慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Symmetrie in der Lehre von der Mora
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.283- 322
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0283

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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——

北居　功

一　はじめに
二　受領遅滞と提供の関係
　1　提供制度の変遷とその意義
　2　ドイツ民法典二九七条の意義
　3　小　括
三　履行遅滞と催告の関係
　1　フランス法における付遅滞要件
　2　ドイツ法における履行遅滞要件
　3　小　括
四　おわりに

一　はじめに

従来、我が国では履行不能と受領不能に関して、ドイツ法に基づく詳細な検討が行われてきたが、[1] この不能区画論争に対比して、履行遅滞と受領遅滞の関係について正面から論じる議論は見あたらない。しかし、昭和三〇年代を中心に最高裁判所が判断した一連の賃貸借契約をめぐる紛争を契機にして、意識的にか無意識的にか遅滞区画論が提起されていたように思われる。典型的には、賃貸人が賃料値上げの口実に賃貸借契約を否定して賃料の受領を拒絶するため、賃借人が無駄と思われる賃料の提供を怠るときに、そのことを奇貨とした賃貸人が賃貸借契約の解除を主張する場合、その解除請求が認められるかという問題である。

この問題の核心は、賃借人が賃料の提供を怠ることにより債務不履行となるのか否かにあるとされ、昭和三二年の最高裁大法廷判決は、賃貸人の弁済を受領しない意思が明確な場合には、無意味な口頭の提供をしなくても賃借人は債務不履行責任を負うことはないとして、この問題の解決に一定の方向を与えた。[2] このような判決の多数意見に対して、五人の裁判官の少数意見がある。すなわち、債権者の受領拒絶の意思が明確な場合と不明確な場合によって、あるいは拒絶の意思の強固な場合とそうではない場合とによって口頭の提供の要否を区別するのは、事実上口頭の提供を不要とする解釈に帰着し、債権者の翻意の可能性を前提にしつつ現実の提供を緩和させた口頭の提供の制度趣旨を没却するものである。債権者の不信義が強ければ債務者の履行準備は相応に軽減されるとしても、債務者側に履行準備を全く要しないとすることはできないという。[3]

通説は先の多数意見を支持している。すなわち、債務の履行関係においては債権者と債務者の対応が総合考慮されることにより、それぞれの為すべき対応が判断されるべきとの観点を起点として、債権者の受領拒絶意思が

明確な場合には、口頭の提供すら債務者にとって無意味で苛酷となるため、信義則に基づいて、債務者が履行の提供をしなくても履行遅滞に陥らないとの論理が支持される。[4][5]

これに対して、五人の裁判官の少数意見にも反映されているように、債権者の受領拒絶の意思が明確であっても債務者はなお口頭の提供をすべきであるとする見解も有力である。債権者の翻意の可能性が根拠とされ、あるいは多数意見による受領拒絶の明確性基準が曖昧なことも少数意見と同様に指摘される。[6] また、賃貸借においては、賃貸人の使用・収益させる債務は事実上履行されていることからすれば、賃借人の安易な債務不履行免責は妥当ではないことも強調される。[7]

確かに、民法四一二条は期限の到来のみにより履行遅滞責任が発生するとし、四九二条は提供があれば債務者が債務不履行責任を免責されることを定めている。しかも、債権者が予め受領を拒絶するような場合には四九三条但書により口頭の提供で足りるともされている。従って、期限の到来した債務について、債務者は少なくとも口頭の提供をしなければ債務不履行責任を免れないことが議論の起点とされ、そこでさらに提供を要しないで債務不履行責任が発生しない例外事例が存在するのか否かが争われたのである。提供必要説は、債権者が受領を拒絶しているような場合はまさに四九三条但書が口頭の提供で足りるとする場面であって、この場合に提供を不要とすればその規定の趣旨が没却されるという。[8] また、提供を不要とすると、履行遅滞も受領遅滞も発生しない「空白状態」を認めることになるとも指摘する。[9] 他方、提供不要説は、債務者が債務不履行を免れるには原則として提供を必要とするとしても、例外的に信義則に基づいて提供が不要となる場合があるとするのであり、これら二説はともに、債務者が債務不履行に陥らないためには提供が必要であることを暗黙裡に前提としていることは疑いない。

以上に対して、本稿は極めて素朴な疑問を出発点とする。確かに四九二条は提供による債務不履行の免責を定めるのは事実であるが、では、債務不履行責任を免れるには必ず提供を要すると考えるべきであるのか。既に提供の要否をめぐる論争に対して、そもそも債権者が受領拒絶の意思を表明する場合には、債務者の履行遅滞要件が欠けるとする見解も少数ながら主張されている。つまり、債務者が履行遅滞に陥るためには債務者の帰責性が要件とされるが、債権者が受領拒絶を表明していて債務者の債務の履行期が徒過した場合には、債務者の帰責性要件が欠けるが故に、債務者は提供しなくても履行遅滞には陥らないというのである。(10)

この見解は先の提供の要否をめぐる見解とは全く起点を異にして、債務者の履行遅滞要件自体を論じるものであり、提供による債務不履行免責を前提とするのではない。しかし、債務不履行責任において賃料の如く金銭債務が問題となる場合には帰責性がどれほど意義を有するのか問題であろうし（四一九条参照）、まして五四一条に基づく解除の場面で帰責性要件を不要とする見解が有力である今日、どれほど説得力を有するのであろうか。四九二条ではなく四一二条の履行遅滞要件を問題とする方向は正当であるとしても、帰責性要件ではない別個の要件が問題とされる余地はないのであろうか。債務者がすでに履行遅滞となっている場合に、提供が履行遅滞と受領遅滞を区画することは間違いない（四九二条・四一三条）。しかし、そもそも債務者が期限到来後でも履行遅滞に陥っていないときには、提供がなくても履行遅滞も受領遅滞も双方の要件が充足されない結果、両遅滞とも発生しない「空白状態」がありはしないか。

以上の問題意識を起点として、提供制度の成立経緯を再確認することにより受領遅滞の要件を検討しつつ、受領遅滞要件と履行遅滞要件および付遅滞要件と履行遅滞要件の比較対照の観点から、フランス法とドイツ法の議論を参照することにより、この問題の解決を試みる。

(1) いわゆる「領域説」をめぐる問題である。文献は枚挙に暇がないが、さしあたり奥田昌道「受領遅滞と危険負担——雇用ないし労働契約の場合を中心にして——」論叢九四巻五＝六号（昭和四九年）一九五頁以下、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——」上法二六巻一号（昭和五八年）一三五頁以下、小野秀誠・危険負担の研究（信山社・平成七年）一一九頁以下を参照。

(2) 最大判昭和三二年六月五日民集一一巻六号九一五頁。同旨、最(三)判昭和二三年一二月一四日民集二巻一三号四三八頁、最(三)判昭和三四年六月二日民集一三巻六号六三一頁、最(一)判昭和四五年八月二〇日民集二四巻九号一二四三頁、最(二)判昭和五六年三月二〇日民集三五巻二号二一四頁。

(3) 最(一)判昭和三二年九月一二日民集一一巻九号一五一〇頁をこの少数意見の側に立つ判決と理解するのは、長谷部茂吉「判解」最高裁判所判例解説・民事篇・昭和三十二年度・一八七頁。

(4) 来栖三郎＝石村善助「判批」判例民事法・昭和二十三年度・一五六頁、川村泰啓「判批」新報五七巻三号（昭和二五年）七一頁、阿部浩二「判批」法学一六巻三号（昭和二七年）一三五頁、石本雅男「判批」判評一〇号（昭和三二年）九頁、於保不二雄「判批」民商三七巻三号（昭和三三年）四〇〇頁、高島平蔵「判批」民法の判例（第三版）（昭和五四年）一五二頁、長谷部「判解」前出注(3)一八八頁、磯村哲編〔山下末人〕注釈民法(12)（有斐閣・昭和四五年）二七三頁、谷口知平編〔谷口〕注釈民法(13)（有斐閣・昭和四一年）三八〇頁、石田穣「口頭の提供」森島昭夫編・民法II〔債権〕判例と学説3（日本評論社・昭和五二年）九三頁、伊藤進「弁済の提供」谷口知平＝加藤一郎編・新版判例演習民法3債権総論（有斐閣・昭和五七年）二〇五頁、前田達明・口述債権総論（成文堂・昭和六二年）四三四頁、北川善太郎・債権総論（有斐閣・平成五年）四六頁、近江幸治・民法講義IV〔債権法総論〕（成文堂・平成六年）三三一頁、鈴木禄弥・債権法講義〔三訂版〕（創文社・平成七年）二〇三頁。江藤正也「弁済の提供」小野英明＝長野益三編・現代民事裁判の課題①〔不動産取引〕（新日本法規出版・平成元年）四〇八・四〇九頁は、実務上提供不要説によらざるを得ないとする。

(5) 判例法理を賃貸借あるいは継続的契約における限定された射程の法理であると理解する見解がある。原則として提供を必要としつつ継続的契約関係では例外的に提供を不要とするのは、水本浩・債権総論（有斐閣・平成元年）一

一九頁。同様に、判例法理を賃貸借事例に限定する見解として、淡路剛久「債務者の債務不履行と損害賠償――債権の効力(6)」法教一七四号（平成七年）五一頁。継続的契約においては翻意の意思をことさら問題とする意味はないとするは、河上正二「『弁済の提供』の周辺」法教一五二号（平成五年）五六頁。また、判例の事案に現れた無催告解除の特約の効力を制限すべきとする見解もある。我妻榮「賃料の受領を拒絶した賃貸人の賃料不払を理由とする解除」片山金章先生古稀記念・民事法学の諸相（勁草書房・昭和四五年）二六頁。近時有力なのは、債権者が受領遅滞になっている場合と受領拒絶をしているだけの場合を区別して、後者の場面でのみ提供不要論理が適用されるべきとする見解である。於保「判批」前出注(4)四〇〇頁、同・債権総論〔新版〕（有斐閣・昭和四七年）三八三頁、奥田昌道・債権総論〔増補版〕（悠々社・平成四年）五三七頁、潮見佳男・債権総論（信山社・平成六年）一五七頁、平野裕之・債権総論〔第二版〕（信山社・平成七年）八二・八三頁、内田貴・民法Ⅲ（東京大学出版会・平成八年）八七頁、増成牧「肥後橋ビルディング無断配線工事事件」石田喜久夫＝湯浅道男編・判例演習民法3〔債権総論〕（成文堂・平成八年）二四五頁。菅原勝伴「受領拒絶と口頭の提供の要否」民法の争点（昭和六〇年）七九頁も同趣旨と思われる。

