

---

種 別： 論説

タイトル： 労務ないし役務提供契約における受領遅滞と履行不能——民法改正法案を契機とした問題処理のあり方の再提示——

著 者： 奥富 晃

所 収： 『上智法学論集』第59巻4号（平成9年6月）95-140頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 労務ないし役務提供契約における受領遅滞 と履行不能——民法改正法案を契機とした問題処理 のあり方の再提示——

奥富 晃

---

- 一 本稿の問題
- 二 抽象化定式・領域説による問題処理へのドイツでの批判
- 三 ドイツにおける民法上の新たな議論
- 四 日本の法制度のもとでの問題処理のあり方
- 五 結論と付言

### 一 本稿の問題

第 189 回国会に提出されたこのたびの民法改正法案では 413 条の 2 が新設され、その第 2 項には次のような規定が置かれた。すなわち、「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降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その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。」。これにより、直ちに関心が及ぶのは、この規定と、わが国で受領遅滞が履行不能かが雇用・請負・委任などの労務ないし役務提供契約における危険負担との関連で論じられてきた問題との関係である。すなわち、従来わが国では、たとえば、被用者の働く、使用者の有する唯一の工場の焼失、原材料不足による休業、請負人が修繕すべき注文者所有建物の仕事

着手前の滅失、家庭教師に教えを受けている生徒の病気などといった事態は受領遅滞か履行不能か、そして、その法的評価を通じて危険負担問題はどのように処理されることになるのかが学説上厳しく議論されてきた。特に、これらの事態が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生じたという場合が問題である<sup>(1)</sup>。さて、このたびの民法改正法案 413 条の 2 第 2 項は、このような事態の法的処理のために適用されることはあるのであろうか。

筆者がこれを問題にするのは、従来通説のことがあるからである。すなわち、それは、まず受領遅滞と履行不能の区別の基準をいわゆる「領域説」に求め、これによって上のような事態を受領遅滞であると評価し、かつその効果として債権者への危険の移転を認めた。そしてこの前提のもとで、たとえば工場の焼失、原材料の不足による休業といった事態の場合の法的処理について、このような事態の場合には、定期行為的な性質のある被用者の労務給付は受領遅滞によって時々刻々履行不能となるので、受領遅滞による危険移転のあった後の履行不能として被用者の報酬請求権の存続が認められると説明したのであった。そこで、このような従来通説の立場からは、民法の改正後には、その論理が以下のように組み直されて、工場の焼失、原材料不足による休業といった事態の場合の法的処理には 413 条の 2 第 2 項が適用される、と説かれることは十分に考えられるところである。すなわち、工場が焼失し、あるいは原材料の不足のために操業ができず、そのために被用者が労務を給付することができないという場合には、履行および受領の双方を困難にさせる事情・原因が債権者である使用者の支配領域において生じているのであるから債権者側に受領遅滞が生じるが、労務給付の定期行為的な性質

---

(1) 従来わが国における議論状況については、奥富晃「労務提供契約における危険負担の基礎的考察——労務基底欠如の場合の法的処理について——」上智法学論集 26 卷 1 号 (1983 年) 182 頁以下、同「受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味について (一)」南山法学 14 卷 2・3・4 合併号 (1991 年) 2 頁以下参照。

のゆえにそれは受領遅滞により時々刻々履行不能となっていく。ゆえに413条の2第2項が適用され、民法改正法案536条2項により、ないしその法意に照らして<sup>(2)</sup>、使用者は賃金の支払いを拒むことはできない<sup>(3)</sup>。

これに対し、このような考え方を否定し、工場の焼失、原材料不足による休業といった事態は受領遅滞ではなく、履行不能だと評価すべきであるというのであれば、413条の2第2項の適用対象にはならないこととなる。

では、これをどのように解すべきかであるが、このことについて考えることは、上のような事態のそれぞれについてどのような基準に基づきどのように評価し、そしてどのように法的に処理することが妥当であるかを改めて検討してみるべきことを直接に意味する。そこで、本稿は、

- 
- (2) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015年）57頁参照。なお、民法改正法案536条2項とは、「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。」と規定するものである。
- (3) 従来の通説の説明ないし論理とは、正確には、奥田昌道によって提示されたものことである。すなわち、奥田が指摘したように、領域説を支持する学説は従来、受領遅滞の場合に報酬請求権の存続を認める根拠を説明してこなかった（奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）229頁）。そこで奥田は、「債務者の給付内容が定期行為的な性質のものであって、受領拒絶や受領不能によって債務者の給付が意味を失い、履行不能と等しいものと評価すべき場合」をどのように扱うべきかは困難な問題であり、その例が雇傭・労働契約の場合である。「雇傭・労働契約における時間ごと、日ごとの労務の給付はその時間、その日が過ぎてしまえば、その時間、その日については不能と評価するほかない」と解説した上で（奥田・前掲書227頁）、受領遅滞と報酬請求権の存続を結び付けるための現行法上の解釈論・法律構成を、自身も領域説に与しつつ、次のように提示している。すなわち、それは、「536条1項を基本としつつ、受領遅滞による危険の移転を認め、かつ、労務給付は受領遅滞により時々刻々履行不能になっていくものとみて、危険負担法理により賃金請求権の存続を認め、利益償還については536条2項を類推適用する——結果においては受領遅滞の場合に536条2項を直接適用したのと同じことになる——ということになろう。」（奥田・前掲書229頁以下）というものである。このような解釈論・法律構成は、民法改正法案413条の2第2項という明文の規定が設けられたもとは、本文のような法律構成に組み直されることは十分に考えられよう。

かつて取り上げたことのあるこの問題<sup>(4)</sup>を、民法改正法案が提出されたのを機にここで再度取り上げてみることにした。

ところで、この問題を考察していくにあたり、ドイツ法上の議論に目を向けると、ドイツでは、領域説およびその基礎をなす抽象化定式(Abstrahierungsformel)という論理ないしそれらによる問題処理を批判し、新たな考え方の方向を提示する見解がすでに47年ほど前に登場して以来、さらに別の複数の論者も、抽象化定式・領域説に対してそれぞれ批判を加えつつ、各々注目すべき新たな議論を展開してきた。そこで、本稿では、このようなドイツでの議論をも参考にし、かつ検討することを通じて、上記の問題に対してとるべき考え方の基本的方向を改めて提示してみることにする。

## 二 抽象化定式・領域説による問題処理へのドイツでの批判

### 1 抽象化定式・領域説という論理

まず、抽象化定式・領域説という論理がドイツにおいてなぜ唱えられることになったのか、また、その内容はどのようなものであったのかについて確認しておく必要がある。それらを示せば、次のとおりである。すなわち、ドイツでは、わが国で受領遅滞と履行不能の区別といわれる問題は受領遅滞と給付不能(Leistungsunmöglichkeit)の区別の問題としてすでに古くから論じられてきた。それは、受領遅滞が成立するためには債務者において給付可能であることが必要であり、したがって、受領遅滞と給付不能とは理論上互いに相容れないものであると解釈論上古くから認められてきたためである<sup>(5)</sup>。そして、この区別問題の議論

---

(4) 奥富・前掲注(1)上智法学論集26巻1号135頁以下、同・前掲注(1)南山法学14巻2・3・4合併号1頁以下、同「受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味について(二・完)」南山法学1・2合併号(1991年)39頁以下参照。

展開の結果、抽象化定式・領域説という論理がドイツのある時代に登場したのであるが、そのことには、法律効果論上の重要問題との関係が指摘されなければならない。すなわち、ドイツでは「債権各則」の「雇用契約」の条文の中に、被用者は、使用者が受領遅滞に陥る場合には追給付義務を負うことなく報酬を請求できる旨を定める BGB615 条<sup>(6)</sup> が置かれていた。したがって、たとえば工場の焼失という事態に直面した被用者が給付可能と評価されれば使用者の受領遅滞が成立し、被用者は報酬を請求できることになる。これに対し、被用者の給付不能と評価されれば使用者の受領遅滞は成立せず、債務者である被用者は報酬請求権を失うと伝統的に考えられてきた。ドイツでは「契約に基づく債権関係」

- (5) 条文上の根拠は BGB297 条である。多くの文献がこの条文上の根拠に触れているが、近時のものでいえば、たとえば、Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., 1990, Vor § 293 Rn. 8 ; Staudinger-Löwisch, BGB, 13. Aufl., 2001, Vor § § 293-304 Rn. 4 ; MünchKomm-Emmerich, BGB, 4. Aufl., 2001, Vor § 275 Rn. 30 ; V. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, § 24 Rn. 2 ; Soegel-Schbel, BGB, 13. Aufl., 2014, Vor § 293 Rn. 8. なお、BGB297 条とは、債務者が給付すべき時期に給付不能となった場合には、債権者は受領遅滞にならない旨を定めるものである。すなわち、BGB § 297 : 「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。」(訳は、椿寿夫 = 右近健男編『ドイツ債権法総論』〔日本評論社、1988 年〕170 頁〔大内和直担当部分〕による)。ちなみに、2002 年の債務法改正による変更はなく現在も条名、文言ともに同じである。

また、この条文上の根拠と併せて、「可能でない給付の受領をもってしては誰も遅滞に陥ることはできない。」(P. Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116 (1918), S. 2.)、「給付不能は債務を消滅させるという強い効果を生じさせるのに対し、債権者遅滞は債務を緩和するという弱い効果を生じさせるにすぎないので、ひとたび給付不能が生じればその後受領遅滞の発生を観念することは無意味である。」(Oertmann, AcP 116, S. 13.)、「給付不能の発生によって債務者は債務から解放される(債務は消滅する)。その結果、債権者が拒絶できるところの給付の提供はもはや存在しない。」(Planck/Siber, BGB, 4. Aufl., 1914, § 293 Anm. 3.) などと、すでに古い時代から説かれてきた。なお、奥富・前掲注 (1) 上智法学論集 26 卷 1 号 142 頁も参照。

- (6) BGB § 615 : 「労務給付権利者が労務の受領について遅滞に陥るときは、義務者は、追給付をする義務を負うことなく、遅滞により給付しなかった労務に対して、合意した報酬を請求することができる。但し、労務給付をしなかったことにより免れ、又はその他の方法により自己の労務を用いることによって取得したもの、若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。」(訳は基本的に、右近健男編『注釈ドイツ契約法』〔三省堂、1995 年〕385 頁〔青野博之担当部分〕による)。

の「双務契約」の条文の中に、給付不能の場合には債務者は反対給付請求権を失う旨を定める BGB323 条 1 項<sup>(7)</sup> が規定されていたからである。抽象化定式・領域説は、このようなドイツでの解釈論上および条文上の帰結を背景として、工場焼失のような場合における被用者に報酬支払請求権を認めるべきであるとの価値判断を暗黙にその論理に反映させつつ形成された考え方であったのである。もっとも、後に三で紹介するように、ドイツでは新たな議論の展開とともに、給付不能の場合の適用条文が BGB323 条 1 項であるとする理解は学説上必ずしも自明のものではなくなった。ちなみに、2002 年の債務法の改正により、BGB615 条という条文は BGB615 条 1 項となって、また、BGB323 条 1 項という条文は BGB326 条 1 項となってそれぞれその内容が今日に引き継がれている。

ところで、それでは、抽象化定式を唱えた論者は、具体的にはどのように考えたのであろうか。その論理は、次のようなものであった。すなわち、契約では多くの場合、債務者の側ですべき事柄、すなわち給付行為 (Leistungshandlung) と債権者の側ですべき事柄、すなわち協力とが結び付いて給付結果 (Leistungserfolg・履行 [Erfüllung]) がもたらされる。したがって、この場合、債務者の給付 (Leistung) とは給付行為のことであり、そして、給付が可能であるとは、債務者にとって給付行為をすることが可能な状態にあることを意味するはずである。そうであれば、給付が可能であるかどうかの判断は、債権者からの実際の協力の有無を度外視し (von der Mitwirkung des Gläubigers abstrahieren)、もしも債権者の協力があるとすれば債務者は給付行為をすることができるといえるか否かという視点から行うべきである (抽象化定式)。そうすると、雇用契

---

(7) BGB323 条 1 項:「双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責めにも帰することができない事由により不能となるときは、その反対給付請求権を失う。:一部不能のときには、反対給付は、第 472 条及び第 473 条により減少する。」(訳は基本的に、椿=右近編・前掲注 (5)『ドイツ債権法総論』217 頁 [右近健男担当部分] による)。

