に馴染む概念であるとの主張<sup>53</sup>である。旧法においては、当事者の合意に基づく給付義務の不履行（遅滞・不能・瑕疵ある給付）を中心とした体系を採っており、積極的債権侵害論の展開過程で保護義務の特殊性が浮き彫りにされてきた。そんな中、新法は、債務者の行為が契約その他の債務関係の本旨に適合しないという事態を義務違反概念に即して判断するというシステムを採用するに至ったのである。したがって、問題は、給付障害を根拠づける被違反義務をどのように捉えるかであり、その帰責事由や法律効果との関連をどのように理解するかであると考える。

(2) 契約債務関係上の義務構造については、特に積極的債権侵害論の中で理論的深化が図られてきたことは前述した通りである。新法は、二八〇一項で給付障害の統一的概念として「義務違反」を定め、さらに、債務関係から生じる義務概念については、二四一条において、給付に関連する義務（同条一項）とその他の義務（同条二項）に分けて規定する。したがって、積極的債権侵害論の展開過程で析出された諸義務の存立根拠が法律上明確にされたことになる。学説も、これまで明らかにされた（主・従の）給付義務、給付に関連する付随義務、保護義務のそれぞれを二四一条を根拠に理解する。

例えば、クラマー／ロート（Kramer/Roth）は、付随義務について以下のように説明する。<sup>54</sup> 給付義務は「主たる給付義務」と「従たる給付義務」に分けられ、「付随義務」と「従たる給付義務」の相違は、前者は履行請求権を構成せずに損害賠償請求権を導く点にある。このような付随義務には、「給付に関連する付随義務」（配慮義務、通知義務、情報提供義務、助言義務など）と専ら債権者の保持利益（完全性利益）に向けられる「完全性に関連する付随義務



〔保護義務〕があり、前者は二四一条一項に規定される。「給付に関連する付随義務」と「完全性に関連する付随義務（保護義務）」の限界づけは容易ではないが、これを区別する実際上の意義は、双務契約の解除権に関し、前者は三二三条によるのに対し、後者は三二四条の要件のもとで認められること、また、保護義務違反は二八〇条一項（場合によつては二八二条）の請求権根拠として機能するのに対し、給付に関連する義務（主・従の給付義務、給付に関連する付随義務）の違反は、二八一一条一項による損害賠償が認められる点にある。

学説は、（主・従の）給付義務は二四一条一項により、保護義務は同条二項を根拠に認められ、損害賠償請求権や契約解除権の法律効果についても規定上区別して処理されるとみる点ではほぼ異論はない。「給付に関連する付随義務」については、前述したように、その違反が「給付結果の不完全」（＝給付義務違反）の評価へ解消されると考え、給付義務と同様に位置づけられると考えられるが、「給付に関連しない義務（保護義務）」との区別は不明確であると指摘もある<sup>(55)</sup>。また、具体的な侵害に対する帰責根拠としての被違反義務の理解も明らかではない。例えば、不完全給付（瑕疵ある給付）による完全性利益侵害（拡大損害）について、給付義務違反による因果関係上の問題として理解するか、あるいは保護義務違反に求めるべきかは、適用条文との関係でも問題となるように思われる。

(3) 保護義務は、これまで、債務関係における位置づけや不法行為法上の義務との異同をめぐる議論されてきた。新法のもとでは、保護義務は、二四一条二項により、契約またはその他の債務関係から生じる義務であること、また、不法行為法上の義務とは異なる性質を有することが明らかにされた。このような保護義務の内容・根拠については、債務法改正委員会の最終報告書の中で詳細に述べられている<sup>(56)</sup>。すなわち、第一に、二四一条二項において、相手方の権利および法益に対する「特別の配慮」を強調することにより、保護義務が一般不法行為法が命じるもの（社会生活上の義務（社会生活保安義務））とは異なるものであることを示した。第二に、保護義務は給付義務がない場合にも生じ

ることを明らかにした（とりわけ、契約準備段階の過失、第三者および無効な契約の保護効の場面にみられる）。第三に、「権利」とともに「法益」に言及することにより、不法行為に関する八二三条一項の保護領域を超えた単なる財産も保護されることを示した。第四に、「債権者」・「債務者」の代わりに「各当事者」・「権利者」という表現を用いて、給付義務において債権者・債務者の地位に立つ者が保護義務におけるそれとは必ずしも一致しないことを示した（給付義務の債権者は保護義務の債務者でもある）。第五に、債務関係の「内容と性質」という概念を用いることにより、保護義務が具体的な債務関係に応じて確定されることを示した。ただし、保護義務を生じる債務関係は法律に基づくのか、あるいは有効な法律行為に基づくのかどうかという問題の立法的解決は、法律学によって与えられる体系的整理の問題であるとして意識的に放棄されている。学説においても、保護義務は不法行為法上の義務よりも内容・程度は高められたものであると理解し、新法のもとで両者の異同をめぐる問題は解決されたとする見解が有力だといえる。<sup>(57)</sup>