(6) 柚木馨「判批」民商二五巻三号（昭和二五年）四〇・四一頁、柚木馨＝高木多喜男・判例債権法総論〔増補版〕（有斐閣・昭和四六年）四二〇頁以下、長谷部茂吉「弁済の提供」総合判例研究叢書民法(2)（有斐閣・昭和三一年）四八頁、岡村玄治「判批」志林五五巻二号（昭和三三年）一四八頁、澤井裕「判批」関法八巻一号（昭和三三年）九三・九四頁。

(7) 太田知行「判批」法協七七巻四号（昭和三六年）四六六・四六七頁、星野英一・借地・借家法（有斐閣・昭和四四年）一二四頁、同・民法概論Ⅲ（債権総論）（良書普及会・平成四年）二七三頁、高橋宏志「判批」法協九九巻一〇号（昭和五七年）一一四・一一五頁、内田貴「判批」判評二七四号（昭和五六年）一六五頁。富澤輝男「受領の拒絶と口頭の提供」森泉章教授還暦記念・現代判例民法学の課題（法学書院・昭和六三年）五九〇頁もこのコンテクストで理解されて良いであろう。

(8) 石田喜久夫「判批」民商三七巻一号（昭和三三年）一二一・一二二頁。石田教授はその後も、「理論的には必要

説にくみす」とされている。林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男〔石田〕債権総論〔改訂版〕（青林書院・昭和五七年）二二一頁。澤井「判批」前出注(6)九四頁。後に澤井教授は、「一般的には、債務者の口頭の提供を無意義とみざるをえないほど堅い債権者の受領拒絶意思は、よほど例外的場合にしか認めるべきではあるまい」とされている。澤井裕・テキストブック債権総論〔補訂版〕（有斐閣・昭和六〇年）一五五頁。

(9) 鍛冶良堅「判批」法論三一巻六号（昭和三三年）一〇二頁。反対に、まさにこの空白状態に提供不要説の意義を認めようとするのが、椿寿夫「判批」経済研究（大阪府大）一三号（昭和三四年）一九三頁。

(10) 一般論として、鳩山秀夫「債権者遅滞ニ就テ」志林二一巻二号（大正八年）五頁、磯谷幸次郎「債権者ノ遅滞ト弁済ノ提供ニ就キテ再ヒ卑見ヲ述フ」新報三〇巻四号（大正九年）七頁。判例法理に関しては、松坂佐一「判批」民商三六巻六号（昭和三三年）五一頁、斎藤和夫「判批」法研五五巻一号（昭和五七年）一一八頁。

二　受領遅滞と提供の関係

1　提供制度の変遷とその意義

弁済の提供制度は、旧民法から現行民法への「修正」の際に大きく様変わりした制度である。旧民法上は、フランス法上の提供制度に倣って執行官が関与する提供制度が予定されていた。つまり、旧民法では、債務者が任意に弁済を提供して債権者がその受取を拒絶する場合に、債務者は執行官を通して今一度提供を試みなければならなかった。その際、執行官は提供される目的物について調書を作成し、それを現実に債権者の許に運んで提供するか、それが困難な場合には送達によって提供に代えることができることとされていた。そして、その提供を債権者が拒否する場合に初めて弁済の提供の効果が発生することとなる。いわゆる受領遅滞の効果はまさしく弁

済の提供の効果を意味したといえる。もっとも、その提供の効果自体は債務者を債務不履行責任から解放するものにすぎなかったため、危険の移転や注意義務の軽減といった実質的に債権者の責任を加重する効果を招来するには、債務者は債務自体からの解放をもたらす供託制度に頼る他はなかった。つまり、旧民法上効果面では、受領遅滞の効果は債務者を債務不履行責任から解放させる効果しか認められていなかったことになる。[1] 他方手続面では、執行官による調書の作成により、債務者による債務の本旨に従った弁済準備と債権者によるその受取拒絶が公的証拠として確保されていた。制度の運用自体はかなり煩瑣ではあるが、反面、提供をめぐる紛争に関しては後の証明が問題となることがないよう配慮されていたものといえよう。

しかし、この提供制度について現行民法の起草者は否定的な評価を下すこととなった。効果に関しては、旧民法上の提供の効果が狭すぎるとして危険移転効果がそこに含まれることが企図された。また、手続面では、弁済の提供が常に弁済が為されるべき時に登場するものであるとして、執行官の関与を排除して任意の提供に広く弁済の提供の意義と効果を付与することとされた。こうした修正は、明らかにドイツ法が参照された結果であると評して良いであろう。ドイツ法に倣って現実の提供・口頭の提供が四九三条に定められるとともに、四九二条にはドイツ法上の受領遅滞の効果が結びつけられたのである。[2]

この起草趣旨を今日の解釈論にどの程度反映させるのかという問題は、四一三条との関係からも困難な問題である。もっとも、四九二条の効果を債務不履行の免責以外に拡張することは一般的に認められていない。むしろ、債務者の債務不履行責任を免責する以上の効果は、四一三条に固有の効果と位置づけられるのが一般的であり、正当な方向と思われる。[3] この解釈論は本来起草者が企図していたのとは異なる結果となるのは事実である。しかし、このような結果は起草者自身がもたらした結果であるともいえる。すなわち、起草者は旧民法と同様に四九

二条を債権者の受領遅滞制度として位置づける一方で、旧民法が提供の効果制度を常に債権者の受領遅滞に結びつけていた執行官の関与という手続面を四九三条において修正することによって、提供制度を債権者の受領遅滞場面と切り離した。[4] 従って、受領遅滞の場面以外でも効果を生じることとなった弁済提供の効果制度には、受領遅滞に固有の効果を関連づけることはできないこととなろう。

このように現行の提供制度は、旧民法の提供制度とは根本的に制度観が乖離したこととなるが、これは四九二条にのみ関係するものではない。先述したように、旧民法では執行官の関与により、提供時に債務者が債務の本旨に適った弁済を現実に行う用意があることが調書の作成によって確保されていた。仮に、債務者が弁済準備をしないで弁済提供を申し出ても、執行官がそれを有効な提供とすることはないはずである。提供の要件として債務者による弁済準備が常に当然含まれることとなろう。しかし、現行法では執行官の関与が全面的に排除されていることから、仮に取立債務において債務者が口頭の提供をしつつ実際には弁済の準備を行っていない事態も想定され得る。つまり、執行官の関与のない提供手続においては、弁済準備という実質要件とその通知という形式要件が乖離しうるのである。[5]

2　ドイツ民法典二九七条の意義

先述したように、我が国の提供手続を定める民法四九三条はドイツ法に倣った規定である。ドイツ民法典は、二九三条で債権者が受領を拒絶することにより債権者遅滞が発生することを定め、その要件として、原則として現実の提供が必要であるが（二九四条）、債権者の協力を要する場合や債権者が予め受領拒絶を表明していた場合には口頭の提供で足りることを定めている（二九五条）。さらに、債権者が行うべき行為の時期が暦に従って

定められている場合には、提供がなくとも受領遅滞が発生する（二九六条）[6]。従って、提供を要しない受領遅滞が明文で認められている点で、我が国の民法上の制度とは大きく異なる。

さらに、ドイツ民法典は、受領遅滞の要件として二九七条に以下のような規定を置いている[7]。

提供の時期又は第二九六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。

ドイツ民法典の部分草案を起草したフォン・キューベルは、提供要件について次のように説明する[8]。すなわち、「通常、有効な履行の提供となるためには、既に準備された旨の明示または現実の表示だけではなく債務に適った現実の準備も必要である。すなわち、債務者は現実に給付しようとし給付できなければならない。」。提供が債務の本旨に適った履行準備を前提とするものであることは、既に普通法以来一般に認められてきた提供要件であった[9]。そして、この要件はその後の民法典審議においても一貫して維持された。第一委員会は、現実の提供の際にこの要件はことさら問題とはならないが、口頭の提供の際には債務者が自身給付の完成に必要な行為を行う能力（Vermögen）を現に有することと、それを債権者に表示することが必要となることを確認している[10]。このことを当然の前提として、帝国司法省の準備委員会および第二委員会において、債務者の給付準備の要件については債権者が立証責任を負担すべきことが確認されて、現行の二九七条が形作られた経緯が確認される[11]。

この規定によれば、債務者側が提供すべき時期あるいは債権者の協力行為をなすべき時期に、現実に債務者にとって履行できる準備ができていることが受領遅滞の発生にとって必要である。もっとも、既に第一委員会が明

確に意識していたことであるが、現実の提供の際には債務者側の弁済準備がなければ現実の提供は不可能であるから、ことさらその要件が問題となることはない。従って、口頭の提供および提供を要しない場合に適用場面は限定される。形の上では口頭の提供がなされ、あるいは暦によって定められた受領期が到来しても、実際には債務者側に弁済準備がないため、仮に債権者が提供に応じたとしても弁済が果たされることが期待できない場合、受領遅滞は発生しないのである。結局、この規定によって、ドイツ法における受領遅滞では、債務者による弁済準備の通知もしくは期限の到来という形式要件と並んで、それとは別立ての実質要件として債務者による弁済準備要件が確立されることとなった。