約では、工場、機械その他の設備、原材料といったものを用立て維持することも債権者である使用者の協力行為であるから、たとえば工場が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焼失したという場合、給付行為の用意のある被用者は給付可能である。それというのは、当該被用者は、もしも使用者の協力があるとすれば、すなわち、工場が焼失せずに維持されているとすれば、給付行為をすることができるといえるからである。したがって、この場合、事態は使用者の受領遅滞である<sup>(8)</sup>。

なお、抽象化定式を主唱した論者の1人であるエルトマンは、この工場焼失のような事例で被用者の報酬支払請求権を認めるについては、BGB615条のほか、BGB324条2項を適用することでもそれが可能であると考えた。この条文は、債権者が受領遅滞にある時期に、債務者の負担する給付が債務者の責めに帰することができない事由によって不能となるときには、債務者は反対給付請求権を失わない旨を定めたものであり<sup>(9)</sup>、債務法の改正によりBGB326条2項となって今日にその内容が引き継がれているものである。BGB615条を用いる場合と同じ帰結をBGB324条2項によって導くとは、具体的には、労務給付の定期行為的性質に結び付けた受領遅滞後の給付不能の論理であり、一で指摘した、わが国の従来通説論理から推して考えられる法律論はこれと共通す

---

(8) 抽象化定式論理について、より詳しくは、奥富・前掲注(1)上智法学論集26巻1号146頁以下、同「『履行が可能であること』という受領遅滞の成立要件について——今日のわが国の学説の批判的検討——」南山法学15巻3・4合併号(1992年)74頁以下参照。

(9) BGB324条：

〔(1) 双務契約の当事者の一方は、自己の負担する給付が相手方の責めに帰すべき事由によって不能となるときは、反対給付請求権を失わない。ただし、自己の給付を免れたことによって免れ、又はその他の方法により自己の労働力を用いることによって取得し若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。

(2) 当事者の一方が負担する給付が自己の責めに帰することができない事由によって、相手方が受領遅滞にあるときに不能となる場合も、同様である。〕(訳は基本的に、椿＝右近編・前掲注(5)『ドイツ債権法総論』220頁〔右近健男担当部分〕による)。

る。エルトマンは、この論理での問題処理をすでに提唱していたのであった<sup>(10)</sup>。

それでは、領域説とはどのようなものであろうか。それは、抽象化定式によってこのようにして給付可能と判断される場合には債務者の給付行為を妨げる原因は債権者の領域に存在し、逆に、給付不能と評価される場合には債務者の領域にそれがあることから、これを受領遅滞と給付不能の区別の基準として前面に打ち出したものである<sup>(11)</sup>。そして、この領域説という基準をかつてわが国でも有力な論者が支持・導入した<sup>(12)</sup>。したがって、わが国の領域説にも、論者がそれを自覚していたかどうかはともかくとして、客観的にはその根底に以上のような抽象化定式の発想・考え方が存在していることになる。すなわち、給付不能を

---

(10) Oertmann, AcP 116, S. 11, 32, 47.

(11) Vgl. Erman-Battes, BGB, 9. Aufl., 1993, Vor § 293 Rn. 4. なお、たとえば、エメリッヒは、「抽象化定式に基づけば、……、結局は、どの危険領域に問題の給付障害が起源を持つかが吟味されるだけである。：それが債権者の危険領域にだけ由来し、その結果、債権者の給付の受領だけを妨げる場合には、債権者遅滞が存在するのに対し、一般的な給付障害の場合、つまり債権者の領域以外に起源を持ち、それゆえ、債務者をも同様に、または、債務者だけを見舞うような給付障害の場合には、〔給付〕不能が採用される。」(Emmerich, Leistungsstörungen, § 24 Rn. 8.)。「領域説が述べていることは、〔抽象化定式と〕結局は何も違わない。というのは、領域説によっても、債権者遅滞は、給付障害がまさに債権者の領域に、すなわち、彼によって支配可能な危険領域に起源を持つ場合にだけ採用されるべきであるのに対し、〔給付〕不能は、障害がその源泉を債務者の領域に、ないし、中立の領域に持つ場合に採用されるべきであるからである。」(ders., a.a.O., § 24 Rn. 9.)と解説している。

(12) たとえば、川島武宣『債権法総則講義第一』(岩波書店、1949年)120頁以下、於保不二雄『債権総論〔新版〕』(有斐閣、1972年)119頁など。今日では、たとえば、前掲注(3)で紹介した奥田・『債権総論〔増補版〕』229頁など。

なお、我妻栄も、領域説を正当であるとしてこれを支持した(同『新訂債権総論』(岩波書店、1964年)239頁)。しかし、受領遅滞について債務不履行説をとる我妻が、法定責任説のもとではじめて意味を持つはずの領域説に与する態度を表明したことをどのように理解すべきかについて、すでに奥田を中心として問題が提起され議論されてきた(奥田昌道「受領遅滞と危険負担——雇傭ないし労働契約の場合を中心として——」法学論叢94巻5・6号〔1974年〕203頁)。筆者も、かつて、この問題を取り上げ、我妻の見解を批判的に詳しく検討したことがある。奥富・前掲注(8)南山法学15巻3・4合併号51頁以下。

履行不能と表現するわが国では、領域説で受領遅滞か履行不能かを問う場合、それは、もしも債権者の協力があるとすれば、債務者は自己の側ですべき事柄、すなわち給付行為をすることができ、債権者の協力と結び付いて履行をもたらすことができるといえるか否か（いえれば履行可能、いえなければ履行不能）を問題としていることにもなるのである。このような思考構造を実際には内包する領域説が、従来、わが国では通説を形成してきたというわけである<sup>(13)</sup>。

## 2 抽象化定式・領域説への批判の内容

それでは、ドイツでは論者はそもそもどのように抽象化定式・領域説という論理ないしそれらによる問題処理を批判してきたのであろうか。以下がその批判の主な内容である。

(1) 抽象化定式の考え方を突き詰めれば、債務者が実際にすべきことは給付行為の提供に限られることとなり、債務者はこれをしさえすれば、自己の側ですべきことはすべてし終えた、すなわち履行を終えたことになるはずである。しかし、それでは、受領遅滞も給付不能もともに不要な概念となり、民法がこれらを定めている意義が損なわれる<sup>(14)</sup>。

(2) 抽象化定式によると、手術を受けるべき患者が手術前に死亡する、修復されるべき教会が焼失する、ピアノの個人レッスンを受けている生徒が手に不治の損傷を受けるなどの場合に決定的な不都合を露呈する。すなわち、抽象化定式によれば、これらの場合も債権者の受領遅滞となるから、債務者の債務は消滅せず、爾後も存続するという奇異な帰結となる<sup>(15)</sup>。

---

(13) 受領遅滞は履行の可能を前提とすると明言する奥田も、領域説で受領遅滞となると、債務者はなぜ履行可能であるといえるのかについてはまでは説明していない（同・前掲注(3)『債権総論〔増補版〕』227頁参照）。

(14) Vgl. J. Rückert, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, S. 6.

(15) V. Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, S. 239; U.

(3) 工場の焼失のような労働関係事例の場合について、抽象化定式により債権者側にまず受領遅滞が生じ、その直後に労務給付の定期行為的性質のゆえに給付不能になるという構成によって BGB324 条 2 項（現行 326 条 2 項）を適用するという場合、受領遅滞がなぜ先であるのかを説明できていない。すなわち、論者のエルトマンは、BGB324 条 2 項は、「〔給付〕不能が受領遅滞による作用で生じた場合には、なお一層のこと妥当」しなければならない。遅滞が時間的に最初であることと「遅滞が論理的に最初であることとは同列に置かれなければならない。」<sup>(16)</sup> とするが、受領遅滞の給付不能に対する論理的優先性の想定は、法律からは導き出すことのできない公理を説くものである<sup>(17)</sup>。

(4) エルトマンは BGB324 条 2 項の適用が可能であるとするが、受領遅滞後の給付不能とは、受領遅滞後に別の原因で給付不能となる場合のことをいうのであり、受領遅滞が給付不能の直接の原因になる場合はこれにあたらぬ<sup>(18)</sup>。

(5) 領域説では、その「領域」概念が統一されておらず、領域の判断基準が明確でない。「一身上または法範囲」、「経営範囲または影響範囲」、「責任範囲」などとさまざまに定義されてきた<sup>(19)</sup>。

(6) 抽象化定式では、給付概念の理解に操作が加えられ、これを給付

---

Winderlich, Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, 1980, S. 65 ; Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., Vor § 293 Rn. 9 ; Rückert, ZfA1983, S. 7 ; Soegel-Schbel, BGB, 13. Aufl., Vor § 293 Rn. 9 ; vlg. auch MünchKomm-Ernst, BGB, 6. Aufl., 2012, § 293 Rn. 8.

(16) Oertmann, AcP 116, S. 11.

(17) H. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971, S. 54 ; vgl. auch E. Picker, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht, JZ 1985, S. 698 u. Fn. 106, 699.

(18) Beuthien, Zweckerreichung, S. 249 ; ders., Das Nachleisten versäumter Arbeit, 1972, S. 22 Fn. 10 ; a. A. U. Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 30f. ; Staudinger-Otto, BGB, 13. Aufl., 2009, § 326 Rn. C25.

(19) Winderlich, Annahmeverzug, S. 64 ; Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., Vor § 293 Rn. 10 ; MünchKomm-Emmerich, BGB, 4. Aufl., Vor § 275 Rn. 34 ; Soegel-Schbel, BGB, 13. Aufl., Vor § 293 Rn. 10.

行為の意味であると理解することを前提に論理を組み立てている。しかし、これによると、「債務者遅滞と給付不能との区別」における遅滞と不能との間の関係と「受領遅滞と給付不能との区別」における遅滞と不能との間の関係とが異なるものとなる。しかし、この結果は理解しがたい。すなわち、たとえば、建物の修理を請け負った債務者・請負人が約定の期日になっても仕事に取りかからないでいるうちに、修理の対象である建物が焼失したという場合には、これにより請負人はもはや給付結果をもたらすことができないので給付不能になると評価され、債務者遅滞は終了する。他方、遅滞者が請負人ではなく債権者・注文者であり、その遅滞の間に建物が焼失したという場合には、抽象化定式・領域説によれば、注文者の受領遅滞が建物焼失後にもなおそのまま続くことになる。けれども、後者の場合でも請負人は同じくもはや給付結果をもたらすことはできないにもかかわらず、給付可能・受領遅滞と評価することは問題である。債務者遅滞と給付不能との関係についていえること、すなわち、債務者遅滞中でもその間に給付結果をもちや招来できない事態が生じたときには給付不能となり遅滞は終了するという効果は、受領遅滞中に同様の事態が生じた場合に対しても等しく妥当しなければならぬ。債務者にとって給付結果をもたらすことができる可能性があるからこそ、人は、債務者における債務者遅滞にせよ債権者における受領遅滞にせよ遅滞できるのであり、債務者にこの可能性がなくなれば遅滞は終了し、また、たとえば建物修理の契約締結後、約定の仕事開始期日前に建物が焼失したとすれば、遅滞はそもそも生じえないというべきである<sup>(20)</sup>。

---

(20) Beuthien, Zweckerreichung, S. 235. 本文の事例はボイティーンの言わんとする趣旨を筆者（奥富）が敷衍したものの。

### 三 ドイツにおける民法上の新たな議論

以上の結果、ドイツでは、論者は、抽象化定式・領域説をすでに与えることのできない過去のものとして否定し、民法上の議論として、受領遅滞と給付不能の区別・関係のあり方、妥当な問題処理の方法いかんを各自さらに探求した。その嚆矢はボイティーンが 1969 年の著書および 1972 年の論文の中で展開した見解であった。

#### 1 ボイティーンの見解

(1) ボイティーンは、著書の中で、受領遅滞と給付不能の区別について、受領遅滞は、債権者が自分に提供された給付を受領しようとしないか、または、債権者が、遅れを取り戻すことが可能な (nachholbar) 給付を一時的に受領できない場合 (wenn der Gläubiger vorübergehend an der Annahme der nachholbaren Leistung verhindert ist) に問題となるだけである、受領または協力の永続的な不能は給付不能を生じさせる、と基準を提示する<sup>(21)</sup>。(イ) たとえば、卸売業者が、期限どおりに車で運び込まれた商品を、倉庫が満杯で翌日にならないと空かないので引き取ることができないとか、生徒が病気になる、教師が約定の個人レッスンのために生徒宅に赴いたが無駄になったという場合が、彼の挙げる、遅れを取り戻すことが可能な給付の一時的受領不能の場合の例である<sup>(22)</sup>。(ロ) 他方、彼が、受領または協力の永続的な不能の場合の例として挙げるのは、債務者が長期コンサルタント契約<sup>(23)</sup>を結んだ会社が倒産したとか、カーニバルの日のためにボーイを臨時に雇ったレストランが、規則

---

(21) Beuthien, Zweckerreichung, S. 237 f.

