

契約の履行過程における債権者の責任（4）

－合意を基礎におく責任と合意とは異なる原理に基づく負担

小 林 友 則

序章 問題の所在

第1章 民法の起草過程

第1節 旧民法における弁済の提供制度

第2節 現行民法 492 条の弁済の提供制度

第3節 民法 413 条の起草過程における債権者の責任

第4節 小括（以上、246 号）

第2章 債権者の責任をめぐる日本の学説の展開

第1節 民法 413 条の法的性質をめぐる議論

第2節 結論の妥当性を追求する議論の展開（以上、247 号）

第3節 受領遅滞を規律する統一的な法規範の構築を試みる議論

第4節 小括（以上 249 号）

第3章 履行の最終段階を規律するドイツ法上の制度

第1節 BGB の債権者遅滞制度

第1款 ローマ法上の *mora creditoris* をめぐる議論

1. Carl Otto von Madai の見解

2. Carl Wilhelm Wolff の見解

3. Friedrich Mommsen の見解

4. Josef Kohler の見解

5. Bernhard Windscheid の見解

6. まとめ（以上本号）

第2款 起草過程

第3款 BGB 施行後の議論

第4款 小括

第2節 BGBの引取義務制度
第4章 履行の中途段階を規律するドイツ法上の制度
第5章 結章

第3章 履行の最終段階を規律するドイツ法上の制度

第2章において明らかにしたように、日本法では債権者遅滞を規律する制度をどのように構築するかにつき、見解の対立が存在している。そこで、この第3章および次の第4章において、債権者遅滞を規律するドイツ法上の制度について、当該制度がどのような制度であるかを考察し、日本法の対立状況を解消するための示唆を獲得したい。

もっとも、債権者遅滞を規律するドイツ法上の制度については、すでに多くの紹介や考察がなされている¹⁾。しかし、これらの多くは、債権者遅滞をめぐる従来の日本法の議論が、債権者が受領義務を負うか否かという問題が中核を占める議論であったことを反映し、主に、ドイツ法の制度が債権者の受領義務を問題とした制度かという観点から行われた。このため、とりわけ次の2点についての考察が十分になされていなかったと考える²⁾。

第1に、債権者遅滞の場면을規律するドイツ法上の制度が、債権者遅滞の場面におけるどのような点に着目し、契約当事者のどのような関係を規律する制度なのか。この点、債権者遅滞という場面の中には、法的な評価の対象としうる点を多数見出すことができる。そうである以上、債権者遅滞を規律する制度が、債権者遅滞という場面のどのような点に

1) 体系書、注釈書レベルで詳細に紹介するものとして、たとえば、奥田昌道編『注釈民法(10)』(有斐閣、1987年)235頁以下(奥田昌道執筆)、同『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992年)220頁以下、前田達明『口述債権総論 第3版』(成文堂、1993年)291頁以下、奥田昌道編『新版注釈民法(10) I』(有斐閣、2003年)478頁以下(原注釈〔奥田昌道〕補訂〔潮見佳男〕)などがある。また、詳細な考察を行うものとして、田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学58号〔1989年〕5頁以下、奥富晃『受領遅滞論の再考と整序』(有斐閣、2009年)177頁以下がある。

2) その原因として、債権者遅滞をめぐる日本法の議論が、民法413条の制定を出発点としていることを指摘することができる。すなわち、債権者遅滞において債務者を保護すること、そして債権者が責任を負うことが、明文の定めにより明らかにされた上で、日本の議論は展開されたのである。

着目して規律を行うのかをより厳密に考える必要がある。また、債権者遅滞によって債務者が被る不利益は多種多様なものが存在している。このため、債権者遅滞の場面において債務者を保護するとしても、そのような多様な不利益も、これを規律する制度との関係では、法的に意味のある分類を考えていく必要がある。

この問題については、日本の民法 492 条と 413 条の関係をめぐる議論において、その一端が示されている。まず、制度の着目点に関して、民法 492 条は債権者遅滞の場面における「債務者が債務の履行につきなしうることをなした」という点に着目した制度であり、民法 413 条は債権者遅滞の場面における「債権者が債務者による弁済の提供を受領しなかった」という点に着目した制度であるという議論がある。また、制度が規律する関係に関して、債務者が自己の債務の履行がないこととの関係で負担する責任という民法 492 条が規律する債務者の不利益を、債権者遅滞によって債務者に生じる不利益という大雑把なくくりで民法 413 条の保護範囲に含めることには問題があるという議論がある。

第 2 に、債権者遅滞の場面を規律するドイツ法上の制度がいかなる責任原理に基づき、どのように効果を基礎づけるのかという点である。債権者が責任を負うとしても、それがどのように正当化されるのかを考えなければ債権者が負う責任の具体的な範囲を明らかにすることはできない。このため、いかなる責任原理で債権者への帰責が正当化されるのかを明らかにする必要がある。また、その正当化は、債権者の責任の内容を構成する個々の効果について行われなければならない。

そこで本稿では以上の点に着目してドイツ法の考察を行う。第 3 章では、まず、履行の最終段階における債権者遅滞を規律するドイツ法の制度について考察する。BGB が履行の最終段階における債権者遅滞を規律する制度としておいているのは、BGB293 条以下に定められている債権者遅滞制度³⁾ (第 1 節)、および、BGB433 条 2 項および 640 条に規定

3) 本稿では「債権者側の事情で債務の履行プロセスが障害された場合」を広く「債権者遅滞」と呼称している。他方、BGB293 条以下の制度は、「債権者側の事情で債務の履行プロセスが障害された場合」を広く規律対象としているが、このような場合を規律する唯一の制度ではない。このため、債権者遅滞制度という呼称は誤った認識を誘因する可能性がある。

しかしながら、BGB の項目名が「Gläubigerverzug」であること、また、日本における当該制度の既存の紹介において債権者遅滞制度という呼称が用いられ

されている引取義務制度（第2節）である。

第1節 BGBの債権者遅滞制度

まず、BGBの債権者遅滞制度について、BGBがどのような規定をおいているか概観しよう。

BGBは293条から299条でBGBの債権者遅滞制度の要件について規律しており、その最初の条文であるBGB293条⁴⁾が要件の原則を定めている。そこでは、要件として、債務者が債権者に給付を有効に提供すること、および債権者がこれを受領しないことのみが要求され、債権者の過失は問題とされていない。そして、債務者がどのように提供しなければならぬかについては、BGB294条⁵⁾および295条⁶⁾が規律しており、原則として現実の提供が必要であるとした上で（BGB294条）、債権者が事前に給付を受領しない旨を表明していた場合、または債権者が協力行為に着手しなければ債務者が給付を提供しえない場合には口頭の提供で足りるとされる（BGB295条）。さらに、BGB296条⁷⁾により、債権者の協力行為が暦に従って定められている場合にはそもそも提供が必要とされないとされ、BGB298条⁸⁾により、債務者が債権者の給付と引き換えに履行をする必要がある場合には、債権者に受領の意思があっても、自己の反対給付を提供しない場合には遅滞に陥ると定められている。こ

ていること（たとえば、奥田編『新版注釈民法（10）I』・前掲註（1）478頁）から、以後、「BGBの債権者遅滞制度」という呼称を用いて当該制度を示すこととする。

- 4) BGB293条 債権者は提供された給付を受領しない場合に遅滞に陥る。
- 5) BGB294条 給付は、債権者に対し、なすべき態様において、現実提供しなくてはならない。
- 6) BGB295条 債権者が給付を受領しない旨の意思表示を行った場合、または給付の実現に債権者の行為を必要とする場合、とりわけ債権者が給付目的物を取り立てなければならない場合には、債務者の言語上の提供で足りる。必要な行為を行うよう債権者に催告することが、給付の提供に相当する。
- 7) BGB296条 債権者が行うべき行為が暦に従って定められている場合、債権者が適時にその行為を行った場合にのみ、債務者は提供する必要がある。行為が一定の事情の発生を前提とし、かつその行為を行う時期がその事情の発生から暦に従った計算により定められている場合も同様である。
- 8) BGB298条 債務者が債権者の給付と引き換えにのみ給付する義務を負う場合には、債権者は提供された給付を受領する準備がある場合でも、請求された反対給付を提供しない場合には、遅滞に陥る。

のほか、BGB297 条⁹⁾ および BGB299 条¹⁰⁾ が、債権者が債権者遅滞に陥らない特別な場合について規律しており、債務者が給付を実現する能力がない場合 (BGB297 条)、および債権者が一時的にのみ給付の受領を妨げられているにすぎない場合 (BGB299 条) には、債権者は遅滞に陥らないとされている。

BGB の債権者遅滞制度の効果は BGB300 条から 304 条に定められている。まず、BGB300 条 1 項¹¹⁾ が、債権者遅滞の発生後は、債務者は故意と重過失についてのみ責任を負うことを定め、BGB300 条 2 項¹²⁾ が、種類債務の場合には物的危険および給付危険が債権者に移転する¹³⁾ ことを定めている。また、BGB301 条¹⁴⁾ において、債務者は利息支払義務を免れること、BGB302 条¹⁵⁾ において、債務者は果実收取義務を免れることが定められている。さらに、BGB303 条¹⁶⁾ が、不動産について、債務者は占有放棄によって債務から解放されうると定めている。そして最後に、BGB304 条¹⁷⁾ が、債務者は無駄に終わった給付の提供および目的物の保管・維持により生じた増加費用を債権者に請求しうるとしている。

