

債権者の責任規範とオプリーゲンハイト

小林友則

I. はじめに

(1) 問題の所在

債務の履行は、多くの場合、債務者の行為だけでは完了させることができず、債権者の協力を必要とする。たとえば、債権者の所有する土地に債務者たる建設会社が建物の建築を行うことを内容とする債務においては、履行が完了するためには、最終的に完成した建物の引取りを債権者が行う必要がある。またそれだけでなく、建築工事の過程においても、建築許可の申請に債権者が協力する等の債権者の協力行為が、履行プロセスを進めるために必要であり、そもそも債権者が債務者に土地を明け渡さなければ、債務者は工事を始めることさえできない。

債権者が必要な協力行為を行わないことにより債務の履行プロセスが障害された場合、債務者は想定していなかった形で債務に拘束され続けることになり、様々な不利益を被ることになる。しかも債務者が被る不利益は、履行が完了しない債務との関係においてのみ問題となるわけではない。契約の履行という視点でとらえた場合、1つの債務の履行障害が契約の履行プロセスの障害へとつながり、債務者が保持する反対債権への影響等、契約上の不利益も問題となりうる。

このような場면을規律する制度として、まず、民法492条の弁済の提供制度があり、債務の履行が完了しないことにより債務者が負う責任を免除する。また、民法413条の受領遅滞制度が、このような場面において債権者が一定の責任を負うことを定めている。もっとも、債権者の義務違反を前提とすると通常考えられている効果、すなわち履行請求権、損害賠償請求権、解

除権によって債務者が保護されるかについては争いがある。この点、2017年の債権法改正によって効果が具体的に規定された受領遅滞制度では、これらの効果は認められていない。このため、債権法改正を経てもなお、これらの効果が認められるか、翻せば債権者に受領義務ないし協力義務が認められるかという問題は残されたままである¹⁾。

(2) 債権者の受領義務をめぐる議論の展開²⁾

債権者が受領義務を負うか否かという問題は、まず、改正前民法413条の法的性質論という形で議論された。そこでは、改正前民法413条が定める債権者の「責任」がどのようなものが争われ、これを法定責任と解する法定責任説と、債務不履行責任と解する債務不履行説が対立した。

改正前民法413条の法的性質論においては、債権者は債権行使の自由を有するという基本理念の肯定等から、債権者は原則として受領義務を負わないとした上で、改正前民法413条における債権者の責任を法が特別に定めた責任、すなわち法定責任と解する法定責任説が伝統的通説の地位を獲得した。しかし、原則としては債権者の受領義務を認めないとしても、具体的な受領遅滞の場面には損害賠償請求権や解除権で債務者を保護すべき場合もあるという問題意識が広く共有されるようになった。このため、信義則や契約の解釈によって債権者の受領義務を認めることが広く承認されるようになっている。

もっとも、当初、これらはあくまで例外的に認められる受領義務という位置づけであった。しかし、債権関係における信義則の担う役割が重要視され、拡大するにつれ、例外的な受領義務を認めるべき範囲も次第に広く解されるようになった。そして近年では、契約関係において契約当事者が負う責

1) 受領遅滞制度、受領義務と債権法改正の関係については、拙稿「受領遅滞」潮見佳男ら編『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）183頁以下も参照。

2) 債権者の受領義務をめぐる議論については、拙稿「契約の履行過程における債権者の責任（2）・（3）－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」名古屋大学法政論集247号（2012年）111頁以下、249号（2013年）119頁以下も参照。

任（契約責任）という視点が強く意識されるようになり、この契約責任論の中で、債権者が受領義務ないし協力義務を負う範囲はさらに広く解されるようになってきている。これを支えているのが、契約責任論における債権者の協力義務の次のようなとらえ方である。すなわち、債権者も一人の契約当事者として、契約との関係で様々な義務を負うのであり、契約の履行プロセスにおいて要求される協力行為を行う義務（協力義務）も個別・具体的な契約との関係で肯定される³⁾。

（3）受領義務をめぐる従来の議論の問題点

確かに、契約の履行プロセスは両契約当事者の相互の協力により進められることが望ましく、その関係で両契約当事者には様々な行為態様が要請される。また他方で、抽象的な債権・債務との関係でのみ債権者や債務者の権利・義務をとらえることに問題ないし限界があることも確かである。それは債権者の受領義務、協力義務の問題にもあてはまり、とりわけ、かつて受領義務の否定という結論を支えた「受領は権利であって義務ではない」といったドグマは、現代において大きな影響力を持ちえないだろう。

しかしながら、以上の点を踏まえると、受領義務・協力義務に関しては、次の問題が浮上することになる。すなわち、受領義務・協力義務の問題は、“債務者”が契約との関係でどのような義務を負うかという問題とまったく同じように考え、債務者の責任規範に統合してしまってもよいのか、という問題である。この点確かに、受領義務・協力義務の問題は、債務者の注意義務や増加費用の処理、危険の移転の問題と異なり、債権・債務の処理が直接的に問題となっているわけではない。このため、債権・債務と一応切り離し、契約当事者の具体的な行為態様とその責任の問題として、独立してとらえることが可能である⁴⁾。しかし、他方で、債務とその履行に必要な協力という

3) 窪田充見「履行請求権」ジュリスト1318号（2006年）105頁以下。

4) 窪田・前掲註（3）105頁以下はこの点を指摘するものである。これを敷衍すれば、たとえば、売買契約における売主の引渡債務に着目すると、売主の目的物保管の注意義務の問題や目的物滅失の危険の問題は、引渡債務自体の問題であるため、これと切り

実際上の関連性を無視して単純に切り離すことが、はたして歪を生まないのか、なお検討の余地がある。

もっとも、受領義務・協力義務の問題を債権者の責任規範に統合することの可否は、結局のところ、これまで債権者側の事情に基づく履行障害としてとらえられてきた場面についての、あるべき債権者の責任規範を検討する中で明らかにしていくほかない。

(4) 本稿の課題と視点

この点、ドイツには、債権者の責任をとらえるための概念として、オプリーゲンハイト (Obliegenheit) という概念が存在する。すなわち、ドイツでは、債権者が債務者の履行を受領しない、あるいは履行に協力しない場合、BGB293条以下の債権者遅滞制度に基づき、債権者は増加費用の負担等の責任を負うことになる。そして、この債権者遅滞制度は、債権者の受領義務・協力義務を問題としない制度であると解されている。もっとも、受領義務・協力義務を問題としないのであれば、受領ないし協力を行わない場合に債権者遅滞制度に基づき責任を負わされることになる債権者の地位をどのように把握するかが問題となった。そこでドイツでは、この債権者遅滞制度との関係で問題とされ、債権者の責任の基礎となる、債務者の履行を受領すること、ないし履行に協力することに対する債権者の地位を、オプリーゲンハイトという概念で把握することにしたのである。したがって、このオプリーゲンハイトは債務者が負う義務 (Pflicht) と区別される概念である。

この点、日本では、伝統的通説に従えば、債権者が受領を行わない場合、債権者は民法413条の受領遅滞制度に基づき“法が債務者を保護するために特別に定めた責任 (法定責任)”を負うとされ、また当該制度は債権者の受

離してとらえることはできない。このため、“債権者”の行為態様に基づく債権・債務の帰趨の問題として、債権者の責任規範として構築する必要がある。これに対し、買主が目的物を引取る行為については、売主の引渡債務と一応切り離し、一方の契約当事者である“買主”が引取行為を行うことにつき契約上いかなる責任を負うかという問題として、買主の代金支払債務の問題 (買主が代金の支払いにつき契約上いかなる責任を負うかという問題) と同列にとらえることが可能である。

領義務を問題とする制度ではないと解されている。しかし、日本の議論では、債権者が受領を行うことに対してどのような地位にあるのかという視点での検討は行われてこなかった。そこで本稿では、あるべき債権者の責任規範を検討するための第一歩として、まず、ドイツではオプリーゲンハイト概念をめぐるどのような議論が展開されているか、その全体像を整理し、このオプリーゲンハイトという概念が日本における債権者の責任規範のあり方を検討するために有益であるかを検討したい⁵⁾。