(22) Beuthien, Zweckerreichung, S.236.

(23) ドイツでは雇用に分類される契約の範囲がわが国よりも広いことは、周知のとおりである。

上その当日、店を開くことが公式に禁じられたという場合である。そして、この2つの例の挙示にすぐ続けて、彼は、「期間の定めのない雇用または労働関係でも、労務給付の一部が債権者の懈怠（Säumnis）のためにもたらされなかったという場合、行われた状態にそれを回復させることができないことはよくあることである。それというのは、労務義務者が仕事を再度開始することができるようになった途端、引き続きその後も義務づけられている労務給付は、しばしば彼に、取りやめになった労働時間の遅れを取り戻す時間のゆとおりを与えないからである。…〔中略〕…これに対して、遅れを取り戻すことが可能な労務給付は、時の経過によってすでに不能になっているわけではない。…〔中略〕…期間の定めのある継続的債務関係および一時的な雇用関係の場合には、遅れを取り戻すことが可能である。」<sup>(24)</sup>と述べている。そこで、ここでは彼が、受領遅滞と給付不能の区別の基準として、債務者が遅れを取り戻すことが可能か否かというそれをも用いていることが見てとれる。そして、この、遅れの取戻しの能否という基準は、彼が雇用・労働契約における債務者の追給付の問題を扱った1972年の論文の中では、「労働給付が債務の内容により遅れを取り戻すことが可能であるか、それともそうではないかによって〔受領遅滞と給付不能とを〕区別することが、法律の体系に合致している。」として正面から挙げられ、その際、さらに参照すべき箇所として、著書での上の叙述（口）部分が指示されている<sup>(25)</sup>。

そして、彼は、著書での「結論（Ergebnis）」の部分では以下のように述べていたのであった。「給付不能と債権者遅滞は、互いに相容れない。それゆえ、それらはけっして並存しえない。…〔略〕…受領遅滞は、債権者が自分に提供された給付を受領しようとしなない、または、一時的に受領もしくは協力ができない場合に存在するだけである。永続的な受領または協力不能は、給付の不能を生じさせる。」<sup>(26)</sup>。

(24) Beuthien, Zweckerreichung, S. 246f.

(25) V. Beuthien, Das Nachleisten versäumter Arbeit, RdA1972, 22 u. Fn. 11.

(2) 以上を総合すると、ボイティーンの見解は、受領または協力の永続的不能の場合が、債務者において給付の遅れを取り戻すことができない(遅れの取戻しということを考えることはできない)場合であり、ここでは給付不能となる。他方、受領または協力の一時的不能の場合が、基本的には給付の遅れを取り戻すことができる場合、すなわち、追って給付結果を生じさせることができる場合であり、ここでは受領遅滞とするものだと理解してよいであろう。これにつき、たとえばエルンストは、そのような内容のものとしてボイティーンによる区別の基準、および次の2に紹介するケーラーのそれを要約し紹介している。すなわち、「〔抽象化定式ではなく〕もう一方の見解〔ボイティーン、ケーラーの立場〕によれば、実際に可能な給付のみが債権者の遅滞を引き起こすことができることになる。これによれば、〔給付〕不能と債権者遅滞とを境界づけるときには、債務者が、債権者の一身上に存在する受領または協力の障害のゆえにもたらしることができない給付についてその遅れを取り戻すことができるかどうかに照準を合わせるべきである。それゆえ、決定的なのは、給付が債権者の事情のゆえに最終的に (endgültig) 不能となったのか、それとも遅延しただけなのかである。債権者のところで発生した受領の障害が単に一時的なものである場合、すなわち、たとえばピアノ教師〔債務者〕が教えている生徒〔債権者〕が病気になる場合には、受領遅滞が存在することになる。なぜなら、教師はレッスンの遅れを取り戻すことができる〔生徒の病気のために施すことができなかったレッスンは生徒の快復後にそれを施すことができる〕からである。これに対し、債権者が受領または協力を永続的に妨げられているので債務者による給付の遅れ取戻しが考えられない場合には、給付の不能が存在する(手の不治の損傷のために生徒がもはやピアノを弾くことができない。改装されるべき家が焼け落ちている)。」<sup>(27)</sup>。

---

(26) Beuthien, Zweckerreichung, S. 251.

(27) MünchKomm-Ernst, BGB, 6. Aufl., § 293 Rn. 8.

(3) では、ボイティーンが、受領または協力の永続的不能は受領遅滞を排除するということの根拠に挙げる条文は何か。それは、受領遅滞の効果を定める BGB300 条である。すなわち、同条は受領遅滞が継続する間、債務者の責任を軽減し、彼を給付危険から解放するが<sup>(28)</sup>、これらは、給付義務がなお履行可能 (erfüllbar) である場合にのみ意味を持つ。受領または協力が永続的に不能の場合には追って給付義務を履行できる可能性はないのだから、そこにおいてこれらの効果を問題にする必要はない。つまり、そこではこれらの効果を生じさせる「受領遅滞」は問題にならないというわけである<sup>(29)</sup>。他方、受領または協力の一時的不能の場合が受領遅滞となることの根拠にボイティーンが挙げるのは、BGB299 条の反対解釈である。この条文は、給付時期に定めがなく、または債務者が一定の時期以前に給付する権利がある場合に、提供された給付の受領につき債権者に一時的な障害があるときは、債権者は受領遅滞に陥らない旨を定めたものである<sup>(30)</sup>。この定めがなければ、上のような場合に、債権者は受領遅滞の諸効果を負わされる不安から、絶えず給付受領の準備していなければならないことになりかねない。このことに配慮した規定である。したがって、「299 条は債権者の受領または協力の一時的な支障という特定の諸場合にとっての特別規定である。つま

---

(28) BGB300 条は次のような規定である。

「(1) 債務者は、債権者が遅滞にある間は、故意又は過失についてのみ責めを負う。

(2) 種類によってのみ定まる物を債務の目的とするときは、債権者が提供された物を受領しないことにより遅滞に陥った時期をもって、危険は、債権者に移転する。」(訳は、椿 = 右近編・前掲注 (5) 『ドイツ債権法総論』173 頁〔大内和直担当部分〕による)。ちなみに、債務法改正による変更はなく現在でも同じ条名、文言である。

(29) Beuthien, Zweckerreichung, S. 237.

(30) BGB299 条：「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な時期に通知したときは、この限りでない。」(訳は、椿 = 右近編・前掲注 (5) 『ドイツ債権法総論』172 頁〔大内和直担当部分〕による)。ちなみに、この条文も債務法改正による変更はなく、条名、文言ともに現在も同じである。

りそれは、法律の評価によれば、そこで把握されていない一時的な受領不能の他のすべての諸場合は債権者遅滞として取り扱われるべきであるという反対の結論のみを許す。」というわけである<sup>(31)</sup>。

(4) ところで、それではボイティーンは、債務者の反対給付請求権については、どのように考えたのであろうか。彼によれば、まず、上の基準によって受領遅滞と評価される場合には、雇用契約ではBGB615条が適用される。他方、上の基準によって給付不能と評価される場合における債務者の反対給付請求権については、彼は、次のような考え方を展開した。すなわち、彼は、従来の諸説が、給付不能であればBGB323条1項が適用され債務者は反対給付請求権を失うとのみ考え、これを前提に議論を展開してきたのに対し、BGB324条1項<sup>(32)</sup>における「相手方の責めに帰すべき事由」、すなわち「債権者の責めに帰すべき事由」の意味内容に着目し、これは債権者における「自分の危険領域に対する責任」・「危険責任 (Risikoverantwortlichkeit)」の意味であるとする解釈を主張した。「領域」という考え方をここに導入したのである。彼によれば、324条1項の意味での責めに帰すべき事由が何であるかは、規定の意味と目的から、給付障害法の中でのこの規定の位置・立場 (Stellung) を考慮して引き出されなければならない。債務者の場合には義務違反に対する損害賠償責任が問題となるから、要件としての責めに帰すべき事由の内容として過失 (Verschulden) という考え方がふさわしい。これに対し、債権者の場合には損害賠償は問題にならない。反対給付を、債務者の給付を受けうることなくもたらさなければならないかが問題になる。ここでは、すべての有責的義務違反から切り離された危険帰責 (Risikozurechnung) の考え方がふさわしい。したがって、324条1項の責めに帰すべき事由は、あらゆる関係で非有責的な、惹起されたものではない自分の領域の給付障害にまで達する。ここでは、責任

---

(31) Beuthien, Zweckerreichung, S. 236.

(32) 前掲注 (9) 参照。

(Verantwortung) は、自分の危険に経済上の責任をもたなければならないことという意味において (im Sinne eines wirtschaftlichen Einstehenmüssens für das eigene Risiko) 理解されなければならない<sup>(33)</sup>。

(5) ボイティーンは、債権者の危険領域には以下のような損害が属するとする。①原因を基準にして彼によって支配できる、債務者に責めがあるとはいえない損害。②原因を基準にして債権者によって支配できない、債務者に責めがあるとはいえない損害であるが、債権者の一身上、または、個人的もしくは経済上 - 経営上の生活関係と直接に関連するので、それが、評価的に考察する場合、ただ「彼の運命」として出現する損害。以上に対し、債権者によって支配できない、かつ、その原因を基準にして中立的な領域に由来する損害は債権者の危険領域に属さない<sup>(34)</sup>。

以上により、ボイティーンは、たとえば、BGHZ24 ,91 が BGB615 条を適用した事例、すなわち、東西ドイツ間の貿易 (Interzonenhandel) の障害に由来し、したがって企業の所有者の経済危険に属する原因に由来した企業の休業の事例では、324 条 1 項が適用されるべきであったと評し、また、カーニバルの日のためにボーイを臨時に雇ったレストランが、規則上その当日、店を開くことが公式に禁じられたという先に紹介した事例でも 324 条 1 項が適用されるとする<sup>(35)</sup>。他方、たとえば、教えられるべき生徒の予見できない死亡の事例では、それは、債権者によって支配できない、かつ、原因を基準にして中立的な領域に由来する受領または協力障害の事例であるとして、ここでは BGB323 条 1 項の適用を肯定する<sup>(36)</sup>。

---

(33) Beuthien, Zweckerreichung, S. 79, 87.

(34) Beuthien, Zweckerreichung, S. 88.

(35) Beuthien, Zweckerreichung, S. 247 Fn. 83.