(4) 新法においては、債務関係から生じる義務が概念規定され（二二四一条）、それが「義務違反」概念（二二八〇条一項）に接合するとともに、法律効果とも関連づけられる。また、これまで長らく議論されてきた保護義務と不法行為法上の義務との関係についても、一応の立法的解決が図られた。このような規定構造は、諸義務が林立する状況にあった義務論に対して、一定の解決方向性を呈示するものとして評価されてよい。

しかし、他方で、（主・従の）給付義務、給付に関連する付随義務、行為義務・保護義務といった種々の義務を、新法の規定に対応させて再検討すべき課題も残されている。保護義務については、その存在基盤や給付に関連する義務との関係、不法行為規範との限界づけなど、解明されるべき論点が浮き彫りにされたといえる。その限りでは、義務構造をめぐる議論は今後も継続されることになるであろう。

## 三 小 括

(1) 新給付障害法は、旧法のもとでは直接に規律対象とはされていなかった積極的債権侵害や契約締結上の過失などの給付障害をも取り込み、それを「義務違反」として概念規定した。そして、そこでの被違反義務は、給付義務に限定されず、付随義務・保護義務なども評価対象とされ、さらに、それが損害賠償や双務契約における解除権の法律効果について区別して扱われる。このように、新法が義務違反を給付障害の中心的な構成要件とした限りでは、規定の単純化をもたらしたといえる。しかし、他方において、給付遅滞・不能という伝統的な概念も付加するに至った。

既に見たように、このような規定構造に対する評価は各論者により分かれている。債務関係およびそこから生じる義務を明規し、それを貫徹させた形での規範構造も考えられてよいと思われるが、これは、将来予想しうるわが国における新たな債務不履行法を構築する際にも留意されるべき点であるといえる。<sup>(58)</sup>

(2) 新法が、債務関係上の義務に着目する限りでは、特に積極的債権侵害の帰責構造が問題となるものと思われる。その意味では、新法において義務違反・被違反義務の根拠規定が置かれたことは、これまで議論が錯綜していた侵害態様や義務構造について、それらを整理・解明すべき方向性を呈示するものとして評価できる。反面、給付義務、付随義務、行為義務・保護義務といった基本的な義務構造を明らかにする作業が残されていると思われる。これは、具体的な債務関係に即して解明されるべき問題ではあるが、義務の性質・内容の確定は、帰責事由の判断や法律効果に関する適用条文にもかかわってくる。

(3) 保護義務は、契約その他の債務関係から生じる義務であることが法律上明確になったが、義務内容や成立範囲

については未だ明らかではないといえる。二四一条二項により保護義務は債務関係の中へ組み入れられたが、それは給付義務が存しない場面でも存立する(三一一条二項・三項)。新法は、債務関係を特徴づける規定を置かず、契約上の保護義務とその他の債務関係における保護義務が並存するが、保護義務の存立基盤の解明へ向けこれまでの統一的法定保護義務関係論を契機とする議論は残される。また、保護義務は必ずしも不法行為法に吸収されるものではないことが明らかになったことから、統一的法定保護義務関係論に対して主張された「不法行為法上の義務との同質性」を論拠とする批判は、その活力を失う方向へ向かうものと予想できる。ただし、保護義務領域と不法行為規範との限界づけについては、なお議論の余地がある。

注

- (39) 債務法改正の経緯については Reinhard Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 1ff.; derselbe, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, S. 171ff.; Jan Wilhelm, Schuldrechtsreform 2001, JZ 2001, S. 861ff. また、邦語研究として、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)・半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、二〇〇三)など参照。
- (40) 新給付障害法を概観するものとして、Claus - Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329ff.; derselbe, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499ff.; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 11f. などを参照。
- (41) Wolfgang Ernst, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, S. 805; Herta Däubler - Gmelin, Die Entscheidung für die sogenannte Größe Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, S. 2284f.; Wolfgang Däubler, Neues Schuldrecht - ein erster Überblick, NJW 2001, S. 3731f.; Jan Wilhelm, Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht, JZ 2004, S. 1056ff.
- (42) 二八〇条一項による損害賠償請求権と二八二条による給付に代わる損害賠償請求権の限界づけは不明確であるとされるが、例えば、請負人が注文者の家で仕事中に注文者の所有物を損傷させたような場合に、注文者が他の請負人に依頼することにより生じた追加費用が給付に代わる損害賠償の対象となる(Barbara Dauner - Lieb, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick,

in : Barbara Dauner - Lieb / Thomas Hidel / Manfred Lapa / Gerhard Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht Ein Lehrbuch, 2002, S.293ff.; Claus - Wilhelm Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts, in : Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S.36f.°

