

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 24 年 5 月 31 日現在

機関番号：13101

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2010～2011

課題番号：22730073

研究課題名（和文）

履行不能の法的構造 不能法理の基礎的研究

研究課題名（英文）

Legal structure of impossibility of performance: Fundamental study on law theory on impossibility

研究代表者

石畝 剛士（ISHIGURO TSUYOSHI）

新潟大学・人文社会・教育科学系・准教授

研究者番号：60400470

研究成果の概要（和文）：

第一に、ドイツ法の履行不能に関する法理及び立法過程についての検討を行った。その結果、ドイツ民法制定時より不能の理解に相違があり、今日における不能学説の混迷の遠因となっている点が明らかになった。第二に、ドイツにおける法改正前後の議論の検討を行った。その結果、原始的不能の効果、統一要件の是非、不能概念の射程、債務者の帰責事由の意義などにつき、一定の知見を得ることができた。

研究成果の概要（英文）：

Firstly, an analysis of a legal theory concerning the impossibility of performance of German civil law (BGB) and the examination of its legislation process were performed. As a result, it was clarified that there was a difference for the understanding of impossibility at the time of the enactment of BGB, and that this was a remote cause of today's confusion of the theory of impossibility. Secondly, the discussion before and after the law reform in Germany was examined. As a result, I could acquire the definite knowledge about the legal effect of initial impossibility, its unified requirements, the range of the concept "impossibility", and the meaning of the circumstances attributable to debtor etc.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	600,000	180,000	780,000
2011年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,100,000	330,000	1,430,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民法学

キーワード：履行不能・履行障害・債務不履行・履行請求権・原始的不能・後発的不能・給付困難・ドイツ民法（BGB）311a条・ドイツ民法（BGB）275条

1. 研究開始当初の背景

契約上の債務の履行が不能となった場合における法的規律は、債務不履行の柱の一つ

として、従来、理論的に重要な位置づけを与えられてきた。しかしながら、履行不能に関する準則は、制定後 100 年以上変更されないままの条文と、それを補うべく展開した判

例・学説による解釈論により、非常に複雑で理解困難な構造が形成されている。このことと並んで、より根源的問題として、不能・遅滞・不完全履行の債務不履行の三分類の必要性とそれに伴う不能を柱とした給付障害法体系への疑念が以前より提起されていた。かかる見通しの悪さを解消する動きは、ドイツ民法典(BGB)の債務法部分の改正(2002年)やフランス債権法の改正草案(2005年)等、諸外国の動向にも顕著であり、日本においても、それと平仄を合わせる形で有力化し、債務不履行体系の再編を中心とした民法(債権法)改正議論が現実に進展しているのは周知の通りである。

従来における日本の学説の具体的な議論状況を一瞥すると、ドイツ法に全面的に依拠した不能概念の分化とその法的効果に関する考察が中心となった戦前の議論(いわゆる「学説継受」期)から、戦後その反省を踏まえて、三分類体系ひいては履行不能の意義を相対的に低下させ、母法ないしは日本法固有の体系構築を目的とする考察へと移行した。近時は、それを更に発展させ、とりわけ各国の法改正並びに「私法の統一化」という国際的潮流を背景としつつ、新たなスタンダードの構築を模索する研究が盛況となっている。当該分野における現在の研究の到達点とも言えるのが、「民法(債権法)改正検討委員会」における改正提案である。それによると、原始的不能・後発的不能の双方につき現行法解釈とは異なる態度が採られている。具体的には、原始的不能の法的効果を無効とする方向性は、「原始的不能ドグマ」として排除され、原始的に不能な給付を目的とする契約であったとしても原則として有効であり、債務不履行一般の問題として処理されるという立場が志向される(改正提案【3.1.1.08】)。他方、後発的不能については、「不能」それ自体は(「履行が不可能」という表現ではあるが)存置されるものの、給付の「合理的期待不可能」と並列に置かれ、その特権的地位が奪われている(改正提案【3.1.1.56】に典型的に表れている)。履行不能は、第一義的には、当事者の合意を基底とした処理が目指されており、かつ、従前の三分類体系も廃棄されている。これらいずれの点においても、概ね改正後のドイツ民法典(BGB)における規律を中心に国際的動向と合致したモデルが構築されていると理解できよう。もっとも、ドイツにおいては、改正後も様々な議論が展開されており、改正法の評価も一致を見ない。原始的不能・後発的不能いずれにおいても、果たしてドイツ法と同様の方向性を歩むことが必要であるか、ひいては、不能概念とはどのような意味を持たせるべきものであるのか、この点について更に深い検討が必要であろう。本研究課題の背景にある問題関心は、