(36) Vgl. Beuthien, Zweckerreichung, S. 246. なお、ドイツでは民法上の議論として領域説が登場してのち、工場の焼失、原材料の不足、部分ストなどといった、いわゆる経営障害事例の問題処理については民法上の問題としてではなく、いわゆる労働法的考察方法に

## 2 ケーラーの見解

(1) ボイティーン<sup>(37)</sup>の著書が出版される前から論文の執筆に取り掛かり、それを1971年にモノグラフィーとして刊行したケーラー<sup>(37)</sup>も、その中で、受領遅滞と給付不能とを区別するための視点・基準を提示した。それは、はからずも、ボイティーンが提示した基準と同様のものであった。すなわち、「〔給付〕不能と受領遅滞の境界線は、当該の給付障害がそこに源を発する、または、当該の給付障害を少なくともそこに算入することができる場所の契約当事者の領域の間には引かれない。給付の不招来がその原因を、協力が無いこと、または給付の受領が無いことに有するのかどうかは問題ではない。むしろ、境界は、最終的に遂行でき

---

基づいて問題の解決・処理を目指すという展開が裁判実務上ではあり、しばらくはそのような傾向が続いた（その一端を紹介するものとして、差し当たり、奥富・前掲注（1）上智法学論集26巻1号164頁以下参照）。しかし、その後再び、ストライキなどの争議行為に基づく場合の問題処理を別として、工場の焼失、原材料の不足などといった純粋に経営者側の事情に基づく経営障害については民法上の問題として扱うべきものであり、またそれによる妥当な解決・処理を図ることができるのではないかと考えられることとなった。この基本的考え方は論者の間にしだいに浸透していき、おそらく今日では論者のほぼ共通に認識するところであると思われる。そのような考え方をした嚆矢でもあったのが、ボイティーンの見解である。以下の叙述がそれを端的に示している。すなわち、「危険帰責という考え方のために（*um den Gedanken der Risikozurechnung*）拡張された債権者側の責めに帰すべき事由の概念は、同時に、労働法上の経営危険の理論を再びBGBに親しませる。給付されるべき労働が、使用者によって責任を負われるべき障害危険に由来する事情から、なされずいなければならぬ場合、324条1項が当てはまる。使用者にとって、危険中立的な労働または経営の障害が問題である限りでのみ、使用者と全従業員との経営上の連帯を顧慮した労働法上の保護原理から、323条1項を被用者の利益のために破る独立の障害ルールが引き出されるべきである」。(Beuthien, *Zweckerreichung*, S. 88)。1970年代末から1980年代にかけて登場した、すぐのちに本文で紹介するピッカーヤリユッケルトの見解も、その主張内容から明らかのように、上の基本的考え方（純粋に経営者側の事情による経営障害については民法上の問題として扱い処理する）に立脚することを当然の前提にして展開されているものである。また、後掲注（68）で触れるプレッツの見解は、使用者側の経営障害により被用者が労働給付をもたらすことができないという場合の問題処理は、BGBの解釈論上の問題であることを示す意図で展開されている（R.Bletz, *Abschied von der Betriebsrisikolehre? Zurück zum BGB?*, JR, 1985, S. 228）。

(37) ケーラーはモノグラフィー（*Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, 1971.）の序文にこの旨を述べている。

ないか、それとも給付の単なる遅延かの間に引かれている。偶発的不能と受領遅滞とは、最終的な不給付（Nichtleistung）か、それとも単に一時的なそれかという上位の視点で眺めなければならない。<sup>(38)</sup> 受領遅滞と給付不能の区別にあたっては、「給付障害によって債権者の給付利益をもはや最終的かつ必然的にもたすことができないか、それとも、給付の遅延が当面生じているだけでありそれ自体は後の時点でまだもたすことができると考えられるかに照準を合わせなければならない。これによれば、受領遅滞は、債務者が給付を原則として後の時点でも、その本質を失うということなく行うことができると考えられる場合に問題となるだけである。」<sup>(39)</sup> たとえば、生徒の病気のために個人レッスンができないという場合には、教師はたいていの場合、遅れを取り戻すこと、すなわち、追ってそれを行うことができる。しかし、たとえば、生徒が死亡する場合、果実の収穫のために日雇いで雇われたが嵐のために果実が全滅した場合、あるいは、企業とコンサルタント契約を結んだがその企業がつぶれた場合には、給付の遅れの取戻しは仮にも問題とならない。ここでは、債務者の責めに帰することができない給付不能であるといわざるをえない<sup>(40)</sup>。

(2) ケーラーが以上のように解する手掛かりとしたものは、これもまたボイティーンの場合と同様に受領遅滞の効果に関する規定への洞察である。ケーラーはいう。受領遅滞という事実の本質を捉え理解するために決定的となるものは、受領遅滞に認められる法律効果（300-304 条など）<sup>(41)</sup> からはっきりとわかる。すなわち、それは、受領遅滞とは給付

---

(38) Köhler, Unmöglichkeit, S. 25f.

(39) Köhler, Unmöglichkeit, S. 51.

(40) Köhler, Unmöglichkeit, S. 48, 51.

(41) BGB300 条については前掲注 (28) 参照。

BGB301 条：「利息付金銭債務については、債務者は、債権者が遅滞にある間は利息を支払うことを要しない。」

BGB302 条：「債務者が目的からの収益を返還し、又は償還すべきときは、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。」

の遅延の場合(給付は後の時点でまだもたらすことができるが、債権者の協力がないために今はそれができないという場合)のみを把握するものだというのである。すなわち、300-304条、324条2項、642条<sup>(42)</sup>という規定からは、受領遅滞は債務者の給付義務の存続を前提としていることが推論できる。これらの規定がそれぞれ定める各々の効果は、給付義務が存続していなければ問題とならないからである。そして、給付の遅延が当面生じているだけであるという場合に、給付義務は存続するのである。なお、雇い主の受領遅滞の場合に給付義務の消滅を命じている615条も、受領遅滞が給付義務の存続を前提とするものであることを間接的に証明するものである。受領遅滞の場合、本来は給付義務が存続するところを法でそのように命じていると理解できるものだからである<sup>(43)</sup>。生徒の死亡などの事例では、給付の招来が遅れるだけという状態ではない。それらの場合には、すでに給付障害の発生の時に、債務者の行為による債権者利益の実現という意味での給付をやはり最終的かつ必然的に

---

BGB303条:「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渡義務を負うときは、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。」。

BGB304条: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。」(訳はすべて、椿=右近編・前掲注(5)『ドイツ債権法総論』174頁~176頁〔大内和直担当部分〕による)。

ちなみに、これらの条文もすべて、債務法の改正により変更されることはなく、条名、文言ともにそのまま維持された。

(42) BGB642条は次のような規定である。

「(1) 仕事の完成につき注文者の行為を要する場合において、注文者がその行為をしないことにより受領遅滞に陥るときは、請負人は、相当の補償を請求することができる。

(2) 補償額は、一方において遅滞の期間及び合意した報酬額に応じ、他方において遅滞により請負人が節約した費用又は自己の労働力を他に用いることによって取得することができるものにより定まる。」(訳は、右近編・前掲注(6)『注釈ドイツ契約法』430頁〔青野博之担当部分〕による)。ちなみに、この条文も債務法改正による変更はなかったため、現在も同じ条名、文言である。

(43) Vlg. Köhler, Unmöglichkeit, S. 25, 56.

もたらしることができないことが確定しているのである<sup>(44)</sup>。

(3) もっとも、受領遅滞と給付不能の区別については以上のようにボイティーンと同様の見解を提示したケーラーも、給付不能となる場合における具体的な法的処理方法については、ボイティーンの見解に反対し、それとは別の処理方向を提唱した。まず、ケーラーは次のように指摘する。責めに帰すべき事由の概念を、法律用語においてそれがふつう意味するものからあっさり切り離してはならない。責めに帰すべき事由の内容が債権者の場合と債務者の場合とで同一ではないことは、債権者の側には給付義務はないのであるから確かに正しい。けれども、だからといって債権者の責めに帰すべき事由の概念をボイティーンの見解のように理解することは不当である。なぜなら、それによれば、ひとつの同じ出来事が債務者の一身上には偶発的な事由として現れ、他方、債権者の一身上には責めに帰すべき事由として現れることになる。これはいかにも奇妙な結論であろう。すなわち、たとえば、特定の1日だけ生徒を教えることになっている多忙で振替えの利かないテニスのレッスンコーチが「病気」になる場合、コーチはこれに「責めを負う必要はなく」、債務者・コーチの偶発的給付不能となる。ここでは、BGB323条1項が適用される。これに対し、生徒が「病気」になる場合には、ボイティーンの立場では危険責任の理論により、「債権者・生徒側の責めに帰すべき」給付不能とみなされなければならないことになる（ボイティーンによればBGB324条1項の適用）。しかし、「病気」という事柄は同じであるのに、その帰責性評価が債務者側と債権者側とで異なることになる帰結には納得がいかない<sup>(45)</sup>。BGB324条1項の意味における債権者の責

---

(44) Köhler, Unmöglichkeit, S. 25.

(45) Köhler, Unmöglichkeit, S. 53. なお、ここでは、ケーラーが実際に挙げている具体例を本文の例、すなわちテニスのレッスンコーチの例に置き換えている。以下にさらに続くケーラー説の内容をも本文の例を用いて具体的に紹介することが分かりやすいと考えたためである。ちなみに、この本文の例はボイティーンが債権者の責めに帰すべき事由についての自身の考え方を当てはめるために使用している具体例である（Vgl. Beuthien,

めに帰すべき事由の拡張は民法債務法の体系と評価に適合しないということが、差し当たり確認されるべきである<sup>(46)</sup>。

(4) それでは、このようにボイティーンの見解を否定する場合、それにより、たとえば上の例での生徒側病気の場合には、コーチの病気の場合がそうであるのと同じく、当然にBGB323条1項を適用すべきものとなるのか。このことを問題にしてケーラーは、ここではBGB323条1項ではなく、BGBの債権各則上の個別条文に着目し、その中に類推が可能なものがあるので、これに解決策を求めるべきであるとした。すなわち、彼によれば、BGB323条1項が想定する象徴的な姿は、物を給付すべき債務者が何も持たずに債権者のもとにやってきて、何も持っていないにもかかわらず反対給付を請求するというものである。これに対し、上の例での生徒病気の場合におけるコーチが置かれるような立場・姿はこれを象徴的にいえば、債務者が給付の準備をして債権者のもとを訪れたところ、債権者が彼に、事情が変わったので給付はもはや不要であると告げるというものである<sup>(47)</sup>。そこで、ケーラーは、ここではBGB323条1項ではなく、むしろ債権各則中のBGB615条を類推適用することが適切であるとする。労務権利者の受領または協力の障害のために労務義務者の労務給付に単なる遅延が生じる場合にすでに追給付の義務がなく、かつ、反対給付請求権を保持するのであれば(615条の内容)、このことは、労務権利者の受領または協力の障害のために労務義務者が給付の遅れを取り戻すことが不能である場合において、まさに同じであるべきはずだからであるというのである<sup>(48)</sup>。しかし、これによ

---

Zweckerreichung, S. 244)。ケーラーによる実際の具体例は、家庭教師と生徒という関係において教師が病気になる場合と生徒が病気になる場合というものである。

(46) Köhler, Unmöglichkeit, S. 54.

(47) Köhler, Unmöglichkeit, S. 30.

(48) Köhler, Unmöglichkeit, S. 56. なお、以上では、反対給付問題に対するケーラーの立場の紹介は、彼の発想のポイントを示す趣旨から雇用契約の場合だけを例にとり行った。請負契約の場合に対するケーラーの立場はBGB645条1項という個別条文を類推するというものであるが、これについては、奥富・前掲注(1)上智法学論集26巻1号

れば、債権者はいつまで反対給付義務を負うことになるのか。彼はこの問題には、BGB627条に基づく即時告知権、ないし、告知期間を定めた特別の告知権を債権者に認めることで対応しようとしている<sup>(49)</sup>。

(5) 以上、ケーラーの立場について雇用契約事例における彼の帰結の概要をまとめれば、それは、先の基準で受領遅滞となる場合にはBGB615条の適用を、また、給付不能となる場合にはBGB615条の類推適用を考えるものである。そして、後者の場合には債権者側に即時告知権、または、告知期間を定めた特別の告知権を認めるものである<sup>(50)</sup>。

### 3 ピッカーの見解

(1) 従来の見解が、受領遅滞と給付不能とは概念上互いに相容れないという理解を前提としてきたのに対し、ピッカーは、雇用・労働契約において原因が債権者の側にある障害事例、たとえば、使用者の工場の焼失という障害によって被用者が就労できないという事例を、雇用・労働契約では受領遅滞と給付不能の二者択一というテーゼを破ることで処理しようとした。1979年および1985年に公刊した論文の中で彼が提示した見解である。すなわち、ピッカーによれば、雇用・労働契約の場合には給付不能と受領遅滞とは並存しうるのであり、BGB615条が労務権利者の受領遅滞の場合に、労務義務者は追給付をする義務を負うことなく、遅滞により給付しなかった労務に対して報酬を請求できるとするとき、それは、労務権利者の協力がいないために労務義務者が給付不能であ

---

180頁以下でそれを紹介しているところに譲る。

(49) Köhler, Unmöglichkeit, S. 61 ff.

