

付随義務の分類（二）

高 田 淳

第一章 問題提起および議論状況

- 一 問題提起
- 二 従来 of 議論
- 三 検討課題
- 四 いわゆる「契約解釈アプローチ」について

第二章 ドイツ学説分析のための前提

- 一 債権関係概念

二 義務違反をめぐる規定内容（以上、第一二六卷九・十号）

第三章 ドイツにおける付随義務をめぐる議論

- 一 訴求可能性重視説
- 二 旧二分説
- 三 二分説
- 四 三分説（以上、本号）

付随義務の分類（二）（高田）

第四章 ドイツにおける議論の整理

- 一 付随義務の分類
- 二 給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容
- 三 付随義務の基礎づけ

第五章 日本法における付随義務

- 一 給付利益確保を目的とする付随義務
- 二 主たる給付義務・合意に基づく付随義務との区別
- 三 保護義務との関係
- 四 契約上の義務の分類に関する総括
- 五 契約目的支援義務違反の効果
- 六 まとめ

第三章 ドイツにおける付随義務をめぐる議論

本章では、付随義務をめぐるドイツの学説の議論内容を紹介・検討するが、そこにおける分類の仕方や用語法には、全く統一性がなく、整理の視点を固めること自体が難しい。しかしながら、第二章で示したように、ドイツ民法では、義務違反に際し適用される条文として、給付義務のための二八一条・三二三条と保護義務のための二八二条・三二四条とがあるところ、ドイツにおける付随義務の議論は、この適用を念頭に置いていることが多いので、これに整理の手がかりを求めることとする。

本章では、まず、諸見解を、大きく、この条文の適用問題を意識していない見解（「訴求可能性重視説」〔旧二分説〕）と、これを意識している見解（「二分説」「三分説」）とに分ける。そして、前者は、付随義務の分類において訴求可能性の有無を重視するか否かでさらに分けられる。後者には、給付利益確保を目的とする付随義務の中に二八二条・三二四条を適用するべきものが存するか否かをめぐり、これを認めない見解（二分説）とこれを認める見解（三分説）とがある。

先述のとおり、本稿では、契約に基づく債権関係から生じる義務のうち、主たる給付義務でないものについて「付随義務」の語をあてる。ところが、以下で検討するドイツの議論では、「付随義務〔Nebenpflicht〕」の語が、本稿の意味とは異なる意味で用いられることがある。⁽¹⁾そこで、以下では、個々の見解の紹介の際、本稿とは異なる意味で「Nebenpflicht」の語が用いられるときは、『付随義務』と表記することとする。

一 訴求可能性重視説

この立場は、付随義務のうち、訴求可能性のあるものを、とくに「従たる給付義務〔Nebenleistungspflicht〕」として分類する。この立場では、従たる給付義務という分類は、付随義務のうち、訴求可能性のあるものを区別する点に意味を持つ。

(2)
(一) Larenz

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Larenz は、主たる給付義務以外の義務として、債権関係上生じるものに、「従たる給付義務」と「その他の行為義

務 [weitere Verhaltenspflicht]」があるとする。⁽³⁾

その他の行為義務は、さらに、「保護義務 [Schutzpflicht]」と「給付関連的義務 [leistungsbezogene Pflicht]」⁽⁴⁾に分けられている。⁽⁵⁾

《従たる給付義務——定義・訴求可能性》

同説は、従たる給付義務を、「主たる給付義務との関係では、劣った意義しかもたないにもかかわらず、債権関係の内容を、共同で決定づけるもの」であると定義する。⁽⁶⁾

そして、従たる給付義務の発生根拠は、義務内容を具体的に規定する合意であるとし、また、同義務の訴求可能性を認める。⁽⁷⁾

《従たる給付義務——個別的内容》

合意によって生じる従たる給付義務の個別的内容の例として、次のものが挙げられる。⁽⁸⁾

——使用貸借人が一定の補修をする義務。

——特許権の売主が負う関連資料の提供義務。

——事業の利益貸借人が負う賃借期間満了後の一定地域における競合行為をしない義務。

《その他の行為義務——定義・訴求可能性》

同説によれば、その他の行為義務とは、「給付の準備・実行の際、債務目的の達成のために必要であり、かつ、生じうるが回避可能な損害から債権者を保護するために必要な注意および努力を払わなければならない」義務である。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

そして、その他の行為義務の訴求可能性を、原則として否定する。⁽¹¹⁾ 同義務の発生根拠は、信義則に求められる。⁽¹²⁾

《その他の行為義務——細分類》

先述のように、その他の行為義務には、一方で保護義務、他方で給付関連の義務がある。両者の区別は、前者が、契約当事者の一方に他方当事者の財貨に対する影響可能性が生じることを根拠にして生じるのに対し、後者は、相手方に、契約によって帰属することとされている利益を取得させることを目的としていることに求められている。⁽¹³⁾

《その他の行為義務——個別的内容》

同説は、その他の行為義務の個別的内容として、次のものを挙げる。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

- 目的物の保管・梱包義務。
- 目的物の利用に伴う危険について買主に説明をする義務。
- 他人の事務を処理する者の結果報告義務。
- 情報提供義務。
- 安全配慮義務。

— 相手方に配慮する忠実義務（使用貸借契約において根拠のない解約告知をしない等）。

《その他の行為義務——具体的行為義務・給付利益確保を目的とする付随義務》

同説は、給付の実行（給付行為）の際に適切な行為をすることと、⁽¹⁶⁾ 直接には給付結果の招来を目的とするものではないものの、債権関係の趣旨目的に適合する行為をすることは区別できるとする。⁽¹⁷⁾ そして、前者の行為をする義務は、給付義務に含まれるとする。⁽¹⁹⁾ しかし、この区別は脚注における簡単な示唆にとどまり、深い検討はない。

《保護義務——内容・基礎づけ》

同説においては、「保護義務は「債権者の法的財貨のもとに債権関係の履行から生じうる損害から債権者を保護する」義務である⁽²⁰⁾。先述したように、保護義務は、その必要を、契約当事者の一方に他方当事者の財貨に対する影響可能性が生じる点に持ち、また、その他の行為義務の一つとして、信義則を法的基礎づけとする。

保護義務は、契約締結前の段階では、契約交渉（それに類する取引的接触）に伴い、信義則を根拠として生じる法律に基づく債権関係上の義務⁽²¹⁾であり、契約交渉ないし取引的接触の経過の中で、一方の当事者が、その権利・法益を相手方の影響可能性にさらすときに生じる⁽²²⁾。もともと、その後実際に契約が成立したときは、法律に基づく債権関係は、契約に基づく債権関係に吸収される⁽²³⁾。

《その他の行為義務——基礎づけにおける特色》

先述のように、Larenz は、その他の行為義務の根拠を信義則に求めるが、同時に、同義務は契約に基づく債権関係上の義務であることを強調する。この背景には、債権関係上の義務をめぐる構造・根拠づけに関するLarenz の独自の思想がある⁽²⁴⁾。

すなわち、Larenz によれば、契約に基づく債権関係の内容は、その一部が当事者意思を根拠として決まるが、また別の一部は、信義則をも含む客観的な法〔das objektive Recht〕（法秩序、法律規定）を根拠として決まる。すなわち、主たる給付義務など契約の核心的部分は当事者意思に基づいて決定されるが、それ以外の部分は、信義則や任意規定・強行規定などの客観的な法によってその内容が決められる。そして、この際、客観的な法は、当事者意思を補充することを目的とするので、両者は、協働して、契約に基づく債権関係を形成する。したがって、契約に基づく債権関係は、当事者意思に基づく給付義務と客観的な法に基づくその他の行為義務（保護義務、誠実義務、配慮義務、協力義務等）

の義務群によって形作られる。⁽²⁵⁾

《特 徴》

Larenz の見解の概要・特徴は、次のとおりである。

給付義務には主たる給付義務と従たる給付義務があるとし、両者は合意から生じるとする。従たる給付義務の発生に、その具体的内容を規定する合意が必要であるという点は、同説の大きな特徴である。⁽²⁶⁾ 給付義務は、両者とも訴求可能であるとする。従たる給付義務の訴求可能性を認める点も特徴的である。