以下では、まず、オプリーゲンハイトがどのような議論の流れの中で提唱されることとなったのかを整理する。その上で、現在のオプリーゲンハイト概念の提唱者であるReimer Schmidtの見解を確認し、最後にSchmidtの提唱したオプリーゲンハイトがその後の議論にどのような影響を与えることとなったのかを考察する。

II. オプリーゲンハイトの提唱に至るまでの議論

オプリーゲンハイトは1950年代にReimer Schmidtによって民法に導入された概念である⁶⁾。もっとも、この概念は2つの異なる議論の流れを起源にもつ。第1に、損害賠償や履行請求が問題とならない法的地位の把握を試みる民法上の議論。第2に、すでに保険法上の概念として存在していたオプリーゲンハイトの法的性質を問題とする保険法上の議論である⁷⁾。

1. 従来の法的義務で把握することが困難な法的地位に関する民法上の議論

- 5) ドイツ法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論を詳細に考察したものととして、債権債務関係における位置づけという観点からオプリーゲンハイトの義務性につき詳細な考察を行う生田敏康「ドイツ法におけるオプリーゲンハイトについて－民法を中心に－」早稲田大学法学41巻（1991年）1頁以下がある。また、辻博明「わが国における義務研究の到達点-オプリーゲンハイト (obliegenheit) を中心に」名城法学53巻4号（2004年）1頁以下もオプリーゲンハイトという概念の日本法における必要性およびそこに内包されるものは何かという観点から、日本におけるオプリーゲンハイトの議論を整理する。
- 6) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, 1953.
- 7) ドイツの保険契約法におけるオプリーゲンハイトをめぐる議論を法的性質に着目して考察するものとして、石田満「保険契約法におけるObliegenheitの法的性質に関する研究序説 -ドイツ法を中心として-」上智法学10巻1号（1966年）55頁以下がある。

BGBとの関係では、起草段階から、債務関係（Schuldverhältnis）は狭い意味で理解されており⁸⁾、履行請求可能な義務（klagbare Obligation）のみが把握されていた⁹⁾。BGB施行後は、債務関係を広く解する議論が次第に展開されていったが¹⁰⁾、そもそもBGBには293条以下の債権者遅滞制度や565条や762条等で規律されている自然債務の制度が存在しており、これらをどのように把握するかを明らかにする必要性が存在していた。また、具体的な問題としても、BGB278条の履行補助者の責任を、これら従来の義務概念で把握することが困難な法的地位にも適用してよいかという問題があった。このため、BGB施行後から、法的義務とは異なるこれらの法的地位をどのように把握するか、議論が展開されてきた。

（1）議論の萌芽 — Zitelmannの見解

現在オプリーゲンハイトという概念で把握されている法的地位をめぐる議論において、その出発点として必ず言及されるのがErnst Zitelmannの見解である。

Zitelmannは、一定の行為態様、すなわちそのような行為態様をとらないよう法的に命じられているわけではないにもかかわらず、法が利益または不利益を結び付けている一定の行為態様を、はじめて、包括的に把握しようとした¹¹⁾。そのために提唱したのが「自己に対する過失（Verschulden gegen sich selbst）」概念である。

8) Jürgen Schmidt, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearbeitung, 1995, Einleitung zu § § 241 ff., Rn 198.

9) Horst Heinrich Jakobs/ Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse 1 § § 241 bis 432, 1978, S. 46.

また、Dirk Olzen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Neuarbeitung 2005, § 241, Rn. 25参照。

10) Dirk Olzen, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 37ff参照。

11) ただし、Zitelmannが想定する範囲には、法的な利益と結び付けて一定の行為態様をとることを促す場面も含まれており、現在オプリーゲンハイトとして想定されている範囲と完全に一致するわけではない。

すなわち、Zitelmannは次のように主張する¹²⁾。過失は、通常、他人の利益を保護するために課される法的義務に違反して、その他人の利益を侵害する場合に存在するものである（Verschulden gegen andere）が、自己の利益を侵害する場合にも過失は存在する。それが「自己に対する過失」である。たとえば自己の身体や財産を傷つけたとしても、なんら法的義務に違反するものではない。しかし、法は、自己の利益を侵害する者に対してその利益を保護する法的義務を課していない場合でも、侵害者に不利益な効果をその侵害行為に結び付けることがある。この場合、自己の利益を侵害する者は、自己に対する過失を犯すことになる。

Zitelmannは、債務関係において法秩序からの命令（Befehl）がある場合のみを法的義務としてとらえるべきであるとした上で¹³⁾、自己の利益を害する行為は主観的にも客観的にも違法（rechtswidrig）ではないと解し、自己に対する過失を基礎づける法的地位には、自己を傷つけてはならないという、人としての倫理的な義務のみを観念する¹⁴⁾。

（2）法的効果との関係の考慮 —Siberの見解

BGBの施行以後、法的義務と法的効果の関係についてはじめて体系的に扱ったのがSiberである¹⁵⁾。

Siberが着目したのは、法律が債務関係におけるあるべき形の実現をどのように図るかという、履行強制の観点であった。そして、この観点から、法律が、訴訟手続きあるいは自力救済等による強制を認めることなく、一定の行為態様に利益を与えること、あるいは不利益を課すことで、債務関係におけるあるべき形の実現を図っている場面をも体系的に位置づけようとしたのである¹⁶⁾。

12) Ernst Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900, S. 152ff.

13) Zitelmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 152f.

14) Zitelmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 166f.

15) Siberの見解については、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社、1979年）106頁以下も参照。

もつとも、Sieberは、ローマ法の研究を基礎として、BGB¹⁷⁾において義務と呼べるものは、現実の法的強制を前提とした履行が不可欠の要素とするという考えを有していた¹⁸⁾。このため、まず、訴求および執行が可能な義務だけを“狭義の”法的義務 (Verpflichtung) であるとして、損害賠償を含めた履行強制以外の法的不利益による制裁をうける地位と区別して分類する¹⁹⁾。その上で、不履行の場合に損害賠償請求によって債権者が保護される場合を、単に法律が履行に一定の利益を与える、あるいは不履行に一定の不利益を課すにすぎない場合を区別し、2つ目の分類とする²⁰⁾。最後に、Siberは、後者のうち給付すべき性質 (Leistensollen) を見出しうる法的地位と、これを見出すことができない法的地位²¹⁾を区別して分類する。もつとも、Siber自身は、Leistensollenをメルクマールとした区別には、実際上の区別が困難であるといった理由から、あまり意味がないとしている²²⁾。

Siber以降、法的義務やこれと区別される法的地位につき議論される際には、そこに結びつけられた法的効果、とりわけ法的強制の側面を考慮すべきことが広く受け入れられることとなった²³⁾。

(3) 法秩序における評価の観点 — von Buchkaの見解

16) Heinrich Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 17f., 66f.

17) Siberが想定するのはBGB241条の規律する債務関係である。

18) Siber, a.a.O. (Fn. 16), S. 34, 255; Siber, Zur theorie von Schuld Haftung nach Reichsrecht, in: Jh. Jb. 50 (1906), insb. S. 61, 84ff., 92.

19) Siber, a.a.O. (Fn. 16), S. 69; Siber, aa.O. (Fn. 18), S. 86.

20) Siber, aa.O. (Fn. 16), S. 41.

21) Siberは、BGB293条以下の債権者遅滞制度における債権者の地位には原則として Leistensollenを見出すことはできないとした上で、債務者が債務から解放されることに利益を有する場合には Annahmesollen が存在するとする (Siber, aa.O. (Fn. 16), S. 67)。

22) Siber, aa.O. (Fn. 16), S. 68.

23) なお、Siber自身は、現在オプリーゲンハイトという概念でとらえられている法的地位を「自己の利益の命令 (Gebotes des eigenen Interesse)」という概念でとらえている。Siber, aa.O. (Fn. 18), S. 196ff.; Heinrich Siber, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, Hälfte 1. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) § § 241-432, 4. Aufl., 1914, Vorbem. III c 3 b, S. 27.