(50) 以上、1でのボイティーンの見解の紹介に続き、ケーラーの見解を紹介したが、この両者の見解については、かつてすでに一度、論稿の中で触れたことがある（奥富・前掲注(1)上智法学論集26巻1号176頁以下）。しかし、本稿のテーマとの関係では学説史上、彼らの見解を紹介の対象からはずすことはできないだけでなく、改めて彼らの見解の内容を分析すると、その主張の中に、本稿が求める考察視角獲得のための有用な手掛かりを新たに見出すことができると思われるので、かつては触れることができなかった内容も含め、より具体的に彼らの見解を紹介させていただく。

る諸事例をも含むものであるというのである<sup>(51)</sup>。ピッカーは指摘する。すなわち、受領遅滞と給付不能の二者択一というドグマを固執するならば、受領遅滞は、たいていは肯定されうる雇用契約の場合の定期行為の性格を前にして、ほとんど考えられないことになってしまうであろう。それというのは、労働関係の場合には通常、労務給付は時間的に固定されているので、債権者による必要な協力が決定的な時点に (*im entscheidenden Augenblick*) 欠如する、または、協力の不可能がすでに事前に確定している場合には、取り決められた時点 (*Zeiten*) にもたらされなかった給付は常に直ちに最終的に不能となったものとなるからである。つまり、BGB615 条は、まさにその二者択一というドグマ上の構成のゆえに實際上意義を失ってしまうも同然であろう<sup>(52)</sup>。

(2) ピッカーは、雇用・労働契約の場合には給付不能と受領遅滞とは並存しうるという見解の根拠を BGB615 条の立法の歴史的経緯に求めた。ピッカーの分析によれば、BGB の起草者たちによって構想された BGB615 条とは次のようなものだというのである。すなわち、普通法上の学説では、労務給付のために雇い主によって据えられるべきズブストラート (*Substrat*)、すなわち、工場、道具などといった労務給付のための基礎・基盤がだめになる (*Versagen*) 場合には、雇い主が賃金危険を負担するということが、ほんの二・三の意見 (*Stimmen*) を除き承認されていた。当時の裁判所も、同様の判決を下していた。同時代の法律や法律草案の大多数も、この危険負担問題を同様に解決していた。それゆえに、BGB の創始者たち (*Schöpfer*) が立脚し、彼らがそこから新しい法の構想を練った法の伝統は、ズブストラートの危険問題において一致した評価によって支配されていた。法律の起草者 (*Gesetzesverfasser*) たちは、この伝統と関係を断つことはなかった。起草者たちはこの受容し

---

(51) E. Picker, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, S. 292f.; ders., JZ 1985, S. 702.

(52) Picker, JZ 1985, S. 699f, 701; Vgl. Staudinger-Richardi, BGB, 13. Aufl., 2005, § 615 Rn.

た評価を、解釈上最も広い思考像（Denkfigur）として、債権者の領域におけるあらゆる障害原因を實際上把握しうる、新しく形作られた法制度（受領遅滞制度）に法技術上移植した。すなわち、雇用契約法では、賃金の支払継続義務のためには、今まさに過失の必要性から解放された「受領遅滞の要件」だけが決定的であることになった。これによって、ズブストラート危険の問題が法律の専門用語上あるいは事柄そのものに関して、困難を生じさせる可能性はもはやなくなった。それというのは、受領遅滞は過失から切り離されたがゆえに、もはや不受領の理由には左右されないことになったからである。むしろ、それは、「提供された給付の不受領という裸の事実」が存在する場合、常にすでに肯定されなければならないことになった。したがって、この遅滞の、およびそれに伴う対価危険の唯一の要件は、「債権者の側に存在する何らかの理由から」労務給付がもはや遂行できないという状況（Umstand）であることになった。したがって、債権者が労務を、彼のズブストラートが役に立たなくなったために受領しないという事例もまた、すでに、この像（Figur）（受領遅滞）の定義によって把握されるものとなったのである<sup>(53)</sup>。ピッカーはまず以上のように指摘した後に、さらに次のように続ける。

ところで、起草者たちは、現実の労働によってのみ履行されうる労務給付義務を原則として特定物債務（Speziesschuld）として評価分類した。そして、それに即して、彼らはまた、受領の欠如により、取り決められた時点にもたらされえなかった労務は、不能になった給付とみなすことができるということからすでに当たり前のように出発した。そして、さらに彼らは、同様にこの見方に基づいて、「雇用契約にはいつも、ある種の定期行為の性質が居合わせている」ということを無視し続けてはならないことをすでに強調した。それにもかかわらず、原因が債権者の「側」にあるすべての障害事例は、同時に、受領遅滞という像に包摂さ

---

(53) Picker, JZ 1979, S. 290ff., ; ders., JZ 1985, S. 696ff.

せられた。「客観的な」、すなわち、「中立的な」、つまり誰の領域にも属さない原因に誘発される不能が存在する状況のみが除外された。このドグマ上の構成の明確な目標は、一般的な像に結び付けることによって、「雇用契約のために、最も重要な点のひとつにおいて、わかりやすい、明快な法を獲得すること」であった。給付不能と受領遅滞とは、それゆえ、ひとつの同じ規定でもって、給付からの債務者の解放も債権者への対価危険の移転も同時に規定するために、意識的に組み合わせられたのである<sup>(54)</sup>。

(3) そして、ピッカーによれば、以上のように雇用契約のところでの受領遅滞の規制(Regelung)の中に給付不能の諸事例をも含めることは、法律の起草者たちにとって、危険負担についての彼らの価値判断を実定規範に移植するための、考えられる最もわかりやすい道であった。BGBの創始者たちが過失の必要性を取り除き過失を協力の欠如の理由から外した今日の受領遅滞では、「受領不能」という像が客観的に危険分担基準として生き続けている。それゆえ、債権者が協力できないので債務者が給付することができない諸場合をも、依然としてBGB615条の適用の対象とすることは、時代遅れになった像を遡って再び上げるものではなく、正確な再現であり、かつ法律の構想の厳格な尊重である<sup>(55)</sup>。

(4) なお、ピッカーは、ボイティーンが受領遅滞は遅れの取戻しが可能な債務者の給付を一時的に受領できない場合に存在するとしたことに対して、これは、給付義務が継続して存在することを実際に前提とするものであるが、一時的受領不能の場合に給付義務がなぜ継続して存在することになるのかを立証していない。ボイティーンの見解は、のちに遅れを取り戻す可能性がある場合に関係するだけだからであると批判した。その趣旨は、債権者が用立てるべきズブストラートに支障が生じ、

---

(54) Picker, JZ 1985, S. 699f.

(55) Picker, JZ 1985, S. 700.

債権者が一時的に受領不能の状態に陥ったという場合にも、雇用・労働契約の場合には被用者の労務給付に、時間に固定されているという特別な性格があるために、指定・特定されている時間が経過すると不能となるということである。すなわち、たとえば工場の焼失によって被用者が一定期間就労できないという場合、被用者の労務給付には時間との結び付きがあるので、工場の焼失によって就労できなかった間のそれはもはや不能となる。したがって、焼失から工場再建までの当該一定期間に対して本来予定されていた労務給付は再建後に追給付をすることはもはやできない、ということである。また、ピッカーは、ボイティーンがBGB324条1項の債権者の責めに帰すべき事由に危険領域を割り当てたことについて、その解釈は必然的に自由裁量による処理を許すことになり不当であるとした。さらに、反対給付請求権の問題の限りでボイティーンの立場とは異なり、BGB615条の類推適用にその処理を求めたケーラーの見解に対しては、自分で作り出したBGBの「欠缺」を埋めるべく見出した処理の方法は、(ピッカーの解釈によれば)まさしくこのBGBが規定している法律上の効果に戻るものであると指摘した<sup>(56)</sup>。

(5) 以上のピッカーの見解には、今日、たとえば、リヒャルディ、ヘンスラーなどの支持者がある<sup>(57)</sup>。

#### 4 リュッケルトの見解

(1) リュッケルトは、BGB324条1項の責めに帰すべき事由の概念を債権者の領域にまで拡大するボイティーンの見解について、ケーラーによるそれへの批判と同様に、BGBの体系に反すると批判した<sup>(58)</sup>。ま

---

(56) Picker, JZ 1985, S. 702.

(57) Staudinger-Richardi, BGB, 13. Aufl., § 615 Rn. 34, 41f.; MünchKomm-Henssler, BGB, 6. Aufl., 2012, § 615 Rn. 8. なお、BGB615条は受領遅滞か給付不能かの境界づけには手をつけまいとした規定であるとするクラフトの見解も、ピッカーと類似の立場である。Soegel-Kraft, BGB, 13. Aufl., 1997, § 615 Rn. 5.

(58) Rückert, ZfA 1983, S. 5.

た、ケーラーが、たとえば、多忙で振替への利かないテニスコーチの給付(レッスン)における生徒の病気という場合について、そこで債務者(コーチ)が置かれる立場・姿は、債務者が何も持たずに債権者のもとにやってきて、それにもかかわらず反対給付を請求するというBGB323条1項が想定する姿とは違うとしたことに対して、この見方は曖昧であると批判した<sup>(59)</sup>。これは、債務者が事態を事前に知れば、あるいは、たとえば工場焼失の場合に工場に赴いて初めて焼失の事実を知ったとしても、その翌日からの債務者の置かれる立場・姿は、323条1項の想定するものと違いはないということだと思われる。ピッカーに対しては、「彼の詳細な、歴史的に理由づけられた荒治療は、より綿密な分析に耐えるものではない。」と批判した。すなわち、リュッケルトによれば、法律は単純に普通法上の受領不能のすべての場合を受領遅滞でもって一緒に把握しようとしたわけではないし、また、ズブストラートがだめになる事例のすべての場合をそのようにしようとしたわけでもなかった。ピッカーは第一委員会の討議録を使用せず、それゆえ、以下のことを見落としている。すなわち、ズブストラートがだめになる事例をヴィントシャイトは受領遅滞と一緒に取り入れようとはまったくせず、債権者の一身上の予期せぬ出来事(Personzufälle)に限定したこと、その上、委員会はヴィントシャイトのこの提案をも別の区別のために(zugunsten einer anderen Differenzierung) 否決したことを、である<sup>(60)</sup>。

(2) 以上のように指摘したうえで、リュッケルトはさらに、ボイティーンやケーラーの提示した遅れの取戻しが可能かどうかという基準では、債務者がフルタイムで継続的に拘束されている雇用・労働契約の場合の妥当な処理に支障が生じる。すなわち、債権者・使用者の側の原因のある一時的な給付障害の場合にもBGB323条1項による報酬の削減という、遅れの取戻しが不可能ゆえのこの効果は避けられないとし、継

---

(59) Rückert, ZfA 1983, S. 10.

(60) Rückert, ZfA 1983, S. 10f.

続するフルタイムの雇用・労働関係における問題の処理のために、労務給付関係の永続的な「断絶 (Abbruch)」と単に一時的な「中断 (Unterbrechung)」という基準に基づく区別を提唱した。彼は、この区別は「不能」と「遅滞」という2つの障害形態に対応するもの、すなわち、断絶は不能に、中断は遅滞にそれぞれ相当するものであり、したがって、断絶の場合には323条1項を、中断の場合にはBGB615条を適用すべきであるとした。リュッケルトは、具体的には次のように議論を展開したのである。

遅れの取戻しが可能かどうかという基準では、継続するフルタイム勤務の雇用・労働関係の場合の妥当な問題処理に困難をきたす。この基準は袋小路に通じている。それというのは、フルタイム関係の場合には、給付は通常、遅れの取戻しは可能でないからである。すなわち、ボイテーンやケーラーは、永続的障害の場合には遅れの取戻しは不能、一時的障害の場合にはそれは可能であるとする。しかし、フルタイムの継続的労働関係では、一時的障害の場合であっても、その障害が回復すれば、被用者は、その時点から予定されている別個の新たな労務を提供しなければならないのであるから、結局、障害の発生から回復までの間に行うことができなかった給付については、その遅れを取り戻すことはふつうできないのである<sup>(61)</sup>。

そこで、ここではむしろ、断絶と中断という障害形態を、不能-遅滞という二元論に相当するものとして考えるべきである。断絶の場合には、互いに継続の利益がなくなる。労務や労働がもはやもたらされえないところでは、契約の継続はもはや意味を持たない。この状況は、通常永続的不能に対応する。それは、偶発的なもの (Zufall) である場合には、契約をBGB323条により瓦解させるものである。これに対し、単なる中断の場合には、両当事者は通常、契約を継続させようとする。

---

(61) Rückert, ZfA 1983, S. 16.