その他の行為義務には、原則として訴求可能性はないとする。したがって、訴求可能性を、従たる給付義務とその他の行為義務とを区別する、重要な分類上の特徴としている。

その他の行為義務は、保護義務と給付関連的義務とに分けられる。両者の区別は、目的設定基準に求められるといえる。

脚注における簡潔な示唆にとどまるが、その他の行為義務の中で、具体的行為義務にあたるものと、直接には給付結果の招来を目的とするものではないものの、債権関係の趣旨目的に適合する行為をする義務（給付利益確保を目的とする付随義務）とが区別されているのは、注目される。

その他の行為義務の基礎づけも注目される。Larenz は、同義務は、信義則から生じるとするが、そもそも契約上の義務のうち、当事者の意思によって基礎づけられるのは、その一部（契約の核心的部分）だけであると明言し、その余の部分は、信義則も含む法律規定によって補充されるという。合意に基づかない付随義務は、後者に属する。これらに関しては、当事者意思に基づくものでないのに、なぜ契約上の義務として生じるのか問題になりうるが、この点

に關し、Larenz は、信義則も含む法律規定が目指すのも、契約目的や当事者の利益状況にふさわしい規律をもたらすことであり、この点において当事者意思に基づく義務と同じであることを指摘する。⁽²⁷⁾ ここには、合意に基づかない付随義務は、たしかに当事者意思に基づくものではないが、当事者意思が目指す契約目的・適切な利益調整を尊重し貫徹するために必要とされるものであり、したがって、契約上の義務に位置づけられる、という考えをみてとることができる。この点に、付随義務の基礎づけを考えるうえで、大きな示唆を得ることができる。

(2) Böttcher⁽²⁸⁾

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Böttcher は、主たる給付義務と並んで、債権関係上、付随義務が生じるといふ。付随義務の発生根拠は、信義則に求められる。⁽²⁹⁾

そして、付随義務は、履行請求権を伴う「従たる給付義務」と、それを伴わない「非独立的付随義務〔unselbständige Nebenpflicht〕」とに分けられる。保護義務は、非独立的付随義務の一種とされる。

《従たる給付義務の定義——訴求可能性・個別的内容》

上記のように、同説において、従たる給付義務は、付随義務の中で履行請求権を有するもの（訴求可能なもの）を指す。⁽³⁰⁾

同説は、従たる給付義務にあたるものとして、報告・結果報告義務、費用負担義務、協力義務を挙げる。⁽³¹⁾⁽³²⁾

《非独立的付随義務——定義・法的効果》

同説では、非独立的付随義務とは、「給付結果を準備・促進することを目的とし、または、給付可能性を保持し、

生じた給付結果を維持することを目的とする」義務である。⁽³³⁾

非独立的付随義務は、それ自体としては、貫徹可能ではない（訴求可能ではない⁽³⁴⁾）。付随義務の違反は、その補助的機能にしたがって、原則として、損害賠償請求権をもたらすが、債権関係全体に対してその他の法律効果が生じること（費用賠償、解除、解約告知）もある、という。

《非独立的付随義務——細分類》

同説は、非独立的付随義務の細分類として、多くのものを挙げる。⁽³⁵⁾ このうち、給付誠実義務 [Leistungstreuepflicht] と保護義務が、とくに詳しく論じられている。

保護義務は、完全性利益の保護を目的とする関係から生じるものであり、この意味で他の義務には従属していないという独立性があるから、この点で他の付随義務と区別されるという。⁽³⁶⁾

《給付誠実義務の個別的内容》

同説は、非独立的付随義務のうち、給付誠実義務を、「主要義務を確実にするために、給付結果の準備・招来・確保のため全てのことをする義務であり、かつ、給付結果を害し、または、危殆化しうることをしない義務である」と定義し、その個別的内容として、次のものなど、広範・多岐にわたるものを挙げる。⁽³⁷⁾

—— 給付準備をする義務（商品梱包、動物の引渡の場合の給餌等）。

—— 工業品メーカーが保守サービス・取替部品を用意する義務。⁽³⁸⁾

—— 支援・配慮義務 [Unterstützungs- und Rücksichtnahmeverpflichtungen]。⁽³⁹⁾

《保護義務の内容・法的効果》

同説は、保護義務を、契約に際する当事者の接触から生じる法益侵害のリスクを回避することを目的とする、「債権関係の創出時・履行時に、相手方および保護範囲に含まれるその他の者の人格・所有権・その他の法的財貨が害されないように行為する」義務と定義し、「契約当事者は、債権関係の枠内で、相手方の健康および所有権に対して必要な注意を払わなければならない」という信義則に還元される原則のあらわれであるとす⁽⁴⁰⁾。

効果に関しては、保護義務は、通常は訴求可能ではないが、同義務違反は損害賠償請求権をもたらすとい⁽⁴¹⁾。

同説は、情報提供義務〔Aufklärungspflicht〕を「決定に重要な情報または債権関係の形成にとって有意義な事情について知らせる義務」と定義し、これを保護義務の一つとして位置づける⁽⁴²⁾。

《特 徴》

Böttcherの見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務と並んで付随義務が生じるという。すなわち、契約に関連する義務で、主たる給付義務以外のものを、付随義務と総称する。そして、付随義務は、明示的な合意から生じるものを除けば、信義則から生じるとしている。付随義務の発生根拠が信義則であることを強調するのは特徴的である。

付随義務は、独立的な訴求が可能か否かにより、従たる給付義務と非独立的付随義務とに分けられるという。したがって、訴求可能性を、付随義務のうち、従たる給付義務と非独立的付随義務とを区別する重要な分類上の特徴としている。

同説は、非独立的付随義務を、多様な種類の義務へと細分類する。その主なものが、給付誠実義務と保護義務である。

保護義務とその他の付随義務の違いについて、他の多くの見解と異なり、目的設定基準による区別を論じない。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

給付誠実義務の個別的内容が、給付準備の義務から支援義務・配慮義務に至るまで多岐にわたっている。

(3) 小 括

Larenz・Bötmcherの見解は、従たる給付義務という分類を用い、同義務を訴求可能性によって特徴づける点が共通している。そして、その点で従たる給付義務とその他の付随義務とが区別される⁽⁴⁵⁾。もともと、どのような基準で訴求可能性の有無が決まるかについては、掘り下げられていない⁽⁴⁶⁾。

従たる給付義務と区別される付随義務の中に、給付利益確保を目的とする付随義務(Larenzは給付関連的義務と呼び、Bötmcherは給付誠実義務と呼ぶ)、保護義務の分類を認める点も共通する。また、保護義務を、それ以外の義務と区別しており、この点は、他の多くの見解と同じである。

脚注における簡単な示唆にとどまるものの、Larenzが、給付結果以外の給付利益に配慮する付随義務を意識している点は、注目される。後述のEmmerich旧説、Esser/Schmidt、Stürnerにも同様の問題意識がある。

また、Larenzは、付随義務の基礎づけの点で示唆的な思想を論じている。

(4) 補 論

従たる給付義務に訴求可能性を認める点で、Larenz・Bötmcherに近い立場として、Emmerich(旧説)、Esser/Schmidtの見解がある。ただし、これらの見解は、訴求可能性による区別に重点を置いていない。その一方で、合意によって契約内容となっている給付結果以外の給付利益を確保するための付随義務が意識されている点が注目される。

(ア) Emmerich 旧説

Emmerich も、かつては、主たる給付義務以外の義務で債権関係から生じる義務のうち、訴求可能性のあるものごとくに従たる給付義務として分類する立場であった（本稿では、Emmerich 旧説と呼ぶ⁽⁴⁷⁾）。もともと、Emmerich 旧説は、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、訴求可能性があるものを従たる給付義務とし、⁽⁴⁸⁾ それがないものを非独立的付随義務（または単に「付随義務」）と呼び、分類上は両者を分けつつも、その区別は実際は困難であると率直に認め⁽⁴⁹⁾、両者がどのように区別されるかを具体的に論じていない⁽⁵⁰⁾。

他方で注目されるのは、Emmerich 旧説が、明確に、従たる給付義務・非独立的付随義務が、契約内容としての給付結果⁽⁵¹⁾以外の債権者利益の保護を目的とする場合があることを論じている点である。同説も、債務者は、契約内容である給付結果の実現について責任を負い、それ以外の債権者利益の不達成は、債権者がそのリスクを負うのが原則であることを確認する⁽⁵²⁾。その上で、債務者は、「二四二条の枠内で、適切な方法で、債務者にとって認識されているまたは認識可能である、債権者の「その他の」契約目的、すなわち、債権者の利用目的について配慮しなければならぬ。債務者は、したがって、この目的を挫折するおそれのあることをしてはならない。」と論じる⁽⁵³⁾。そのような例として、使用貸借人の競合回避義務⁽⁵⁴⁾および協力義務⁽⁵⁵⁾を挙げる。