このように、BGB の債権者遅滞制度は、要件として債権者の過失を

-
- 9) BGB297 条 債権者は債務者が提供の時期で、あるいは 296 条の場合において債権者の行為のために定められた時期において、給付を実現することができない場合には、債権者は遅滞に陥らない。
- 10) BGB299 条 給付の履行期が定められていない場合、あるいは債務者が定められた時期より前に給付をなす権利を有する場合、債権者が提供された給付を一時的に妨げられている場合には、債権者は遅滞に陥らない。ただし、債務者が相当な期間をもって事前に債権者に給付を通知した場合にはこの限りではない。
- 11) BGB300 条 1 項 債務者は債権者遅滞の間、故意または重過失についてのみ責任を負う。
- 12) BGB300 条 2 項 種類物債務の場合には、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点から、危険は債権者に移転する。
- 13) 種類物以外については、BGB326 条 2 項 (旧 324 条) において、債権者遅滞後における債務者の責に帰さない給付不能の場合につき、債務者は反対給付請求権を失わないことが定められている。
- 14) BGB301 条 利息付金銭債務において、債務者は債権者遅滞の間、利息を支払う必要はない。
- 15) BGB302 条 債務者が目的物の果実を引渡し、あるいは賠償しなければならない場合、その義務は債権者遅滞の間、現に収集した果実に限定される。
- 16) BGB303 条 債務者が不動産または登録済みの船舶の引渡し、あるいは造船の義務を負う場合、債務者は債権者遅滞の発生後、その占有を放棄しう。放棄は事前に債権者に通知しなければならない、これを行わない場合、放棄をしてはならない。
- 17) BGB304 条 債務者は債権者遅滞の場合において、無駄に終わった提供ないし給付目的物の保管や維持に要した費用の賠償を請求しうる。

要求しておらず、当該制度を債権者の受領義務違反を問題とした制度ではないと解する点で、学説にも異論はない¹⁸⁾。そして、日本民法 413 条と異なり、BGB の債権者遅滞制度の効果は明文で具体的に示されている。しかし、当該制度が、債権者遅滞の場面におけるどのような点に着目し、契約当事者のどのような関係を規律する制度なのか、また、いかなる責任原理に基づき、どのように効果を基礎づけるのかという点については、ドイツ法において必ずしも明確な理解が形成されているわけではない。

そこで、本稿では、BGB の債権者遅滞制度に関する次の 3 つの議論を考察することで BGB の債権者遅滞制度がどのような制度であるかの全体像を描き出したい。

第 1 に、ローマ法上の *mora creditoris* という制度をめぐる議論である。BGB が施行される以前、債権者遅滞の場면을規律していたのは、この *mora creditoris* という制度であった。そして、BGB の債権者遅滞制度は、この *mora creditoris* をめぐって 19 世紀に活発に展開されていた議論の影響を強く受けて起草されている。このため、BGB の債権者遅滞制度がどのような制度として起草されたのかを明らかにするためには、BGB の起草過程だけでなく、BGB 起草前に展開された *mora creditoris* をめぐる議論を考察する必要がある。

第 2 に、BGB の債権者遅滞制度の起草過程における議論である。BGB の債権者遅滞制度を起草するにあたっては、まず、議論の出発点として部分草案が作成され、この部分草案が第 1 委員会の審議にかけられた上で、第 1 草案が作成された。そして、この第 1 草案は第 2 委員会における若干の修正を経た上で、現行の BGB の債権者遅滞制度として施行されるに至っている¹⁹⁾。そこで、部分草案の段階から施行に至るまでに展開された起草過程の議論を考察することで、起草者が BGB の債権者遅滞制度をどのような制度として理解していたかを明らかにする。

第 3 に、BGB の施行後に BGB の債権者遅滞制度をめぐる展開され

18) Staudinger/Mandred Löwisch, BGB, 2009, Vor. § § 293-304 Rn. 13. など。

19) ドイツ民法典の編纂過程については、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999 年）19 頁以下参照。

た判例・学説の議論である。BGB の債権者遅滞制度を債権者の受領義務違反を問題とした制度ではないと理解する点につき、ほとんど争いは生じなかった。しかし、BGB の債権者遅滞制度によって債権者が置かれる地位を法的にどのように把握するかという点が問題となり、BGB の債権者遅滞制度そのものの理解にまで影響を及ぼすに至っている。このため、ドイツ法における BGB の債権者遅滞制度の全体像を把握するためには、BGB 施行後の議論も考察する必要がある。

第 1 款 ローマ法上の *mora creditoris* をめぐる議論²⁰⁾

ローマ法における *mora creditoris* について、19 世紀初頭にはじめてその全体像についての議論を展開したのが Carl Otto von Madai である。そこで以下では、まず Madai の見解から考察していくこととする。

1. Carl Otto von Madai の見解

(1) *mora creditoris* の意義および要件

Madai は *mora creditoris* を“債務から解放されることに対する債務者の権利が債権者の過失によって侵害された場合に、債権者が責任を負う制度”としてとらえた。Madai のこの制度理解を支えたのは、①ローマ法における“*mora*”とは当事者の過失によって引き起こされた債務の履行の遅延であるという考え、および、②債務者は債務の履行（債務からの解放）に利益を有し、かつ権利を有するという考えである。以下、それぞれがどのような考えであったのか具体的にみていこう。

(i) “*mora*”の本質

まず、①の点につき、Madai は、債務者の遅滞である *mora debitoris* と債権者の遅滞である *mora creditoris* を区別することなく、ローマ法における“*mora*”がどのような制度なのかを問題とした。とりわけ、債務の履行が遅延しただけで *mora* となるのか、それとも遅延を引き起こした者に過失がある場合にのみ、債務の履行の遅延が *mora* となるのかを

20) *mora creditoris* をめぐる議論については、すでに奥富教授により詳細な紹介と考察が行われている（奥富・前掲〔註 21〕178 頁以下）。また、田中教授も Mommsen と Kohler の見解について考察を行っている（田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学 58 号〔1989 年〕8 頁以下）。

問題とした²¹⁾。

この点につき、Madai は、ローマ法においてこの点は明確にされていなかったとした上で²²⁾、ローマ法の解釈からは、債務の履行の遅延がすべて mora と考えられていたと解することはできないとし、当事者の過失により引き起こされた遅延のみが mora とされていたと主張する。すなわち、Madai は、ローマ法では、mora が問題となる際には、遅延の理由が顧慮されていたと解釈した上で、給付の遅延がすべて mora であるならば、遅延の理由を顧慮できないとする²³⁾。また、Madai は、ローマ法では、義務の不履行に際して債務者や債権者の過失がない場合には、mora に結び付けられた不利益は生じないとされていたと解し、ローマ法では mora と過失の概念が結び付けて考えられていたと主張する²⁴⁾。

ローマ法上の mora をこのように定義した上で、Madai は、債務者の過失によって引き起こされた mora が mora debitoris であり、債権者の過失によって引き起こされた mora が mora creditoris であるとして、mora debitoris と mora creditoris を mora というひとつの制度の下に位置づける。
(ii) 債務者の権利

次に、②の点につき、Madai は、債権者と同様に、債務者も債務が履行されることに対して利益を有しているとする²⁵⁾。すなわち、債務者は、債務によって自由を制限され、一定の給付をなすことに義務づけられる限りにおいて、債権者の権利に服することになる。そのため、債務者は、債務を履行することにより債務関係を終了させ、以前の自由を取り戻すことに利益を有するというのである。しかも、Madai は、その利益の実現は債務者の権利であるとしている。

その上で、Madai は、mora debitoris が債務者の過失によって給付の履行に対する債権者の利益が侵害された場合であるのに対し、mora creditoris は債権者の過失によって債務の履行に対する債務者の利益が侵害された場合であるとして、両者を対称的にとらえるのである。

21) Carl Otto von Madai, Die Lehre von der Mora, 1837, S.6ff.

22) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.6.

23) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.12.

24) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.12f.

25) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.227f.

(iii) mora creditoris の要件

債務から解放されることに対する債務者の利益は、債務者に債務の履行の準備ができていにもかかわらず、債権者が履行の遅延を引き起こす場合に、とりわけ侵害されることになる。もっとも、Madai は、mora creditoris が生じるのは、債務から解放されるという債務者の利益が侵害された場合のうちでも、債務の履行の遅延についての過失が債権者のみ存在する場合に限られるとする²⁶⁾。このため、Madai は mora creditoris の要件として次の 2 点を要求する。

第 1 に、債務者が債務の本旨に従って、債務の履行のために必要なすべてのことを行うこと、すなわち、債務者が弁済の提供を行うことである²⁷⁾。なぜなら、mora creditoris が生じるためには債務者に債務不履行についての過失がないことが必要であるが、債務者は債務の履行に義務付けられているため、債務者に債務不履行についての過失がまったくないといえるのは、債務者が債務の本旨に従って弁済の提供を行った場合に限られるからである。

第 2 に、債権者が、債務の本旨に従って行われた債務者による弁済の提供を、正当な理由なく拒絶することである²⁸⁾。なぜなら、mora creditoris が生じるためには債権者に債務不履行についての過失があることが必要であるが、債権者が受領しないことにつき正当な理由を有する場合²⁹⁾には、債務不履行についての過失が債権者に存在するとはいえないからである。

このように、Madai は、mora creditoris の要件を“履行の遅延についての過失”という観点を中心として構築する。

(2) mora creditoris の効果

Madai は、mora creditoris が生じた場合の債権者と債務者の関係につき、

26) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.228f.

27) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.230f.

28) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.230, 258ff.