まさにこの点に存在する。

2. 研究の目的

本研究課題は、履行不能に関する以上のような従来の研究状況を基礎としながら、その理論的足跡を更に発展させることを目的とするものである。具体的には、当該分野における抜本的な改正を経験し議論の蓄積が豊富なドイツ民法を参照しつつ、日本民法の履行障害法(債務不履行法)体系再編の準備作業として、履行不能「概念」の存在意義と、その法的構造及び効果を解明することがその中心となる。

3. 研究の方法

2010年度は、ドイツ法を素材として沿革的視点から履行不能の体系化・精緻化を巡る議論を分析した。当該作業を通じて、履行不能の理論的基盤となりうるいくつかの仮説モデルを提示し、BGBがそのうちのいずれの理解に立脚して制定されたか、及びその根拠を中心に検討した。2011年度は、前年度の作業を承けて、BGB制定後になされた不能法理を巡る議論の整理を行い、BGBが採用したスタンスへの批判理論を主として検討した。また、それと並んで、2002年に施行されたドイツ債務法の改正(債務法現代化法)につき、改正前後に激しく交わされた議論をまとめ、法改正への動因とその帰結を分析し、ひいては上記仮説モデルの今日的妥当性とその止揚可能性を検討した。

4. 研究成果

(1) 第一に、履行不能に関する法理論及び立法過程に関する研究を行うことにより、以下の点を明らかにした。不能概念に関しては、19世紀半ばのサヴィニー・モムゼンによる理論的精緻化の後、ドイツ民法のキューベル部分草案においてほぼ完成を見るに至る。もっとも、その内容を仔細に検討すると、各論者の見解には、その内容的共通性も認められる一方で、看過しえない断絶も存在していることが明らかとなった。具体的には、以下の通りである。まず、原始的不能に関する法的効果の導出根拠を、サヴィニーは債務の性質論に、モムゼンは意思理論に、キューベルは目的物の客観的不存在という事物の性質に見出している。これら相違から、不能法理の根源を他律的と捉えるか自律的と捉えるか、また、演繹的で固定的なものとするか政策論的で柔軟な運用を認めるかといった視角から区分することができ、それぞれを不能法理に関する理論モデルとして位置付けうる事が判明した。次に、後発的不能については、

導出根拠よりも、むしろその外延確定に顕著な差異が見られた。これは、不能を規範的概念と見て評価余地を広く残すか、例えば「真正な不能」に限る（モムゼン）など、より狭い概念として措定するかという問題と関連するものであり、やはり先の理論モデルの帰結にも影響をもたらす相違である。

以上のような検討を基礎として、ドイツ民法制定時点において、既に、不能法理の基礎付け・射程につき異なる理解があり、それが今日における不能学説の混迷の端緒となっているという仮説を提示した。

(2) 第二に、債務法現代化法の改正前後の議論を検討することを通じて明らかとなったのは、凡そ以下の点である。

まず、原始的不能において、当事者が契約締結時に何を「予定」していたか（または、「予定」していなかったか）という意味を第一義的に尊重することは、それを無効と解する旧来的思考の根拠においても、考慮要素として挙げられている。その限りでは、原始的不能の契約を有効を主張する「契約基底的」な立場との隔たりは外見上に過ぎない。両者の理解の分かれ目は、当事者が通常如何なる内容を想定して契約を締結するかという原則的な意思解釈のスタンスの違いである。しかし、原則的意思を如何に設定するかは、当事者属性や契約目的物、「不能」と評価されるに至った原因等の変数に応じて変わりうるため、一概には決しえず、類型的な考察が必要となる。以上の意味において、原始的不能の契約一般の有効・無効という議論は、その問題設定自体に問題を孕んでいる可能性があると考えられる。