(イ) Esser/Schmidt

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Esser/Schmidt は、主たる給付義務以外の債権関係上の義務として、「従たる給付義務」と「保護義務⁽⁵⁶⁾」を認める。

《従たる給付義務の定義・訴求可能性》

同説によれば、従たる給付義務とは、主要的給付が実行されるだけでは債権者の必要の満足に十分でないときに、債務者に付加的な活動を負わせるものである。すなわち、主要的給付を適正かつ有意義にもたらすために不可欠なものであって、目的・状況から要請されることを、債務者に求めるものである。⁽⁵⁷⁾

同説は、従たる給付義務の訴求可能性を原則として認め、まさにこの点が、保護義務との違いであるとする。⁽⁵⁸⁾ しかしながら、この点を図式的に貫徹するのは適切でないとし、訴求可能性を決定づけるのは、従たる給付義務かどうかという分類ではなく、問題となっている義務の内容が訴訟形式や判決・執行の命令にふさわしいものであるかどうかなのであって、従たる給付義務は、保護義務と比べ、この点を満たしやすく、したがって訴求可能性を持つことが多いとする。

《従たる給付義務の個別的内容》

同説は、従たる給付義務の例として、次のものを挙げる。⁽⁵⁹⁾

—— 付加的な物的給付（車検証、系統図、そのほかの証明書）義務。

—— 梱包義務・保管義務。

—— 報告・結果報告。

—— 目的物の適切な利用のための情報提供ないし取扱説明。

《保護義務の内容・訴求可能性》

同説も、保護義務を「相手方の権利および法的財貨の保護」を内容とするものとし、その必要性を、契約的接触による相手方の財貨への影響可能性に求め、法的根拠として、信義則を挙げる。⁽⁶⁰⁾

同説は、保護義務が状況依存的であり事前に確定可能でないことを理由に、その訴求可能性を、原則として否定する。⁽⁶¹⁾

(ウ) 小 括

以上のように、Emmerich 旧説、Esser/Schmidt は、ともに、従たる給付義務に訴求可能性を認めるが、その特徴を重視していない。⁽⁶²⁾

注目されるのは、両説とも、契約内容となつている給付結果以外の債権者利益を確保するための付随義務（給付利益確保を目的とする付随義務）を認めていることである。すなわち、主要的給付の履行だけでは、契約目的の実現や給付結果の享受には十分でない場合があるとし、その場合に、契約目的の実現や給付結果の享受を全うするために、債務者に、一定の行為が課されることを認めている。もつとも、その具体例には乏しく、Emmerich が使用賃貸人の競合回避義務および協力義務を挙げる程度である。

なお、付随義務の分類や基礎づけに主たる関心を置くものではないが、Stürner も、付随義務・保護義務の訴求可能性をテーマとした論考において、契約内容となつている給付結果以外の債権者利益を確保するための付随義務を論じている。⁽⁶³⁾ 同説は、そのような付随義務として、使用賃貸人の競合回避義務や、契約当事者が官庁の許認可を必要とする場合において官庁と交渉する義務を取り上げ、その訴求可能性を検討する。⁽⁶⁴⁾

このように、Emmerich 旧説、Esser/Schmidt、Stürner の見解では、付随義務の中には、契約内容となつている給付結果以外の債権者利益を確保するための付随義務が存することが明確に認識されている。これに対し、以下で検討する他の見解では、このような付随義務の特徴に関する意識は希薄である。

二 旧二分説

次に、付随義務を、目的設定基準によつて、給付利益確保を目的とする付随義務と保護義務とに区別しつつ、訴求可能性重視説とは異なり、訴求可能性に分類上の意義を認めない見解として、Teichmann、Thiele/Fezer のものを取り上げる。両者ともに、付随義務を二つに分けつつも、債権法改正前の見解であるので、その分類を、二八一条・三二三条、二八二条・三三四条のどちらが適用されるかという問題と関連させていない。⁽⁶⁵⁾

これらの見解は、主たる給付義務以外で、給付利益を目的とする契約上の義務について、従たる給付義務という用語は用いず、「給付関連的付随義務 [leistungsbezogene Nebenpflicht]」の用語を用いる。

(1) Teichmann

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Teichmann は、主たる給付義務以外の義務で、債権関係に伴う義務を付随義務と呼ぶ。⁽⁶⁶⁾

付随義務を、「給付関連的義務 [leistungsbezogene Pflicht]」と「保護義務」とに分類する。分類基準は、目的設定基準による。⁽⁶⁸⁾

《付随義務の定義・特徴・法的根拠》

付随義務は「契約目的確保のための契約上の義務の補充」であるとし、その義務違反のときに損害賠償請求権を基礎づけるために、判例上確立されてきた、という。付随義務の法的根拠は、信義則に求められている。⁽⁶⁹⁾

付随義務の一部である給付の準備・推進・確保義務（後述）についてののみ、義務違反のときの効果が言及される。⁽⁷⁰⁾

《給付関連の付随義務——定義》

Reichmann は、給付関連の付随義務を時的に区分し、契約締結段階、契約履行段階、契約履行後の三つに分類する。このうち、契約締結段階の給付関連の付随義務とは、情報提供義務である。⁽⁷¹⁾ また、契約履行後の給付関連の付随義務とは、いわゆる契約の余後効 [Nachwirkung] のことである。⁽⁷²⁾

契約履行段階の給付関連の付随義務は、「両当事者によって目指された取引の結果、または、一方当事者の契約目的であるものとして相手方当事者が承認した取引の結果をもたらすために、受忍要求可能な全てのこと [alles Zumutbare] をする義務」と定義される。⁽⁷³⁾

《給付関連の付随義務——個別的内容》

契約履行段階の給付関連の付随義務として、契約締結自体の確保（協力義務）、給付の準備・推進・確保義務を挙げらる。

契約締結自体の確保（協力義務）では、契約の効力が第三者・官庁の認可に依存しているときは、一定の場合、契約の効果をもたらすための協力義務が生じるとする。⁽⁷⁴⁾

給付の準備・推進・確保する義務は、いつ、どの範囲で、どのような内容で生じるかを判断するのは困難であるとしつつ、「具体化のために問われるべきは、契約目的が適切に達成されうるために、相手方当事者が、どの程度で、当該付随義務の履行に依存しているか、である。」とし、次の個別的内容を挙げる。⁽⁷⁵⁾

——目的物の保管義務・梱包義務。

— 買主が目的物を適切に使用できるように助言する売主の義務。

— 買主が税法上の利益を得るために必要とする証明書を交付する売主の義務。

— 相手方が必要な情報を調達できないときに生じる報告義務。

— 特定の行為（競業行為など）が契約目的を害するであろうときに生じる不作為義務。

《保護義務定義・内容》

同説は、保護義務について、「当事者は、法的財貨および財産に関する相手方の保持利益を尊重しなければならない。すなわち、自己の領域から相手方に対して生じるおそれのある危険を回避しなければならない。そのような義務を認める根拠は、当事者相互の社会的接触が、……相手方の法的財貨領域へのより大きな事実上の影響可能性を創出する、という事実にある。」と述べる。そして、人身侵害の場合と財産侵害の場合とに分けて、考慮要因を論じる。⁽⁷⁶⁾

《特徴》

Reichmann の見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務以外の債権関係上の義務が付随義務であり、その発生根拠は信義則であるとする。

付随義務には、給付関連の付随義務と保護義務とがある。区別の基準は、目的設定基準である。

信義則の具体化の実践として、給付関連の付随義務と保護義務の内容種類を詳細に論じる。給付関連の付随義務の

具体的内容としては、協力義務、給付の準備・推進・確保義務を挙げる。

「給付関連的」という語を用いた、初めての例である。⁽⁷⁷⁾

付随義務の訴求可能性の有無、およびそれが分類上の特徴となるかは、論じない。

(2) Thiele/Fezer

《義務分類論の意義》

Thiele/Fezer は、義務の分類論や用語法は、生じる問題の所在を照らし出すのに有用であるということに限られるとする立場を明確に打ち出す。すなわち、生じる問題に解決を与えるのは、個々の義務について内容を分析することであるとし、ある義務が一定の分類に位置づけられるからといって、それによって自動的に問題に解決が与えられるわけではなく、また、複数の問題にわたって統一的な解答が与えられるのではない、という。分類や用語法の意義は、解決されるべき問題がどういうものかを明らかにする点にだけあるという。⁽⁷⁸⁾