3　小　括

以上のように、受領遅滞の成立要件としての提供をめぐる手続的な側面をみると、フランス法および旧民法における執行官関与型の提供制度とドイツ法および我が国の現行民法における任意提供型の提供制度との対比が明らかとなる。前者の提供制度では提供行為の実行と同時に債務者による弁済準備の実質要件が一体となるように制度上担保されるのに対して、後者の提供制度では形式的な提供の実行と実質的な債務者による弁済準備の要件が手続面では必ずしも確保されず、むしろその乖離が生じることがあり得る。つまり、弁済準備のない債務者が債権者に協力を求め、たまたま債権者が協力を行わないことに基づいて受領遅滞の発生が考慮される余地が出てくることとなる。さらに、ドイツ民法典二九六条のように受領遅滞の発生に提供さえも必要がない場合を認めるときには、弁済準備要件が独自に必要となる。そこで、債務者による弁済準備の実質を確保すべく定められたのがドイツ民法典二九七条であった。これにより、仮に債権者が債務者の提供に応じても債務者が弁済準備を行っ

ていない事情によって弁済が完成し得ないような場合には、債権者の受領拒否があっても受領遅滞の成立自体が否定されることとなる。

翻って、我が国の現行提供制度は、旧民法による執行官関与型の提供制度を否定してドイツ法の提供制度を採用しつつ、二九七条に該当する要件をも四九三条の提供手続規定に包含している。我が国の民法典は、提供を要しない受領遅滞の発生を正面からは認めていないため、提供要件と弁済準備要件をドイツ法のように規定上分離する必要がなかった。しかし、我が国においても債務者が形式的に口頭の提供を行いつつ弁済準備を行わない事態も想定され、その場合に受領遅滞が発生しないことは明らかであろう。[12] この点で、四九三条但書が定める「弁済ノ準備ヲ為シタルコトヲ通知」すべき口頭の提供では、「弁済の準備」と「その通知」という提供の二要件が少なくとも観念的に区別されうるのである。口頭の提供における前者の実質要件と後者の形式要件は執行官関与型の「受領付遅滞制度」では常に一体の要件であるが、ドイツ法型の「受領遅滞制度」では両者が乖離する可能性がある点に留意しなければならない。

（1） この点の詳細については、拙稿「債権者遅滞論の再構成序説――民法四一三条と四九二条の基本構造とその関係――」法政論究二号（平成元年）一六八頁以下。このようにフランス法および旧民法の提供の効果が限定的ではあっても、後に見る付遅滞制度によって債務者の保護のバランスが図られているとの指摘もある。淡路剛久「債権者の受領遅滞に対する効力――債権の効力⒀」法教一八五号（平成八年）八二・八三頁。

（2） 以上の詳細に関しては、拙稿・前出注⑴一七四頁。

（3） 以上の詳細に関しては、拙稿「民法四一三条と買主の引取遅滞制度との関係（二・完）――買主の引取遅滞に関する二〇世紀のフランス法およびドイツ法の比較から――」法研七〇巻八号（平成九年）六一頁以下。

（4） 拙稿・前出注⑴一七四頁。

（5）大判大正一一年五月二日新聞一九九五号八頁は、石炭売買で買主が予め受領を拒絶した事例において、売主が口頭の提供をするときには履行準備要件を必要とし、その証明責任が債務者にあることを判示している。すなわち、四九三条但書における「其の所謂弁済の準備を為したることを通知するとは弁済の準備を為したると否とに拘らず単に其の旨の通知を為すを以て足れりとするの意義に非ずして、其の通知を為すに当りて必や現実に其の弁済の準備を整へ然る後之が受領の通知を為すことを要する筋合のものなることは言うを俟たざる所にして、従て其の準備の為したることの通知を為して其の受領を催告したる事実ありとするも現に其の弁済の準備を為したる事実の認むべきものなきに於ては弁済提供の効力を発生すべきものに非ざるが故に其の準備を為したることに付て当事者間に異議なき場合は格別苟も之に関して争ある場合には債務者に於て須らく其の通知を為すに当り弁済の準備を整へ居たる事実を立証せざるべからざるものとす。」。

（6）債権者の受領について期限が定められていた場合に、債権者がその期限に受領しないときは債務者の提供がなくとも受領遅滞が発生するのかという点に関して、普通法上議論が存在した。多数の見解は、後に見るように、債務者の履行遅滞の場合に期限の到来のみによって債務者が遅滞に陥る原則が認められることを前提に、債権者の受領についても同様のことが認められるべきであると主張する。Carl Wilhelm Wolff, Zur Lehre von der Mora, 1841, Göttingen, §36, S.437f.; Friedrich Mommsen, Die Lehre von der Mora, 1855, Braunschweig, §18, S.173f. しかし、こうした履行遅滞と受領遅滞との対比論理は「誤った並行論」であり、履行不実現の原因がもっぱら債権者に確定するような場合のように、債務者の口頭の提供さえ無駄となる実質的要件を考えるべきであるとする批判もある。Josef Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Jherings Jahrbücher, Bd.17, 1879, S. 403ff. こうした批判を踏まえたうえでなお受領期限要件のみの受領遅滞の発生を認めるのは、Josef Freiherrn von Schey, Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte, 1884, Wien, §18, S.113ff., S.115, Anm.4; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7 Aufl., 1891, Frankfurt am Main, §345, S.280. フォン・キューベルは、こうした普通法の議論に反して、受領のための期限が定められている場合にも提供が必要であることを原則とする草案を起草した。(Hrsg.) Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste

Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Verfasser: Franz Philipp von KÜBEL, 1980, Berlin/New York, S.917. 従って、現行ドイツ民法典二九六条は、部分草案の主義から普通法の原則へと回帰したことになる。この点は後述参照。

(7) 本稿におけるドイツ民法典の翻訳は、椿寿夫＝右近健男編〔大内和直〕ドイツ債権法総論（日本評論社・昭和六三年）一七〇頁に依った。

(8) (Hrsg.) SCHUBERT, a.a.O., S.914.

(9) 例えば、Carl Otto von MADAI, Die Lehre von der Mora, 1837, Halle, §37, S.234; MOMMSEN, a.a.O., §15, S.140f.; WINDSCHEID, a.a.O., §345, S.279.

(10) (Hrsg.) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des BGB., Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, Berlin/New York, S.337ff.

(11) (Hrsg.) JAKOBS/SCHUBERT, a.a.O., S.344; Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, Berlin, Protokolle, S.539.

(12) 前出注(5)の判例参照。通説も、口頭の提供には履行準備が必要であることを認めている。鳩山秀夫・日本債権法総論（岩波書店・大正一四年）四二七頁註一、我妻榮・新訂債権総論（岩波書店・昭和三九年）二二八頁、奥田昌道・債権総論〔増補版〕（悠々社・平成四年）五三六頁。

三　履行遅滞と催告の関係

1　フランス法における付遅滞要件

フランス法によれば、債務者の債務の履行について期限が定められている場合であっても、原則として、その期限の徒過のみによって債務者は遅滞に付されず、債権者は債務者に対して催告をしなければならない。(1) フラン

ス民法典一一三九条は、元来次のように定められていた。

債務者は、あるいは催告又は他の相当な行為によって、あるいは行為の必要なしに期限の到来のみによって債務者が遅滞となる旨を合意で定めるときはその効果によって、遅滞に付される。

この付遅滞が成立しなければ、債権者は債務者に対して損害賠償を請求できず（一一四六条）、解除を請求できない（一一八四条）。また、付遅滞以降債務者が危険を負担し（一一三八条二項、一三〇二条）、強制履行が可能となることから、付遅滞制度は債務者の債務不履行責任において重要な機能を営むこととなる。

この付遅滞制度は、中世ローマ法学以来の「期限は人に代わって催告する（Dies interpellat pro homine）」の原則に反して、フランス古法に倣った制度であるといわれている。[2] フランス古法では、裁判所は期限の到来のみにより債務者が遅滞に付されるとの合意を、単なる威嚇（comminatoire）としかみなさなかったといわれる。しかし、当時既に学説は、こうした判例の態度に批判的で、債権者の権利の侵害とみなしていた。[3] そして、フランス民法典は、当時の学説に好意的な形で例外を認めつつフランス古法の伝統を尊重して、一一三九条に「期限は人に代わって催告しない（Dies non interpellat pro homine）」ことを定めたとされる。[4]

この付遅滞の一般的な根拠として、催告しない債権者は黙示に債務者に期限を付与して債務者の遅延を宥恕することが推定され、あるいはこの付遅滞が損害賠償の前提とされることから、催告するまで債権者には損害が発生していないことが推定されることが挙げられる。[5] また、付遅滞は債務者に履行が債権者にとってなお有用であることを知らせ、[6] 債務者がそれに従う限り裁判という厄介な事態を債務者が回避できる機会を与える。[7] さらに、

債権者が債務者の付遅滞責任を主張する場合に、催告が公的な証明手段を提供することにも一定の意義が見出されよう。[8] いずれにせよ、先述の付遅滞の効果をみれば、債権者が催告するまでは債務者の債務不履行責任が発生しないのであるから、債務者を有利に扱う趣旨であることは疑いない。[9]

債務者を遅滞に付すのに必要な催告は、裁判外の催告（sommation extrajudiciaire）およびそれに相当する他の行為、すなわち、履行前催告（commandement）、裁判上の請求（demande en jusutice）といった典型的には時効の中断をもたらす行為によって行われうる。しかし、この法典上の原則は、次第に緩和されてきたことに注意が必要であろう。[10] 民法典が原則とする催告手続は執行官が関与する公的証明を伴う厳格な手続である。この手続が煩瑣であることは疑いなく、また一一三九条が任意規定でもあることから、当事者の明示はもちろん黙示の合意によって、緩和された手続の採用が認められうる。例えば、書留郵便（lettre recommandée）、電報、親書（lettre missive）、さらには口頭の催告も、必要な場合にそれらの行為がなされた事実を債権者が証明できる限り、債務者を遅滞に付すことができるとされている。従って、迅速さと期限の厳守を旨とする商事取引においては、既に今世紀の中葉までには、こうした緩和された付遅滞手続が黙示の合意やとりわけ慣習の考慮によって一般的に認められることとされた。これに対して、民事取引に関しては、一一三九条の手続を排除する合意が認められない限り、執行官の関与がなお必要とされていた。[11] しかし、民事に関しても今世紀中葉以降手続が緩和されるようになり、一九九一年七月九日の法律による一一三九条自体の改正の結果、「その文言から十分な催告と認められる場合には親書（lettre missive）といったその他催告に相当する行為」によっても債務者の付遅滞が発生するものとされるに至っている。[12] 従って、現在では民事商事ともに付遅滞手続に執行官の関与は必ずしも必要はなく、少なくとも債権者が債務の履行を求める意思を債務者に伝えるすべての書面によって、付遅滞手続要件は充足さ