- (43) Zimmer, a.a.O. (Fn.40), S.12.
- (44) Wilhelm, a.a.O. (Fn.41), S.1056–1058.
- (45) Canaris, a.a.O. (Fn.40), JZ 2001, S.512.
- (46) Jan Schapp, Probleme der Reform des Leistungsstörungenrecht, JZ 1993, S.638, 640f.; Dieter Medicus, Leistungsstörungenrecht, in : Lothar Haas / Dieter Medicus / Walter Rolland / Carsten Schäfer / Holger Wendland, Das Neue Schuldrecht, 2002, S.84f.
- (47) Wilhelm, a.a.O. (Fn.41), S.1056f.; Canaris, a.a.O. (Fn.42), S.30f.; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. 2004, S.172–174.; Palandt BGB - Helmut Heinrichs, 64. Aufl. 2005, S. Rn.5–8. zu §241, Rn.13-31. zu §280.
- (48) Zimmer, a.a.O. (Fn.40), S.6f, 9f.; Ingro Koller, Recht der Leistungsstörungen, in : Ingro Koller / Herbert Roth / Reinhard Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, 2002, S. 60f.
- (49) Wilhelm, a.a.O. (Fn.41), S.1060.
- (50) Palandt - Heinrichs, a.a.O. (Fn.47), Rn.15–23. zu §280.
- (51) Dauner - Lieb, a.a.O. (Fn.42), S.74f.; Medicus, a.a.O. (Fn.46), S.84.; Palandt - Heinrichs, a.a.O. (Fn.47), Rn.3. zu §280.; Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.130 (abschlussbericht 2002-01-01).
- (52) Ernst, a.a.O. (Fn.41), S.805f.; derselbe, Zum Kommissionsementwurf für eine Schuldrechtsreform, NJW 1994, S.2180.; Ulrich Huber, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S.2276–2278.; derselbe, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in : Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S.98–104.
- (53) Wilhelm, a.a.O. (Fn.41), S.1056f, 1059f.; Schapp, a.a.O. (Fn.46), S.638–640.; derselbe, Empfiehlt sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrecht?, JZ 2001, S.583–586.; Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung

des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.593.

(4) MünchKomm - Ernst A. Kramer / Günter H. Roth, 4. Aufl. 2003, Rn.16-19, zu §241.

(5) Zimmer, a.a.O. (Fn.40), S.6; Michael Kitzner, Schuldrecht, 3. Aufl. 2003, S.214f.

(9) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn.51), S.113-115.

(12) Kitzner, a.a.O. (Fn.55), S.214f.; Peter Krebs / Manfred Lieb / Arnd Arnold, Kodifizierung von Richterrecht, in :

Dauner - Lieb / Thomas Hidel / Manfred Lapa / Gerhard Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht Ein Lehrbuch, 2002,

S.124ff.; Erman BGB - Harm Peter Westermann, 11. Aufl. 2004, Rn.8. zu Einl §241.; Dirk Looschelders, Schuldrecht

Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, S.9.

(58) 能見喜久「履行障害」別冊NBL五一号 債権法改正の課題と方向—民法一〇〇周年を契機として—(商事法務研究会、一

九九八)一〇三頁以下参照。

## IV 結 び

以上から明らかなように、ドイツにおいては、積極的債権侵害論を契機として契約義務構造に関する議論が展開され、その成果が新債務法においても導入されるに至った。わが国においても、ドイツの積極的債権侵害論が不完全履行論として定着し、さらに、ドイツの契約義務論に依拠して債務不履行の前提となる債務・義務の内容や構造に着目する見解が主張されている(「ドイツ民法学説の再移入」とも称される)。

このように、債務・義務構造に立脚して債務不履行の帰責構造を論じるという手法は、債務関係における当事者の目的・利益がそのいかなる場面においてどのように侵害されたのかを問題とするものである。そこでは、債務関係にある当事者がとるべき行為(義務)内容が探求されることになる。つまり、債務関係に対する評価および当事者の行

為に對する評価が介在することになり、当事者が債務関係において設定した規範が尊重されるという方向性が明らかとなる。このような方向性は、債務不履行の判断規準として有益であること、債務者の帰責性の判断も容易となりうること、また、債務・義務構造の理解が不履行責任の要件・効果の理解にも対応しうるものであると考えるが、今後、さらなるその理論的深化に注目したい。