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

主たる給付義務以外の債権関係上の義務として、「給付関連的付随義務」と「保護義務」を挙げる。

そして、給付関連的付随義務という分類は、保護義務との区別に意味があるという。すなわち、両者の区別は、給付関連的付随義務違反のときの損害賠償責任は、履行利益(給付利益)の填補を内容とするのに対し、保護義務違反のときのそれは、完全性利益の賠償を内容とする点で違いがあり、この点に両者を区別する意味があるという。⁽⁷⁹⁾ また、両者の区別は、目的設定基準による。⁽⁸⁰⁾

そして、従たる給付義務という分類を立てること、および、訴求可能性の有無等によって従たる給付義務とその他の付随義務とを区別することは不要であると明言する。⁽⁸¹⁾

《給付関連的付随義務 定義・法的効果・個別的内容》

給付関連的付随義務は、給付義務に添えられる義務であって、「給付の提供および給付結果の実現を支援する」役

割を持つものであるとされる。⁽⁸²⁾

同義務の訴求可能性については、一概に否定されず、「当事者合意を考慮しつつ、付随義務の内容・危殆化している利益によって、それに加え履行請求がそもそも実用的かによって」決まるのであり、「付随義務は原則として訴求可能ではない、というのは正しくない。」⁽⁸³⁾という。すなわち、訴求可能性はこれらの要因で決まるので、給付関連の付随義務に訴求可能性が認められることもそうでないこともある。したがって、訴求可能性は、分類上の重要な要素とされていない。

給付関連の付随義務も含めた付随義務違反のときの適用制度は、同義務違反による主たる給付義務への影響があるか否かによって決定されるという。すなわち、主たる給付義務への影響がなければ、単純に積極的債権侵害準則が適用され、主たる給付義務への影響があれば、原則として、担保給付法、不能・遅滞法が適用され、補充的に積極的債権侵害準則が適用されるといふ。⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾

給付関連の付随義務の個別的内容として、配慮義務、誠実義務、保持義務、説明義務、警告義務、通知義務、管理義務、確保義務が列挙されているが、それらがどのような内容かは論じていない。売買目的物を適切に梱包する義務も挙げられる。

《保護義務》

同説は、保護義務は、上述のように給付義務・給付関連の付随義務と区別されるとし、その基礎づけは、給付義務・給付関連の付随義務とは違い、取引に関係する接触によって相手方の法益への影響可能性が高まることに求められると論じる。⁽⁸⁷⁾

《特 徴》

Thiele/Fezer の見解の概要・特徴は、次のとおりである。⁽⁸⁸⁾

主たる給付義務の他に、給付関連の付随義務、保護義務が生じるとする。

給付関連の付随義務と保護義務の分類基準は目的設定基準に求め、その区別の意義は、損害賠償責任によって填補されるのが履行利益（給付利益）であるか完全性利益であるかに違いがある点にあるという。

付随義務の義務違反について、適用準則を決める必要があると問題提起をする。そして、適用準則を決める基準として、付随義務違反に主たる給付義務への影響があるか否かを挙げる。すなわち、その影響があれば、担保給付法、不能・遲滞法の適用を基本としつつ補充的に積極的債権侵害準則が作用し、その影響がなければ、単純な積極的債権侵害準則適用が行われるとする。⁽⁸⁹⁾

付随義務の分類は、訴求可能性の有無の識別に関係しないことを明言する。また、従たる給付義務という用語の有用性も明確に否定する。これらの点は顕著な特徴である。

分類の意義について、最も分析的・自覚的である。⁽⁹⁰⁾

(3) 小 括

Reichmann、Thiele/Fezer の見解の共通点は、主たる給付義務以外で債権関係から生じるのは、給付利益確保を目的とする給付関連の付随義務と完全性利益保護を目的とする保護義務であるとする点である。付随義務を、目的設定基準によって二つに分ける点は、用語を除けば次の二分説と同じである。

両説とも、訴求可能性を分類上の特徴として認めていない。とくに、Thiele/Fezer は、訴求可能性の分類上の意

義を、明確に否定する。

三二 分説⁽⁹⁾

この立場は、まず、旧二分説と同様、付随義務を、目的設定基準により、給付利益確保を目的とするものと保護義務とに分ける。前者を指す用語として、「従たる給付義務」の語があてられる。次に、その区別の意義を、義務違反が存するときの適用条文、とりわけ、全体的権利（給付の全部に代わる損害賠償請求・解除）を与える条文を振り分ける点に見いだす。すなわち、債権関係上の義務違反があるとき、従たる給付義務違反には二八一条・三二三条が適用され、保護義務違反には二八二条・三二四条が適用される、と主張するのである。

また、この立場は、訴求可能性を、従たる給付義務を識別する特徴として認めず、明確さの程度に差はあるが、訴求可能性と従たる給付義務であることとの関連を否定する。

この立場に属する見解には、従たる給付義務と保護義務の両方の性質を持つ付随義務の取扱い方をとくに詳しく論じるもの (Madaus) もある。

(一) Looschelders

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Looschelders は、債権関係から生じる義務を、給付義務と「保護義務」に分け、給付義務を、主たる給付義務と「従たる給付義務」とに分ける。⁽⁹²⁾

《従たる給付義務と保護義務の区別》

従たる給付義務と保護義務の区別は、債権者が、義務違反を理由に代わる損害賠償を請求し、または契約を解除しようとするときに意味を持つという。すなわち、従たる給付義務の違反については二八一条・三二三条の適用があり、保護義務違反については、二八二条・三二四条の適用がある。⁽⁹³⁾

両者の区別は、目的設定基準による。⁽⁹⁴⁾

《従たる給付義務——定義・法的効果・発生原因》

同説は、従たる給付義務を「主たる給付義務に関連し、その履行を支援し促進するためのものである」と定義し、「したがって、独立の目的を追求するのではなく、「補助的機能」を果たす」とする。

そして、主たる給付義務も従たる給付義務も訴求可能であるとしつつも、実際の理由から、履行請求権の独立した主張が考えられない従たる給付義務も多くある、⁽⁹⁵⁾ 従たる給付義務には、上述のように、二八一条・三二三条の適用がある。

従たる給付義務の発生根拠は、債権関係であるとする。⁽⁹⁶⁾

《従たる給付義務——個別的内容》

従たる給付義務の個別的内容について、次のものを挙げる。⁽⁹⁷⁾

——目的物の保管義務・保存義務。

——売主の梱包義務。

——複雑な機械に関する使用説明書を渡し、個別の指導をする義務。

——債権者に給付目的物に関する報告がされるべき場合もある。

《保護義務の内容・訴求可能性》

保護義務は、従たる給付義務と上記のように区別されなければならないとし、二四一条二項に位置づけられるとする。そして、保護義務は、債権関係が他人の法的財貨・利益の配慮義務を基礎づけるときに生じ、契約相手方の完全性利益を保護するものであるとする。⁽⁹⁸⁾

また、保護義務の訴求可能性については、原則として否定されるが、例外もあるとし、「したがって、従たる給付義務としての位置づけか、保護義務としての位置づけかは、訴求可能性を決定しない。」と述べる。⁽⁹⁹⁾

《特 徴》

Looschelders の見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務とは別に、従たる給付義務が生じるとする。両者は、給付義務の上位概念に含まれる。

従たる給付義務と保護義務を区別する。その区別の意義は、二八一条・三二三条と二八二条・三三四条の適用問題であり、区別基準は目的設定基準である。

従たる給付義務の発生根拠は、債権関係であるとする。

従たる給付義務にも原則として訴求可能性を認める点が特徴的である。しかし、実際には、訴求が考えられない場合が多いとする。逆に、保護義務については原則として訴求可能性は否定されるが例外もあるとする。そこで、従たる給付義務と保護義務のどちらに分類されるかは、訴求可能性とは関係がないと明言する。

(20) Grigoleit⁽¹⁰⁰⁾

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Grigoletti は、主たる給付義務以外に、債権関係上、付随義務が生じるとし、その付随義務に、「従たる給付義務」、「保護義務」が属するとする⁽¹⁰⁾。