れ得ることとなる。[13][14]

もっとも、催告はもちろんとして一切の付遅滞手続を要することなく、遅滞が成立する例外事例も存在する。不作為債務の場合（一一四五条）、法律が催告を要しないと定める場合（一三〇二条四項他）、あるいは期限到来後に履行されても履行が無意味な場合（一一四六条）等である。[15] さらに、当事者が期限の経過により催告を要しないで債務者が遅滞に陥ることを合意している場合には、ここでも付遅滞の例外として、期限経過時に履行がないことにより当然に債務者は遅滞に陥ることとされている（一一三九条）。

この付遅滞免除合意がない限り、当事者が債務の履行期限を合意していてもなお付遅滞手続が必要となるが、[16] 何故に期限到来に加えて債権者は催告する必要があるのか。期限の合意と付遅滞の関係については議論がある。当事者が期限について合意し、その期限の経過から債権者に即座に損害が発生する場合にもなお、債権者が催告をする必要があるというのは不合理である。まして、今日の複雑な取引社会において、債権者が個別の契約の履行期限を一々確認しなければならないというのは債権者にとって非常に煩瑣である。従って、付遅滞制度を原則として廃止し、催告が必要と認められるべきときには、契約当事者間の協力関係に基づいて通知の義務を認めれば足りるとの主張がある。[17] しかし、付遅滞制度の存在を否定することとなるこの見解は少数であり、むしろ多くの学説は付遅滞手続の必要性の説明に腐心する。時として、期限は債務者の利益で定められることから（一一八七条）、期限はもっぱら債務者にのみ関わる問題であり、債権者が自己の利益を追及するためには期限の経過だけでは十分ではないと説かれることがある。[18] しかし、期限の利益は債務者がそれを放棄できるか否かの問題であり、期限前の債務者の履行が有効か否かという問題であって、期限が経過することにより債務者が当然に遅滞となるか否かという問題とは関係がないとの批判が向けられる。[19] あるいは、悪意の債権者は期限をわざと徒過させ

ることにより債務者に負担の増大を強いることも危惧されるため、付遅滞手続が必要であるという見解もある。[20] しかし、期限の定めがある場合に債権者の悪意により債務者の負担が増大するとしても、そうした悪意の債権者と期限での履行を懈怠する債務者が対峙する場合、まず債務者が自身の債務を履行することが必要であり、債務者が期限を無視することをいかなる形でも正当化することはできないとの批判に晒される。[21] これらに対して、期限到来の意義を検討することにより、催告の必要性を根拠づけるべきとの見解がある。すなわち、そもそも期限とは債権者が債務の履行を請求できる（exigible）ことを認めるものであり、期限の到来によって直ちに履行が請求された（exigé）との効果をもたらすものではない。期限付き債務において期限が到来することによりその債務は請求されうる債務となる。つまり、条件もしくは期限の定めのない「純粋且つ単純な債務（obiligation pure et simple）」に転換したことを意味するにすぎない。従って、期限の到来によってそれ以降は期限の定めのない債務と同様となるのであるから、そこで債務者が責任を負うためには付遅滞の手続が必要となるというのである。[22]

ここで多くの学説は、期限経過のみによって債務者が遅滞に付される旨の合意があるとしても、その効果の発生には一定の制限があることを主張する。一九世紀註釈学派によって挙げられた典型的事例は、債務者が引き渡すべき場所に目的物を運んだところ、債権者が現れず期限到来後に目的物が滅失してしまった事例であり、この場合に債務者が危険を負担することは否定されるべきことが主張された。この結果、要するに、期限到来のみにより債務者が遅滞に付される合意があるとしても、それは履行地が債権者の住所である為す債務および与える債務にのみ適用されるとし、債務者の住所あるいは債権者の住所以外の特定の場所において履行されるべき場合には、債権者が定められた場所に期日に現れたことを証明できる場合に限り、債務者は催告なく遅滞に付されうる

と解されていた。[23][24] この議論は、今世紀になってもそのまま引き継がれており、一般的に債権者の住所以外の履行地が定められている場合には、付遅滞手続の免除合意があっても、債権者が自身の履行協力の事実を証明できない限り、債務者は遅滞に付されないとされる。[25] 破毀院もまた、期限経過のみにより債務者が遅滞に陥る旨の合意があっても、債務者の住所その他定められた場所で引渡が行われるべき場合には、「弁済が行われるべき場所に債権者が現れたことを自身証明する限りでのみ、債務者は遅滞に陥る」旨を判示しており、[26] フランスの判例・学説上確立された法理であると評することができるものと思われる。

他方、判例は一般に、持参債務の合意がある場合には債権者の付遅滞手続の免除の合意もあるものと認めてきたといわれる。[27] この判例の態度に対して、学説は持参債務と取立債務で遅滞の手続を区別する合理的な根拠はないとして批判的である。[28] この点に関して、コロンは次のように説明する。なるほど、持参債務では履行地が債権者の住所とされることが意味されるのみであり、それによって直ちに履行期限が経過したときに債務者が遅滞に陥るということにはならないであろう。法的な論理としては、持参債務の合意と付遅滞手続の免除合意とは別の問題であり、その限りで学説の批判は正当である。しかし、持参債務の合意は履行時における債権者の協力を必要としない旨の合意であり、法定の履行地が債務者の住所であることからすると（一二四七条）、わざわざそうした合意がされるのは、履行時の負担を債務者が全面的に引き受けることを意味することとなろう。このことは、当事者の心理的な意味で、履行時に関する債権者のイニシアティブを敢えて否定しつつ、不利益を債務者が一身に負担することを意味するのであり、これが合意の解釈を通じて付遅滞手続の免除合意の認定に反映されているものといえるという。[29]

このように、債権者の協力が最終的な履行局面に際して必要とされる場合に、債権者の催告を必要とせずに期

限の経過のみにより債務者が遅滞に付されるとの合意があっても、期限の到来だけでは直ちに債務者は遅滞に付され得ない。反面、債権者の協力行為が顕在化しない持参債務の場合には、履行期限の到来のみにより債務者が遅滞に付され易くなる。[30] これはいったい何を意味するのであろうか。付遅滞を原則とする法制度の下では、債権者の履行協力の拒否は一般的に付遅滞の不成立を意味するものといえよう。つまり、債権者が受領を拒絶して必要な履行への協力をしない場合に、果たして債権者は催告をするであろうか。このように、履行への債権者の協力要件は、付遅滞制度の下では催告手続によって補われることとなるが、催告手続が省略される場面でいわば独自に顕在化するといえる。要するに、付遅滞を原則とするフランス法では、付遅滞を要しない場合であっても、なお付遅滞手続に仮託されていた実質要件が必要とされているといえよう。この付遅滞手続に仮託される実質要件とは、まさに催告の実体、すなわち、債務者に対して債務の履行を請求する債権者の意思といってよいであろう。[31][32]

2　ドイツ法における履行遅滞要件

履行遅滞についてドイツ民法典二八四条は、次のように定めている。

> 履行期の到来後において債権者のする催告に対して債務者が給付を行わないときは、債務者は、催告によって遅滞に陥る。給付の訴えの提起及び督促手続における支払命令の送達は、催告と同様とする。
>
> 給付の時期を暦に従って定める場合において、債務者がその時期に給付を行わないときは、債務者は、催告がなくとも遅滞に陥る。告知の後に給付を行わなければならない場合、給付の時期が告知の時から暦に従った計算法によって定まるときも、同様である。

ドイツ民法は第一草案以来、債務者を遅滞に付すには原則として催告を要するとしつつも[33]、給付時期が暦によって定められている場合には、フランス法とは対照的に中世ローマ法学以来の伝統を承継して、「期限は人に代わって催告する（dies interpellat pro homine）」の原則を採用した[34]。現行ドイツ法では、二八五条によって債務者の過失要件が組み合わされて、履行不能に対比される履行遅滞制度が二八四条によって基礎づけられているのである。さらに、ドイツ民法典は、履行遅滞における「期限は人に代わって催告する」の原則を受領遅滞にもパラレルに当てはめることにより、履行遅滞と受領遅滞の双方においてこの原則を適用する（二九六条）[35]。先述したように、この受領期限という受領遅滞にとっての形式要件が確立されたところで、これとは別に実質要件としての履行準備要件が二九七条によって定められることとなった。

それとの対比で、履行遅滞の場合はどうなるのであろうか。ドイツ法における履行遅滞制度では一見すると、履行時期が確定的に定められている場合に、任意の催告すら必要なく期限経過とともに債務者は遅滞に陥ることとなる。では、履行期に仮に債権者に履行を受け取る準備ないし意思がなかったらどうなるのであろうか。それでもなお債務者は、期限が到来したとの一事を以て履行遅滞責任を負うこととなるのであろうか。それとも、そもそも債務者は履行遅滞に陥らないのであろうか。履行遅滞における形式要件としての履行期限の経過とは別に、実質要件がさらに必要とはされないのであろうか。まさしくこの問題が、普通法上いわゆる「同時の遅滞（gleichzeitige mora）」をめぐって議論されていた。

債務者と債権者がともに遅滞となる場合果たしていかなる処理がなされるべきなのか、この問題にはじめて立ち入った考察をしたのがフリッツである[36]。フリッツは、まず、両当事者が遅滞になる場合はあるのか否かを検討し、その場合の法的処理を考察する。そして、債務者が履行の準備をして提供を行う限り履行遅滞は成立し得ず

受領遅滞のみが成立することとなる以上、問題となるのは、定められた履行期に定められた場所に両当事者が現れない場合に履行遅滞と受領遅滞の双方の要件が満たされうるとする。一九世紀のはじめまで、このケースにおいては債務者の遅滞と債権者の遅滞が相殺される、すなわち、「遅滞の相殺（compensatio morae）」が考えられていた。[37] これに対して、フリッツは次のローマ法源を援用する。[38]

D. 19. 1. 51, de act. empt. et vend. Labeo lib. 4 Posteriorum a Javoleno eptimatorum.

売主と買主が二人とも、一方は売却されたワインの引渡、他方はその受取について遅滞に陥る場合、買主のみが遅滞に陥るのと全く同様である。というのも、買主自身が物の受取について遅滞となるときには、売主は買主に遅滞をもたらしたとはみなされ得ないからである。

(Si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.)