Siberが言及しつつも重要視しなかった給付をすべき性質 (Leistensollen)、さらには、法律がときに履行の強制をし、ときに損害賠償責任を課し、あるいは一定の法的利益の付与や法的不利益を課すところの一定の行為態様を、法秩序がどのように評価しているのかを問題としたのが、Gerhard von Buchkaである。

この点、通常の法的義務を負う債務者は義務付けられた給付をしなければならない法的地位にあるものとして法秩序により評価されており、法的義務には給付をすべき性質 (Leistensollen) があるといえる。では、法的義務とは区別され、履行を強制することも、損害賠償を求めることもできない法的地位に、そのような給付すべき性質を見出すことができるか。この点につき、Buchkaは、Leistensollenがある通常の義務 (直接義務 [direkte Verpflichtung]) と区別される法的地位、すなわちLeistensollenがない「間接義務 (indirekte Verpflichtung)」概念を提唱し、履行請求や損害賠償が認められない法的地位を間接義務であるとしてLeistensollenはないと解した²⁴⁾。

そしてBuchkaは、間接義務には、給付すべきという性質 (Leistensollen) がないからこそ、権利者に履行請求権は認められず、給付の実現を直接的に強制する手段が与えられないのであり、権利者の給付に対する利益は、法が給付をなすことに対して利益を与え、あるいは給付をなさないことに対して不利益を課すことによって保証するのだと説明する²⁵⁾。

もっとも、給付すべき性質がないのであれば、なぜ法が利益の付与または

24) Gerhard von Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, 1904, S. 1ff.

25) これに対し、Max Hercher は、Buchkaと同じように、履行を強制することが認められない法的地位を間接的な義務 (indirekte Rechtspflichten) であるととらえる一方で、Buchkaと異なり、間接的な義務にも給付すべき性質 (Leistensollen) があると主張する。もっとも、Hercherは、間接的な義務も法的義務 (Rechtspflichten) の一種であり、ただ本来は義務者の行為によって実現されるべき結果を、民事訴訟手続きを通じた国家による強制で実現させることが認められていないにすぎないとする。このため、Hercherは間接的な義務の違反の場合にも損害賠償が認められるべきとする (Max Hercher, Die Anwendung des § 278 BGB auf das Verhältnis des Versicherungsnehmers zum Versicherer nach dem Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, 1912, S. 27ff.)。

不利益の賦課を通じて給付の実現を間接的に保証するのかが問題となる。この点につき、Buchkaは、間接義務の義務者と権利者の間で対立する利益を法が公平の観点から調整するためであるとし、そこに望ましい形であるという法秩序の評価 (Wunsch) を見出す。他方で、Buchkaは、一定の行為態様に法的不利益が生じる場面においても、そのような法秩序の評価を見出すことができない場合があることを認め、そのような場合には間接義務は問題とならないとし、その例として消滅時効による権利の喪失を挙げる²⁶⁾。

(4) 当事者の意思の側面 — von Tuhrの見解

法秩序において問題とされる一定の行為態様につき、その当事者の意思の側面に着目して体系的整理を行ったのがAndreas von Tuhrである。

Tuhrは、法的義務については義務者の意思という側面が重要であるとし、法律が義務を課す場合、義務付けられた行為への動機付けという観点で、義務者の意思に作用するのだとする。すなわち、法は望まれた結果が義務者の行為によって実現されるように、義務者に義務を課してその意思に働きかけ、義務の履行を促すのだとする²⁷⁾。

その上でTuhrは、義務の履行をもたらす最も確実な手段が強制執行による履行の強制であるとし、法的義務の重要な要素であるとする。このため、履行強制が認められず、ただ損害賠償のみが認められる場合については、過失がある場合にのみ法的義務を観念することができるとする²⁸⁾。

そして、履行強制も損害賠償も認められず、ただ一定の行為態様に法的権利の取得や権利の喪失、権利の行使が条件的に結びつけられているだけの場合には、法的義務を観念することはできないとする。Tuhrは、この場合の

26) Buchka, a.a.O. (Fn. 24), S. 46.

27) Andreas von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 96f.

もっとも、Tuhr自身、債務関係における法の目的は義務者が義務に服する意思をもつことではなく、望まれた結果が実現することであるとし、意思の側面からの結果実現の促進アプローチが「回り道」であることを認める。

28) Tuhr, a.a.O. (Fn. 27), S. 98f.

特徴として、法により一定の行為を要求されている当事者は、その行為を行うか否かにつき、自身の意思に基づく選択の自由が与えられていると指摘する。すなわち、当該当事者は、法により求められた行為を実行することも、また、その行為を行わずに、そこに結びつけられた権利の取得機会の喪失や保持している権利の喪失といった法律効果を甘受することを選択することも自由であるとする²⁹⁾。

もっとも、Tuhrは、法的義務が認められる場合においても、義務者に、その意思に基づくある種の選択権があると考え、すなわち、義務を履行することと、義務を履行することなく不履行責任を負うことを選択することができることを認める。このため、Tuhrは、当事者の利益という側面で、法的義務がある場合とない場合の区別を補強する。すなわち、法により求められた行為態様を実現しないことの法的な結果が、権利あるいは権利取得機会の喪失だけである場合、その行為態様の実現は求められた当事者自身の利益の問題である。これに対し、法が一定の行為態様を執行により強制する、あるいは損害賠償によってそれにできるだけ近い結果を生み出すことを試みる場合には、一定の行為態様を求められた当事者ではない他者の利益が問題となっているのであり、この場合にはその他者に対する法的義務が基礎づけられていることになるとする³⁰⁾。

2. 保険契約法上の議論

保険法の領域においては、19世紀の段階で、すでにObliegenheitという用語が用いられており³¹⁾、そして1908年に制定されたVVG（2008年に大幅に改正されたため、以下では旧VVGと称する）において、Obliegenheitという用語およびこれに関する規律が明文で取り入れられた。このため、保険法の領

29) Tuhr, a.a.O. (Fn. 27), S. 99f.

30) Tuhr, a.a.O. (Fn. 27), S. 100f.

31) 類纂に適示されるのは、1820年におけるゴータの火災保険銀行の約款である。ただし、19世紀においてObliegenheitという用語が用いられる場面では、通常の義務と区別されるものという認識はなかった (Ernst Bruck, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit, in: ZVW 26 (1926), S. 184f.; Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 102f.)。

域においては、1950年代にオプリーゲンハイトという概念が民法に導入される以前から、オプリーゲンハイトという概念を直接問題とした議論が展開されていた。そこで、以下では、Schmidtの見解が提唱される以前におけるオプリーゲンハイトをめぐる保険法上の議論を整理する。

(1) 保険法上のオプリーゲンハイト概念の問題点

旧VVGは“Obliegenheit”という文言を明確に用いてその規律につき定める6条³²⁾をおき、保険契約法がオプリーゲンハイトという概念を内包していることを明示している。もっとも、この保険契約法上のオプリーゲンハイトをめぐっては、主に次の2つの問題があった。

第1に、どのような行為態様が保険法上のオプリーゲンハイトとしてとらえられるのかが明らかではないという問題である。すなわち、旧VVGにおいてオプリーゲンハイトであることが文言上明確にされている場合は少なかつたにもかかわらず、旧VVG6条が保険契約に様々なオプリーゲンハイトがあることを想定した規律となっており、かつ、当該規律が妥当する場面でさえも、旧VVGでオプリーゲンハイトであることが明示されていない場合が少なくなかつた。このため、保険契約者のどのような行為が保険契約上

32) 旧VVG6条1項 保険事故の発生前に保険者に対して履行すべきオプリーゲンハイトの違反に際して保険者が給付義務から解放されるべきことが契約により定められた場合でも、違反が過失に基づかないものと評価された場合には、約定の法律効果は生じない。保険者は、違反が過失に基づかないと評価される場合を除き、違反を知った時から1か月以内に猶予期間を定めることなく契約を解約しうる。保険者が1か月以内に解約しない場合、約定の給付義務からの解放を主張することはできない。

2項 危険の緩和または危険増加の防止を目的として保険契約者が保険者に履行すべきオプリーゲンハイトに違反した場合でも、その違反が保険事故の発生または保険者に課された給付義務の範囲に影響を与えない場合には、保険者は約定の給付義務からの解放を主張しえない。