《従たる給付義務と保護義務の区別》

同説は、従たる給付義務には、二八一条・三二三条が適用されるとする。すなわち、従たる給付義務の持つ給付目的との直接の関連性により、「従たる給付義務は、——保護義務とは異なり——給付義務のために規定された法律効果プログラムに服しうるとするのが、有意義である。」⁽¹⁰⁾ という。これに対して、保護義務の違反には、二八二条・三二四条が適用される⁽¹⁰⁾。そして、保護義務とは、「現状〔status quo〕が受ける損害、すなわち、給付の内容および給付が目指す目的を除く、当事者のその他の法的財貨が受ける損害を回避する」ものであるとしている⁽¹⁰⁾。すなわち、目的設定基準が採用されている。

《従たる給付義務——定義・訴求可能性》

従たる給付義務は、保護義務と同様に事前には契約によって細かい内容規定がされていないが、保護義務とは違い、「契約上定められた債権関係の目的の実現を直接に目指す」ものとして定義される⁽¹⁰⁾。

そして、従たる給付義務の中に、訴求可能性の有無で細分類を行うべきでないとする。すなわち、学説の中には、給付利益確保を目的とする付随義務の内部において、訴求可能性のある従たる給付義務と、訴求可能性のない付随義務とを区別するものもあるとしつつ⁽¹⁰⁾、こうした分類を否定する。訴求可能性は、そのような分類によって決まるのではなく、実際のところ、給付利益確保を目的とする付随義務の訴求可能性は、「それが具体化可能か、すなわち、手

統的意味において十分に確定されているか否か、および、その義務の貫徹に対して、債権者が特定の法的保護利益を有しているか否か、にのみ依存する。」とする。⁽¹⁰⁷⁾

《従たる給付義務——個別的内容》

Grigoleitは、従たる給付義務の具体的内容として、技術的に複雑な目的物の売主が、取扱説明書を引き渡す義務を挙げる。⁽¹⁰⁸⁾

《特徴》

Grigoleitの見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務とは別に付随義務が生じるとし、その付随義務に従たる給付義務と保護義務が属するとする。

従たる給付義務であることと、訴求可能性は関係がないと明言し、その理由も論じる。その関連で、給付利益確保を目的とする付随義務を訴求可能性の有無によって区別する説に言及しつつ、そのような区別の有用性を明確に否定する。

従たる給付義務と保護義務の区別の意義は、二八一条・三二三条と二八二条・三二四条の適用問題であり、区別基準は目的設定基準による。

(c) Olzen⁽¹⁰⁹⁾

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Olzenは、給付義務を、債権者の財産状況の変動を目的とし「現状変更」を推進するものであるとし、ここに、主たる給付義務と、給付に付随する行為を義務づける「従たる給付義務」が属するとする。⁽¹¹⁰⁾⁽¹¹¹⁾

同説は、二四一条二項が定める義務を、「配慮義務〔Rücksichtspflicht〕⁽¹¹⁾」と呼び、この義務は、当事者の「現在の財産状況（現状）」の保護を目的とするという。⁽¹¹⁾

《従たる給付義務と保護義務の区別》

同説も、従たる給付義務と配慮義務（保護義務）の区別は、法的効果の点から必要であるという。なぜなら、従たる給付義務の違反に対しては、二八一条・三二三条の適用があるのに対し、保護義務違反に対しては、二八二条・三二四条の適用があるからである。⁽¹¹⁾

その区別のために、目的設定基準を採用する。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

《従たる給付義務——定義・訴求可能性・発生原因》

Olsenは、「従たる給付義務は、給付結果の実現を目指すのであり、その範囲は、主要的給付の準備、適切な実行、確保のために働くことにまで及ぶ。」と定義する。⁽¹⁷⁾ 同説は、訴求可能性の区別基準としての適性を明確に否定し、したがって、従たる給付義務であることと訴求可能性とを関連させない。⁽¹⁸⁾

従たる給付義務は法律の規定がある場合もあるが、そうでないときの同義務の発生原因は、（明示的なまたは推定される）当事者合意であるとする。⁽¹⁹⁾

《従たる給付義務——個別的内容》

同説は、従たる給付義務が持ちうる具体的内容は、際限がないほど多様であるとしつつ、⁽²⁰⁾ その典型的なものとして、報告義務・結果報告義務、協力・支援義務〔Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht〕、給付確実化義務〔Leistungssicherungspflicht〕⁽²¹⁾を挙げ、それぞれ詳しく論じる。⁽²²⁾

報告義務・結果報告義務が問題になりうるのは、「債権関係の展開において、債権者が、情報調達のために、債務者の協力に依存する状況が生じる」ときである⁽¹²²⁾。

協力・支援義務については、内容が極めて豊富である。まず、一般的に、債権関係によって近い関係に立つ当事者は、合意および信義則を考慮して、「債権関係の実行を可能にする全てのことをしなければならぬ。」としてから、次のような個別的な詳述を続ける。

——履行障害除去のための協力義務　有効な契約成立をもたすために官公庁の許可を求めることに協力する義務だけでなく、給付の実行段階における障害を回避・除去する義務も論じる⁽¹²⁴⁾。

——給付の実行のための協力⁽¹²⁵⁾　ここでは広範な義務が扱われる。目的物の保管義務・梱包義務、機械の売買で取扱説明書を交付する売主の義務、使用貸貸人の競合回避義務⁽¹²⁷⁾、場合によって生じる、フランチャイズ契約の実行を害する全てのことをしないフランチャイザーの義務（ベネトン事件判決⁽¹²⁸⁾）等が論じられている。

——法的安定性創出の確保　当事者の意思表示が明確かつ理解しやすく行われるようにするために、文書の閲覧・交付をする義務が認められることがある、という⁽¹²⁹⁾。

——契約相手方が第三者と対峙する際の支援　債権関係の展開が、第三者の影響によって害されうるとき、第三者にその妨害をやめさせる義務、または、契約相手方が第三者に措置をとる際に支援する義務が生じることがある、という⁽¹³⁰⁾。

《配慮義務（保護義務）》

同説によれば、二四一条二項が定める配慮義務（保護義務）は、相手方の完全性利益を保護するものであり、給付

からは独立した付随義務である。⁽¹³¹⁾

配慮義務（保護義務）には、情報義務（説明義務および助言義務）、⁽¹³²⁾ 保護的配慮義務、⁽¹³³⁾ 給付独立的誠実義務が属する。⁽¹³⁴⁾

《特 徴》

Olsen の見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務とは別に、従たる給付義務が生じるとする。両者は、給付義務の上位概念に含まれる。

従たる給付義務の発生根拠は、合意であるとする。ただし、契約解釈（拡張的解釈・補充的解釈）の手法による。

従たる給付義務であることと、訴求可能性の有無は関係がないと明言する。

従たる給付義務と保護義務を区別する。その区別の意義は、二八一条・三三三条と二八二条・三三四条の適用問題であり、区別は目的設定基準による。

従たる給付義務の個別的内容が詳細に検討されている。とくに、協力・支援義務が内容的に極めて豊富である。その中に、法的安定性を確保する義務、第三者に対する行為における支援を行う義務もあるとし、これを詳細に論じていることが注目される。Olsen の記述では意識されていないものの、それらの中には、契約内容たる給付結果以外の給付利益確保のための付随義務も含まれていると考えられるからである。

(4) Madaus

《用語の不統一の指摘》

Madaus は、学説における付随義務をめぐる用語の混乱・不統一を明確に指摘する。⁽¹³⁵⁾

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

同説は、債権関係から生じる義務であつて、主たる給付義務以外の義務を、付随義務と呼ぶ。

そして、付随義務を、「給付関連の付随義務」と「保護義務」に分ける。その際、「従たる給付義務」は、給付関連の付随義務と同義とされている。⁽¹³⁶⁾

この見解でも、給付関連の付随義務と保護義務を区別する意義は、不履行があつたときに、二八一条・三二三条が適用される（給付関連の付随義務）か、二八二条・三二四条が適用される（保護義務）かの問題に解決を与える点にある。⁽¹³⁷⁾

給付関連の付随義務と保護義務の区別基準として、同説も、目的設定基準を基本としている。⁽¹³⁸⁾

給付関連の付随義務と保護義務の区別基準として、訴求可能性を採用する立場を取り上げて批判的に検討し、訴求可能性の区別基準としての実的な有用性を、明確に否定する。⁽¹³⁹⁾