フリッツは、このラベオー（Labeo）の箇所によれば、債権者である買主と債務者である売主が同時に遅滞となる場合には買主のみが遅滞となることから、結局、履行遅滞と受領遅滞の競合ケースにおいて受領遅滞のみが成立するとの一般的結論を引き出している。[39]

このフリッツの見解に反対するのがヘップである。彼は、このラベオーのローマ法源に矛盾してみえるもう一つのポンポーニウス（Pomponius）のローマ法源を対比させて、「同時の遅滞」ではなく「連続する遅滞（succesive mora）」を考えるべきことを主張する。[40]

D. 18. 6. 17, de periculo et commodo. Pomponius lib. 31 ad Quintum Mucium.

以下のことが注目されなければならない、すなわち、一旦買主が物の受取について遅滞に陥った後、売主はもはや自身の過失ではなく故意についてのみ責任を負う。しかし、売主及び買主が二人ともに、一方は引渡につき、他方はその受取につき遅滞に陥る場合、ラベオーが叙述するのは、遅滞は売主よりも買主を害さなければならないことである。しかし、検討を要するのは、両当事者のどちらが後に遅滞に陥ったのか、である。たとえば、買主が彼に物を引き渡すことを遅延する売主に対して催告し、その次に、買主が彼に売主によって為される提供に基づいてそれの受取を拒否する場合には、期限はその場合には買主を害する。しかし、買主がまず、物の受取について遅滞に陥り、次に、すべての物が全く損なわれていないにもかかわらず、売主がそれを行う権利を有する間にその引渡を行わない場合には、期限は後に遅滞に陥った売主を害するというのが正当である。

(Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.)

ヘップによれば、ラベオーのローマ法源において両当事者の同時の遅滞を前提にすべきではなく、両者の遅滞の時期がずれる場合を想定すべきであるという。たとえば、買主が売主に催告し、売主が目的物の引渡を準備したが買主がその受取を拒絶し、その後目的物が滅失した場合であっても、最終的に遅滞の責任を負うこととなるのは買主ということになる。売主のそれ以前の遅滞は、買主の遅滞によって除去されるのである。このことを明確に説明しているのがポンポーニウスの法源であり、双方の法源は「連続した遅滞」に関する法源と理解するこ

とによって、矛盾はなくなるという。[41] しかも、仮にフリッツがいうように、ラベオーの法源を同時の遅滞と理解するなら、債務者が自己の債務について提供していないにもかかわらず、どのようにして債権者の遅滞要件が充足されるというのか理解困難であるという。従って、ローマ法源は連続する遅滞に関する規律を含むにすぎないのであるが、仮に同時の遅滞が存在する場合には、両当事者はどちらも「後の遅滞」ではないため、相手方の遅滞を援用できないとすることによって解決されるとする。[42]

フォン・マーダイもヘップの反論を支持し、ラベオーの箇所を同時の遅滞と理解しない解釈を展開する。すなわち、履行期に履行場所に両当事者が現れない場合に、「期限は人に代わって催告する」の原則から債務者が遅滞に陥る可能性はあるが、それは債権者がそこに現れることを前提とし、債権者が現れないなら債務者遅滞は成立しない。そしてまた、債権者が現れない事実をもっても、債務者が給付準備を整えて履行地に現れていない以上債権者も遅滞に陥ることはない。従って、従来両当事者の同時の遅滞と考えられていたケースでは、履行遅滞も受領遅滞も生じないこととなる。しかし、そのように考えると、ラベオーは常に最終的な責任を債権者である買主に負担させるのに対して、ポンポーニウスの箇所では買主・売主ともに最終的な負担を強いられることがあり得るために矛盾があることとなる。そこで、フォン・マーダイは、ラベオーの時代には一般に両当事者の同時の遅滞が認められていたのに対して、ポンポーニウスの時代には同時の遅滞が否定され、最終的な責任の所在は最終的に遅滞に陥った者が負担することが認められるようになったと理解する。その結果、重要なのはポンポーニウスのローマ法源であり、そこから両当事者の同時の遅滞は存在し得ず、「後の遅滞が害する（mora posterior nocet）」の原則が確立されるべきであるとする。[43]

このフォン・マーダイの学説に同調するのがモムゼンである。モムゼンによれば、債務者遅滞が前提とするの

は遅滞の原因が債務者にのみ存在することであり、他方、債権者遅滞が存在するのは債権者にのみその原因が存在することであるから、両当事者の遅滞は、それぞれの遅滞がその者にだけでなく相手方にも由来する場合には当然排斥されるとする。従って、この主張に矛盾するラベオーのローマ法源はポンポーニウスの法源の存在によって意味を失い、「後の遅滞が害する」の原則が最終的に確認されているという。[44] こうして、履行遅滞と受領遅滞は同時には成立し得ず、「後の遅滞が害する」ことが普通法上の理論として確立されることとなった。[45] もっとも、その帰結自体は遅滞の相殺を認めていた従来の通説と異なることはない。

ここで重要なのは、同時の遅滞が認められない根拠である。ローマ法源自体の解釈論はさておき、その根拠は、履行遅滞の前提に債権者の受取準備が必要であること、受領遅滞の前提に債務者の履行準備が必要なことに求められよう。このことはフォン・マーダイが明言するところであり、また、モムゼンの主張もこのように理解することができるであろう。しかし、こうした遅滞の前提要件、とりわけ、履行遅滞の前提要件たる「債権者の受取準備」要件はドイツ民法典には反映されることがなかった。[46] その反面、受領遅滞の前提要件である「債務者の履行準備」要件はドイツ民法典二九七条に反映されている。このことから、今日この二九七条を類推し、履行遅滞の要件として「債権者の受取準備ないし受取意思」を主張するのがグルスキーである。[47] グルスキーは、以上のような普通法の議論は確かにドイツ民法典には反映されていないが、それは立法時に単に見過ごされた結果にすぎないという。[48] むしろ、普通法以来の伝統的見解に沿って、履行遅滞の発生には債権者の受領準備ないし意思要件が必要であると主張するのである。

すなわち、債権者が口頭の提供時または履行期日に受領を怠る場合には原則として受領遅滞が発生する。しかし、ドイツ民法典二九七条は、仮に債権者が提供に応じて受領しようとしても履行が実現されない場合には受領

遅滞が発生しないことを定めるべく、債務者が履行準備を行っていることを積極的な受領遅滞の要件としたのである。そして、この考えが履行遅滞の場合にも反映される必要があるとする。ドイツ民法典二八四条以下に定められた履行遅滞の制度は、債務者が給付を遅延した場合に債務者は一般に直ちに履行遅滞と評価されるべきことを前提とするが、実は、そこでは履行遅滞が債務者の給付遅滞によってもたらされることが前提なのであって、仮に債務者が適切な提供を行っていたとしても履行遅滞が生じていたような場合は含まれない。この事実的因果関係（conditio sine qua non）により履行遅滞が排斥されるのは債権者が履行期限または催告時に受取準備がなくまたは受取意思がない場合である。要するに、債権者が履行期日または催告時に給付を受け取ることができずまたは受け取る意思も有しない場合には、ドイツ民法典二九七条の類推適用により、履行遅滞は生じないと解釈されるべきであるとするのである。[49] 今日、この見解は広くドイツ法学説に受け入れられている。[50]

以上のように、「期限は人に代わって催告する」ことを認めるドイツ法では、期限が到来することのみによって債務者の履行遅滞が成立しうるようにみえて、実は、それだけではなく、債権者側の受取準備ないし受取意思を要件とすべきことが主張されている。そして、仮に履行期に債権者側に受取準備ないし受取意思が欠ける場合には履行遅滞は成立しないこととなる。しかし、そのことが直ちに受領遅滞を基礎づけるわけではなく、債務者が少なくとも給付準備をして必要な場合には提供を行わない限り受領遅滞は生じないのである。

3　小　括

以上のことから、債務者が遅滞と評価される制度としては、フランス法系の付遅滞制度とドイツ法系の履行遅滞制度が対比されうることが明らかとなった。これらの制度の対比の起点とされるべきことは、付遅滞制度では

原則として債権者により「催告手続」が踏まれる必要があるのに対して、履行遅滞制度ではこうした手続は必要なく期限の徒過により債務者が遅滞に陥る点に求められよう。

いうまでもなく、フランス法の制度においては、期限が到来するだけでは原則として履行遅滞も受領遅滞も生じない。執行官の関与を必要とする弁済の提供あるいは催告がなければ提供の効果も付遅滞も生じない。従って、フランス法の制度では、債務者の履行準備という要件も、また債権者の受取準備ないし意思の要件もことさらに強調されるわけではない。それらの実質要件は提供や催告という手続要件に吸収されるからである。従って、期限が到来しても提供の効果（受領遅滞）も債務者の付遅滞も生じないことが当然あり得る。ただ、当事者間で付遅滞免除合意がある場合には債権者の履行協力要件が顕在化し、ここに付遅滞制度の基礎となる債務者の履行を請求する意思要件が抽出され得たのである。これに対して、付遅滞手続を必要としないドイツ法においては、期限の到来を境に履行遅滞か受領遅滞かという境界区分論の登場する余地がでてくる。そこで、「債権者の受取準備ないし受取意思」という書かれていない要件が解釈として導入されることにより、受領遅滞も履行遅滞も生じないケースが想定されうることとなった。この事態は、付遅滞制度を放棄し、ドイツ法と同様に「期限は人に代わって催告する」ことを認める我が国の履行遅滞制度においても、当然考慮されなければならないこととなるはずである。[51]