3項 保険事故の発生後に保険者に対して履行されるべきオプリーゲンハイトの違反に際して給付義務からの解放が合意された場合でも、その違反が故意または重過失に基づくものでない場合には、約定の法律効果は生じない。重過失に基づく違反の場合、保険事故の確定ないし保険者の給付義務の確定や範囲に影響を及ぼさない限りにおいて、保険者はなお給付義務を負う。

4項 オプリーゲンハイトの違反の場合に保険者が解除権を取得するとの合意は無効である。

のオプリーゲンハイトであるかという点自体が議論の対象とされたのである³³⁾。

第2に、保険契約法上のオプリーゲンハイトがいかなる概念であるかが明らかではないという問題である。すなわち、旧VVGはオプリーゲンハイト違反と保険者の保険金給付義務との関係について定めるにとどまり、通常の法的義務と異なる概念であるかさえ明確ではなかった³⁴⁾³⁵⁾。このため、オプリーゲンハイト違反の場合に履行請求権や損害賠償請求権が発生するの

33) この点につき必ずしも見解の一致があるわけではないが、保険契約法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論において、保険契約者のオプリーゲンハイトとして問題とされたのは、たとえば保険契約者の次のような行為であった。

保険者が引き受ける危険を増大させるような事情を保険者に告知すること（旧VVG16条1項1文「保険契約者が契約の締結に際して自己の認識する危険の引き受けに重要な事情のすべてを保険者に通知しなければならない。」）、保険者の承諾なく危険を増大させるような行為を行わないこと（旧VVG23条1項「契約の締結後において、保険契約者は保険者の承諾なく危険を増大させる行為を行ってはならず、また、第三者にこれを行うことを許してはならない。」）、保険事故が生じたことを保険者に通知すること（旧VVG33条1項「保険事故の発生後、保険契約者は、その発生を知ると同時に、保険者に遅滞なく通知しなければならない。」）、保険事故や保険者の給付義務の範囲を確定するために必要な情報を提供すること（旧VVG34条1項「保険事故の発生後、保険者は、保険事故または保険者の給付義務の範囲を確定するために必要な情報の提供を、保険契約者に対して要求しうる。」）、同一の危険に関して複数の保険に入っていることを保険者に通知すること（旧VVG58条1項「同様の危険に関する利益のために複数の保険者と保険契約を結ぶ者は、各保険者に他の保険について遅滞なく通知しなければならない。」）、保険事故が生じた場合に、損害を回避し、あるいは軽減するよう努めること（旧VVG62条）である。

また、保険契約法上のオプリーゲンハイトとして問題とされたのは、保険契約者の行為だけではなかった。たとえば、旧VVG6条1項2文、3文で規律されている保険者の解約告知は保険者のオプリーゲンハイトであると考えられている（Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlungsrechts, 8. Aufl., Bd. 1, 1961, S. 185）。

34) 旧VVGの立法者は、“Obleiegenheit”を、“Verpflichtung”などと区別して、なんらかの新しい概念を表す言葉として用いていたわけではなかったとされている（Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz : Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen, 27. Aufl., 2004, § 6 VVG, Rn. 30）。Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag eines zugehörigen Einführungsgesetzes und eines Gesetzes, 1906, zu § 16-22 VVG, S. 34f., zu § 33 VVG, S. 42, zu § 58 VVG, S. 65, zu § 62 VVG, S. 70。

35) なお、2008年のVVGの改正にあたり、改正委員会ではオプリーゲンハイト概念の定義規定を入れることが検討された。しかし、今後の判例の発展を阻害するおそれがあり、

といった問題や、第三者がオプリーゲンハイトの違反をもたらした場合に、BGB278条が規律する履行補助者責任制度が適用されるのかといった問題が生じることとなった。

この第2の問題、すなわちオプリーゲンハイトの法的性質をめぐる議論が、保険法におけるオプリーゲンハイトをめぐる議論の中心となった。そこでは、オプリーゲンハイトを保険契約者が保険金を請求するためのたんなる前提にすぎないと解する前提条件説 (Voraussetzungstheorie) と、オプリーゲンハイトも真正の義務であると解する債務説 (Verbindlichkeitstheorie) とが対立した。そこで以下では、このオプリーゲンハイトの法的性質をめぐる議論につき整理しておく。

(2) 前提条件説

前提条件説を牽引したのは、判例である³⁶⁾。RGは、旧VVGが施行される前の1904年に、オプリーゲンハイトは保険契約者が保険金を請求するための前提であるとする判示を行っている³⁷⁾。本判決は、家財についての火災保険契約が締結されていたところ、保険事故たる火災が発生し、保険の目的たる家財のほとんどが毀損したため、保険契約者が保険金の支払いを請求したのに対し、保険会社が、保険契約者の妻が損害についての不正な記録を報告していたことを理由として損害賠償を請求した事案である。当該事案において、RGは、火災により滅失・毀損した保険の目的の一覧表の提出は、いわゆる“Obliegenheit”であって、真正の義務 (Verbindlichkeit) ではなく、

また、隠れたオプリーゲンハイトの境界問題が解決されていないとして、断念された (Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30. Mai 2002, unter 6.1.2.1; Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, ununter 1.2.2.10.4; Deutscher Bundestag Drucksache 16/3945, S. 68)。このため、改正後のVVGにおいても、なお、オプリーゲンハイトをめぐる議論は残されたままである。

36) もっとも、学説においても、オプリーゲンハイトという概念を問題にしたわけではないが、1885年の時点で保険料の支払義務のような真正の義務とは異なる一定の義務群が存在しており、それらは保険契約者の保険金請求権の前提であると指摘する見解が主張されていた (Victor Ehrenberg, Die Rückversicherung, 1885, S. 67ff)。

37) RG1904年6月28日判決 (RGZ 58, 342)。

保険契約者が保険金を請求するための前提 (Voraussetzung) であるとし、保険契約者の保険金請求を一部のみ認容する一方で、保険会社の損害賠償請求を認めなかった。オプリーゲンハイトに対するこのような理解は、その後のRG判決においても踏襲されている³⁸⁾。

学説においては、Ernst Bruckが、契約締結時における告知、危険状態の通知、保険の目的物譲渡の通知、住居の変更の通知、損害発生の通知など、保険契約者の行為を幅広くとりあげてその行為の性質を検討した上で、これらは保険契約者が保険金請求権を主張するための前提にすぎないとする見解を示している³⁹⁾。Bruckは、このように解する根拠として、保険契約者のこれらの行為を真正の義務とすると、その違反の場合に、保険者に履行強制や損害賠償請求が認められることになるが、保険契約法はこれらの行為の違反の場合にそのようなサンクションを想定していないからであると説明する。その上で、Bruckは、真正の義務と区別されるところの、これらの権利主張の前提にすぎないものがオプリーゲンハイトであるとする。

また、Wilhelm Kischは、保険契約者の告知に限定した考察の中ではあるが、保険契約者の告知をオプリーゲンハイトであると解した上で、保険契約者がいかなる地位におかれるのかという点への言及を行っている⁴⁰⁾。すなわち、正確に告知をすることは義務の対象ではなく、契約上の権利の取得または存続の前提である。保険契約者は、確かに、その不作為につき、保険者に解約告知権が与えられるという法律上の不利益を覚悟しなければならない。しかし、保険契約者は真実を告知すべき法律上の義務を負担するものではない。なぜなら、保険契約者は保険者の利益において一定の態度を拘束されるのではなく、ただ自己の利益のために、すなわち法律上の不利益を避けた

38) 傷害保険契約において保険契約者の損害発生後の通知が問題とされたRG1905年12月21日判決 (RGZ 62, 190)、盗難保険契約において特約により定められていた保険場所への守衛の設置が問題とされたRG1921年5月31日判決 (RGZ 102, 215)、保険契約者の保険事故発生後の再建築が問題とされたRG1927年3月27日判決 (RGZ 133, 117) などがある。またBGHにおいても前提条件説は継承されている (BGHZ 24, 378)。

39) Bruck, a.a.O. (Fn. 31), S. 180ff.

40) Wilhelm Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechtes, Bd. 2, 1920, S. 178f.