29) Madai は、受領拒絶についての債権者の正当理由として認められるものにつき、mora debitoris に関して債務者の免責事由として認められたもののうち、債務者側の特殊性に基づくものを除いたものであると言及するにとどまる (Madai, a.a.O. (Fn.21), S.259.)。

次のように考える³⁰⁾。すなわち、給付すべきものが債務者のもとにある限り、債務者の履行意思に関わりなく、債務関係は存続し、債務者の債務は消滅しない。このため、債務者が債務から免れるためには供託を行わなければならない。ただし、*mora creditoris*が生じた場合には、債務関係が存続するとしても、債務者は様々な義務から解放され、その反面として、債権者は債務関係において認められていた様々な利益を失い、主たる給付に対する請求権だけが残る。

他方、*Madai* は、*mora creditoris*の効果は、債権者に様々な権利の喪失という不利益が生じるのみであるとし、*mora creditoris*により債務者に生じた損害の賠償は問題とならないとする³¹⁾。なぜなら、債権者は提供された給付を受領する義務を負うのみであるため、債権者は *mora creditoris*により債務者に固有の損害を加えることはないからだとする。

もっとも、*Madai* は、ローマ法には *mora*の効果に関する体系的な整理は存在していなかったとし、自身も、*mora creditoris*の効果と *mora creditoris*における債権者の責任原理との関係について論じることなく、*mora creditoris*の場合にローマ法で問題とされていた個々の効果を個別に列挙するにとどまる。

Madai が問題とするのは、第1に、債権者へ危険が移転するという効果である。この点、*Madai* も、*mora creditoris*が生じた結果として債権者が危険を負担することになり、*mora creditoris*が生じた後に債務の目的物が滅失すれば債務者は債務から解放されることを認める。もっとも、*Madai* は、債権者へ危険が移転するのは、*mora creditoris*によって債務者の負う債務が目的物の滅失により消滅する性質 (*perpetua*) の債務に変化したためであると解する。そのため、*mora creditoris*が終了しただけでは、債権者は危険の負担を免れることはできないのであり、債務者の遅滞である *mora debitoris*を生じさせ、債務に目的物の滅失により消滅する性質を再び付与することで、はじめて、債権者は危険の負担から免れるとする³²⁾。

第2に、*Madai* は、*mora creditoris*が生じた以降、軽過失に対して責

30) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.449f.

31) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.450f.

32) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.452ff.

任を負わなければならないという債務者の義務は消滅し、債務者は故意・重過失についてのみ責任を負うことになるとする³³⁾。なぜなら、確かに *mora creditoris* が生じた場合にも債務は存続するが、この債務の存続は債務者の意思に反して引き起こされたものであるから、それまでの債務に存在していた厳格かつ広範な拘束は緩和されることになるからだとする。しかも、*Madai* は、債務者が自身の故意・重過失により目的物を滅失させた場合においても、*mora creditoris* から訴訟までの間に目的物の価値が変化した場合には、最も低い価値を賠償すればよいとする。

第３に、*Madai* は、債務者が債務の履行の遅延によって生じる効果を免れるという効果、たとえば、債務者が違約金や遅延利息の支払いを免れるといった効果、そして、同時履行の抗弁を提出されないという効果を問題とする³⁴⁾。しかし、*Madai* は、*mora creditoris* が生じた場合にこれらの効果が生じることは認める一方、これらはいずれも *mora creditoris* の効果ではなく、債務者による弁済の提供の効果であるとする。すなわち、債務者が違約金や遅延利息の支払いを免れるのは、債務者が提供を行ったことにより債務不履行の責任を負わないからであり、また、同時履行の抗弁権は、自己の債務を履行ないし履行の準備を表明することなく相手方に契約の履行を求める場合にのみ提出されるものであるから、債務者が提供を行ったからこそ、債権者は同時履行の抗弁権を提出することができなくなるのであるとする。

第４に、*Madai* は、約定利息が発生しなくなるという効果、および債権者が質物を利用する権利を喪失するという効果を問題とする³⁵⁾。その上で、*Madai* は、これらの効果も *mora creditoris* によっては生じず、債務者による供託によってはじめて生じる効果であるとする。すなわち、*Madai* は、約定利息は債務が消滅するまで継続すると解し、供託によってはじめて発生しなくなるとし、また、約定利息の対応物とみなされる債権者の質物利用権も、同様に供託によってはじめて失われるとする。

最後に、*Madai* は、*mora creditoris* が生じた場合に債務者が給付目的

33) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.458f.

34) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.462ff.

35) *Madai*, a.a.O. (Fn.21), S.463.

物を放棄する権利を取得するかを問題とする³⁶⁾。この点、Madai は、債務者に給付目的物の放棄が認められるか否かは、債務者が債務から解放されるか否かの問題であるとし、債務者は mora creditoris の発生によっても債務から解放されないものであるから、債務者には原則として給付目的物を放棄する権利は認められないとする³⁷⁾。

このように、Madai は、mora creditoris の効果、弁済の提供の効果、そして供託の効果を区別し、mora creditoris の効果としては、①債権者に危険が移転すること、および②軽過失に対する債務者の責任が免責されること、の2点のみを認める。

2. Carl Wilhelm Wolff の見解

Madai は、ローマ法における mora creditoris という制度の全体像を明らかにすることに重点を置き、理論面における考察はほとんど行っていなかった。これに対し、mora creditoris における債権者の責任について、Madai と同様に債権者の過失を要件とする責任であるという理解をとった上で、Madai の見解をさらに精緻化したのが Carl Wilhelm Wolff である。Wolff は、mora creditoris における債権者への帰責の構造を理論的に説明する議論を展開する。

(1) mora creditoris の意義および要件

(i) mora の本質

Wolff も Madai と同様、mora debitoris と mora creditoris を区別することなく、まず、ローマ法における“mora”とはどのような制度なのかを問題にする³⁸⁾。しかし、Wolff は、Madai のように mora の意義を二者択一的に考えること、すなわち、mora が、当事者の過失によって引き起こされた債務の履行の遅延のみを問題とする制度なのか、それとも当事者の過失に基づかない債務の履行の遅延をも規律する制度なのかを問題

36) Madai, a.a.O. (Fn.21), S.466ff.

37) ただし、Madai は、ローマ法でワインの売買契約において、ワインの売主にワインを路上に放棄する権利が認められていることを考慮して、ワインの売却に限って、mora creditoris が生じた場合に債務者に給付目的物を放棄する権利を認める (Madai, a.a.O. (Fn.21), S.470f.)。

38) Carl Wilhelm Wolff, Die Lehre von der Mora, 1841, S.1ff.

とすることに異を唱える。そして、ローマ法には、*mora* が、客観的な履行の遅延ということ自体を指す用語として用いられる場合と、義務を負う者の過失によって債務が実現されないことを指す用語として用いられる場合とが存在していたとし³⁹⁾、*mora* には２つの種類、すなわち、債務が履行されない場合を当事者の過失を問題とすることなく規律する制度（客観的 *mora*）と、義務を負う者の過失によって債務が実現されない場合を規律する制度（主観的 *mora*）があると主張する。

もっとも、Wolff は、ローマ法において主観的 *mora* と客観的 *mora* が用語上区別されていなかったことを認め⁴⁰⁾、客観的 *mora* および主観的 *mora* がどのような制度であるかを、ローマ法から直接導き出すのではなく、それぞれの制度にどのような法律効果を認めるべきかという観点から検討する。この点、Wolff が両制度の意義を考えるにあたって基礎に置いたのは、“債務関係の当事者は過失について責任を負う”という原則であった⁴¹⁾。このため、当事者の責任を問題にする *mora* は、当事者の過失を問題にする主観的 *mora* のみであるとし、当事者の過失を問題としない客観的 *mora*⁴²⁾ との関係では、債務の履行請求が可能となる点にのみ着目し、当事者の責任を問題とする法律効果を認めない^{43) 44)}。

mora の本質に関する以上の考え方を基礎として、Wolff は、債務者の

39) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.5f.

40) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.7.

41) Wolff はこの原則をローマ法から導き出している。もっとも、ローマ法において、当該原則は *mora* と明確な形で結び付けられてはいなかった。しかし、Wolff も Madai と同様、ローマ法の解釈を通じて、ローマ法においても当該原則は *mora* と結び付けて考えられていたとの結論を導き出し、*mora* がどのような制度であるかを考えるにあたっての基盤に置いたのである (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.255ff.)。

42) 客観的 *mora* が生じる場面として Wolff が想定したのは、債務の履行期は到来したが債権者からの催告ないし債務者からの弁済の提供がない場合であった。すなわち、Wolff は、債権者は履行期において催告をする義務はなく、債務者も債権者からの催告がないかぎり弁済を提供する義務はないので、債務の履行期が到来したとしても債権者や債務者の過失は問題としないとした上で、その場合でも履行の遅延が存在し、一定の法律効果が結び付けられるのであり、それが客観的 *mora* であるとしたのである。ただし、Wolff は、当事者に過失がある場合、すなわち主観的 *mora* が生じる場合にも、これと並んで客観的 *mora* が生じるとしており、両者を排他的な関係としてとらえているわけではない (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.11ff.)。

43) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.17ff.

44) Wolff は、客観的 *mora* の効果のうち債権者側を問題とするものとして、履行請求権の消滅時効の進行を挙げるにとどまる (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.213f.)。

責任を問題とする *mora debitoris* と同様、債権者の責任を問題とする *mora creditoris* も主観的 *mora* として位置付け、*mora creditoris* を債権者が自己の過失に基づいて責任を負う制度であるとする。また、Wolff は、債権者が債務者に債務の履行を要求する権利を有するのと同様に、債務者も債権者に対して債務の目的物を受領して債務関係から解放することを求める権利を有するとした上で、債権者がこの債務者の権利を侵害することが、免責事由のない限り債権者の過失となり、*mora creditoris* を基礎づけるとする⁴⁵⁾。

このように、Wolff の見解は、*mora creditoris* を債権者の過失を問題とする制度であると解する点、および、債務者は債権者に対して債務の目的物の受領を求める権利を有すると解し、その権利侵害が *mora creditoris* の基礎に置かれるとする点では、Madai の見解と共通している。しかし、Madai は *mora* を当事者の過失に基づく債務の履行の遅延であると解する点から債権者が *mora creditoris* において責任を負う要件として過失を要求していたにすぎなかったのに対し、Wolff は *mora creditoris* において債権者が負う責任は自己の過失に基づく責任であるとして、債権者の過失が責任の根拠となっていることを明確にする。

(ii) *mora creditoris* の要件

mora creditoris の要件として、Wolff は、ローマ法の解釈を基礎として、債務者が債務の本旨に従った弁済の提供を行うこと、および、それを債権者が受領せず、かつ受領しないことに免責事由⁴⁶⁾ が認められないことを挙げる⁴⁷⁾。

もっとも、Wolff は、*mora creditoris* が基礎づけられる場合はこの要件が満たされる場合に限られないとする。すなわち、債権者が受領しないという意味を積極的に表明した場合にも、それが正当な理由に基づくものでない限り、*mora creditoris* が生じることを認める。そして、この場合には *mora creditoris* の要件として債権者の受領拒絶の意思表示のみで

45) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.406.