我が国の旧民法典はフランス法を継受して執行官の関与する付遅滞制度を予定していたが（財産編三三六条参照）[52]、現行民法の起草者は過度な債務者の保護となる付遅滞制度を排斥し[53]、当時の立法の趨勢と我が国の従来の慣習を考慮して、「期限は人に代わって催告する」原則を四一二条に採用した[54]。従って、付遅滞から履行遅滞へと変貌を遂げた我が国の四一二条の解釈としても[55]、ドイツ法と同様に、「債権者の履行受取準備ないし意思」

要件を評価すべき素地があるものと思われる。あたかも、任意の提供という形式要件と債務者の履行準備という実質要件が受領遅滞の要件として観念されるのとパラレルに、催告またはとりわけ期限の到来という形式要件だけでなく、その実質を確保する要件として「債権者の履行受取準備ないし意思」要件が肯定されることで、付遅滞から履行遅滞への移行に伴って簡略化された遅滞手続を補充することが可能となり、必要であると考える。

結局、履行期限が到来して債務者が履行を提供しなくとも、その時点で債権者側に履行を受け取る準備または意思がなければ、債務者が履行遅滞に陥ることはないものと解すべきである。なぜなら、仮に債務者が履行を提供しても債権者がそれを受け取ることはないために、債務の履行は完遂されないはずだからである。この状態を解消するには、債権者は債務者が実質的に履行できる状態を作出しなければならないものと思われる。従って、債権者が履行を受け取る準備ないしその意思を債務者側に伝えることによって初めて、債務者の履行遅滞要件が実質的に充足されると考えて良いであろう。

（1） フランス法の付遅滞制度については、山口俊夫・フランス債権法（東京大学出版会・昭和六一年）二〇七・二〇八頁、藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期（下）」判タ六二九号（昭和六二年）三頁以下を参照。

（2） ポチエによれば、フランス古法の慣習上、債務者が遅滞に付されるには有効な司法上の催告が必要とされた。Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, in Œvre de Pothier, par Jean Joseph BUGNET, t.2, 1848, Paris, n° 144, p.67. 問題となるのは古代ローマ法の解釈である。オーブリー＝ローは、フランス古法とは異なってローマ法自体の原則が既に「期限は人に代わって催告する」であったことを主張する。Charles AUBRY/Charles RAU, Cours de droit civil français, t.4, 4ème éd., 1871, Paris, §308, p.95, note 4. ところが、一九世紀の終わり頃から、後述のドイツ普通法における遅滞論争の影響を受けて、フランスでも古代ローマ法の原則は「期限は人に代わって催告しない」であったが、中世の注釈学派以降「期限は人に代わって催告する」の法諺が確立されたとの見解が有力化することと

なった。Joseph PAGET, Essai sur la mise en demeure et ses effets, 1870, Paris, n°s 158 et suiv., pp.104 et suiv.; Jules VIREY, De la mise en demeure en droit romain et en droit français, Thèse Paris, 1880, n°s 36 et suiv., pp.66 et suiv. この見解は、今世紀に入ってサレイユらにも支持された。Raymond SALEILLES, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand, 2ème éd., 1901, n° 28, pp.24 et suiv.; Ambroise COLIN/Henri CAPITANT/Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours élémentaire de droit civil français, t.2, 10ème éd., 1953, Paris, n° 151, p. 112. 今日フランスにおいて、付遅滞制度は古代ローマ法とフランス古法に倣った制度であるとの理解が定着しているように見える。Dominique ALLIX, Réflexion sur la mise en demeure, in J. C. P., 1977, I, 2844, n° 4; Dominique ALLIX, Mise en demeure, in Juris-classeur civil, Art. 1091 à 1155, Paris, 1997, n° 7, p.3.

(3) Alexandre DURANTON, Cours de droit français, t.10, 1834, Paris, n° 441, p.466; Charles DEMOLOMBE, Cours de code Napoléon, t.24, Traité des contrats, t.1, 1868, Paris, n°s 430 et 431, pp.412 et 413; PAGET, op.cit., n° 129, p.90.

(4) Charles TOULLIER, Le droit civil français, t.6, 5ème éd., 1839, Paris, n°s 245 et 246, pp.252 et 253.

(5) Alex WEILL, Dommages-interêts compensatoires et mise en demeure, in Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, n° 41, p.265; Marie-Jeanne PIERRARD, La mise en demeure et les dommages-interêts compensatoires, in J. C. P., 1945, I, 466; Marcel PLANIOL/Georges RIPERT/Paul ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, t.7, 2ème éd., 1954, Paris, n° 771, p.82; COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, op.cit., n° 151, p.112; Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD/Philippe JUSTAZ, Droit civil, Les obligations, t.2, 2ème éd., 1989, Paris, n°, 277, p.245; Boris STARCK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, Droit civil, Obligations 2, 3ème éd., 1989, Paris, n° 1324, p.544; Philippe MALAURIE/Laurent AYNÈS, Cours de droit civil, t.4, Les obligations, 4ème éd., 1993-1994, Paris, n° 848, p. 472; Thierry BONNEAU, Mise en demeure, in Répertoire de droit civil, t.6, 2ème éd., 1996, Paris, n° 5, p.1. アリックスも、付遅滞が債務者に期限の黙示の延長を与えるものである反面、債権者が債務の履行について最終的な期限を確定する手段でもあるとする。ALLIX, Réflexion, op.cit., n° 5.

(6) François DAVID, De la mise en demeure, in Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, n° 3, pp. 101 et 102; PIERRARD, loc.cit.; R. MEURISSE, Dommages et interêts compensatoires, dommages et interêts moratoires et mise en demeure, in J. C. P., 1947, I, 667, n° 36; Alex WEILL/François TERRÉ, Droit civil, Les obligations, 4ème éd., 1986, Paris, n° 418, p.442.

(7) DAVID, op.cit, n° 3, pp.102 et 103; WEILL/TERRÉ, loc.cit., BONNEAU, loc.cit. アリックスによれば、履行の遅延によって損害を被ったと主張する債権者と履行の機会を与えられなかったと主張する債務者との利益調整をはかり、両者の履行段階での協力すべき関係を反映するのが付遅滞制度であるという。ALLIX, Réflexion, op.cit., n° 6.

(8) この付遅滞の根拠を強調するのは、DAVID, op.cit., n° 3, pp.103 et suiv. もっとも、これは催告等の手続が履践される場合に限る根拠であり、後に見るように、付遅滞手続が緩和された状況では、「公的証明手段」が必ずしも介在するわけではないであろう。

(9) DEMOLOMBE, op.cit., n° 515, p.515, p.513; Roger PERROT, Mise en demeure, in Répertoire de droit civil, t.3, 1953, Paris, nos 1 et 2, p.468. アリックスは、民法典には債務者を有利に扱う一連の規定が含まれているとする。すなわち、裁判官は債務の支払猶予処分を行うことができる（民事執行手続の改正に関する一九九一年七月九日の法律によって付け加えられた民法典一二四四条の一）。合意は債務者に有利に解釈される（一一六二条）。債務は取立債務である（一二四七条）。期限は債務者のためのものと推定される（一一八二条）。付遅滞もまたこうした債務者に有利な規定の一つに挙げられるというのである。ALLIX, Mise en demeure, op.cit., n° 6, p.3. さらに、他の立法の多くが「期限は人に代わって催告する」の原則に立つことと比較して、フランス法の付遅滞が債務者に有利な制度であることも指摘する。ALLIX, Réflexion, op.cit., n° 4.

(10) ワイユは、付遅滞手続の緩和傾向を端的に「古典的な付遅滞の衰退」と呼ぶ。WEILL, op.cit., n° 41, p.265. カルボニエは、こうした手続の緩和について、通知手続を定める民事訴訟法六六五条以下が想起されてよいとする。Jean CARBONNIER, Droit civil, t.4, Les obligations, 14ème éd., 1990, n° 171, p.314.

(11) René DEMOGUE, Traité des obligations en général t.6, 1931, Paris, n° 235, pp.235 et suiv.; PLANIOL/RIPERT/

Esmein, op.cit., n° 772, pp.82 et suiv.; David, op.cit., n°s 14 et 15, pp.135 et suiv.; Pierrard, op.cit., 466; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, op.cit., n° 152, p.113; Perrot, op.cit., n°s 26 et suiv., p.470.

(12) この法改正は、従来の判例による付遅滞手続の緩和を正式に確認するものにすぎないと理解されている。Bonneau, op.cit., n° 40, p.4; Allix, Mise en demeure, op.cit., n° 73, p.14.

(13) 手続が緩和されたとはいえ、債権者が書面の形で履行を請求する意思を債務者に伝え、債務者が請求された債務の内容を知らされることが最低限の要件とされていることについて、アリックスは次のような説明する。すなわち、「付遅滞の役割は、債務の不履行の帰責性をめぐって存在する不確実性を一掃することにある」。Allix, Réflexion, op.cit., n° 50.