めに、正確に告知をしなければならないにすぎないからである。

判例によって採用されている点にも後押しされ、この前提条件説が、保険契約法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論における通説とされている。

(3) 債務説

前提条件説を批判する形で提唱され、前提条件説が通説の地位を獲得して以降もなお有力に主張されていたのが、債務説である。

債務説の主唱者としてまず挙げられるのがAlfred Gottschalkである。Gottschalkは前提条件説をとる判例や学説を、「前提」という概念の曖昧さを指摘して批判する⁴¹⁾。すなわち、保険契約者の保険料支払義務についても、保険契約者が保険金請求権を取得するための前提であるということができるのであるから、前提という概念が本来の義務と対立するものであるかは疑わしいと主張する。

また、同様に債務説の主唱者の一人とされるAlbert Ehrenzweigは、旧VVGの文言をもって、前提条件説を否定する⁴²⁾。すなわち、前提条件説がオプリーゲンハイトであると解している保険契約者の告知や保険事故発生の通知については、旧VVGは明文をもって“Anzeigepflicht” (旧VVG16条以下)、“Anzeigepflicht des Versicherungsfalls”と規定し、さらに、旧VVG23条2項は、危険増加について、これを“通知しなければならない (hat er … Anzeige zu machen)”とし、旧VVG34条は、保険事故または保険者の給付義務の範囲を確定するために必要な情報の提供を、保険者は保険契約者に対して“要求しうる (Der Versicherer kann … verlangen)”と規定している。このことから、これらの保険契約者の行為は法律上の意味において真正の義務であるといわざるをえないのであり、前提条件説はこの単純な法認識に言語上の混乱をもたらすものであるとする。

41) Alfred Gottschalk, Der Begriff der Obliegenheit und die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen, in: ZVW 17 (1917), S. 191ff.

42) Albert Ehrenzweig, Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, 1952, S. 147ff.

GottschalkやEhrenzweigが前提条件説の批判にその主眼を置いたのに対し、問題とされた保険契約者の行為の性質への言及も行ったのが、Julius von Gierkeであった。Gierkeは保険契約法全体を貫く思想として危険共同体(Gefahrgemeinschaft)の理念があるとし、オプリーゲンハイトについてもその観点を基礎において次のように述べる⁴³⁾。保険契約者の主たる義務は保険料支払義務であるが、これと並んで様々な従たる義務を負う。これらは時に、法律によってオプリーゲンハイトとして示されているが、それ自体は新しい法律上の概念として生み出されたものではない。そして、これらは単に保険契約者自身の利益においてのみならず、とりわけ保険者のために履行されるべきものであり、当為の性格(Charkter eines "Sollen")を失うものではないため、真正の義務(Verbindklichkeit)である。

(4) 両説の具体的な帰結の相異

保険契約法におけるオプリーゲンハイトの理解に関する前提条件説と債務説は、保険契約者がオプリーゲンハイトに違反した場合に、保険者が履行の強制および損害賠償の請求をなしうるか否かという点、さらに、第三者、とりわけ保険契約者の履行補助者とみなされる者によるオプリーゲンハイトの違反につき、保険契約者が責任を負うかという点で結論を異にしていた。すなわち、債務説は、保険契約者によるオプリーゲンハイトの違反の効果として、保険者の履行請求権および損害賠償請求権を認めるのに対して、前提条件説は、これを認めず、保険契約者によるオプリーゲンハイトの違反の効果を保険料支払義務からの保険者の解放という点に限定する。また、債務説は、第三者によるオプリーゲンハイトの違反につき、BGB278条の適用を認め、保険契約者が責任を負う場合があることを認めるのに対し、前提条件説は、BGB278条の直接適用を認めない。

もっとも、債務説に立つ見解においても、保険者による履行の強制は、保

43) Julius von Gierke, Versicherungsrecht unter Ausschluß der Sozialversicherung, Bd. 2, 1947, S. 149ff.

險者がオプリーゲンハイトの履行がなされることにつき利益を有していないため、實際上排除される場合が多いとし、損害賠償請求についても、保険者が損害を被る場合はほとんどないとして、問題となる場合は少ないとするものがある⁴⁴⁾。他方、前提条件説に立つとされる判例においても、代表者責任の法理 (Repräsentantenhaftung) を用いて、第三者によるオプリーゲンハイトの違反の場合に、保険契約者によるオプリーゲンハイト違反の場合と同様の法律効果を認めており⁴⁵⁾、学説においても、BGB278条の類推適用を認め、同様の結論をとるものがある⁴⁶⁾。したがって、オプリーゲンハイトの法的性質の理解が必ずしもオプリーゲンハイト違反の場合の帰結に決定的な区別をもたらしているわけではないといえた。にもかかわらず、Schmidtの見解が現れるまで、前提条件説と債務説の対立は解消されることなく、保険法におけるオプリーゲンハイトをめぐる議論は混迷を極めていた。

Ⅲ. Schmidtの提唱したオプリーゲンハイト概念

1. Schmidtの問題意識

Schmidtのオプリーゲンハイト概念の提唱につながる民法上の議論と保険法上の議論は、次のような議論であった。

民法上の議論は、履行請求や損害賠償が認められないという特殊な性質を有する法的地位を、法秩序の中にいかに位置付けるかという議論であった。この議論は、その特殊な法的地位が法的義務とは異なるものであるという認識を前提とするものであった。そのうえで、当該法的地位を様々な角度から分析し、法的義務とは異なる特質をあぶりだすことで、法秩序における位置づけを与えることが試みられた。

44) この点につき、とりわけErich R. Prölß, *Versicherungsvertragsgesetz*, 7. Aufl., 1952, S. 66f. 参照。Prölßは、違反の場合に保険者の履行請求や損害賠償請求が認められるか否かは、オプリーゲンハイトを義務と解するにあたって重要ではないとする。

45) RGZ 9, 118; RGZ 22, 4; RGZ 51, 20; RGZ 117, 327; RGZ 135, 370など。

46) たとえばBruck, a.a.O. (Fn.31), S. 208f.

他方、保険法上の議論は、VVGによって既に定められているオプリーゲンハイトという概念をどのような概念として把握するかという議論であった。ただし、そこでは、通常の法的義務とは異なる特質をもつオプリーゲンハイトを、法的義務とは異なる特別な概念として認めるかという観点で議論が展開された。したがって、オプリーゲンハイト違反の場合に履行請求や損害賠償を認めるかという問題もまた議論の対象として含まれていた。もっとも、保険法上の議論はVVGという法律に縛られたものとなり、その特殊な法的地位の分析には十分な関心が向けられていなかった。

このような2つの議論が展開される中で、Schmidtは次のような問題意識のもと、オプリーゲンハイトという概念の提唱に取り組んだのである⁴⁷⁾。すなわち、法による強制をめぐる法秩序が問題とする行為態様には義務と義務でないものだけが存在するのではなく、その間に、特別な利益状況を背景として義務性を弱められた行為類型が存在している。そこでこのような類型について適切に規律するために、法による強制をめぐる法秩序を整理して、そこに当該類型を位置づける必要がある。

このため、Schmidtの見解は、前提条件説と債務説とが対立する保険法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論に対して、法的義務か否かという視点を捨て、オプリーゲンハイトという特殊な法的地位を正面から認めたいうえで、その特性に基づく規律のあり方を考えるべきという提言であったといえる⁴⁸⁾。

2. Schmidtによる法秩序整理の視点

Schmidtによる法秩序の分析と整理は、それまで民法上の議論で取り上げられてきた複数の視点を取り込んだ上で⁴⁹⁾、それを掘り下げ、あるいはアレンジすることで行われている。この点、Schmidtが法秩序の分析・整理にあた

47) Schmidt, aa.O. (Fn. 6), S. 3ff.