このようにして、永続的な障害と一時的な障害はフルタイムの関係においても明快に区別することができる。これによって、困難が除去され、断絶事例には BGB323 条を、中断事例には BGB615 条を適用する可能性が開かれるであろう<sup>(62)</sup>。

なお、中断は確かに一時的な障害であるが、遅滞とは同一視できない。なぜなら、給付は純粋な遅滞の場合のように遅れの取戻しができないからである。他方、それは、BGB323 条による一部不能に単純には含まれない。効果的に進められた部分と実行できない部分から成るものが単純に問題なのではない。そのイメージは、労働法的に言えば、契約で認められた中休み (Pause) である。民事法的には、量を基準とした一部不能の場合とは違い、時間を基準とした一部不能の場合には、継続する契約関係から一部分 (ein Stück) を簡単に取り出しては (herausnemen) ならないということである。ここには、素朴な遅滞はない。要するに、継続的關係における中断は、一回的な契約でなじみがあるような通常の遅滞と通常の一部不能との間にあるのである。この場合、偶発的事例にとっては、中断が遅滞に割り当てられるか不能に分類されるかは重要問題である。なぜなら、BGB615 条は 323 条と違って、効果的な給付がなくても反対給付を義務づけるからである。それゆえ、法律は、遅れの取戻しが可能な労務の懈怠と遅れの取戻しが不能な労務の中断とが同列に置かれることになるのかどうかを決断しなければならなかった。そして、これを BGB615 条で行った。すなわち、提供者は、「約定の報酬を追給付を義務づけられることなく請求できる。」(615 条)。たとえ仮に遅れの取戻しが容易に可能であったとしてもどのみち追給付が求められないのであれば、遅れの取戻しが可能な一時的障害関係と遅れの取戻しが不能なそれとをなお区別することは意味がないであろう。それゆえ、遅れの取戻しを要求しないで、法律は一度、純粋な遅滞の諸事例を特別に

---

(62) Rückert, ZfA 1983, S. 15f.

規定し、しかし、同時に、継続的關係における中断をそれらと同列に置いた。立法者たちが「雇用契約にはいつも (regelmäßig) 一種の定期行為の性質が居合わせる」ということを理由づけのために挙げたときには、これによって彼らは、遅れの取戻しを求めても通常無駄であるという中断事例の有する特徴を自覚していたのである<sup>(63)</sup>。

(3) さて、このように自説を展開したリュッケルトであったが、これに対してピッカーは、リュッケルトの立場に関して、「たとえば、破壊された工場という典型例 (Musterbeispiel) において、われわれは『断絶』と『中断』の間でどのように区別することになるのか？ 工場が再建できると思われることで十分であることになるのか？ 再建か、それとも工場をたたむかの使用者の決断が決定的であることになるのか？ 使用者の考えが後に変ったときにはどのように決めることになるのか？ …〔略〕…リュッケルトは、彼によって区別された事実は前もって定められた動かすことのできない事実ではなく、経営者の意図的な判断の結果であり、かつ、まさにそれゆえに、賃金請求権の自動的な剥奪は……非常に恣意的かつ不当であると思われることを誤認している。」と批判した<sup>(64)</sup>。また、リュッケルトが主張した区別は立法資料の中にこれを感じとれる部分はなく<sup>(65)</sup>、立法者たちにはそのような区別をする気はなかった<sup>(66)</sup>と指摘し、これとともに、自身がリュッケルトから批判を受けた歴史的根拠の点については、第一委員会の討議録およびそこでのヴァイントシャイトの提案を考慮してもリュッケルトの批判は的を外れていると反論した。ピッカーによれば、そのころ普及していた、たとえばすでにドレスデン草案において使用されていた、雇い主の「一身上に」存在している障害原因という専門用語は、使用者の物によって誘発された

---

(63) Rückert, ZfA 1983, S. 17ff.

(64) Picker, JZ 1985, S. 693 Fn. 60.

(65) Picker, JZ 1985, S. 699 Fn. 115.

(66) Picker, JZ 1985, S. 693 Fn. 60.

諸障害と違うものではまったくなく、これらを言語上完全に慣例どおり含めるものである。つまりそれは、すでに当時よく使われていた、そして、すぐにその後起草者たちによっても使用された、債権者「側での」障害という専門用語の同義語にすぎない。このことは、ヴァイントシャイト自身に関しても彼の論稿(HeidelbKritZ2〔1855年〕138頁以下)からはっきりとわかる、というのである<sup>(67)</sup>。こうして歴史的な経緯からの根拠づけの点は水掛け論の様相を呈し、それゆえ、法律制定史からBGB615条の立法者の意図を一義的に確定することは非常に難しいと評価し解説する論者もある<sup>(68)</sup>。

---

(67) Picker, JZ 1985, S. 696 Fn. 87.

(68) Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., Vor § 293 Rn. 14. また、併せてヴィーデマン(Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., Vor § 293 Rn. 15.)は、リュッケルトの「断絶」と「中断」という区別には、法律上の拠り所が欠けていると批判している。

なお、さらに、ピッカー、リュッケルトに遅れることわずかの時期に学説を展開したのはブレッツである。彼は、労働契約関係の場面でエネルギーの欠乏、機械の故障、火事、自然災害などのゆえに経営障害が生じるという場合の問題を念頭に置いて、受領遅滞と不能の区別のための決定的な基準は給付の遅れを取り戻す可能性の有無であるとの立場に立ちつつ(Bletz, JR 1985, S. 229.)、自身の見解を提示した。すなわち、彼は次のように論じた。被用者の給付は、経営障害の場合には使用者が協力行為に取りかかることができないから生じない。使用者がこれを永続的にできない場合には、被用者にとってその給付義務に遅れの取戻し可能性が欠けているために給付不能となったことは確実である。これは、BGB323条により彼の報酬請求権の喪失をもたらす。経営障害の主要事例を成す、使用者が一時的にのみ協力を妨げられている場合には、障害自体は給付不能をもたらすのではなく、時の経過のゆえの給付不能に時間的に先行するところの受領遅滞をもたらす。それゆえ、被用者の給付義務は、使用者の協力行為が一時的になされていない場合には時の経過のゆえの給付不能によってではなく、BGB615条1文の最後の句、すなわち「追給付をする義務を負うことなく」によって消える。この規定の1文の意義はここにあるだけである。被用者の報酬請求権のために、この規定はBGB323条の適用可能性を生じさせる。それゆえに、労働契約によって基礎づけられた被用者の報酬請求権は、その限りでは余分であるBGB615条1文の「遅滞により給付しなかつた労務に対して、合意した報酬を請求することができる」という部分を必要とすることなく、維持されたままである。被用者の報酬請求権は、被用者の給付義務がすでに先に、受領遅滞のためにBGB615条1文の最後の句により消滅している場合には、まさに、もはや時の経過のゆえの給付不能によりBGB323条によって消滅することはできない(Bletz, JR 1985, S. 230, 232.)。

このブレッツの見解に対し、リヒャルディは、雇用契約法の、立法者の考え方によれ

## 四 日本の法制度のもとでの問題処理のあり方

(1) 受領遅滞の成立には債務者において給付が可能であることが必要である。そこで、受領遅滞と給付不能とは互いに相容れないものであり、したがって、給付可能すなわち受領遅滞と給付不能との区別、すなわち、どのような場合に債務者は給付が可能であり、逆に、どのような場合に債務者は給付が不能であるといえるのかが問題となる。そして、受領遅滞と給付不能のどちらと評価するかによって、危険負担問題の処理の仕方が違ってくる。そこで、両者の区別の仕方、問題処理の方法をめぐってさまざまな見解が提唱されてきた。これがドイツでの議論の理論的および実践的構造であり、これは、受領遅滞と給付不能とは相容れないという理解とは異なる立場を主張した古い時代の少数の学説<sup>(69)</sup>や近時のピッカーの見解という一部の学説の例外を除き、今日まで一貫して変わらない。そして、同様にわが国でも、すでに主要な学説は、「履行が不能なために受領が不能だというときには、受領不能ではない」と解説して債務者における「履行可能」が受領遅滞の成立要件のひとつであることを暗黙に承認してきたし、近時の主要な論者はここから進ん

---

ば中心的な規範を空にならせていると批判している (Staudinger-Richardi, BGB, 13. Aufl., § 615 Rn. 39.)。また、プレッツの立場には、以下の批判も可能であると思われる。すなわち、プレッツは、使用者が一時的にのみ協力を妨げられている場合には、障害自体は給付不能をもたらすのではなく、時の経過のゆえの給付不能に時間的に先行するところの受領遅滞をもたらすというが、この場合にいくら被用者が給付を提供してもそもそも実際には当日働けないことは明らかであり、かつこの日の労働給付はこの日が過ぎればもはや遅れを取り戻すことはできない。このような場合にも受領遅滞が先に成立することになるというのであれば、被用者の給付はここでもまずは可能であるといわなければならないはずである。しかし、プレッツの見解はこの「給付可能」の要件を等閑視しており、ここに論理の飛躍があると思われる。もしもプレッツの主張する結論を導こうとすれば、給付可能の判断について抽象化定式によらざるをえないであろう。しかし、プレッツは彼自身、抽象化定式を否定しているのである (Bletz, JR 1985, S. 228.)。

(69) 奥富・前掲注 (1) 上智法学論集 26 卷 1 号 144 頁注 (3) 参照。

で、受領遅滞は履行の可能を前提とすると明言するに至っている。そして、さらに、上記主要な学説は、受領遅滞か履行不能かは危険負担の問題と関連して重要な意義を有すると指摘し、両者の区別の基準としてドイツの領域説を導入した。以来、これが長らく通説の地位を維持してきたのである。なお、受領遅滞の成立のための要件として債務者における履行可能性の存在が必要であることは、筆者も以前に詳論したところである<sup>(70)</sup>。

こうして、わが国でも、受領遅滞と履行不能とは互いに相容れないことになる。そこで、工場の焼失、原材料の不足による休業、修繕対象である家屋の滅失などといった場合に対して法的にどのように対応し、処理すべきかという問題に関連して、履行可能とはどのような場合のことをいい、逆に、履行不能とはどのような場合のことをいうべきことになるのか、すなわち両者の区別の基準はどのようなものであるべきかが理論上問題となるのである。本稿の問題を考察していくにあたり、まずこのことを確認しておこう。

(2) さて、ドイツでは、かつて論者は、抽象化定式・領域説を主張した。しかし、これに対しては、二の2で紹介したように、さまざまな観点から批判が加えられている。それらの批判はいずれも妥当であり、それらは、そのままわが国における領域説という基準、これを介しての問題処理にもあてはまると思われる。そして、わが国での議論を考える場合には、領域説による問題処理に対し、さらに次のような批判を加え合わせるができると思われる。

(イ) たとえば、修繕請負の対象である注文者の家屋が工事の着手前に当事者双方の責めに帰することができない事由、たとえば、地震や隣家からの延焼によって滅失したという事例では、これを抽象化定式・領域

---

(70) 以上のわが国の学説展開を含め、奥富・前掲注(8) 南山法学15巻3・4合併号51頁以下。受領遅滞は履行の可能を前提とすると明言する主要な論者である奥田については、前掲注(13) 参照。

説によって履行可能、すなわち受領遅滞と評価するという場合、そのことと危険負担問題の処理とをわが国ではどのように結び付けることになるのか。一で触れたように、わが国の従来通説（奥田）は雇用・労働契約関係における工場焼失のような場合について「受領遅滞による履行不能＝受領遅滞後の履行不能」と構成したが、請負契約関係の場合には、そのように構成することさえむずかしいはずである。雇用・労働契約関係では、労務給付には定期行為的な性質があるから時間ごと、日ごとの給付は、その時間、その日に行うことができないままにその時間、その日が過ぎてしまえば、その時間、その日ごとについては不能となって消滅していくが、請負契約関係における請負人の給付の場合にはそのようなことはないからである。したがって、受領遅滞の場合には注文者に報酬支払義務や相当の補償義務を認める BGB642 条のような規定のないわが国では、修繕工事着手前の建物の滅失という事態を注文者の受領遅滞と評価することには危険負担問題の処理との関係で実践的な意味を見出せないことになろう。また、結論の妥当性という価値判断上の観点からいっても、わが国の議論において債権者にも債務者にも帰責事由のないこのような事例の場合に債権者・注文者の報酬支払義務を認めることには疑問がある<sup>(71)</sup>。