《給付関連の付随義務——定義・法的効果・個別的内容》

同説によれば、上述のように、給付関連の付随義務は、付随義務のうち、給付利益確保を目的とするものであり、その義務違反には、二八一条・三二三条が適用される。

ただし、一つの付随義務が、給付関連の付随義務と保護義務のどちらの性質を有することがあるとし、その際の扱いを、論考における主題として論じる（後述）。

Madaus は、給付関連の付随義務の個別的内容として、次のものを挙げる。

——機械の売買において、取扱説明書を添付する義務。

——目的物の梱包義務。

《二重の性質を有する付随義務の扱い》

上述のように、給付関連的付随義務と保護義務の区別について、Madausも目的設定基準を基本とする。しかし、Madausは、同基準は、給付関連的付随義務が、給付利益も完全性利益も同時に確保・保護する目的を持つときや、主たる給付義務違反が完全性利益侵害をもたらすとき、すなわち瑕疵結果損害のケース⁽¹⁴⁾には、十分に機能しないことを、問題視する。そして、この点を克服するために、主要的給付影響性〔Betroffenheit der Hauptleistung〕を基準とすることを主張する⁽¹⁵⁾。すなわち、給付義務・給付関連的付随義務が完全性利益の保護をも目的とする場合については、義務違反の主要的給付影響性を検討し、これがあれば二八一条・三二三条を適用し、これがなければ二八二条・三二四条を適用するというのである。

《特徴》

Madausの見解の概要・特徴は、次のとおりである。

債権関係から生じる義務で、主たる給付義務以外のものが、付随義務である。付随義務に、給付関連的付随義務（従たる給付義務と同義）と保護義務が含まれる。

給付関連的付随義務は二四一条一項に位置づけられて二八一条・三二三条が適用され、保護義務は、二四一条二項に位置づけられて二八二条・三二四条が適用される。

両者の区別については、基本的に目的設定基準によるとするが、給付関連的付随義務と保護義務の二重の性質をもつ付随義務の違反が生じた場合は、同基準による区別は困難であるとし、その場合の解決基準を、主要的給付影響性に求めることを提唱する。同説は、目的設定基準を基本としながらも、同基準は二重の性質をもつ付随義務の場合に

は限界を見せるとし、この点を補完する解釈論を打ち出すものである。⁽¹⁵⁾

(5) 小 括

上記の二分説の各見解に共通するのは、次の点である。

すなわち、主たる給付義務以外で債権関係から当事者が負うのは、従たる給付義務と保護義務であるとしつつ、従たる給付義務を、訴求可能性によって特徴づけない。従たる給付義務という分類は、保護義務と区別する点に意義が見いだされている。現行BGBでは、給付義務違反か保護義務違反かで適用法条が異なっているからである。

このように、従たる給付義務という分類は、これを保護義務と区別する点に意義があるとされ、両者を分ける基準として、目的設定基準が使われている。すなわち、給付利益確保を目的とするが、主たる給付義務にはあたらぬ付随義務が従たる給付義務であり、完全性利益保護を目的とする付随義務が保護義務であるとするのである。⁽¹⁶⁾

これらの点を共有する同趣旨の見解に、Medicus/Lorenz、Herrestahlがある。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

そして、以上の考えに基本的に立ちながら、従たる給付義務と保護義務の両方の性質を持つ付随義務に違反があった場合の処理をとくに詳論したのがMadausであった。

以上のように、訴求可能性重視説と二分説では、従たる給付義務の意味内容、分類としての意義が大きく異なる。これに対し、保護義務をそれ以外の義務と区別する点は、共通する。

給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容に目を向けると、Olzenが、これを詳細に論じていることが注目される。そこからは、同義務が実際に認められるべき具体的ケースについて、多くの示唆を得ることができる。

三分説と対照的なのは、三分説の諸見解は、後述するように、付随義務の個別的内容として、契約関係の維持・展

開のために不可欠な信頼を維持する義務を挙げてこれを重視しているところ、二分説の見解ではこれへの関心が希薄であることである。

(6) 補論

なお、従たる給付義務の特徴を訴求可能性に見いださない点を二分説と共有しつつ、広い給付義務概念に立つて、保護義務をも従たる給付義務に含める独自の見解として、Haddingのものがある。

同説は、最も広い給付義務概念に立ち、債権関係上の義務は、全て給付義務にあたるとする。すなわち、同説によれば、給付義務概念について、給付結果を目指した行為を債務者に義務づけるものとの理解がされ、この定義に立つと、債務者に「行為」を課す義務は、全て給付義務である。⁽¹⁴⁹⁾ その給付義務は、重要度によって主たる給付義務と従たる給付義務とに分かれるという。⁽¹⁵⁰⁾ そして、訴求可能性は、給付義務の特徴ではないとする。なぜならば、給付義務であるためには、一定の行為の義務づけを内容としていれば十分であつて、訴求可能性は必要がないからである。⁽¹⁵¹⁾

同説は、全ての付随義務は、二四一条一項の給付義務、すなわち従たる給付義務であるとする。保護義務も、債務者に一定の行為（債権者の法的財貨を保護するための一定の行為）を義務づけるのであるから、従たる給付義務であるという。⁽¹⁵²⁾

Haddingの見解の特徴は、従たる給付義務であることと訴求可能性は関係がないと明言する点、最も広い給付義務概念を採用し、保護義務も含めて付随義務と呼ばれるものを全て従たる給付義務に含める点にある。

四 三分説⁽¹³⁾

この立場も、まず、旧二分説・二分説と同様、付随義務を、給付利益に関わるものと保護義務とに分ける。その上で、この立場は、給付利益確保を目的とする付随義務には、二八一条・三三三条を適用するのが適当であるものだけでなく、二八二条・三三四条を適用するのが適当であるもの（二八一条・三三三条を適用するのが適当でないもの）も存すると主張する。前者を、「従たる給付義務」と呼び、これを後者と区別するべきであると主張する。

三分説は、二分説を、主に次の点で批判する。すなわち、二分説では、給付利益確保を目的とする付随義務は全て従たる給付義務として分類され、その従たる給付義務の違反が認められると、猶予期間設定さえすれば、軽微な〔unerheblich〕義務違反と認定されない限り、全体的権利（二八一条に基づく給付の全部に代わる損害賠償請求・三三三条に基づく解除）の行使ができてしまうことになる。しかし、これでは、軽微でないという程度の義務違反に対し過大な効果を生じる場合もあるのではないか。むしろ、給付利益確保を目的とする付随義務違反であっても、受忍要求不可能である〔unzumutbar〕ことを要件とする二八二条・三三四条の適用を認める方が適切であるケースもあるはずである、とこののである。

(一) Gröschler

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Gröschler は、給付義務を、結果実現のために独立の請求権が生じる権利として明確に定義する。そして、その給

付義務にあたらぬ債権関係上の義務が『付随義務』であるとする⁽¹⁵⁴⁾。

同説では、給付義務は、主たる給付義務と「従たる給付義務」とに分けられる⁽¹⁵⁵⁾。他方で、『付随義務』も、さらに、『給付関連的付随義務 (Leistungsbezogene Nebenpflicht)』と「保護義務」に分類され、その区別には目的設定基準を用いる⁽¹⁵⁶⁾。そして、給付関連的付随義務と従たる給付義務を、訴求可能性の有無によって峻別する必要を強調する⁽¹⁵⁷⁾。

なお、Gröschlerは、給付義務が完全性利益の保護をも目的とする場合⁽¹⁵⁸⁾、『付随義務』が給付関連的付随義務と保護義務の両方の性質を持つ場合もあることを指摘⁽¹⁵⁹⁾し、それぞれについて処理を論じる。

《従たる給付義務——定義・法的効果・個別的内容》

上述のように、同説では、従たる給付義務は、給付義務のうち、主たる給付義務はでないものとして定義される。そして、二八一条・三二三条は、給付義務違反を対象とする規定であるから、従たる給付義務にも適用されるとい⁽¹⁶⁰⁾う。

同説は、従たる給付義務の例として、売買における買主の目的物引取義務 (BGB 四三三條二項) のほか、多くのガラス瓶を複数回に分けて供給する契約の場合において、最初の送付で売主が粗雑な梱包をしたが運良く無傷で届いたときに、買主に認められる、以後の供給において適切な梱包を求める独立の履行請求権を挙げる⁽¹⁶¹⁾。