次に、原始的不能と後発的不能の峻別について、両者を統一の要件下に置くという立場に対しては、以下の点を指摘することができる。即ち、上とも関連するが、原始的不能において重要なのは、一定事項に対して意思の不存在と評価できる要素があるのか否かという点であり、かかる視点を法的効果に取り込む場合には、錯誤無効との関係を踏まえて考察しなければならない。これに対し、後発的不能については、意思の問題がクリア（完全な意思が存在したことを前提）された後に生ずる問題であり、換言すればリスク判断が完了した後に生じた「事変」に対するリスク分配の問題として扱おう。この意味で、事情変更の原則とも親和的である。従って、両者は、部分的には重なるものの、考慮要素としてはそれぞれ固有の領域があると考えられる。そのため、ドイツ法（BGB311a条参照）のように両者を統一の要件下に置くことの是非も含め、更に検討をしなければならないことが明らかとなった。

第三に、債務者解放事由としての帰責事由の存否に関しては、とりわけ不能・給付

困難峻別論からは、帰責事由は「不能」判断に織り込み済みとも言え（モムゼンにいう「真正の不能」＝「恣意的な不履行の排除」）、独自に存否を問う必要性は乏しい。総じて、従来の議論の錯綜は、その前提としての「不能」評価基準の不透明性に端を発していると解され、こうした視角からの解明が必須である。この点、従来の不能概念は「社会通念上の不能」をも取り込んだ理解が支配的であるが、このように解すると法的効果を導くにあたって異なる判断要素を必要とする類型もそこには含まれることとなる。従って、不能概念をより純化させるのが妥当であると考えられる。具体的には、BGB275条の立場と同様、不能とは客観的に判断しうる物理的な不能に限定されるべきであり、それ以外の給付困難（主観的不能）は、別個の規律に即することが事態適合的である。

第四に、上とも関連するが、不能と峻別される給付困難の取扱いに関しては、それが債務者解放事由となりうるか否か、なりうるとしても解放のための基準を如何に設定するかという問題が、帰責事由の要否とも絡んで横たわる。この点、現行ドイツ法（BGB275条2項）及び日本における民法（債権法）改正検討委員会の改正提案においては、債権者利益と債務者の出費との相関によって判断するという「均衡性原則」が採用されている。もっとも、厳密な意味での「不能」は、まさに事物の客観的性格（及び強制執行不可能性）によって債務者解放が基礎付けられるものの、給付困難に関してはそれが妥当しえず、これとは別の解放原理が模索されねばならない。しかしながら、提案された「均衡性原則」が、果たして債務者解放基準としての正当性を獲得しうるか否かに関しては、ドイツにおいても議論があり、現在のところ、明確な基礎付けが十分にはなされていない状況である。むしろ、給付困難作出原因にかかる帰責事由の存否を基準として設定しうる（その意味では、給付困難に限って債務者解放に帰責事由を必要とする）立場も有力に唱えられているところである。こうした発想からは、少なくとも、給付困難作出原因における帰責事由の内容・判断枠組みと、給付困難除去にかかる帰責事由の内容・判断枠組みとの関係を更に検討しなければならないことが明らかとなった。

上記で示した研究成果の詳細に関して、それを直接に公表するまでには至らなかった。更に検討を尽くすべき諸論点につき考察を深めるとともに、現時点までに明らかとなった研究成果を公表するべく作業を継続している。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

研究者番号：60400470

〔雑誌論文〕(計5件)

(2)研究分担者
()

石畝剛士、法政理論〔新潟大学〕44巻4号、2012年、介護保険契約の規制枠組序論、103-148頁、査読無

研究者番号：

石畝剛士、法政理論〔新潟大学〕44巻1号、2011年、預金取引経過開示と共同相続(2・完)、17-68頁、査読無

(3)連携研究者
()

石畝剛士、法政理論〔新潟大学〕43巻2号、2011年、預金取引経過開示と共同相続(1)、39-70頁、査読無

研究者番号：

石畝剛士、判例ブラクティス民法 親族・相続、2010年、項目159-161、163-165頁、査読無

石畝剛士、消費者法判例百選、2010年、学習用教材の訪問販売における詐欺、44-45頁、査読無

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

名称：

発明者：

権利者：

種類：

番号：

出願年月日：

国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：

発明者：

権利者：

種類：

番号：

取得年月日：

国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1)研究代表者

石畝 剛士 (ISHIGURO TSUYOSHI)
新潟大学・人文社会・教育科学系・准教授