(ロ) 上のような事態の場合に、それでも受領遅滞後の履行不能と構成しようとするのであれば、そこにはまた、次の問題が指摘されなければならない。

(a) そこでの受領遅滞後の履行不能という構成の実態は、注文者の家屋が滅失したという同じひとつの事象を一方で受領遅滞すなわち履行可能、他方で履行不能と評価するものであるから、受領遅滞と履行不能とは相容れないものである以上、論理矛盾をきたすものとなる<sup>(72)</sup>。

---

(71) 「また」以下の「価値判断上の観点」の部分については、すでにより詳しくは、奥富・前掲注(4) 南山法学 15 卷 1・2 合併号 40 頁以下参照。

(72) 奥富・前掲注(1) 南山法学 14 卷 2・3・4 合併号 20 頁。

(b) 注文者の受領遅滞中に家屋が滅失すれば、それは「受領遅滞後の『受領遅滞後の履行不能』」ということになる。しかし、このように事態を把握することはいかにも奇異であるといわざるをえないであろう<sup>(73)</sup>。

(c) 家屋の滅失という事態について債権者である注文者に帰責事由が認められる場合には、直接正面から、債権者の責めに帰すべき履行不能とだけ評価し、民法536条2項(民法改正法案ではその536条2項)の問題として処理できるはずである。そうであれば、債権者と債務者の双方に帰責事由がない場合における事態の評価に受領遅滞を介在させるのは問題である。帰責事由の有無と事態の客観的評価とは本来、関係がないはずだからである<sup>(74)</sup>。

(3) 以上により、わが国でも解釈論上、抽象化定式・領域説によるのとは別の考え方、別の問題処理のあり方を求めるべきことはもはや明らかであろう。そこで、これを検討する場合、わが国ではBGB615条(現行BGB615条1項)に相当する条文がないので、同条文の内容を歴史的観点から追求したピッカーのような議論を参考にすることはできない。また、「断絶」と「中断」という基準の正当性を主張したりュッケルトの議論も、これらがドイツにせよわが国にせよ民法典の中にはない概念である以上、これに依拠することはできない<sup>(75)</sup>。これに対し、①領域説の基礎をなす抽象化定式への二の2(6)のボイティーンによる批判<sup>(76)</sup>、すなわち、<抽象化定式では「債務者遅滞と給付不能との区別」における遅滞と不能との間の関係と「受領遅滞と給付不能との区別」における遅滞と不能との間の関係とが異なるものとなるが、この結果は理解しがたい。人は、債務者遅滞にせよ債権者遅滞にせよ債務者において給付結果をもたらすことができる可能性があるからこそ遅滞できる>旨

(73) より詳しくは、奥富・前掲注(1)南山法学14巻2・3・4合併号20頁以下参照。

(74) 奥富・前掲注(4)南山法学15巻1・2合併号73頁以下、品川孝次『契約法下巻』(青林書院、1998年)145頁以下参照。

(75) 前掲注(68)に紹介したヴィーデマンによるリュッケルトの見解に対する批判参照。

(76) 前掲注(20)参照。

の指摘、および、② ボイティーンやケーラーによる、＜法律によって受領遅滞に結び付けられた BGB300 条の法律効果は、給付義務がなお履行可能である場合にのみ意味を持つ。受領遅滞は給付の遅延の場合のみを把握するものであり、これが、受領遅滞という事実の本質である。このことは、受領遅滞の場合に BGB300-304 条などによって認められる法律効果からはっきりとわかる＞旨の洞察（三の 1 (3) および 2 (2) 参照）には、わが国での議論にこれらを当てはめても十分に説得力があると思われる。そこで、わが国でも今後はボイティーンやケーラーの発想に依拠し、受領遅滞（履行可能）と履行不能の区別については、①のことと②のことを併せ考えたときに獲得できる視点である、「債権者の事情のゆえに、給付結果の招来すなわち履行が単に遅延しているだけなのか、それとも最終的にそれが不能となっているのか」を問題としていくことが適切であろう<sup>(77)</sup>。

そうすると、さらに具体的には、このことを判断するには債権者側の受領障害が一時的なものか永続的なものか、つまり一時的受領不能か永続的受領不能かという基準によるべきか、それとも債務者が給付の遅れを取り戻すことができるか否か（ここで「否」とは、債務者による給付の遅れの取戻しということがもはや考えられない＝債務者が追って給付することはもはやできないという意味）という基準によるべきかということになり、結論としては後者の基準によるべきものと思われる。もっとも、これについて、ボイティーンのように、一時的受領不能の場合はすなわち基本的に給付の遅れの取戻しが可能の場合であって受領遅滞であり、永続的受領不能の場合はすなわち給付の遅れの取戻しが不能の場合であっ

---

(77) ドイツでも今日、ボイティーンやケーラーのこの考え方は支配的かつ適切な見解であると評されている。Vgl., Soegel-Wiedemann, BGB, 12. Aufl., Vor § 293 Rn. 11 ; Soegel-Schbel, BGB, 13. Aufl., Vor § 293 Rn. 11 ; Vgl. auch MünchKomm-Emmerich, BGB, 4. Aufl., Vor § 275 Rn.34 ; Emmerich, Leistungsstörungen, § 24 Rn. 11 ; Staudinger-Löwisch, BGB, 13. Aufl., 2001, Vor § § 293-304 Rn. 9 ; Staudinger-Feldmann, BGB, 13. Aufl., 2014, Vor § § 293-304 Rn. 11.

て給付不能であると考えらるるのであれば(三の1(2)参照)、どちらでも基準としてあまり変わらず、二者択一を迫る実益はさほどないということになるのかもしれない。しかし、すでにドイツにおいてピッカーやリュッケルトも指摘していたように<sup>(78)</sup>、一時的受領不能であってもそれが継続的な労働契約関係において生じる場合には、被用者は、使用者の一時的受領不能の間に行うことができない労務給付を、追って行うことはもはやできない。たとえば、工場が焼失しその再建までに2か月を要するという場合(使用者の一時的受領不能)、被用者は、焼失から再建までの間に行うことができないこの2か月間の労務給付を、追って行うことはもはやできない。なぜなら、被用者の労務給付には定期行為の性質があるからである<sup>(79)</sup>。そこで、この場合を、一時的受領不能だか

---

(78) もっとも、彼らにとってはボイティーンやケーラーの基準を否定して自らの立場の妥当性を主張するための素材としての指摘であった。三の3(4)および4(2)参照。

(79) 「時間ごと、日ごとの労務の給付はその時間、その日が過ぎてしまえば、その時間、その日については不能」となる(前掲注(3)で引用した奥田『債権総論[増補版]』227頁の解説。本稿も、労務給付の定期行為の性質についてはこの奥田の理解・説明の仕方に与するものである。この四の(2)(イ)でもこの理解・説明の仕方は前提としつつわが国の領域説を批判したところである)。もっとも、労務給付の定期行為の性質についてボイティーンは、この奥田のような、労務給付と時間との結び付きを厳格に捉えた形での理解の仕方は必ずしもしていない。ボイティーンが理解する労務給付の定期行為の性質の内容は、三(1)(ロ)部分で、「期間の定めのない雇用または労働関係でも、労務給付の一部が債権者の懈怠(Säumnis)のためにもたらされなかったという場合、行われた状態にそれを回復させることができないことはよくあることである。それというのは、労務義務者が仕事を再度開始することができるようになった途端、引き続きその後も義務づけられている労務給付は、しばしば彼に、取りやめになった労働時間の遅れを取り戻す時間のゆとりを与えないからである。…[中略]…これに対して、遅れを取り戻すことが可能な労務給付は、時の経過によってすでに不能になっているわけではない。…[中略]…期間の定めのある継続的債務関係および一時的な雇用関係の場合には、遅れを取り戻すことが可能である。」と述べているところに現れているものである(より詳しくは、Vgl. Beuthien, RdA 1972, S.21ff.)。

しかし、労務給付の定期行為の性質の内容についてこのような理解の仕方をする場合であっても、工場の焼失から再建までの間の操業不能というような一時的受領不能と、給付の遅れの取戻しとの間の関係は、やはり同様に、給付の遅れの取戻しはもはやできないという評価となるのではあるまいか。それというのは、ボイティーン自身も実際には、上のように、「期間の定めのない雇用または労働関係でも、労務給付の一部が債権

らといって受領遅滞（履行可能、すなわち、債権者の事情によって労務給付の履行が単に遅延しているだけの状態）であると評価することはできない。したがって、決定的なのは、債務者が給付の遅れを取り戻すことができるか否かだということになるのである。そこで、わが国では今後これを、受領遅滞か履行不能かを区別するための基準にすべきである<sup>(80)</sup>。

ただし、この基準によって履行不能と評価される場合における反対給付の問題については、ボイティーンが給付不能の場合における反対給付問題のために提唱したような考え方、すなわち、BGB324条1項の「債権者の責めに帰すべき事由」の概念を「自分の危険領域に対する責任」の意味にまで拡張するような考え方を、わが国の民法536条2項においてとることは到底できない（民法改正法案536条2項においても同じ）。ボイティーンのこの立場の不当性は、ケーラーがすでにこれを指摘していた（三の2（3））とおりでであると思われる。しかし、また、BGB債権各論の個別条文の類推に反対給付問題の解決を求めたケーラーの発想（三の2（4））も、わが国ではそのような条文の存在しないこと、およびリュッケルトがケーラーに対して行った批判（三の4（1））を考慮すれば、

---

者の懈怠（Säumnis）のためにもたらされなかったという場合、行われた状態にそれを回復させることができないことはよくあることである。」（下線筆者〔奥富〕）と述べているのであるから、このことからすれば同様のことは工場の焼失から再建までの間の操業不能のような一時的受領不能のところでも当然いえることであると思われるからである（なお、リュッケルトの批判内容も同趣旨のものであったことは、すでにみたとおりである。三の4（2）参照）。そして、さらにいえば、労務給付の定期行為的性質の内容についてボイティーンのような理解の仕方をする場合でも、継続的なフルタイムの労働契約関係の場合には、期間の定めの有無にかかわらず、一時的受領不能のために行うことのできない給付はもはやその遅れを取り戻すことはできないと一般論としては評価してよいのではあるまいか。すなわち、ボイティーンは、これも上のように、期間の定めのある継続的な債務関係の場合には給付の遅れの取戻しは可能であるとしているが、これが期間の定めのある継続的なフルタイムの労働契約関係である場合には、被用者は期間の満了後には、多くの場合、間もなく別の使用者のもとで仕事に従事することが考えられるから、やはりここでも給付の遅れの取戻しは一般にはもはやむずかしいと思われるのである。

(80) ドイツでも、これが決定的な基準であるとするものとして、たとえば、前掲注（68）の中で紹介したBletz, JR 1985, S. 229やEmmerich, Leistungsstörungen, § 24 Rn. 12.