46) Wolff は免責事由が認められる場合として、債務者の弁済の提供が債務の本旨に従っていない場合のほか、債権者が病によって受領できない場合のように、債権者が偶然の事情により受領を行うことを妨げられた場合を挙げる (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.433ff.)。

47) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.406f.

足り、債務者による弁済の提供は必要ないとする⁴⁸⁾。この点につき、Wolffは、債権者の受領拒絶の意思表示がある場合に債務者の弁済の提供を不要とするローマ法上の根拠は存在しないことを認めた上で、①債権者の積極的な受領拒絶の意思表示がある場合には、債務の履行が実現されないことの帰責性を債権者に認めることができること、そして②債権者の受領拒絶の意思表示のみを要件として *mora creditoris* を認める必要性が実務上存在すること⁴⁹⁾の2点を根拠として、この場合にも *mora creditoris* が生じると主張する。

このように、Wolffは、*mora creditoris* の要件を、債務の履行が実現されないこと、すなわち債務者の権利が侵害されたことについての債権者の過失を中心として構成する。その結果、*mora creditoris* の要件の構築をローマ法に依存して債務者に過失がないことをも要求していた Madai より広い範囲において、Wolffは *mora creditoris* が生じることを認める。

(2) *mora creditoris* の効果

(i) 基本原理

mora creditoris の効果について、Madaiはローマ法で問題とされていた効果を個別に列挙するにとどまっていたのに対し、Wolffは1つの原理を基礎において統一的に説明しようとする。その原理とは、“*mora creditoris* につき過失のある債権者は、自己の過失、すなわち *mora creditoris* に関係する債務者のすべての利益について責任を負わなければならない”というものである⁵⁰⁾。そして、Wolffは、この原理を基礎として、債権者は *mora creditoris* によって債務者がなんら不利益を被らないようにしなければならないという考え方、および債権者は相手方が *mora creditoris* によって妨げられた獲得しうべき利益を実現しなければならないという考え方を媒介に、*mora creditoris* の効果のすべてを説明する。

このように、Wolffは、過失責任に関する原理によって、*mora credito-*

48) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.407ff.

49) Wolffは、債権者の受領拒絶の意思表示のみを要件として *mora creditoris* を認める実務上の必要性につき、債権者が受領しないとの意思を表明する場合の方が、債務者が提供した目的物を債権者が受領しない場合よりも、實際上多く存在し、また、その証明が容易であることを主張する (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.407f.)。

50) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.443, 484.

risにおける債権者の責任の根拠と mora creditoris の効果、すなわち債権者の責任内容との関係を明らかにするとともに、mora creditoris における債権者の責任が及ぶ範囲を示すのである。

他方で、Wolff は、mora creditoris の効果を考えるにあたっては、次の点を考慮しなければならないとする⁵¹⁾。第1に、mora creditoris の場合でも、債務者は故意・重過失で債務の目的物に影響を与えることは許されないという点。第2に、債権者を害する意図で債務から解放される権利を行使してはならないという点。第3に、債務者は債権者の被る損害が最小限になるよう対処しなければならないという点である。すなわち、Wolff は、mora creditoris における債権者の責任の範囲は、mora creditoris の場面で債務者に要求される配慮により限界づけられるとするのである。

(ii) 具体的な効果

mora creditoris の具体的な効果について、Wolff は、まず、mora creditoris が生じた後は、債務者は給付目的物の危険を負担しないことを挙げる⁵²⁾。したがって、給付目的物が滅失した場合には、債務者は債務から解放されることになる⁵³⁾。もっとも、債務者は故意・重過失で債務の目的物に影響を与えることは許されないので、給付目的物の滅失・毀損について故意および重過失がある場合には、責任を負う。ただし、債務者は軽過失については責任を免れ⁵⁴⁾、また債務者に目的物の滅失・毀損につき故意・重過失があり価値賠償をしなければならない場合でも、mora creditoris 以降に価値の変動があった場合には、債務者は最も少ない価値を賠償すればよいとする⁵⁵⁾。

また、Wolff は、mora creditoris の効果として、債務者は mora credito-

51) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.488f.

52) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.485ff.

53) もっとも、Wolff は、種類物の滅失・毀損については、原則として目的物が滅失しても債務者は債務から解放されないとする。ただし、債務者が給付目的物を全体の中から選別した場合には、目的物の滅失によっても債務者が債務から解放されないとすると債務者は mora creditoris によって不利益を被ることになり、mora creditoris によって相手方がなんら不利益を被らないようにしなければならないという原則に反するとして、債務者を債務から解放して保護すべきとする (Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.486.)。

54) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.487.

55) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.495ff.

risにより被った損害および支払った費用の賠償を債権者に請求できるとする⁵⁶⁾。

もっとも、債務者が目的物から解放される権利、すなわち、給付目的物を売却あるいは放棄すること、および、訴えにより給付目的物の引取を債権者に求めることについては、*mora creditoris*の効果を導く基本原理との関係で認められる場合は限定されとする。この点、Wolffは、場合を分けて次のように説明する⁵⁷⁾。すなわち、目的物の保管につき債務者に費用やその他の損害が生じない場合には、債務者は給付目的物を売却あるいは放棄することは許されない。なぜなら、この場合に債務者が売却や放棄を行うのは、債権者を害する意図であると考えられるので、そのような害意ある行為は許されないからである。また、この場合には、給付目的物の引取訴権も認められない。なぜなら、権利者は自己の権利を放棄することは許されても、その行使を強制されることはないからである。他方、目的物の保管に費用やその他の損害が生じる場合には、債務者は給付目的物を売却することが許される。確かに、この場合でも、債務者は支出した費用や損害の賠償を債権者に請求できるが、債務者は費用の支出義務を負っているわけではないので、債務者に給付目的物の保管およびそれに伴う費用の支出を要求することはできないからである。もっとも、この場合でも、給付目的物を売却することができるのであれば、債務者が給付目的物を放棄することは許されない。なぜなら、売却ができる場合に、給付目的物を放棄することは債権者を害する意図で行われるからである。ただし、給付目的物を売却することができない場合には、債務者が債権者を害する意図で放棄を行うとは考えられないので、債務者に放棄が許される。そして、給付目的物を売却することもできず、また放棄も困難である場合にのみ、訴えにより給付目的物の引取を債権者に求めることが許される。この場合には、訴えにより給付目的物の引取を債権者に求める利益が債務者に存在することを否定できないからである。

他方、Wolffは、債務者が債務の履行がないことの責任を負わされないこと、具体的には遅延利息や約定の違約金の支払いを免れることを、

56) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.487f.

57) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.489ff.

債務者が弁済の提供を行ったことにより債務の履行遅延に過失がないとして *mora debitoris* の発生が否定されることの間接的な効果として位置付け、*mora creditoris* の効果として想定しない。また、約定利息の支払いを免れるという効果についても、*mora creditoris* の効果としては認められず、債務者が供託をしてはじめて生じるとする⁵⁸⁾。

3. Friedrich Mommsen の見解

Madai や Wolff を批判し、*mora creditoris* は債権者の過失を問題とする制度ではないと主張して、*mora creditoris* における債権者の責任を過失とは異なる原理で基礎づけることを試みたのが Friedrich Mommsen である。

(1) *mora creditoris* の意義および要件

(i) *mora creditoris* の本質

Mommsen が *mora creditoris* を債権者の過失を問題とする制度ではないと解するための基盤としたのは、債務者は債権者に対して債務の目的物の受領を求める権利を一般的には有していないという考えであった。この点、Mommsen は、債務者の権利を債権者の側から捉えた上で、次のように主張する⁵⁹⁾。すなわち、債権者は、債務者が債務との関係で履行に義務づけられるのと異なり、債務との関係で受領に義務づけられることはない⁶⁰⁾。むしろ、債権者が債務関係から与えられた支配権を行使するか否かは債権者の自由である。

その上で、Mommsen は、*mora creditoris* が債権者の過失を問題とする制度ではないことを次のように説明する⁶¹⁾。債務者が債権者に対して受領を求める権利を有していない以上、債権者が受領を拒絶したとしても債務者の

58) Wolff, a.a.O. (Fn.38), S.493ff.

59) Friedrich Mommsen, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, 1855, S.134.

60) もっとも、Mommsen は、契約当事者が契約に基づいて受領義務を負う場合があることは認める。すなわち、Mommsen は、ローマ法において、石材の売買契約の売主に、買主に対する目的物の引取訴訟権が認められていた点に言及した上で、当該個所で問題とされている契約においては、売主は代金獲得の利益だけでなく自己の土地から石材を除去するという利益をも売買契約によって取得しているため、買主は契約に基づき目的物の引取義務を負うとする (Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.134 Fn.3)。

61) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.3, 134.