48) このため、Schmidtの見解は、前提条件説と債務説の折衷説とも、また、どちらの説とも異なる独自の説であるとも説かれる。

49) 他方で、Schmidtが提示したオプリーゲンハイト概念の理解には従来すでに指摘されて

り用いている視点は次の4つに整理することができる。第1に、法制度が想定する状況を実現するために用いられる手段の性質という視点、第2に、法制度が一定の状況の実現を望み、その状況が実現されることを目的として設定しているかという視点、第3に、法秩序がその想定する状況の実現をどの程度の強度で強制しているかという視点、そして第4に、法秩序が想定する状況の実現との関係で当事者がどのような利益状況にあるかという視点である。

(1) 実現手段の性質

Schmidtは、法制度が想定する状況を実現するために用いられる手段には、2つの種類があるとす。1つは、法制度が想定する状況を実現する者に対して有利な法的効果を与えることで、その実現を誘引する方法。もう1つは、法制度が想定する状況を実現しない者に対して不利益となる法的効果を与えることで、その実現を強制する方法である。Schmidtは、誘因という前者の手段で実現を促される法的地位を誘因要件 (Anreizungstatbestand)、強制という後者の手段で実現を強制される法的地位を強制要件 (Nötigungstatbestand) という概念で把握する⁵⁰⁾。

(2) 法秩序の目的

Schmidtは、法制度が一定の状況の実現を想定している場合であっても、そこには、法秩序がその状況の実現を望み、その状況が実現されることを目的として設定している場合と、そうでない場合とがあるとす⁵¹⁾。

すなわち、法制度には、一方で、社会的あるいは経済的な緊張関係が立法者の意図や構想に沿う形で克服されるように、一定の状況の実現に一定の法

いた点が多く含まれているにもかかわらず、これを指摘する先行業績への言及が十分になされていないという批判もなされている (Olaf Henß, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht*, 1988, S. 40ff.; Susanne Hähnchen, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, 2010, S. 12)。

50) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 53ff.

51) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 56ff.

律効果を“機能的に (funktionelle)” 結び付けている制度⁵²⁾があるとする。そのような法制度では、一定の状況の実現が誘引され、あるいは強制されていても、その実現にかかる一定の行為態様と、その結果として生じる法的効果は、単に原因と結果の関係にあるにすぎないものとしてとらえられることになる。

これに対し、法制度には、一定の状況が実現されること自体が法の目的として設定されており、その実現に向けた行為が行われるよう、当該行為に一定の法律効果を“目的的に (teleologisch)” 結び付けているものがあるとする。そのような制度では、誘引や強制の作用が立法者または契約当事者によって目的志向的に規定されているものとしてとらえられていることになる。

Schmidtは、前者の制度が問題とし、当該制度による誘因や強制が機能的にのみなされているにすぎない法的地位を機能的要件 (funktionelle Tatbestand) という概念で、他方、後者の法制度が問題とし、当該制度によって目的的に誘因や強制がなされる法的地位を目的的要件 (teleologische Tatbestand) という概念でとらえる。

(3) 強制の強度

Schmidtは、強制手段の性質という第1の視点と法秩序の目的という第2の視点を組み合わせ、法秩序が問題とする法的地位を、まず、4つに分類する。すなわち、機能的にのみ誘因が行われる機能的誘因要件、機能的にのみ強制が行われる機能的強制要件、目的的に誘因が行われる目的的要因要件、そして目的的に強制が行われる目的的要因要件である。

Schmidtは、このうち、最後の目的的要因要件について、法制度が課す強制の強度により、さらなる分類を行う⁵³⁾。すなわち、まず、少なくとも損害

52) Schmidtは要件・効果が機能的な関係のみを有する法制度として、法律が定める形式を欠く法律行為を無効とするBGB125条や、行為基礎の障害の場合に契約の適合を求めうることを定めるBGB313条を挙げる (Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 57)。

賠償請求権をもって一定の状況の実現を強制する、強い法的強制力を伴う法制度⁵⁴⁾、そして、その違反に対して損害賠償請求権は発生せず、単に不利益な法的効果を生じさせるにすぎない、弱い法的強制力のみを伴う法制度である。Schmidtは、前者の強い法的強制力を伴う法制度によって基礎づけられる法的地位を「(狭義の)義務 (Verbindlichkeit)」とよび、これに対し、弱い法的強制力のみを伴う法制度によって基礎づけられる法的地位を「オプリーゲンハイト (Obliegenheit)」と呼称する。

なお、Schmidtは、法が目的的に(その実現を企図して)作為・不作為を強制する場合に、すなわち、目的的強制要件を問題とする法制度によって基礎づけられる法的地位が法的義務 (Pflicht) であるとする⁵⁵⁾。このため、Schmidtはオプリーゲンハイトも義務の一種としてとらえ、「広い意味での義務 (Pflichten im weiteren Sinn)」であるとする。

(4) 当事者の利益状況

Schmidtは、一定の行為態様に履行請求権や損害賠償請求権以外の法的な不利益が法律効果として結び付けられていることを、オプリーゲンハイトのメルクマルとする。そして、この法的不利益とは、オプリーゲンハイトの負担者に影響を及ぼす権利を相手方に基礎づける、あるいはオプリーゲンハイト負担者が保持していた法的地位を失わせることにあるとする⁵⁶⁾。

Schmidtは、オプリーゲンハイトには、(狭義の)義務と異なり、このような弱い強制力しか認められない点を、当事者の利益状況によって根拠づけ

53) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 314f.

54) Schmidtは、履行請求権が認められることを「(狭義の)義務」のカテゴリーに含める要件と考えてはいない。すなわち、Schmidtは、「(狭義の)義務」のカテゴリーには、①裁判上の訴えと強制執行が認められる義務、②訴えを提起することは認められるが、強制執行は認められない義務、③訴えの提起も強制執行も認められない義務があるとする (Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 314)。

55) 機能的誘因要件および目的的誘因要件が法的義務を基礎づけるものではない点については、Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 314参照。また、機能的強制要件が法的義務を基礎づけない点については、Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 76ff参照。

56) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 315f.

る⁵⁷⁾。すなわち、(狭義の)義務は、債権者の利益のために債務者に課せられ、債権者の利益のために債務者によって履行されるものであるのに対し、オプリーゲンハイトは、確かに相手方の利益のために負担者に課されるものであるが、その履行に対しては、オプリーゲンハイト負担者も利益を有しているため、相手方の利益と同時に負担者の固有の利益において履行されるものである。このため、オプリーゲンハイトが違反された場合には、その負担者の固有の利益に非難が向けられるのであり、したがって、オプリーゲンハイトの違反は相手方の損害賠償請求権を基礎づけない。

IV. Schmidt以降の議論

Schmidtがオプリーゲンハイトという概念を提唱して以降、BGB293条の債権者遅滞制度における債権者の法的地位のように、一定の法的地位をオプリーゲンハイトという概念でとらえることが広く共有されることとなった。

もっとも、Schmidtの提唱したオプリーゲンハイトの理解がそのまま受け入れられているわけではない。現在オプリーゲンハイトという用語が用いられる場面において問題なく共有されているのは、その違反の場合に履行請求権や損害賠償請求権が認められず、行為者が権利や利益を失うのみである拘束的行為類型をオプリーゲンハイトという概念で把握するという点のみといえる。

しかしながら、Schmidtの見解がこの点を除きすべて完全に否定されたわけでは、もちろんない。Schmidtが展開したオプリーゲンハイト概念の考え方は、多くの観点において、批判的なものを多分に含む様々な議論が展開される契機を提供することとなった⁵⁸⁾。このためドイツでは、Schmidtによるオプリーゲンハイト概念の提唱以降、個別具体的なオプリーゲンハイトが問

57) Schmidt, aa.O. (Fn. 6), S. 104, 314f.