《給付関連的付随義務——定義・法的効果》

上述のように、同説では、給付関連的付随義務とは、一方では、独立した履行請求権を持たない点で、これを持つ従たる給付義務とは峻別される『付随義務』であり、他方では、『付随義務』の中でも、給付利益確保を目的とする点で、保護義務と区別される義務である。

同説によれば、給付関連的付随義務違反に対して二八一条・三二三条が適用されるのは、それが給付義務違反をももたらすときだけである⁽¹⁶²⁾。これに対し、給付関連的付随義務にだけ違反があり、これが給付義務違反を伴うものではないときは⁽¹⁶³⁾、二八一条・三二三条の適用を否定するべきである、という⁽¹⁶⁴⁾。これらの条文は、給付義務違反のための規定だからである。給付関連的付随義務にだけ違反があり、これが給付義務違反を伴わないときでも二八一条・三二三条の適用を認めると、義務違反の程度が、受忍要求不可能〔unzumutbar〕にまで到達していなくとも、軽微〔unerheblich〕ではない程度であれば、給付の全部に代わる損害賠償・解除が認められてしまい、不当である⁽¹⁶⁵⁾⁽¹⁶⁶⁾。

そこで、給付関連的付随義務のみの違反があるときは、二八二条・三二二条が類推適用されるべきである、とする。改正前は、給付関連的付随義務のみの違反がある場合は、積極的債権侵害に位置づけられていた。しかし、積極的債権侵害において給付に代わる損害賠償・解除の可否を決していた基準（受忍要求不可能性〔Unzumutbarkeit〕）は、現行法では、保護義務違反についてしか規定されなかった⁽¹⁶⁷⁾。したがって、現行法には欠缺がある。この欠缺は、二八二条・三二二条の類推適用によって補充されるべきである、という⁽¹⁶⁸⁾。

《給付関連的付随義務——個別的内容》

同説は、給付関連的付随義務の典型として、給付誠実義務〔Leistungstreupflicht〕があるとす。給付誠実義務とは、「給付結果を準備し確保し支援する義務であり、また、給付結果を害しまたは害するおそれのあることを一切しない義務」であるとし、次の例を挙げる⁽¹⁶⁹⁾。

——目的物の梱包義務⁽¹⁷⁰⁾。

——販売店契約〔Vertragshändlervertrag〕において、正当な理由なく販売店の利益を害してはならないメーカーの

特別の誠実義務ないし配慮義務。これは、BGHの判決(BGHZ 93, 29 (1984, II, 26) = オヘル事件判決⁽¹⁷¹⁾)で認められたものである。

——フランチャイズ契約において、フランチャイザーが、広告の際、フランチャイズチェーンのイメージを損なわないうよう配慮する義務。これは、BGHの判決(BGHZ 136, 295 (1997, 7, 23) = ヘネトン事件判決)で認められたものである。

——債務者が履行に必要な問い合わせを債権者に行ったが、債権者が再三虚偽の説明をするので、債務者にとって債権者の不履行のおそれが深刻であるケース。BGHは、当該事案において、積極的債権侵害を理由として債務者からの請求を認めた(BGHZ 11, 80 (1953, II, 13)⁽¹⁷²⁾⁽¹⁷³⁾)。

——高級乗用車(新車)の売主が、注文に応じて用意していた新車からスポイラー(安定翼)を取り外して中古車のスポイラーと取り替えていたところ、偶然これを知った買主が、売主に重大な不信心感を持ったケース。BGHは、売主の当該行為に給付誠実義務違反を認め、契約存続は買主に対し受忍要求不可能であるとして、積極的債権侵害法理により解除することができる⁽¹⁷⁴⁾とした(BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19) = ポルシェカレラ事件判決)。

《特 徴》

Groschlerの見解の概要・特徴は、次のとおりである。

給付義務は、結果実現のために独立の請求権が生じる権利であると定義づけ、主たる給付義務と従たる給付義務がこれに該当するという。すなわち、これらの義務には、訴求可能性が認められる。

給付義務の他に生じる、債権関係上の義務が『付随義務』であるとす。『付随義務』には、給付関連的付随義務と保護義務が属するという。

給付関連の付随義務は、訴求可能性がないため、給付義務ではないとする。この点で、給付関連の付随義務と従たる給付義務を峻別する。このように訴求可能性を区別基準として重視する点が大きな特徴である。¹⁷⁶⁾

従たる給付義務と『付随義務』とを区別する意義は、その区別により二八一条・三二三条か二八二条・三二四条のどちらが適用されるかが決まる点にあるとする。従たる給付義務の違反には、問題なく、二八一条・三二三条が適用される。

Gröschlerの見解の最大の特徴は、給付関連の付随義務違反の扱いである。まず、給付関連の付随義務についての義務違反がある場合においても、それが給付義務違反をもたらしうときは、二八一条・三二三条が適用されるといふ。次に、給付関連の付随義務についてのみ義務違反があり、給付義務違反には至らないときは、二八二条・三二四条の類推適用が認められるべきであるとする。¹⁷⁶⁾ この解釈は、給付利益確保を目的とする付随義務の違反であっても、それが常に二八一条・三二三条の適用をもたらしうとはいえないのではないか、という問題意識によるものである。この問題意識がとりわけ鮮明である。

このように、Gröschlerの見解では、訴求可能性のない給付関連の付随義務に義務違反がありそれが給付義務違反をもたらしう場合には、二八一条・三二三条が適用される。しかしながら、Gröschlerがこれに該当するケースとして挙げる例（売買契約において、売主が商品を乱雑に梱包するという給付関連の付随義務違反した場合で、そのことが原因で、商品に軽微ではない損傷が生じるといふ例）をみると、単純に主たる給付義務自体の義務違反（具体的行為義務違反）とみて二八一条・三二三条の適用を認めるのに困難はないケースであり、ことさらこれを付随義務違反と位置づける必要は疑わしい。そうすると結局、適用法条に関する同説の特徴は、給付利益確保を目的とする付随義務を訴求可能性の

有無で区別し、それがあるものは従たる給付義務として二八一条・三二三条を適用し、それがないものは給付関連的付随義務とみて二八二条・三二四条を類推適用するべきであるとする点に集約されよう。

給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容に関しては、契約履行に不可欠な信頼を維持するための義務（給付誠実義務）が重視され、多くの例⁽¹⁷⁾が示されている。

(2) Weller

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Wellerは、給付義務を「当事者に、それぞれ、債務として課せられた給付の招来を求めることで、当事者の対価利益を実現する」ものと定義し、二四一条一項が定めるものとする⁽¹⁸⁾。そして、その給付義務に該当しないものの債権関係から生じる義務についての規定が二四一条二項であるとして、同条項の義務を「配慮義務 [Rücksichtspflicht]』と呼ぶ⁽¹⁹⁾。

同説でも、給付義務は、主たる給付義務と従たる給付義務とに分かれる⁽²⁰⁾。他方で、配慮義務も、「給付関連的配慮義務 [leistungsbezogene Rücksichtspflicht]』と「非給付関連的配慮義務 [nicht leistungsbezogene Rücksichtspflicht]』(保護義務)」とに分けられる⁽²¹⁾。その区別には、目的設定基準が用いられる⁽²²⁾。

《従たる給付義務——定義・法的効果・個別的内容・発生根拠》

同説によれば、従たる給付義務とは、通常、対価的牽連関係を構成せず、「偶有的な [akzidentiel]」、契約類型を決定するのではない給付対象⁽²³⁾」に関わるものである。従たる給付義務は、訴求可能であるのが原則である⁽²⁴⁾。

従たる給付義務の違反のときは、主たる給付義務の違反のときと同様、二八一条・三二三条が適用される⁽²⁵⁾。

従たる給付義務の個別的内容としては、商品売買契約における、商品配達・付保・組立、給付の利用に必要な情報の付与（取扱説明などの方法による）が挙げられる。そして、同説がいう従たる給付義務は、契約締結時から、契約によって具体的内容が（必要なときは契約解釈を通じて）確定されていなければならない。⁽¹⁸⁵⁾ そのため、従たる給付義務は、反対給付の価格において考慮されているのが通常である、という。⁽¹⁸⁶⁾