権利は害されないのであるから、*mora creditoris* は権利侵害を問題とした制度ではない。そして、当事者の過失が問題となるのは、権利侵害の場合に限られるのであるから、*mora creditoris* において債権者の過失は問題とならない。

他方で、Mommsen は、*mora debitoris* は債務者の過失を問題とした制度であると解する。なぜなら、*mora debitoris* は、*mora creditoris* と異なり、権利侵害を問題とした制度だからである⁶²⁾。すなわち、債権者は、債務との関係で、債務者に対して履行を求める権利を有しており、*mora debitoris* は債権者の履行に対する権利を債務者が侵害した場合を規律する制度であるとする。

このため、Mommsen は、*mora debitoris* と *mora creditoris* は権利侵害に関する制度であるか否かという点で本質的に異なる制度であるとして、Madai や Wolff と異なり、両制度を明確に区別する⁶³⁾。そして、*mora debitoris* と *mora creditoris* はともに債務の遅延に関する制度であるとした上で、*mora debitoris* は債務の遅延が債務者の過失によって引き起こされた場合を規律する制度であるのに対し、*mora creditoris* は債務の遅延の原因が債権者にのみ存在する場合を規律する制度であるとする。

(ii) *mora creditoris* の要件

Mommsen は、*mora creditoris* が生じるためには債務の遅延の原因が債権者にのみ存在する場合でなければならないと解した上で、債務の遅延の原因が債権者にのみ存在するというためには、債務者が債務の本旨に従って弁済の提供を行わなければならないと主張する⁶⁴⁾。しかも、Mommsen は、Wolff と異なり、債権者が債務者に受領を行わないことを積極的に示した場合においても、債務者が履行の準備をし、履行の意思を債権者に伝えない限り、債務の遅延の原因が債権者にのみ存在するということはできないとして、債務者が弁済の提供を行わなければ *mora creditoris* は生じないとする⁶⁵⁾。そして、債権者が債務者による弁済の提供を

62) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.13ff.

63) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.3.

64) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.133f.

65) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.176ff.

ただし、Mommsen は、債権者が債務者に対して受領拒絶の意思表示を行った場合には、それ以降、債務者が債務の履行に取り組まない場合でも、債務者に過失を認定することはできないので、*mora debitoris* は生じなくなるとする。

受領した場合には、債務の履行は実現し、債務の遅延は生じないため、*mora creditoris* の要件として、当然に、債権者の側で提供された給付を受領しないことが求められるとする。

また、Mommsen は、*mora creditoris* の要件として債権者が受領を行わないことについて過失があることは必要ないとする一方で、債務者の過失を問題とする *mora debitoris* と同様、*mora creditoris* においても、債権者に関する主観的な要素は問題とされなければならないと主張する。このため、Mommsen は、提供された給付目的物を債権者が受領しないことが債権者の意思に基づくことを、*mora creditoris* の要件として要求する⁶⁶⁾。したがって、債権者が偶然の事情で給付の受領を妨げられた場合や、債権者が給付目的物を受領するにあたって事前の準備が必要な場合には、債権者が受領を行わなかったとしても、*mora creditoris* は生じないとする⁶⁷⁾。

mora creditoris の要件として債権者の意思を要求する点につき、Mommsen は、*mora creditoris* の要件として給付目的物を受領しないことが債権者の意思に基づくことを要求するローマ法上の明確な表現は存在しないことを認めた上で、ローマ法において *mora creditoris* につき扱った箇所が多くでは、*mora creditoris* が債権者の意思に基づくことを推測させる表現が用いられていることを根拠として挙げる。また、Mommsen は、*mora creditoris* が債権者の意思に基づくことを要求しなければ、*mora creditoris* の効果の一部について説明することができなくなると主張する⁶⁸⁾。

(2) *mora creditoris* の効果

Mommsen は、*mora creditoris* の効果には方向性を異にする 3 つのカテゴリが存在するとして、*mora creditoris* の効果を 1 つの原則で統一的に説明することはできないとする⁶⁹⁾。このため、Mommsen は、*mora creditoris* の効果について、類型別に考察を行うにとどまる。

66) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.135.

67) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.161.

68) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.161f.

69) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.284.

（i）債務者の負担する債務の軽減

Mommsen は、まず、*mora creditoris* により債務者の負担する債務を軽減する効果が生じるとし、この効果を次のように正当化する⁷⁰⁾。すなわち、債権者が受領を拒絶したとしても、給付を債務者のために放棄したわけではなく、また債務者の債務を免除したわけでもない。このため、債務者は *mora creditoris* によって債務から完全に解放されない。しかし、債権者の側で受領を拒絶したにもかかわらず債務者が従前のように義務を負うとすることは、著しく不当である。また、受領を拒絶した債権者が債務者に従前のように義務を負うことを求めるのは、自己の態度と矛盾する。

Mommsen は、債務者の負担する債務を軽減する効果として、具体的には次の効果が認められるとする⁷¹⁾。まず、債務者は、本来の債務関係を度外視してでも、誰もが責任を負わなければならない場合、すなわち故意・重過失についてのみ責任を負うことになる。また、債務者は、債権者の利益のために積極的な行為をする義務を免れる。その結果、債務者は果実の収取義務を免れ、実際に収取した果実のみ返還すればよく、収集を怠った果実について賠償する必要はなくなる。もっとも、Mommsen は、債務者は主たる給付義務を完全に免れるわけではないので、主たる給付義務と密接に結びついている約定利息については、支払い義務を免れないとする。

他方、Mommsen は遅延利息の支払い義務や違約金の支払義務といった、履行が行われない場合に生じる不利益は、確かに *mora creditoris* が生じた場合には終了するが、これらの効果は債権者の意思に基づかない受領不能の場合などにも生じるのであるから、*mora creditoris* の効果とする必要はないとする。

（ii）債権者の損害賠償義務

次に、Mommsen は、*mora creditoris* の効果として、債権者は、債権者が提供された給付を受領していたならば債務者が有していたはずの利益を債務者に賠償する義務を負うことになるとする⁷²⁾。もっとも、Mom-

70) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.284f.

71) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.286ff.

72) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.296.

msen は、この効果を正当化するにあたって、*mora creditoris* はあらゆる面で債務者に損害を与えてはならないということがローマ法上の原則であったと指摘するにとどまる⁷³⁾。

債務者に生じる損害との関係で Mommsen が問題とするのは、①債務の目的物の保管のために生じた費用の償還、および②債権者への危険の移転である。もっとも、Mommsen は、*mora creditoris* の効果との関係で問題としうる債務者の損害は、これらに限定されるわけではないとする。すなわち、債権者の賠償義務との関係で問題となる債務者の利益は個々の事案で非常に異なるのであり、①と②は頻繁に問題とされているものを取り上げたにすぎないとする。

その上で Mommsen は、①債務の目的物の保管などのために生じた費用の償還について、債務者は債権者の利益のために積極的な行為をする義務を負わないが、これを行った場合には、債務者が費やした費用を債権者に償還させるのが妥当であるとする。また、②債権者への危険の移転については、債権者が受領していたならば債務者は債務から解放され、提供した目的物を失うこともなかったのであるから、目的物の滅失の危険は債権者が負うべきであるとする。

他方、Mommsen は、債権者が提供された給付を受領していたならば債務者が有していたはずの利益として、反対給付を請求する利益も問題になりうることを認めるが、双務契約などで反対給付の請求が認められるためには、*mora creditoris* が生じなくとも、弁済の提供がなされれば足りるとする。

(iii) 債務からの解放

最後に、Mommsen は、*mora creditoris* の場合には、履行に対する債権者の協力を要することなく債務者が債務から解放されるための手段が、債務者に与えられるとする。その理由として Mommsen は、債務者が債務に拘束されないことにつき利益を有しているからだとする。すなわち、*mora creditoris* によっても債務者は完全に債務から解放されるわけではない。確かに *mora creditoris* により債務は軽減される。しかし、債務者は依然として故意・重過失については責任を負い、また目的物の保管に

73) Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.296ff.

は経費がかかり、約定利息も免れるわけではない。したがって、債務者は債務に拘束されないことにつきなお利益を有するといえるため、債務者には債務から解放されるための手段が与えられなければならない。

Mommsen は、債務者が債務から解放されるための手段として、目的物の供託および放棄を挙げる。もっとも、Mommsen は、供託が利用できる場合は事実上限られているとして、債務者が債務から解放されるための手段として目的物の放棄が重要であることを認める一方で、目的物の放棄により債権者が被る不利益を考慮して、目的物の放棄が認められる場合を限定的に解する。すなわち、目的物の保管が債務者に費用や不便をかけず、その他の損害もない場合、および容易に目的物を売却できる場合には、債務者は目的物を放棄することは許されず、またそうでない場合でも、債務者は目的物を放棄する前に、債権者に事前に十分な期間を定めて警告しなければならないとする。

4. Josef Kohler の見解

mora creditoris について、Mommsen は、Madai や Wolff と異なる制度理解を示す一方で、*mora creditoris* における債権者の責任負担の構造を明確に示すには至っていなかった。これに対し、*mora creditoris* について、Mommsen と同様、債権者の過失に基づく責任を問題とした制度ではないと解した上で、当該制度における債権者の責任負担の構造を理論的に構築したのが Josef Kohler である。

（１）*mora creditoris* の意義および要件

（い）債権者の受領義務の否定

Kohler も、*mora creditoris* を債権者の過失に基づく責任を問題とする制度ではないと解するにあたって、Mommsen と同様、債務者は債権者に対して債務の目的物の受領を求める権利を有しているわけではないとする考えを基盤に置く。ただし、Mommsen は債務者の権利を否定するにあたって、“債権者は債務との関係で受領に義務付けられているわけではない”という考えを示すにとどまったのに対し、Kohler は債権者が受領に義務づけられていないという点に理論的な説明を加える。