参考にできない。

(4) そこで、以上にもとづいて、一で触れたようなそれぞれの事態を法的に評価し、かつ、わが国でのその法的処理を考えると、各々次のようになる。

(イ) まず、たとえば、請負人が修繕を請け負った注文者の建物が工事着手前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滅失したという場合には、もはや請負人にとって給付の遅れの取戻しということは考えられないから事態は履行不能であり、危険負担の問題となる。適用条文は、現行法では民法536条1項となり、民法改正法案ではその536条1項<sup>(81)</sup>である。ドイツでの議論とは異なり、わが国では、上述のとおり価値判断上もこれで問題はないと思われる。なお、民法改正法案によれば、この場合、注文者は請負契約を解除することができる(同法案542条1項1号)<sup>(82)</sup>。

(ロ) 親が子を代理して子のために家庭教師をつけたが、ある時、その子・生徒が病気になったという場合、たとえば、インフルエンザにかかって寝込んだという場合には、家庭教師はその生徒が快復するまでの間は教えることはできないけれども、この種の契約では、生徒が病気でなければ本来その時点で教えることができたはずの事柄は、生徒の快復後にそれを教えることができる、すなわち、給付の遅れを取り戻すことができると考えるのが素直であろう。したがって、この場合には履行可能であり、債権者である当該生徒の受領遅滞ということになる<sup>(83)</sup>。した

---

(81) 民法改正法案536条1項は次のように規定する。「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を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。」。

(82) 民法改正法案542条1項1号は次のように規定している。「次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

1 債務の全部の履行が不能であるとき。」。

なお、民法改正法案では解除に債務者の帰責事由が不要であることは、すでに周知のとおりである。

がって、ここでは、危険負担が問題になることはない。法律効果との関係では、たとえば授業の当日、生徒の罹患を知らずに生徒宅を訪問したという場合の交通費について家庭教師はその償還を請求できるかが問題となる。これは、受領遅滞の効果としての増加費用償還請求権の問題であるとともに、民法 485 条ただし書の法意ないし類推適用の問題であるともいえよう<sup>(84)</sup>。これらによって、家庭教師の交通費償還請求は認められることになる。なお、親や生徒自身から罹患の連絡があったので家庭教師が生徒宅に赴くことはなかったという場合には、増加費用の償還問題は当然生じない。

では、上の例で生徒が重大な病気になり、受講の継続が困難となったという場合にはどのようなようになるであろうか。この場合には、家庭教師が追って給付できるということはない。すなわち、給付の遅れの取戻しということとはもはや考えられないから、家庭教師は履行不能となる。そこで、法律関係は現行法では民法 536 条 1 項の問題に、また、民法改正法案では 648 条 3 項 1 号の問題になる<sup>(85)</sup>。これが、ここでもひとつの考

---

(83) これは、もちろん、たとえば親の同意を得て家庭教師と契約した未成年の大学生が、ある時、怪我で短期間入院したなどという場合でも同じである。すなわち、この場合にも、債権者である当該学生を受領遅滞である。なお、以上のような場合と違い、生徒や学生が不幸にもたとえば事故で死亡したという場合には、生徒や学生の死亡により、一般に委任である当該の契約は民法 653 条 1 号（民法改正法案も同じ）によって終了することとなる。奥富・前掲注 (1) 上智法学論集 26 卷 1 号 207 頁では、本文ですぐ次に述べる論理から生徒の死亡の場合も契約は終了するとしたが、終了原因を民法 653 条 1 号に訂正する。

(84) 受領遅滞の効果として現行法の解釈論上問題なく認められてきた増加費用償還請求権は、民法改正法案では 413 条 2 項に次のように明文化された。すなわち、「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。」。また、485 条は、本文、ただし書ともに民法改正法案でも現行法どおりである。

(85) 民法改正法案 648 条 3 項 1 号は、次のように規定する。  
「受任者は、次に掲げる場合には、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。

1 委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行をすることができなくなったとき。」

え方である。しかし、そうすると、家庭教師との間の関係は、一般に継続的な委任契約関係であるから、もはや生徒側にとってそうする実益のない、民法651条1項(民法改正法案も同じ)に基づく契約解除がなければ、生徒の重病罹患後もこの危険負担の関係や民法改正法案648条3項1号の関係が、約定の契約期間が満了するまで理論上は続くことになろう。しかし、これは、実際の側面での問題は生じないとしても、法律構成の面では少し奇異であると思われる。そうであれば、ここでは生徒の重病罹患によって契約関係は終了すると解釈論上考えることがむしろ適切ではなからうか。それは、次のように考えるからである。すなわち、生徒と家庭教師との契約において、報酬とは生徒が家庭教師の労務を利用することの対価のはずである。そうすると、家庭教師の報酬が問題となりうる前提には、生徒が家庭教師の労務を利用できる可能性が存在しなければならない。これがもはや将来に向かって完全に失われる場合には、家庭教師の報酬請求権の根拠、裏からいえば、生徒側の報酬支払義務の根拠もまた将来に向かって失われるというべきである。生徒の重病罹患の場合の状況はまさにこれであるといえるであろう。他方、生徒の重病罹患によって家庭教師も将来に向かって履行不能となり、その債務は将来に向かって消滅する。そうだとするならば、ここでは端的に、もはや契約は終了するとしてよいのではなからうか。

(ハ) 被用者の働いている使用者所有の唯一の工場が使用者の責めに帰することができない事由によって焼失したという場合にはどのようなようになるであろうか。唯一の工場が焼失したというこの場合には、工場が再建されるまでの間、使用者の他の工場で就労するという状況は考えられず、この間は労務を提供することができない。かつ、この間の労務給付を追って行うことはもはやできない。被用者の労務給付には定期行為的な性質があるからである(上にもすでに述べたところである)。すなわち、

---

これによれば、本文の場合、履行不能によって委任事務を履行できない間の報酬請求権は発生しないことになる。

この間の労務給付は時々刻々履行不能となる。もっとも、労働契約関係自体は存続することから、再建以降には、被用者はその義務として当然、また労務を提供していくべきこととなる。しかし、再建以降のこの労務の提供は、時々刻々履行不能となって消滅したものと別の新たな労務給付を行うものである<sup>(86)</sup>。そこで、それでは、焼失から再建までの間の被用者の反対給付請求権、すなわち報酬請求権はどのようなようになるであろうか。使用者、被用者ともに帰責事由のない履行不能の場合であるから、そうである以上、ここでも、わが国の民法上の処理としては現行法では536条1項の、民法改正法案では624条の2第1号<sup>(87)</sup>の問題になる<sup>(88)</sup>。したがって、被用者はこの間の報酬を請求することはできない。そして、以上のことは、原材料の不足による休業の場合、すなわち、たとえば、取引先の経営困難のために使用者が原料や資材を調達できないため操業停止のやむなきに至ったという場合についてもまったく同様である。

もっとも、ここで工場の焼失や原材料不足による休業は使用者の経営障害であるから、労働基準法26条によって、平均賃金の6割以上の手

---

(86) なお、使用者の休業中の被用者の労務給付は時々刻々履行不能となることと、再建後にはまた労務を提供していくべきこととの関係を捉えて、旧稿（奥富・前掲注（8）南山法学15巻3・4合併号83頁以下、89頁、91頁参照）では、被用者は工場の再建後にはまた「履行が可能」なのであるから、工場焼失による休業から再建後までの一連の状況を全体的にみると、休業の間の使用者の状況は受領遅滞であるとみることができる旨の理解を提示した。しかし、この理解には誤りがあったのでここにこれを改めたい。それというのは、工場が再建されると被用者はまた労務を提供することができるという点も、本文にも述べたように、それは被用者にとっては別の新たな労務給付なのであって、使用者の休業がなければ本来そこで給付すべきであったものとは違うからである。したがって、ここでは、受領遅滞の成立は認められないといわなければならない。

(87) 民法改正法案624条の2第1号は次のように規定する。  
「労働者は、次に掲げる場合には、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。

1 使用者の責めに帰することができない事由によって労働に従事することができなくなったとき。」

(88) このことにつき、すでに詳しくは、奥富・前掲注（4）南山法学15巻1・2合併号40頁以下参照。

当の支払いを請求することができるかがさらに問題となる。この場合に鍵となるのは、この労基法26条にいう「使用者の責めに帰すべき事由」の意味であり、これについては、最高裁が、労基法26条の「『使用者の責に帰すべき事由』とは、取引における一般原則たる過失責任主義とは異なる観点をも踏まえた概念というべきであって、民法536条2項の『債権者ノ責ニ帰スヘキ事由』よりも広く、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むものと解するのが相当である。」と判示していることは周知のとおりである(最判昭62・7・17民集41巻5号1283頁)。そして、この判例の立場は、その理由づけの説得力とともに、民法536条2項の存在するわが国における労基法26条の存在意義をも考慮すれば、これを支持することができる。すなわち、もしも仮に、労基法26条の「使用者の責めに帰すべき事由」の意味を判例の立場のように解するのではなく、たとえば、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」と労基法26条の「使用者の責めに帰すべき事由」の範囲はほとんど同じである<sup>(89)</sup>と解するとすれば、被用者にとって労基法26条で平均賃金の6割を取得するよりも民法536条2項によって報酬の全額を取得する方が当然有利であるから、こちらで請求することを選ぶはずであり、その結果、労基法26条の存在意義は實際上極めて乏しいものとなるであろう。そこで、以上をもとに考えると、工場の焼失といっても、たとえば、それが近隣の火災に巻き込まれてのものであり、いかにしても防ぎようがなかったという場合には、焼失の原因は使用者の経営の外部にあり、それは、通常の経営者として最大の注意を尽くしても回避できなかつたと評価され、判例のいう「使用者の責めに帰すべき事由」には該当しないと判断されることとなろう<sup>(90)</sup>。これに対し、原因

---

(89) 我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、1962年)584頁。労働基準法26条は、端的に民法536条の特則とみるのが正当であるとし、労働者が民法536条2項によって反対給付を請求する権利を失わない場合と、労働基準法によって労働者が休業手当を支払われべき場合との範囲は、ほとんど同一であるとする。

(90) もっとも、奥富・前掲注(4)南山法学15巻1・2合併号42頁以下では、類焼の場合、

が不明であるために民法 536 条 2 項の意味での「債権者の責めに帰すべき事由」があったとはいえないが、工場施設内から火が出て焼失したという場合には、労基法 26 条の「使用者の責めに帰すべき事由」に該当することになろう。そして、ここで、被用者が工場に赴いて焼失の事実を初めて知ったというのであれば、その日の交通費は民法 485 条ただし書の法意ないし類推適用によりこれを請求できるといえるのではなかろうか。原材料の不足による休業の場合には、これも、「使用者側に起因する経営、管理上の障害」と判断されて、労基法 26 条による休業手当の支払いが認められることとなろう<sup>(91)</sup>。

(二) なお、たとえば工場の焼失により、もはや使用者にとって事業の継続が不可能である・再建が不能であるという場合には、家庭教師の場合の生徒重病罹患事例について述べたのと同じ論理から、契約関係は終了するとの考え方も解釈論としてはありえよう。ドイツで「断絶」と「中断」の区別を問題とした（前述のとおり、いずれにせよ参考にはできない）リュッケルトの議論も一部これと似たところがある。しかし、わが国では、事業の継続が不可能であるために被用者との間の労働契約関係の解消を望む使用者に対しては、労働基準法 20 条が解雇の手続を定めているのであるから、この手続きを踏んで初めて契約関係の終了が認められるというべきであろう<sup>(92)</sup>。さもなければ、休業手当の支払い問題が場合によっては絡みうる労働関係事例では、契約関係の終了時点をめぐって要らぬ紛争を新たに惹き起こすことにもなりかねないからである。この点で、労働関係事例の法的状況は、先の家庭教師の場合の生徒重病罹患事例のような場合のそれとは違うといわなければならない<sup>(93)</sup>。

---

労基法 26 条の適用の余地を残す解釈論を展開した。しかし、改めて考えてみるとやはり無理の残る議論であったと判断し、本文のように解釈を改める。

(91) 昭和 23・6・11 基取 1998 号参照。

(92) 詳しくは、奥富・前掲注 (8) 南山法学 15 卷 3・4 号 55 頁注 (8) 参照。

(93) なお、以上のように考えるので、ピッカーがリュッケルトの見解に対して行った (三) の 4 (3) ような種類の批判に正面から対応を迫られることもないことになる。

## 五 結論と付言

受領遅滞と履行不能の区別の基準として、領域説を支持することはできない。債務者が給付の遅れを取り戻すことができるか否かを区別の基準とすべきである。この基準により、一に挙げたような事態には、それを受領遅滞ではなく履行不能と評価すべきものもあれば、履行不能ではなく受領遅滞と評価すべきものもある。こうして、いずれにせよ、一に挙げたような事態は、民法改正草案413条の2第2項の適用対象にはならない。これが本稿の結論である。

なお、付言すると、受領遅滞か履行不能かは「危険負担問題と関連して」重要な意義を有するという、従来長らく学説が示してきた認識<sup>(94)</sup>は改められるべきである。今日、受領遅滞と履行不能の区別を問題とすることは、事態が受領遅滞であってそれに認められる効果、すなわち、主として増加費用の償還請求権が生じることになるのか、それとも履行不能であってその場合のために民法上用意されている制度ないし効果、すなわち、危険負担(536条1項、民法改正法案ではその536条1項)、契約の解除(民法改正法案542条1項1号)、報酬請求権の不発生(民法改正法案624条の2第1号参照)などが問題となることになるのかに関連して意義があることになる。かつて筆者は、受領遅滞と履行不能の区別を論じる意味はもはやないと結論づけた<sup>(95)</sup>。しかし、以上から、このかつての結論を改めることとしたい。

(本学法科大学院教授)

---

(94) すなわち、受領遅滞であれば債権者危険負担となり、履行不能であれば債務者危険負担となると考えられてきた理解のことである。

(95) 奥富・前掲注(4) 南山法学15巻1・2合併号82頁以下。