58) Schmidtの見解に対する批判については、特にオプリーゲンハイトの非義務性に着目して整理した拙稿「損害軽減義務の内容に関する一考察 — ドイツ法上のObliegenheitの観点から」加藤新太郎＝太田勝造＝大塚直＝田高寛貴編『21世紀民法学の挑戦 — 加藤雅信先生古稀記念(上巻)』(信山社, 2018年) 699頁以下も参照。

題となる制度ごとの議論はもちろんのこと、より一般的な形でオプリーゲンハイト概念を問題とする議論も多数展開されている⁵⁹⁾。

そこで以下では、Schmidt以降にどのような議論が展開されてきたのかを、まずはオプリーゲンハイトを一般的に問題とする議論につき整理し、オプリーゲンハイトに関するどのような点が掘り下げられているのかを考察していく。

(1) オプリーゲンハイト違反の効果と義務違反の効果の比較

問題視された点の1点目は、Schmidtがオプリーゲンハイトを義務よりも強制力の弱められた法的地位としてとらえる点である。すなわち、オプリーゲンハイト違反の場合には、義務違反の場合と異なり、履行請求権や損害賠償請求権は発生せず、ただ権利喪失等の一定の不利益が課されるだけである。このため、履行請求権や損害賠償請求権という“強力な”効果が認められないオプリーゲンハイトを、Schmidtは「義務よりも強制力が弱い」という特性のある法的地位として把握した⁶⁰⁾。

この点につき、オプリーゲンハイト違反の効果は本当に義務違反の効果より弱いのかという疑問が呈された。この疑問は、特に保険法の議論から呈され⁶¹⁾、保険契約者が告知のオプリーゲンハイト等を怠った場合、保険金請求権を失うという効果がオプリーゲンハイト違反の効果として生じるが、その

59) これらの議論の根底には当事者の利益状況をどのようにとらえるかという点についての理解が深くかかわっている。しかし、その理解は一律ではないにもかかわらず、明確な形で対立が顕在化しているわけではない。たとえば、Schmidtはオプリーゲンハイトの履行につき、オプリーゲンハイト負担者と相手方の双方の利益が問題となるという理解であるのに対し、とりわけ近年ではオプリーゲンハイト負担者の固有の利益のみを問題とする見解が少なくない (Irmgard Neumann, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 3; Olaf Werner, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, § 241 Rn. 32)。このような見解には、特にZitellmannの提唱した「自己に対する過失 (Verschulden gegen sich selbst)」概念の影響が強くみられる。

60) Schmidt, aa.O. (Fn. 6), S. 312ff.

61) この点は保険契約法の分野で古くから指摘されていた。Otto Hillebrecht, Die Verletzung der Anzeigepflicht nach dem Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, 1910, S. 100; Walther Weyermann, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 1929, S. 91.

効果は保険契約者、すなわちオプリーゲンハイト負担者にとって非常に強い制裁であると主張されている⁶²⁾。そして、このような主張を行う論者は、オプリーゲンハイト違反の場合に、義務よりも弱められた制裁的效果のみが認められているのではなく、オプリーゲンハイトの当事者関係に即した効果が認められているに過ぎないとする。

(2) オプリーゲンハイト違反の効果の正当化

問題視されている点の2点目は、オプリーゲンハイト違反の場合にオプリーゲンハイト負担者に課される不利益をいかに正当化するかという点である。この点Schmidtは、オプリーゲンハイトの問題の中心に矛盾行為禁止の原則を置き、オプリーゲンハイト違反は違法な行為ではなく、BGB242条の信義則に基礎づけられた矛盾行為禁止の原則に反する行為であるとする⁶³⁾。そして、オプリーゲンハイト違反の効果を、この矛盾行為禁止の原則によって正当化する。

しかし、この点に対して、矛盾行為禁止の原則から直接的にオプリーゲンハイトに関わる効果を導き出すことはできない、あるいはオプリーゲンハイト違反の場面は矛盾行為禁止の原則が扱う領域と必ずしも一致しないといった批判が展開されている⁶⁴⁾。とりわけ、損害軽減義務について定めるBGB254条⁶⁵⁾をとりあげ、オプリーゲンハイトを問題とする一定の制度にお

62) Carl Ritter, Das Recht der Seeversicherung, Ein Kommentar zu den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungs-Bedingungen, Bd. 1, Neudruck 1953, S. 36; Ernst Klingmüller, Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung, in: Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht, Bd. 4, 1967, S. 77

また近年ではSchmidt-Hollburg, Hartwig, Die Abgrenzung von Risikoausschlüssen und Obliegenheiten in den kaufmännischen Versicherungszweigen, 1991, S. 12; Jürgen Hartwig, Die Eigenverantwortung im Versicherungsrecht, 1993, S. 257などが同種の見解を主張し、民法分野においてもDirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 196がこの点に言及している。

63) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 110ff., 122, 130f., 142f.

64) Josef Esser, Besprechung von Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, in: AcP 154 (1955), S. 51f.; Kurt Ballerstedt, Besprechung von Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, in: ZHR 121 (1958), S. 86.

いてはその基礎に矛盾行為禁止の原則がおかれていることを肯定するとしても、それをすべてのオプリーゲンハイトへと一般化することはできないと主張されてきた⁶⁶⁾。このため、ドイツでは、Schmidtの見解が示されて以降、オプリーゲンハイト違反の効果をいかに正当化するかという議論が展開されている⁶⁷⁾。

(3) オプリーゲンハイト負担者の心理的側面

オプリーゲンハイトは、その違反の効果として履行請求権は発生しないため、オプリーゲンハイトの履行を国家機関を通じて現実に実現することはできない。しかし、オプリーゲンハイト負担者は、オプリーゲンハイトを履行しなければ、一定の権利の喪失等の不利益を被るため、オプリーゲンハイトの履行に向けて心理的強制が働き、結果として任意の履行が行われることになる。Schmidtは、オプリーゲンハイトの特性の解明と分類を行うにあたり、このオプリーゲンハイト負担者の心理的側面に大きな比重をおいている⁶⁸⁾。

これに対し、そもそも心理的作用の観点からオプリーゲンハイトの特性を分析することが可能なのか、可能だとして有用であるのかという疑問が呈せられた⁶⁹⁾。このため、オプリーゲンハイトをめぐるオプリーゲンハイト負担者の心理的側面とオプリーゲンハイト概念の理解との関係につき、法心理学

65) BGB254条の規律する損害軽減義務はオプリーゲンハイトであると解されており、また、当該制度の基礎には矛盾行為禁止の原則がおかれていると解する見解が有力である。

66) Wolfgang Grunsky, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl, 1994, § 254 Rn. 2; Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl, 2016, § 254 Rn. 4.

67) もっとも、債務の履行に対する債権者の協力に関する規律の分野では、近年、オプリーゲンハイトとの関係で矛盾行為禁止の原則の考え方が再度注目されるに至っている。Uwe Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 230f.; Christian Hartmann, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, 1997, S. 88.

68) すなわち、Schmidtは、オプリーゲンハイト負担者にかかる心理的作用が、オプリーゲンハイトの履行に向けた“勧誘”か、それとも“強制”か、そして、その心理面への強制は法が目的的に行っているものか、それとも機能的に行われているにすぎないのかを詳しく論じている (Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 49ff.)。

69) Michael Kalka, Die Nebenpflichten im Lebensversicherungsvertrage, 1964, S. 46f., 73; Henß, a.a.O. (Fn. 49), S. 36ff.; Looschelders, a.a.O. (Fn. 62), S. 227.

の分野にまで広がる議論が展開されている⁷⁰⁾。

(4) 義務概念の理解をめぐる議論

Schmidtによって構築されたオプリーゲンハイト理論は、法的義務(Rechtspflichten)をどのようにとらえるかという問題に対する哲学および法哲学の観点からの検討を基盤として構築されている。この点につきとりわけSchmidtが強調したのは、法的義務をたった1つの構造で把握するのではなく、段階的に変化する階層構造をもつものとして把握することである⁷¹⁾。

この点については、法的義務の理解に関するSchmidtの見解に対する疑問、あるいはSchmidtの主張する法的義務の理解とオプリーゲンハイトの理解、とりわけオプリーゲンハイト違反の効果の把握との結びつきに対する疑問を呈する議論の展開がある。その典型が、オプリーゲンハイトを法的義務の一種として把握することに対する疑問であり、履行請求や損害賠償と法的義務の結びつきを強く意識してきたSchmidt以前の民法上の議論との断絶が、十分な説明のないままSchmidtによりとられていることが議論の契機となっている。そして、近年では、法的義務の把握をめぐる近年の議論の展開を基礎として、オプリーゲンハイトの理解の再構築を図る議論も展開されるに至っている⁷²⁾。

70) もっとも、心理的側面における強制へ着目することは、Schmidt以前の見解においても示されていた。Siber, a.a.O. (Fn. 18), S. 64, 78f., 196; Max Hercher, a.a.O. (Fn. 25), S. 27; Georg Marohn, Herbeifuehrung des Versicherungsfalls durch den Versicherungsnehmer, in: Wirtschaft und Recht der Versicherung: Beiheft der "Öffentlichrechtlichen Versicherung", 61. Jahrgang, Heft 1, 1929, S. 86.