すなわち、Kohler は、債権者が受領義務を負わないことを次のように

説明する⁷⁴⁾。受領することは債権者の権利であって義務ではない。受領をすることは財産を利用することであり、観衆の前で路上に金銭を投げてよいと同様、債権者は債務者が提供した弁済を拒んでよい。また、自分の持家に住むことを義務付けられないのと同様に、賃貸借契約を締結した賃借人は賃貸した住宅に住む義務を負わない。確かに、債権者はほとんどの場合に自己の固有の利益を考慮して債権を行使するのであり、債務者はある程度までその可能性を期待してもよい。しかし、債権者が債権を行使することに対して債務者が権利を有しているわけではなく、債権者に強制することも許されない。債権者に受領を強制することは、債権者が自己の財産を有効に利用するように配慮するための後見人としての地位を債務者に認めるようなものである。債権者が何らかの理由で債権を行使しなかったとしても、それは債権者の問題であり、債権者の損害である。

もっとも、債務者が債務の履行を完了させて債務から解放されることに利益を有しているという Madai や Wolff が主張した点について、Kohler も否定はしない。それどころか、Kohler は、債務者には債務から解放されるという利益以外にも、債務の履行を行うことにつき利益を有している場合があることを認める。たとえば、建築家は仕事を行うことにつき、芸術を完成させるという利益だけでなく、完成させた仕事が建築家の評価や競争力を高めるといった職業上の利益をも有するとする。しかし、Kohler は、このような利益は間接的かつ二次的なものであるため、相手方に対する権利を基礎づけるものではないとする⁷⁵⁾。

ただし、Kohler も債権者の義務を基礎づけるに足る利益が債務者に認められる場合があることを否定するわけではない⁷⁶⁾。Kohler は、義務を基礎づけるに足る利益が認められる場合として、研究者にある試験を実施するための土地を提供する契約において、試験の実施が同時にその土地にとって利益となる場合をあげる。この場合においては、試験を実施することに対する研究者の利益と、試験が実施されることにより土地の価値があがる相手方の利益とが相互に向かい合っているため、それぞれ

74) Josef Kohler, Annahme und Annahmeverzug, JherJb. 17, 1879, S. 267ff.

75) Kohler, a.a.O. (Fn. 74), S. 278ff.

76) Kohler, a.a.O. (Fn. 74), S. 280f.

がそこから義務をひきだすことができると Kohler は主張する⁷⁷⁾⁷⁸⁾。もっとも、Kohler は、このような一定の利益が義務を基礎づける場合においても、債権者の協力が権利であると同時に義務となったわけではなく、ただ、権利とは別個に義務を負担しただけであるとする⁷⁹⁾。

(ii) mora creditoris の意義

このように、kohler は“債権者には債権行使の自由があるため、債務者が債務から解放されることに利益を有するとしても、債権者は受領義務を負うわけではない”という考えを基盤において mora creditoris を債権者の過失に基づく責任を問題とする制度ではないと解する。その上で Kohler は、mora creditoris の意義を次のように解する⁸⁰⁾。すなわち、債務の履行が債権者の協力が得られないために完了しない場合においても、債務者は債務から解放されず、債務関係は存続する。この場合においても、債務者には債務から解放することを債権者に要求する権利は認められない。しかし、債務に拘束され続けることは、債務者にとっては深刻な負担であり、また、債務者に対する債務の拘束を債権者が無期限に延長することを認めるわけにはいかない。そこで、法は、債権者が債務の履行に対する協力を行わない場合においても、債務者が債務から解放されるための手段を用意しなければならない。それが供託や自助売却、そして目的物の放棄である。しかし、これらの手段は、いつでも即座に利

77) このほか、Kohler は、画家が肖像画を描くことを内容とする契約を類例の例として挙げる (Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.281)。すなわち、画家が肖像画を描くためにモデルとなることを相手に依頼する場合、画家には肖像画を描く利益があり、この利益は相手方のモデルとなる義務を基礎づける。そして、この場合、画家は、肖像画を描くことにつき自由な権利を有し、肖像画を描く義務を負わない。しかし、逆に、モデルとなる者が肖像画を描くことを画家に依頼する場合があり、その場合、モデルには肖像画を描いてもらう利益があり、この利益は画家の肖像画を描く義務を基礎づける。そして、相手方の義務を基礎づける画家やモデルとなる者の利益は同時に存在する場合があるのであり、その場合、画家は肖像画を描く権利を有する一方で、同時に肖像画を描く義務を負うことになる。

78) もっとも、Kohler 自身、義務を基礎づける利益についての問題は議論がつくされていないとして、さらなる検討が必要であるとしている。

79) Kohler もまた、Mommson が問題とした、ローマ法における石材の売買契約の例を引き合いに出す (Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.275f)。すなわち、当該契約においては買主に石材を運びさる義務が認められているが、買主にとって石材の引取りが権利であると同時に義務となったのではなく、買主が、目的物を引取る権利とは別に、代金支払い義務と並んで石材の運び去りという第2の義務を負担したにすぎないとする。

80) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.271f, 281f, 375f.

用可能となるわけではない。そして、債権者が履行に対する協力を怠った時点から債務者がこれらの手段を利用する、あるいは履行を完了させるまでの間、債務者は様々な負担を負うことになるのであるから、この中間期間において、法は債務者を保護しなければならない。この債務者を保護する制度が *mora creditoris* である。

(iii) *mora creditoris* の要件

Kohler は *mora creditoris* が生じるための要件は、債務者が、債務者の側で、債権者の協力なくなしうることをなすことであり、かつそれに尽きるとする。それで履行に至らないのであれば、履行がないことの原因は、ただ債権者の協力を欠くことにのみあるといえるからである⁸¹⁾。

Kohler が *mora creditoris* の要件を“債務者が自己の側でなしうることをなすこと”に限定したことには、主に次の3つの意味が存在する。

第1に、債務者は形式的な弁済の提供を行う必要はないということである。この点は特に、債権者が事前に給付の受領を拒絶した場合に重要となる。すなわち、債権者が受領拒絶の意思表示を行った場合には、債務者は、受領拒絶前にそれを動機づけ、正当化する契約違反を犯していない限り⁸²⁾、それ以降なんらの行動を起こす必要はない。その理由として、Kohler は、債務者に受領拒絶後も債務の履行に関してなんらかの行為を要求することは、ばかげているだけでなく、人的・物的資源の無駄遣いと言わざるを得ないからであると主張する⁸³⁾。

第2に、債務者が給付の準備を行えない場合にも、*mora creditoris* は生じうることである。すなわち、Kohler は、債務者が債権者の受領があれば履行が完了する段階まで給付の準備を行った上で弁済の提供を行い、その上で債権者がその弁済の提供を受領しなかったことを *mora creditoris* の要件と解する見解を、*mora creditoris* の規律範囲を狭め

81) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.400.

82) Kohler も、たとえば債務者が債務を履行する能力や手段がない場合には、債権者が事前に受領を拒絶したとしても、*mora creditoris* は生じないとする (Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.402f)。

83) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.400f.

Kohler は、債権者の受領拒絶後にも債務者に弁済の提供を要求するならば、たとえば建築請負契約において、業主が受領拒絶の意思を表明したにもかかわらず、請負人側は多くの労働者や職人を連れ、シャベルやつるはし、さらには石材などを用意して、工事予定地に現れなければならないことになるとし、それは法の要求すべき行為ではないとする。

ていると批判する。そして、特に選択債務において債権者に選択権がある場合を例として挙げ、債権者が選択権を行使しない場合には、債務者が給付の準備をまったくしていなくとも、*mora creditoris* は生じると主張する⁸⁴⁾。

第3に、*mora creditoris* の要件として、債権者の過失や受領拒絶の意思といった主観的要件は必要ないという点である。Kohlerはその理由につき、債権者が受領義務を負わないという点に加え、債権者の受領は自己の財産権の利用に外ならないのであるから、自己の財産権を利用しないことから生じる不利益を負担しなければならないのは、債権者がいかなる理由で財産権を利用しなかった場合でも同じであると主張する⁸⁵⁾。

(2) *mora creditoris* の効果

Kohlerは、*mora creditoris* の効果は、債務者が債務から解放される手段を講じるまでの間、債務者を保護することであるとする。そして、これに伴い債権者に生じる不利益は、債権者が債権を行使しないことによって生じる不利益であると位置づける。この点、Kohlerは次のように説明する⁸⁶⁾。すなわち、*mora creditoris* によって債権者が被る不利益とは、土地や家屋の所有者が自己の所有権を行使しないことによって生じる不利益と同種の不利益である。たとえば、土地や家屋の所有者は、自己の所有権を行使するか否かの自由を有する一方で、賃貸借契約を締結する機会を逃してその土地や家屋を耕作者や借り手がいないまま放置することになった場合、不利益を被る。しかし、その不利益は、所有者が物権に基づく財物を利用する権利を有するがゆえに生じる不利益である。そして、権利者は、権利を行使することによって生じる利益を甘受しうるとともに、権利を行使することによって生じる不利益をも甘受しなければならないのと同様、権利を行使しないことによって生じる利益を甘受しうるとともに、権利を行使しないことによって生じる不利益を甘受しなければならない。したがって、債権者も、債権に基づく債務者の給付活動を利用する権利を有しているがゆえに、債権を行使するか否かの自

84) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.408f.

85) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.409.

86) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.269f.