(14) ただし、金銭債務に関しては、もともと裁判上の請求（demande judiciaire）あるいは裁判所の請求を伴う裁判上の呼び出し（citation en conciliation）に限定されていた（一一五三条）。しかし、現在では一九九二年七月一三日の法律によって、損害賠償は、催告のほか「それから十分な催告と認められる場合には親書といったその他催告に相当する行為」の日から支払われるべきものとされている（一一五三条三項）。

(15) 近時の学説・判例は契約外責任、とりわけ不法行為責任の発生に付遅滞手続を不要と解するようになっている。この点に関しては、Bonneau, op.cit., n°s 8 et suiv., p.2; Allix, Mise en demeure, op.cit., n°s 16 et suiv., pp.4 et 5. さらに、フランスにおいて付遅滞をめぐる最も活発な議論は、契約上の債務不履行に基づく損害賠償をめぐる問題に関係する。一八五七年にラロンビエールが、損害賠償の要件として必要とされる付遅滞は遅延に関してのみ必要であって、その他の債務不履行には関係ないと主張して以降、付遅滞は遅延賠償にのみかかわるものであり、塡補賠償の請求には付遅滞手続は関係しないことの是非をめぐって議論が展開することとなった。Léobon Larombière, Théorie et pratique des obligations, t.1, 1857, Paris, Art.1147, n° 3, pp.522 et 523. この問題の詳細については、森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』――履行請求権の存在意義に関する覚書（その1）――」志林九〇巻一号（平成四年）一頁以下を参照。ただし、この問題は本稿の関心とは直接関係しないため、詳細には立ち入らない。

(16) もっとも、当事者が催告を要しない旨を合意している場合はいうまでもないが、そのような明示の合意がなくとも期限の定めがある場合にはその合意の意味が催告手続を排除する合意であるのか否かがさらに検討されうる余地がある。破毀院は、期限の定めがある場合、事実審裁判所は付遅滞手続がないことから直ちに債務不履行を免責するのではなく、付遅滞手続の免除合意が存在しないか否かを探求すべきであるとする。Cass. civ. Cham.3, 7 Mars 1969, Bull. civ. III, n° 208, p.159; Cass. civ. Cham. 3, 17 novembre 1971, Bull. civ. III, n° 564, p.403. こうした判例の傾向は付遅滞手続の免除特約の存在を容易に認めることとなるから、「裁判官が暗黙に合意上の（付遅滞手続に関する）免除自体を認めうるとするなら、付遅滞の要請はほとんど拘束力のないものとなる」という指摘は興味深い。Jean CHEVALLIER, Observation, in R. T. D. civ., 1968, n° 2, p.144. この指摘が正当であるなら、付遅滞と履行遅滞との事実上の差異は程度問題にすぎないこととなろう。

(17) Henri, Léon et Jean MAZEAUD/François CHABAS, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. 3, vol. 1, 6ème éd., 1978, Paris, n° 2283, pp.585 et 586. マルティ＝レイノー＝ジュスタッツもまた、期限の定めがある場合には期限の経過によって債務者が遅滞となることがより合理的であろうという。MARTY/RAYNAUD/JUSTAZ, op.cit., n° 277, p.245.

(18) DEMOGUE, op.cit., n° 242, p.268; DAVID, op.cit., n° 3, p.101.

(19) SALEILLES, op.cit., n° 28, p.24, note 3.

(20) Édouard COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de code civil, t.5, 2ème éd., 1883, Paris, n° 62 bis III, p.89.

(21) Pierre COLLOMB, Demeure et mise en demeure en droit privé, Thèse Nice (dactyl.), 1974, n° 221, p.372.

(22) DAVID, op.cit., n° 3, pp.101 et 102; COLLOMB, op.cit., n° 212, p.313. 付遅滞は「期限後の期限」の効果をもたらすものであり、期限の到来によって「債権がいわば請求されうるものとなるが請求されたものとはなり得ない」。Jean-Charles BOULAY, Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance, in R. T. D. com., 1990, n° 46, p.354.

(23) この議論を提示したトゥリエは、一一三九条が「行為の必要なく期限の到来のみにより」債務者が遅滞に陥る旨を定める合意が存在するときと定めていることから、「行為の必要なく」が意味しうる内容としては、期限の到来以

外の要素で債権者が期限に現れることを問題として取り上げる余地があるとしたのである。従って、この議論はもっぱら一一三九条の文言の解釈論として展開されていることとなる。Toullier, op.cit., n°s 249, 261 et 262, pp.254 et suiv., 268 et suiv.

(24) Aubry/Rau, op.cit., p.96; Duranton, op.cit., n° 442, p.467; Demolombe, op.cit., n° 542, p.535; Virey, op.cit., n° 174, p.269; Larombière, op.cit., Art.1139, n° 10, p.480; Paget, op.cit., n° 135, pp.93 et 94. 進んで、ローランは債権者が履行地に現れない場合に債務者が遅滞に付されないだけではなく、債権者が遅滞に付されると説く。François Laurent, Principes de droit civil français, t.16, 3ème éd., 1878, Paris/Bruxelles, n° 238, p.303.

(25) Demogue, op.cit., n° 235, p.261; David, op.cit., n°s 8 et 14, pp.111 et 134; Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, op.cit., n° 153, p.114; Collome, op.cit., n° 215, pp.379 et suiv.

(26) Cass, civ., 15 décembre 1925, G. P., 1926, 1. 307. さらに破毀院は、保険料支払いについて取立債務であった場合、保険会社がその支払いを受け取るのに必要な手続を取ったことを証明しなければ、契約に当然の解除が定められていても解除は認められないとする。Cass. req., 22 avril 1879, S. 1880, 101. 同旨、Cass. civ., 29 juillet 1878, S. 1879, 29.

(27) Collomb, op.cit., n° 216, pp.382 et 383; Carbonnier, op.cit., n° 168, p.309; Starck/Roland/Boyer, op.cit., n° 1338, p.549.

(28) 判例は鉄道運送債務に関して、一方で、駅への発送債務において引渡期限の到来により発送人は直ちに遅滞に陥るのではなく、むしろ名宛人は債務者を遅滞に付さなければならないとし、他方で、債権者の住所への発送債務に関して、期限の到来のみにより債務者は直ちに遅滞に陥るとする。これを取り上げて、マゾー＝シャバスは、駅で引き渡すべき債務と債権者の住所で引き渡すべき債務との間に付遅滞に関して区別すべき理由はないとする。Mazeaud/Chabas, op.cit., n° 2282, p.585. カルボニエは、持参債務において付遅滞の免除合意を認める判例の解決は、「場所の問題と時期の問題を混同している」として批判する。Jean Carbonnier, Observation, in R. T. D. civ., 1951, p.529; Observation, in R. T. D. civ., 1955, p.521.

(29) Collomb, op.cit., n° 218, pp. 385 et suiv.

(30) 一九四二年に改正された現行イタリア民法典も、一二一九条二項三号で持参債務における付遅滞手続の免除を定めている（翻訳は、風間鶴寿・全訳イタリア民法典〔追補版〕（法律文化社・昭和五二年）一九六頁に依ったが、二項冒頭の「遅滞の構成（la constituzione in mora）」を「付遅滞」に改めた）。

一二一九条

債務者は催告または書面によってなされた請求により遅滞に陥る。

付遅滞は次の場合にはこれを必要としない。

一　債務が不法行為によって生じたものであるとき。

二　債務者が書面により債務関係を実現することを欲しない旨の意思を表示したとき。

三　給付が債権者の住所においてなされなければならない場合にその期限が到来したとき。期限が債務者の死亡後到来した場合には、相続人は通告または書面によってなされた請求により且つその通告または請求より八日を経過した後でなければ遅滞に陥らない。

(31) 債権者が形式的に催告をしつつ実体的に受領を拒否する事態が一切ないということはできないであろう。つまり、債権者が受領を拒絶しつつ催告をして債務者の債務不履行責任を問題とするような場合である。しかし、こうした事態についてフランスでは一般的な議論が展開されていないようである。これに対して、後に見るようにドイツ法では、履行遅滞の形式要件としての期限到来ないし催告要件と実質要件としての債権者の受取準備ないし意思要件を区別する。これに倣って、フランス法でも形式要件としての催告と実質要件としての受取意思要件を区別することは論理的に可能であろう。

(32) 付遅滞の法的性質について、カルボニエは債権者の単独行為とする見解と債務者の継続的な不作為の態度とする見解に分かれうるとしつつ、債権者と債務者の間で付遅滞の効果を生じさせる旨の黙示の合意と解する余地もあることを示唆する。CARBONNIER, Droit civil, op.cit., n° 170, p.314.

(33) ドイツ法において、催告とは債務者に対して給付を求める債権者の請求であると解され、その法的性質は典型的な準法律行為であると解されている。Uwe DIEDERICHSEN, Der Schuldnerverzug (“mora debitoris”), in JuS., 1985,

S.831. 催告の存在理由について今日では、債務者に対して履行遅滞の効果発生について警告を与え、それによって債務者に給付の最後の機会を与えるという意味で債務者の保護に求められている。Friedrich WAHL, Schuldnerverzug, 1998, Berlin, S.185. 催告の目的は、未だ期限が定められておらず義務違反ではない債務者に対して、催告により期限が付与されることにより遅滞の発生がもたらされるのか、それとも既に給付について遅延している債務者を遅滞にすることにより遅滞効果の負担を強いることにあるのか、という見解の対立があるとされる。前者が普通法上の見解であるのに対して、後者は民法典施行後の通説的見解であるとされる。つまり、この義務違反にある債務者の保護に催告の根拠が求められることになるというのである。WAHL, a.a.O., S.196ff.

(34) 中世ローマ法学以来、ローマ法の原則は「期限は人に代わって催告する」であると解釈されてきた。しかし、一九世紀の初頭にノイシュテッテルは、催告をしない債権者は遅滞の不利益を債務者に負わせる意思がないといえるはずであると主張して、従来の見解に反対してローマ法の原則が「期限は人に代わって催告しない」であることを証明しようとし、それ以降一九世紀を通じて行われた普通法学上の論争を巻き起こした。L. J. NEUSTETEL, Die Regel: dies interpellat pro homine, ist unrichtig, in AcP., Bd.5,1822, S.221ff. 部分草案を起草したフォン・キューベルは、ドイツ普通法の学説と判例を考慮したうえで意識的に付遅滞制度を排斥して、債務者にとって確定した履行期限が定められているときには催告を必要としない履行遅滞制度を採用しようとしたことを明言している。この点に関しては、(Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Verfasser: Franz Philipp von KÜBEL, 1980, Berlin/New York, S.879ff. 第一草案も普通法上の論争を意識しつつ、確立した判例法理としての「期限は人に代わって催告する」原則を採用した。Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich, Bd.2, 1899, Berlin, Motive, S.31. この見解が最終的に現行民法典二八四条に結実した。

(35) 先に見たように、部分草案では受領遅滞に関してこの原則は排除されていたが、第一委員会は履行遅滞におけるのとパラレルに、債権者の協力について暦による時期が定められている場合には、債務者の提供なく受領遅滞が発生するものと決議した。(Hrsg.) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des BGB., Recht der

Schuldverhältnisse Teil 1, 1978, Berlin/New York, S.340f.; MUGDAN, a.a.O., Motive, S.39. この決議が、第一草案二五五条三項、第二草案二五一条二項に引き継がれ、現行民法典二九六条へと結実した。

(36) FRITZ, Ueber die gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners, in Acp., Bd. 10, 1827, S.155ff.