71) Schmidt, a.a.O. (Fn. 6), S. 8ff.

なお、この問題に関するSchmidtの見解を整理したものとして、Henß, a.a.O. (Fn. 49), S. 31ff.がある。

72) Hähnchen, a.a.O. (Fn. 49), S. 233ff.

V. おわりに

1. 債権者遅滞制度における債権者の協力をめぐる議論⁷³⁾

以上、ドイツ法のオプリーゲンハイトをめぐる議論を概観してきたが、債権者遅滞制度における債権者の協力とオプリーゲンハイトをめぐる議論は強い結びつきをもって展開している。

まずSchmidt以前の民法上の議論において、法的義務と区別される特殊な法的地位の具体例としてBGB293条以下の債権者遅滞制度における債権者の地位が言及されており、オプリーゲンハイト概念を提唱したSchmidtも、オプリーゲンハイトの代表例の1つとして債務の履行に対する債権者の協力を挙げ、詳細な分析を加えている。そして、Schmidt以降の議論においても、やはり債権者遅滞との関係における債権者の協力はオプリーゲンハイトの具体例として言及されている。

また、Schmidt以降、上記のオプリーゲンハイトを一般的な形で扱った議論以外にも、個別・具体的なオプリーゲンハイトごとの議論も展開されており、債権者遅滞制度における債権者の協力をめぐる議論もまた様々な形で展開されている。その中でも特筆すべき議論として、BGHが債務の履行に対する協力についての債権者のオプリーゲンハイト違反の場合に債務者の損害賠償請求を認めた1953年の判決⁷⁴⁾を契機として、これに反対する学説⁷⁵⁾との

73) ドイツの債権者遅滞制度につき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。

74) BGHZ 80, 11.

事案は、海上運送人たる原告と傭船者たる被告との間で締結された、原告が汽船を提供して荷を運送する契約に関するものである。この契約に基づき、汽船の提供と荷の運搬についての債務者たる原告が汽船と荷積みの準備をしたにもかかわらず、これを要求しうる債権者たる被告が荷積みを行おうとしなかった。このため、原告が汽船を撤退させ、無駄に支出することとなった費用の賠償を被告に請求した。

BGHは、債権者の協力は「真の義務」ではないが、広い意味において契約上の債務（Vertragsverbindlichkeit）にあたるとして、積極的契約侵害（Positive Vertragsverletzung）という概念を通してであるが、その違反に損害賠償請求を認めたのである。

75) BGHの立場を、即座に、かつ痛烈に批判したのがHeinrich Lehmann, JZ. 1954, 240であ

間で展開された議論がある。

2. 日本法の議論に対するドイツ法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論の意義

(1) オプリーゲンハイト負担者の法的地位の分析

オプリーゲンハイトという概念で債権者の地位を把握すること、あるいはオプリーゲンハイトがいかなる法的性質をもつ概念であるかということは、日本法における債権者の責任規範を考えるうえで、さほど重要な意味を有しない。すなわち、オプリーゲンハイトという概念自体に特別な意義があるわけではなく、もしオプリーゲンハイトという概念が、その違反の場合に履行請求権や損害賠償請求権が生じず、単に一定の不利益を課されるだけである地位を、通常の義務と区別してそう呼称するというだけのものであるならば、オプリーゲンハイトをめぐる議論を検討する意義は少ないといえる⁷⁶⁾。しかし、これまで考察してきたように、ドイツでは、オプリーゲンハイトという概念を契機として、義務概念でとらえることも、逆になんら責任のない立場としてとらえることも適切とは言い難い、オプリーゲンハイト負担者の法的地位、たとえば債権者が債務の履行への協力に対して負う法的地位について、それがどのような地位であるのかという考察が行われ、議論が展開されている。したがって、とりわけ次の2つの観点からドイツ法上のオプリーゲンハイトをめぐる議論を考察することで、日本法における債権者の責任規範を考えるための重要な示唆を得られると考える。

第1に、ドイツ法の議論においては、オプリーゲンハイトという概念でと

り、その他、Hans Hermann Seiler, Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. neubearb. Aufl., Bd. 1, 1981, § 642 Rn. 13.; Manfred Löwisch, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, § § 255-314, Neuarbeitung 2001, Vor. § § 293-304 Rn. 13.なども、BGHに反対する見解を展開する。

76) 辻博明・前掲註(5) 24頁以下は、債務関係における(真正の)義務でカバーすることができない領域をとらえることにオプリーゲンハイトの意義があるとするが、契約当事者の法的地位の理解に関する契約責任論の柔軟性を考慮に入れば、それだけで存在意義を認めることは難しいと考える。

らえられる法的地位にどのような特徴を見出し、また、オプリーゲンハイトと区別される義務等の概念との間にどのような違いを見出したのか。第2に、オプリーゲンハイト違反の場合に認められる効果は、当該概念との関係ではどのように正当化されるのか、また逆に、オプリーゲンハイト違反の場合に損害賠償等の効果が認められないことはどのように正当化され、どのような形で折り合いがつけば、それらの効果（義務違反の効果）が認められうると考えられているのか。

もちろん、この2点は、ドイツの議論状況の整理においてすでに示したように、ドイツにおいても未だ争いのある状態である。しかし、多様な理解の対立状況の整理も含めて、この2点の検討は、協力義務を問題としない債権者の責任規範と協力義務違反により基礎づけられる責任規範との関係の解明に有益な示唆を与えてくれると考える。しかも、ここで示唆を得られる両責任規範の関係には、債権者の協力義務が認められる範囲の問題も内包されることになる。

(2) 今後の検討の方向性

日本では、債権者が債務者による債務の履行を受領しない場合についての規律を考えるにあたり、まず債務者の保護という視点が先にあり、どのような保護が必要であり、どのような保護であれば与えうるかという観点からの議論が展開されてきた。この点は法定責任説において特に顕著であるといえる⁷⁷⁾。他方で、債務不履行説においては、確かに債権者が受領との関係でど

77) すなわち、法定責任説においては、債権者は本来受領を行うことについて“義務”を負っていないとしたうえで、413条に基づく責任を“債務者を保護するために法が特別に認めた責任”と解するにとどまり、債権者に対する行為要請という観点にはほとんど言及されていない。

また、債務不履行説において、特に債務者の保護という観点を前面に出した議論を展開するのが星野英一博士である（星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』〔良書普及会、1978年〕134頁）。ただし、星野博士の見解を単純な債務不履行説の主張として片付けるべきではないことにつき、拙稿「契約の履行過程における債権者の責任（2）－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」名古屋大学法政論集247号（2012年）145頁参照。

のような法的地位に立つことになるかが検討されたが、債権者が義務を負うか負わないかという2択の中での議論であった⁷⁸⁾。

もちろん、債務者の保護という視点が、債権者による履行プロセスの障害場面の規律を考えるにあたり重要であることは疑いようがない。しかし、履行プロセスに対する債権者の法的地位という観点も、当該規律を支える両輪の片側として、債権者の責任規範の構築に重要な意義を有すると考える。そこで今後は、ドイツ法におけるオプリーゲンハイトをめぐる議論の考察をさらに進め、履行プロセスに対する債権者の法的地位という観点から、履行プロセスにおける債権者の責任規範の構築を検討していく。

78) 債務不履行説を確立し、債権者の法的地位についても十分な議論を展開したのが我妻栄博士である（我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』〔岩波書店、1964年〕7頁以下）。

他方、近年では、債務不履行説に近い考え方をとりつつ、受領義務の概念を柔軟に解する見解も主張されている。債権者の法的地位を「規範的拘束を受けた地位」としてとらえる潮見佳男『債権総論（第2版）Ⅰ』（信山社、2003年）506頁以下や、受領義務をグラデーションのある概念としてとらえる坂口甲「ドイツにおける債権者遅滞制度と債権者の協力義務（3）」法学論叢166巻2号（2009年）148頁である。