由を有するとしても、債権を行使しない場合には必然的に不利益が生じるのであり、かつ、この不利益は債権者が負担しなければならない。そして、この債権を行使しないことによって生じる不利益が、*mora creditoris* によって債権者に課される不利益である。

また、Kohler は、*mora creditoris* による債務者の保護は、2つの側面で行われると主張する⁸⁷⁾。第1に、債権者が受領を行わないことによって債務者に生じた費用の側面、第2に、債務の不履行によって債務者に生じる不利益の側面である。なお、Kohler は、第2の側面における債務者の保護は、とりわけ履行に関する法制度に属する問題であるとする。

mora creditoris の具体的な効果として、Kohler は、まず、第1の側面、すなわち、債権者が受領を行わないことによって債務者に生じた費用の側面に言及し、債務者は給付目的物の保管のために支出した費用の賠償を債権者に請求することができるとする。なぜなら、債務者は債権者の利益のために、やむを得ず、あるいは法律上許された配慮に従い、費用の支出を行っているからである。しかも Kohler は、賠償額の算定にあたっては、可能な限り広くとらえなければならないとする。なぜなら、債務者は自分から物を保管する状態に身を置いたのではなく、債権者が受領を行わないことによりやむを得ずその状態に追い込まれたからであるとする⁸⁸⁾。

次に、第2の側面について、Kohler は、履行がなされた場合に認められる効果のいくつかが *mora creditoris* が生じた段階で前もって発生し、債務不履行の効果が債務者に生じることが回避されるとする⁸⁹⁾。この点との関係で、Kohler は、債務者は、①違約金支払い義務を免れ、②担保権を実行されないとする。また、債務者は、③利息支払い義務を免れるとする。この点、Kohler は、債務者は遅延利息の支払い義務だけでなく、約定利息の支払い義務も免れるとする。なぜなら、*mora creditoris* が生じた場合には、債務者の手元にある給付すべき金銭は、債務者にとってもはや利用することのできないものだからであるとする。さらに、Kohler は、債務者の履行がなされた場合には給付目的物の危険は債権者

87) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.376.

88) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.376f.

89) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.379ff.

が負担していたとして、④給付目的物の危険が債権者に移転するという効果を認める。

他方で、Kohler は、*mora creditoris* が生じた後は、債務者は故意または重過失についてのみ責任を負い、債務者は自己の軽過失により給付目的物を滅失・毀損した場合にはもはや責任を負わなくてもよくなるとする効果を認めることに対しては慎重である。なぜなら Kohler は、債権者が受領を行わなかった場合について、債務者が法の用意した履行に代わる手段を利用することを基本に据え、*mora creditoris* による債務者の保護はあくまで債務者が履行を完了する、あるいは履行に代わる手段を利用できるようになるまでの暫定的なものとして位置付けるため、債務者の軽過失を免責する効果を *mora creditoris* の効果として認めることは、履行の完了または履行に代わる手段の利用への到達を阻害する効果を *mora creditoris* に認めることになり、*mora creditoris* の意義と矛盾すると考えるのである。このため、Kohler は、債務者は故意または重過失についてのみ責任を負えばよいとされるのは、債権者による受領の遅滞と債務者による履行に代わる手段の利用との中間期間が債務者にとって克服しがたい困難を生じさせる場合に限られ、債務者が履行に代わる手段の利用を遅延し、あるいは行わない場合には、債務者は給付目的物の保管について責任を負わなければならないとする⁹⁰⁾。

5. Bernhard Windscheid の見解

mora creditoris の理解について、Kohler の見解が多くの支持を集める一方で、Kohler の見解に反対し、*mora creditoris* において債権者に責任を負わせるにあたり、債権者の非難可能性を考慮しないことは問題であるとする見解も有力に主張されていた。その代表として Bernhard Windscheid の見解を挙げることができる。

(1) *mora creditoris* の意義と要件

Windscheid は受領を行わないことについて債権者になんらかの非難可能性が認められる場合でなければ、*mora creditoris* において債権者に責任を課すことは許されないとする。

90) Kohler, a.a.O. (Fn.74), S.398f.

もっとも、Windscheid は、Madai や Wolff と異なり、債務者が債権者に受領を求める権利を有しているという考えを基礎におくわけではない。むしろ、Windscheid は、債務者は債権者が受領を行うことに対して利益を有することを認める一方で、債務者が受領に対して権利を有していると解することはできないとする⁹¹⁾。

Windscheid は、*mora creditoris* が規律する問題を、債権者が受領を行わないことにより債務者に不利益が生じた場合に、その不利益をそのまま債務者に負担させるべきか、それとも債権者にその不利益を転嫁すべきかの問題であると位置づける⁹²⁾。その上で、Windscheid は、*mora creditoris* の場面では債務の履行がないことにつき債務者は常に無責であるということを考慮に入れてもなお、法律が明文で定めた場合を除き、無責の債権者に不利益を負担させてはならないと主張する。

それゆえ、Windscheid は、*mora creditoris* が生じるためには、債務者が弁済の提供を行い、債権者がこれを受領しなかっただけでは足りず、債権者が受領しないことが違法 (*Widerrechtlich*) でなければならないとする。そして、債権者が受領しないことが違法となる場合とは、債権者にとって受領が可能であり、かつ、債権の存在や範囲についての錯誤といった免責事由が存在しないにもかかわらず、債権者が受領をしない場合であるとする⁹³⁾。

(2) *mora creditoris* の効果

Windscheid は、債権者が不法に受領を行わないことによって *mora creditoris* が生じた場合には、債務者は、*mora creditoris* により生じた債務の不履行が自身に損害をもたらさないことを債権者に要求できるとし、具体的には次の効果が生じるとする⁹⁴⁾。①債務者は以後、注意を欠いたことにつき責任を負わない。ただし、悪意およびそれと同視される重過失については責任を負う。②危険が債権者に移転する。したがって、債務の目的物が債務者の帰責性なく滅失し、債務者が債務から解放され

91) Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd., 8. Aufl., 1900, S.413 Fn.10.

92) Windscheid, a.a.O. (Fn.91), S.413 Fn.10.

93) Windscheid, a.a.O. (Fn.91), S.413.

94) Windscheid, a.a.O. (Fn.91), S.415f.

た場合でも、債務者は債権者に対する反対給付請求権を行使しうる。③債務者は債務が存続することにより被った損害の賠償を請求することができる。

他方で、Windscheid は、債務の履行がないことによって債務者が新しく負うべきとされていた負担、たとえば違約罰や解除約款に基づく解除について、これらが債務者に帰属しないことを認めた上で、この帰結は *mora creditoris* の効果ではなく、債務者が債務不履行につき帰責性がないことの帰結であるとする。したがって、債権者が受領を行わないことにつき帰責性がなく、*mora creditoris* が生じない場合であっても、これらの効果は生じるとする⁹⁵⁾。

6. まとめ

(1) *mora creditoris* をめぐる議論

(i) Carl Otto von Madai の見解

mora creditoris を初めて体系的に論じたのが Madai である。Madai の見解は、ローマ法における *mora creditoris* を体系的に整理するという視点で制度構築を試みた点に特徴がある。

Madai は *mora creditoris* を債務者遅滞である *mora debitoris* と完全にパラレルにとらえ、「債務の履行が完了すること(債務から解放されること)に対する債務者の権利が、債権者の過失により侵害された場合に、債権者が責任を負う制度」と解した。

もっとも、Madai は、*mora creditoris* の効果との関係では、*mora creditoris* の意義をより具体的にとらえる。すなわち、債権者の過失によって債務者の履行意思に関わりなく存続する債権関係において、債務者を様々な義務から解放し、その反面として、主たる給付に対する請求権を除き、債権関係において債権者に認められていた様々な利益を失わせる制度であると。

その上で、Madai は、危険の移転および軽過失責任の免除を *mora creditoris* の効果として認める。しかしながら、これらはローマ法で問題とされていた個々の効果を列挙したにとどまり、Madai は当該効果を導

95) Windscheid, a.a.O. (Fn.91), S.413 Fn10.

く責任原理については、ほとんど検討していない。

(ii) Carl Wilhelm Wolff の見解

Madai の見解をさらに精緻化したのが Wolff である。Wolff の見解は、*mora creditoris* における債権者の責任負担の構造の理論的説明を試みた点に特徴がある。

Wolff は、*mora creditoris* を「債権者が過失によって債務者の権利を侵害したことにより債権者が責任を負う制度」と解する。Wolff の理解は、債務者の権利侵害を問題とする制度と解する点、および要件として過失を要求する点で Madai と共通するが、債権者の過失を債権者が負う責任の根拠として明確に位置づける点で、Madai と異なっている。

その上で、Wolff は、*mora creditoris* の効果を導く責任原理を次のように考える。すなわち、「債権者遅滞につき過失のある債権者は、自己の過失、すなわち債権者遅滞に関係する債務者のすべての利益について責任を負わなければならない」というものである。ただし、Wolff は、*mora creditoris* には、「債務者も債権者を過度に害しないよう配慮しなければならない」という原理も同時に機能することを主張する。そして、この2つの原理によって *mora creditoris* の効果を確定し、具体的に根拠づけていくのである。

(iii) Friedrich Mommsen の見解

Madai や Wolff の見解を批判したのが Mommsen である。Mommsen は、債権者が受領義務を負うことを否定し、*mora creditoris* を債権者による債務者の権利の侵害と解することはできないと主張する。そして、権利侵害が問題となっていない以上、債権者の過失も問題とならないとする。

もっとも、Mommsen は、*mora creditoris* をどのような制度と解するかについて、それ以上の一般的な言及は行っていない。その上で、*mora creditoris* の効果を次の3つの類型に分け、それぞれについて責任原理を別個に考えるという構成をとる。

第1に、債務者が負担する債務を軽減する効果。Mommsen は、この類型の効果について、債権者の側で受領を拒絶したにもかかわらず債務者が従前のように義務を負うとすることは著しく不当であること、そして、受領を拒絶した債権者がこれを求めることは自己の態度と矛盾することを根拠とする。