(37) Christian Friedrich GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Ein Commentar, 4 Theil, 1796, Erlangen, S.425; Anton Friedrich Justus THIBAUT, System des Pandektenrechts, Bd. 1, 1830, Jena, § 86, S.74; Ferdinand MACKELEY, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 10 Aufl., 1833, Gießen, §346, S. 198f. これに対して、当時、両当事者が同時に履行地に現れない場合には両当事者に不履行の原因があるため、両当事者ともに遅滞に陥らず、履行期前の状態で法律関係は存続するとする主張もあった。Franz SCHOEMAN, Handbuch des Civilrechts, Bd.2, 1806, Giesen/Weltzlar, S.309; NEUSTETEL, a.a.O., S.222, Anm.2.

(38) 本稿におけるローマ法源については基本的に、Theodor MOMMSEN/Paul KRUEGER/Alan WATSON, The Digest of Justinian, 1985, Philadelphia.に依拠した。

(39) FRITZ, a.a.O., S.158ff.

(40) Carl Theodor HEPP, Rezension, in Tübingener kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Bd.4, 1828, S. 51ff.

(41) シエーマンもヘップの見解と同様、これら二つの法源から両当事者が異なる時期に遅滞に陥る場合には最後の遅滞がそれをもたらした当事者の不利益に作用することを説いている。SCHOEMAN, a.a.O., S.309ff. 同旨、NEUSTETEL, a.a.O., S.222, Anm.2.

(42) HEPP, a.a.O., S.53.

(43) Carl Otto von MADAI, Die Lehre von der Mora, 1837, Halle, §70, S.508ff.

(44) Friedrich MOMMSEN, Die Lehre von der Mora, 1855, Braunschweig, §36, S.340ff. このような理解に反対するのがヴィントシャイトであった。彼によれば、ラベオーの箇所は「売主と買主が両者とも何の行為もしない場合、提供しない売主ではなく請求しない債務者が遅滞に陥ること以外何も述べようとはしていない」のであり、ポンポーニウ

スの箇所はラベオーの箇所の「内容に反対しているのではなく、その原理の一般的に過ぎる表現に反対している」ものと理解されるべきこととなる。Bernhard WINDSCHEID, Rezension, in Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd.3, 1856, S.278. 買主が受領義務に関して債務者であることから（a.a.O., S.269）、債権者たる買主が催告をして履行期限を定めるべきところ、それを怠ることにより買主は、受領義務に関して遅滞に陥るものと解されているものであろうか。

(45) Carl Friedrich Ferdinand SINTENIS, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd.3, 3 Aufl., 1868, Leipzig, §93, S. 224f.

(46) 近代立法において、履行遅滞の成立要件である債権者側の準備要件に関係する規定を有するのは、ザクセン民法典とドレスデン草案である。ザクセン民法典は七三七条に次のような規定を置く。

> 履行に権利者の協力が必要な場合、それに従った履行に必要な前提が存在するときにのみ債務者の遅滞が生じる。

また、ドレスデン草案二八五条は次のように定める。

> 履行に債権者の協力が必要か、又は債権者が双務契約において自身の反対給付の先履行後に、もしくは引き換えで反対給付を請求できる場合には、債権者が前者の場合には履行の前提となる行為を行わない限り、又後者の場合には反対給付を実行しないか、もしくは自身の責任基準に従った反対給付の準備を行わない限り、債務者は遅滞に陥らない。

(47) Karl-Heinz GURSKY, Schuldnerverzug trotz fehlender Annahmebereitschaft des Gläubigers? in Acp., Bd.173, 1973, S.450ff.

(48) ドイツ民法典の立法過程には、確かに、債権者の履行受取準備要件に関する議論は管見の及ぶ限り見出されない。ただ、部分草案の起草者であるフォン・キューベルは、債権者の協力を必要とする履行過程において債権者が協力をしない場合には債務者は催告や期限の到来のみで履行遅滞に陥らないことを自明のこととして、先述のザクセン民法典およびドレスデン草案の規定を採用しないことを述べている。さらに、遅滞の除去（purgatio morae）に関連し

て、「同時の遅滞は認められない」とも述べている。少なくともフォン・キューベルは、普通法の議論を踏まえつつ、あえてそれを重要ではないと判断して部分草案に採用しなかったのである。(Hrsg.) SCHUBERT, a.a.O., S.891 u. 922f.

(49) GURSKY, a.a.O., S.454f.

(50) この見解を支持するのは、Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14 Aufl., 1987, München, S.346; Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Herbert WIEDEMANN, BGB., 12 Aufl., 1990, Stuttgart/Berlin/Köln, § 284, Rz.31, S.1033; Walter ERMAN/Harm Peter WESTERMANN/Robert BATTES, Handkommentar zum BGB., 9 Aufl., 1994, Münster, §284, Rz.27, S.713; Reinhold THODE, Münchener Kommentar zum BGB., 3 Aufl., 1994, München, §284, Rz.36, S.954; Julius von STAUDINGER/Manfred LÖWISCH, Kommentar zum BGB., 13 Aufl., 1995, Berlin, §284, Rz.51, S.363; Christian HARTMANN, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen, 1997, Berlin, S.87ff.

(51) 本稿では、紙幅の関係から我が国の立法過程の詳細に立ち入る余裕がなかった。この点は、別稿に委ねることとする。

(52) 旧民法財産編三三六条の趣旨については、Gustave BOISSONADE, Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.2, 2ème éd., 1883, Tokio, nos 144 et 145, pp. 151 et 152.

(53) 法典調査会・民法議事速記録三（商事法務研究会・昭和五九年）六三九頁。梅博士は、付遅滞制度を「債務者偏愛主義」として批判され、執行官が関与する手続もとりわけ商業上煩瑣であるとして手続の緩和を提唱されている。梅謙次郎・民法原理（債権総論）（和仏法律学校・明治三五年）（信山社・平成四年復刻）二一七頁以下。

(54) 上述のような遅滞制度の排斥理由を明らかにする資料は、広中俊雄編・第九回帝国議会の民法審議（有斐閣・昭和六一年）一二二・一二三頁、広中俊雄編・民法修正案（前三編）の理由書（有斐閣・昭和六〇年）三四〇・三四一頁。

(55) この点について北川教授は、「遅滞制度は、民法典においては、本質的に異なる債務不履行の一種としての履行遅滞に転化するにいたった」と評されている。北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社・昭和四三年）三七

頁。

四　おわりに

履行遅滞も受領遅滞も発生しない場合があるのであろうか、これが本稿の問題意識であった。この点、遠田教授によれば、判例法理を前提に「債権者の予めの受領拒絶が明白なため債務者が口頭の提供をしない場合、債務者は履行遅滞にならないが、債権者も受領遅滞にならない」とされ[1]、債権者が受領遅滞になる場合と、債権者が受領遅滞ではないが口頭の提供が無意味であり不要とされる場合を峻別すべきことを主張されていた[2]。この見解は、私見によれば、債権者の受取準備ないし意思要件を履行遅滞の成立要件に含めることによって根拠づけることができる。遅滞制度の手続面における形式要件と実質要件を考慮することにより、まさに受領遅滞も履行遅滞も生じない「空白状態」を認めるべきこととなる。

ところで、我が国の判例と圧倒的多数の学説が、何故にこうした「空白状態」を正面から認めることに躊躇を示してきたのであろうか。この点について、四九二条に関する早川教授の次のような指摘が興味深い[3]。

四九二条についてその成立史と判例とを通観して痛感するのは、この条文の曖昧な性格である。極端な比喩を使えば、この条文は、民法の体系のなかにぴったりと収まって正確に機能し明確な役割を果たすような精密な部品ではなく、なんとなく現行民法典に付け加えられてなんとなく使われている（あるいは使われていない）盲腸のような存在であるとさえ言えるのではないかと思われる。もしも四九二条が存在しなくなったとしても、四九二条に関する判例とされている裁判例のほとんどは、少なくとも判決の結論については影響を受けないものと考えられ、また、判決の理由づけにつ

いても、「四九二条」に言及できなくなるという点を除いて、あまり影響を受けないのではないかと推測される。

冒頭で述べたように、我が国の従来の判例と学説は、受領遅滞と履行遅滞の区画基準として弁済の提供を理解してきたものといって良い。つまり、債務者が債務不履行責任を免れるためには弁済の提供が必要である反面、弁済の提供がなされれば受領遅滞が生じることとされてきたのである。しかし、この理解は誤りであり、提供はあくまで受領遅滞の要件であって履行遅滞の成立とは必ずしも関係するわけではない。提供がなくても各遅滞制度の要件が充足されない場合には、両遅滞とも発生しない。このことを両遅滞の手続要件の側面から再確認するのが本稿の目的であった。四九二条の債務不履行の免責という文言についての従来の安易な解釈が、弁済の提供を両遅滞制度の区画基準に位置づけたものと評しうる。結局、履行遅滞と受領遅滞の区画局面において、民法解釈論こそが四九二条を民法典の「盲腸」とし、ひいては「盲腸炎」を引き起こしてしまったといっても過言ではないのではないか。(4)

（1）遠田新一「判批」民商六二巻三号（昭和四五年）四四三頁。

（2）遠田新一「受領遅滞――その一」遠藤浩＝川井健＝西原道雄編・演習民法（債権）（青林書院新社・昭和四七年）七〇頁。

（3）早川眞一郎「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（有斐閣・平成一〇年）二五一・二五二頁。

（4）本稿はあくまで履行遅滞と受領遅滞の区画基準をめぐる一般的な理論を扱うものであり、冒頭に掲げた判例法理の評価そのものを扱うものではない。判例に現れた一連の賃貸契約をめぐる紛争についていかなる法的解決が妥当であるのか、この検討は別稿に譲ることとする。