第2に、損害賠償義務を債権者に負わせる効果。もっとも、Mommsenは、この効果については、*mora creditoris* はあらゆる面で債務者に損害を与えてはならないということがローマ法上の原則であったと指摘するにとどまる。

第3に、債務から解放される手段を認める効果。ただし、Mommsenは、この類型の効果についても、債務者が債務から解放されることにつき利益を有しているとして、債務からの解放の手段を与えなければならないと主張するにとどまる。

(iv) Josef Kohler の見解

Mommsenの見解は、*mora creditoris* において債権者が負う負担の根拠づけに問題を残すものであった。これに対し、*mora creditoris* について、Mommsenと同様、債権者の過失に基づく責任を問題とした制度ではないと解した上で、債権者が受領義務を負わないこと、および、当該制度における債権者の責任負担の構造を理論的に構築したのがKohlerである。

Kohlerは債権行使の自由の原則を基礎に置いた権利テーゼを確立し、債権者が受領義務を負わないことを基礎づける⁹⁶⁾。その上で、債権者は受領義務を負わないとしても、債権者遅滞の場合に一定の負担を負わなければならないと主張する。すなわち、財産権の権利者は、権利を行使しないことで生じる利益を甘受するとともに、権利を行使しないことに伴う不利益を甘受しなければならない。したがって、債権者も、債権を行使しない場合には、その不行使に伴う不利益を負担しなければならないのだと。Kohlerは、この債権の不行使に伴う不利益が*mora creditoris* によって債権者が被る不利益であるとする。

もっとも、Kohlerは、債権者遅滞の場面においては、債務者に債務から解放される手段を与えることが重要であると考え、*mora creditoris* の意義および効果を、解放手段の付与との関係に着目して構築し、債権の

96) この点、確かにMommsenも、債権者は債権を行使するか否かは自由であるという点に言及している(Mommsen, a.a.O. (Fn.59), S.134)。しかし、Mommsenは、あくまで債務との関係で債権者は受領に義務づけられているかという義務論の範疇で問題をとらえ、債権者の債権行使の自由は、債権者が受領義務を負わないことの帰結としてのみ位置付けられていた。これに対し、債権行使の自由を、債権・債務をめぐる債権者と債務者の関係を考えるにあたっての基礎に置かれる原則として確立したのがKohlerであるといえる。

不行使に伴う不利益という観点からは検討を行っていない。すなわち、Kohler は、まず、債権者側の事情で履行が完了しない場合、債務者の債務はその定められた内容を超えて延長され、債務者は様々な不利益を被るとして、法は履行がなくとも法的に履行の効力を生じさせる制度（履行代替制度）を用意しなければならないと主張する。その上で、*mora creditoris* を、債務者が履行代替制度の利用、あるいは履行完了によって債務から解放されるまでの間、債務者を保護する制度として位置づける。

このため、Kohler は、増加費用の賠償や危険の移転、注意義務の軽減のほか、債務の履行がないことに基づき債務者に生じる責任を免除するという効果をも、*mora creditoris* において債務者に与えられるべき保護として、*mora creditoris* の効果に含める。しかし、Kohler 自身、不履行に基づく責任の免除は、*mora creditoris* の他の効果と異なり、履行法の問題であり、かつ、履行代替制度との関係が強いという認識をもっていた。

このように、Kohler は、*mora creditoris* における責任原理については精緻な理論構築を行う一方で、*mora creditoris* をどのような制度として構築するかという点では、履行代替制度との関係に重点を置くあまり、責任原理と具体的な効果との関係に問題を残す形で制度を構築する結果となっている。

（v）Bernhard Windscheid の見解

Kohler の見解に反対し、*mora creditoris* の要件に関して債権者の非難可能性を問題とすべきことを有力に主張したのが Windscheid である。

Windscheid は、法律が明文で定めた場合を除き、債権者が受領を行わないことにより債務者に生じた不利益を無責の債権者に転嫁することはできないと主張する。その上で、*mora creditoris* を、債権者が違法に受領しないために債務が存続する場合に、債務者が債務の存続が損害をもたらさないよう債権者に要求することを認める制度であると解する。

（2）整理と検討

（i）過失必要説と過失不要説の対立

mora creditoris をめぐる議論は、*mora creditoris* が問題とする責任の性質に関する対立という点で1つの流れを形成している。*mora creditoris*

が問題とする責任について、まず、Madai が、債務者の権利の侵害、すなわち債権者の受領義務違反を原因とし、債権者の過失を要件とする責任と解し、Wolff がこの理解を理論的に精緻化した（以下、過失必要説）。これに対し、Mommsen が、*mora creditoris* が問題とする責任は債権者の受領義務違反を原因とした責任ではなく、債権者の過失も問題とならないとする見解を主張し、Kohler がこの見解を理論的に精緻化している（以下、過失不要説）。ただし、Kohler の見解が主張されてもなお、*mora creditoris* が問題とする責任は債権者に非難可能性がある場合にのみ認められる責任であると解する見解は Windscheid などにより有力に主張されている。

BGB の債権者遅滞制度はこの一連の流れをうけて起草されるに至っている。

過失必要説と過失不要説の根本的な対立点は、債務者が債権者に受領を求める権利を有するか否かという点である。

この点、過失必要説は、債務者は、債権者と同様、債務との関係で当然に、債権者に受領を求める権利を有すると解する。過失必要性がこのように解したのは、ローマ法上の債務者の遅滞である *mora creditoris* と債権者の遅滞である *mora debitoris* を同列に並べ、両制度の差異は債務の履行の遅延をもたらしたのが債務者であるか債権者であるかにすぎないととらえていたことの影響が大きいと考えられる。しかし、その一方で、債務者は債務から解放されることに利益を有するという点が、債務者が債権者に受領を求める権利を有するという理解を支えていたことも確かである。

他方、過失不要説は、債務者が債権者に受領を求める権利を、債権者の側からとらえ、債権者は受領義務を負わないとする考えから、債務者のこの権利を否定した。とりわけ、債権者が受領義務を負わない点を理論的に基礎づけたの Kohler であり、債権者は債権行使の自由を有するという原則が基礎に置かれた。また、Kohler は、債権者が受領を行うことに対する債務者の利益についても言及した上で、これらは、通常は、債権者の受領義務を基礎づけるものではないという考えを示している。

(ii) 制度構築における考え方

他方で、*mora creditoris* をどのような制度として構築するかという点

に着目してみると、責任の性質によって必ずしも一義的な制度構築が帰結されていたわけではなかった。

すなわち、過失必要説において、Wolffは「債権者は自己の過失に係する債務者のすべての利益について責任を負わなければならない」という責任原理を基礎に据え、*mora creditoris*を、債権者が過失によって受領を行わなかった点に着目した上で、過失ある行為に係するすべての債務者の利益に責任を負わせる制度として構築する。これに対し、Madaiは、債権者遅滞に過失ある債権者が債権関係において認められていた様々な利益を失う制度として *mora creditoris* をとらえている。

他方、過失不要説においては、Mommsenは複数の責任原理によって *mora creditoris* を構成しようと試みたが、その1つは「債権者遅滞を生じさせた債権者が、従前のままの義務を負うことを債務者に要求することは許されない」という原理を基礎におくものであった。当該原理との関係では、Mommsenは、債権者遅滞においても債権関係は存続して債務者が従前のままの義務を負うことに問題性を見出し、存続する債権関係において債務者が負う債務を軽減する制度を構築することを試みた。これに対し、Kohlerは「債権者は債権の不行使に伴う不利益を負担しなければならない」という責任原理を確立し、基礎に据える一方で、*mora creditoris*を履行代替制度と関連付けて債権者遅滞における債務者保護という広い視点でとらえ、具体的な形で制度構築を行ってはいない。

もっとも、過失必要説に関しては、Madaiの主たる関心はローマ法の整理に向けられていたため、過失必要説の観点から理論的な制度構築を行った Wolff と並べることには問題があるだろう。

また、過失不要説に関しても、Kohlerの見解には、Mommsenの見解との結びつきを見出すことができる。すなわち、Kohlerが *mora creditoris* における責任原理として位置づけた「債権者は債権の不行使に伴う不利益を負担しなければならない」という命題を考えるにあたって想定した不利益は、債権関係における債権・債務に関する不利益であった。しかも、Kohlerが *mora creditoris* との関係で問題視したのは、債権者遅滞によって債務者の債務がその定められた内容を超えて延長され、債務者が債務に拘束され続けることである。したがって、Kohlerの見解の背景にも、債権者遅滞によって債権関係が存続し、債務者がそのまま債務

に拘束され続けることを問題視し、存続する債権関係において債権・債務に関する不利益を債権者に負担させる制度構築の考え方を垣間見ることが可能といえる。

他方、Kohler の見解に反対した Windscheid の見解の根底には、過失不要説の説く責任原理では債権者に責任を負わせるに十分ではないのではないかという問題意識がある。もっとも、Windscheid と Kohler の間には、*mora creditoris* によって生じる負担の捉え方に相異が存在することを指摘することができる。すなわち、Windscheid は、債権者が受領しないことによって生じる負担を、債務者の不利益としてとらえ、その上で、当該不利益を債権者に転嫁しうるかを問題にする。これに対し、Kohler は、債権者が受領しないことによって生じる負担を、そもそも債権者の不利益としてとらえ、その上で当該不利益をどのような形で債権者に帰属させるかを問題にする。

なお、制度構築という観点からは、Kohler 以外の見解において、債務の履行がないことに基づき債務者に生じる責任の免除を *mora creditoris* とは異なる制度の問題であると位置づけられている点も注目に値する。

mora creditoris をめぐる議論は、Windscheid のような見解が有力に主張される一方で、Kohler の見解がなお多くの支持を集めていた。そして、そのような状況の中、BGB の起草がなされるに至る。そこで次に、BGB の債権者遅滞の起草過程について考察していく。