《配慮義務——定義・法的効果・給付義務との區別》

Wellerは、上述の給付義務以外のものを配慮義務と呼び、「契約上の給付と全く関係ないか、または、間接的にのみ関係するものであつて、合意された給付以外の、一般的な契約適合的行為を対象とするもの」と定義する。そして、配慮義務には保護義務が含まれるが、それに限られず、給付利益確保を目的とする給付関連の配慮義務も含まれるという（後述）。

配慮義務違反には、二八二条・三二四条が適用される。⁽¹⁸⁷⁾ 配慮義務の訴求可能性は、常に認められるわけではないが、場合によって認められることもあるという。⁽¹⁸⁸⁾

このように、給付義務違反には二八一条・三二三条が適用され、配慮義務違反には二八二条・三二四条が適用されるので、両者の區別が必要となる。主たる給付義務と保護義務は目的設定基準によって區別ができるが、従たる給付義務と給付関連の配慮義務は同基準では區別ができない。後者も給付利益確保を目的とするからである。そこで提唱されるのが、当該義務が、契約締結時に具体的内容を伴って確定しているか否かである。すなわち、契約締結時にすでに具体的内容が定まっているものが給付義務であり、契約締結後に具体的内容が定まるものは配慮義務であるという。⁽¹⁸⁹⁾

なお、訴求可能性は従たる給付義務と給付関連的配慮義務とを区別する基準としては適性を欠くという⁽¹⁹⁰⁾。前者は、給付義務として通常訴求可能性があるが、後者の訴求可能性も一定の要件が満たされれば認められるので、訴求可能性の有無で両者を峻別することはできないからである。

《配慮義務——訴求可能性》

Wellerは、訴求可能性に関して、区別基準としての意義は認めないものの、大きな関心を寄せている。すなわち、給付義務には原則として訴求可能性があることを繰り返し強調し⁽¹⁹¹⁾、かつ、訴求可能性は、履行請求権（給付義務）の実体法上の構成要素であり、二四一条一項はその規範的根拠であると⁽¹⁹⁴⁾する。

これに対して、給付関連的配慮義務は給付義務ではないので、そのような位置づけは受けえないが、給付関連的配慮義務の訴求可能性には論争があることを指摘しつつ検討する⁽¹⁹⁵⁾。そして、一方で、給付義務によって課せられるのはたしかに給付結果であるが、その給付結果は債務者の行為（給付行為）によって行われることを重視すべきこと⁽¹⁹⁶⁾、および、BGBが金銭賠償ではなく現実履行を優先させていることから、給付関連的配慮義務にも訴求可能性を認めるべきであるとする。他方で、訴求するためにはそれにふさわしい内容上の具体性がなければならず（義務内容の具体化可能性）、かつ、契約履行の方法に関して本来は自由な選択権をもっているはずの契約相手方の行動自由との調整の必要から、契約当事者の利益を衡量し、給付関連的配慮義務の履行を求める当事者の利益が相手方の利益に優越すること（保護利益の優越）が必要であると論じる。

《配慮義務——細分類・給付関連的配慮義務を含む理由》

上述のように、Wellerのいう配慮義務には、給付関連的配慮義務と非給付関連的配慮義務（保護義務）が属する。

両者の区別は、目的設定基準による。⁽¹⁹⁷⁾もつとも、同説では、両者とも二八二条・三二四条の適用を受けるので、この点は扱いの違いはない。両者の区別の意味は、義務違反のときに賠償対象となるのが、給付関連の配慮義務の場合は対価利益（給付利益）であるのに対し、保護義務違反のときは完全性利益であるという違いにあるという。⁽¹⁹⁸⁾

Wellerは、二分説の基礎にある理解、すなわち、二四一条二項の規定は保護義務だけを指し、二八二条・三二四条も保護義務だけに適用されるという理解を問い直し、二四一条二項・二八二条・三二四条の適用は、保護義務に限られないことを詳しく論証する。まず、債権法改正における同条項の制定過程を精査し、同条項には、給付利益確保を目的とする付随義務も含まれるという理解が同条項制定時にとられていたと強調する。⁽¹⁹⁹⁾そして、給付関連の配慮義務の代表例である給付誠実義務（Leistungstreuepflicht）を念頭に置き、これが同条項に含まれるべき理由（したがって、二八二条・三二四条が適用されるべき理由）を三つ挙げる。⁽²⁰⁰⁾第一に、給付誠実義務違反に対して、債権法改正前の判例は、現行法二八二条・三二四条によって引き継がれた積極的債権侵害の解釈準則の適用をしていたこと。⁽²⁰¹⁾第二に、給付誠実義務が給付義務であるとしたら、契約存続の債権者に対する受忍要求不可能性を要することなく、猶予期間設定さえあれば解除ができることとなるが、これは過剰な効果であること。⁽²⁰²⁾第三に、給付誠実義務の典型例は債権者の協力義務であるが、この協力義務が給付義務であるとすると、その義務違反のときに、給付に代わる損害賠償を認めることになるが、協力という給付に代わる損害賠償など想定できないのではないかという疑問があること、⁽²⁰³⁾である。

《給付関連の配慮義務——定義・個別的内容》

給付関連の配慮義務は、「契約上の給付の準備・支援・確保・完全な実行を支える当事者の行為であつて、これらを通じて、給付結果および契約目的を推進する当事者の行為」を対象とする義務と定義される。⁽²⁰⁴⁾

給付関連的配慮義務の個別的内容（給付誠実義務を除く）としては、次のものが挙げられている。

——目的物である機械について、引渡までメンテナンスをする義務。

——目的物の梱包義務。

——契約履行に際して生じる履行障害を除去する義務（たとえば、認可を受ける義務）。

法律に規定のある例として、次のものが挙げられる。

——給付を補強する情報提供義務・通知義務（四六九条、六六六条）。

——賃借目的物を契約違反の態様で利用しない使用賃借人の義務（五四一条）。

《給付誠実義務——定義・個別的内容》

給付関連的配慮義務の代表例である給付誠実義務は、信義則に基づく契約上の付随義務であって「誠実な給付を行う義務、すなわち、契約目的を危殆化しまたは挫折させるおそれのある全てのことをせず、かつ、契約上引き受けられた義務の履行を確かにするために必要な全てのことをする」義務であると定義され、⁽²⁰⁶⁾ 個別的内容として、次の場合は同義務違反であるとす⁽²⁰⁶⁾。

——高級乗用車（新車）の売主が、注文に応じて用意していた新車からスポイラーを取り外し、中古品のスポイラーと取り替えていたケース。BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19) Ⅱポルシェカレラ事件)で、積極的債権侵害を理由とする売主の責任が認められた（先述）。

——深刻な不行為による契約の信頼基礎の危殆化。⁽²⁰⁷⁾

——明らかに根拠のない契約取消の意思表示。

——債権者が、債務者の給付に対する不満を不必要に辛辣で侵害的な方法で繰り返し表明する行為。

《給付関連の配慮義務——基礎づけ》

同説は、給付関連の配慮義務の基礎づけに関して興味深い主張をする。すなわち、同義務は、契約によって具体的内容が定められる従たる給付義務とは異なり、契約目的を考慮して信義則という他律的基礎に基づいて生じるものである。⁽²⁰⁸⁾ 給付関連の配慮義務は、信義則によって基礎づけられることを強調しつつも、Wellerは、同義務は、契約制度にも根拠を持つという。⁽²⁰⁹⁾ 給付関連の配慮義務は、たしかに、契約によって内容が確定される義務ではない。しかし、同義務の使命は、先述のように、契約目的の実現を支えることにあるから、その義務内容は、契約目的を指針として決まるといふ。Wellerによれば、「契約目的が、給付誠実義務の内容および目的方向性を決する。したがって、給付誠実義務は、その根拠を、二四二条のみに持つのではなく、それに加え、契約制度 [Institut des Vertrages] それ自体にも持つ」のである。⁽²¹¹⁾

《給付関連の配慮義務——要件》

Wellerは、給付関連の配慮義務が認められるための要件についても、判例から基準を抽出することを通じて、定立を試みる。⁽²¹²⁾ すなわち、第一に、給付関連の配慮義務が認められるためには、同義務によって課せられる行為が契約目的の達成に必要不可欠でなければならない。第二に、その行為が、義務を課せられる当事者の固有の利益を犠牲にすることなく可能であって、受忍要求可能であることが必要である。⁽²¹³⁾ 第三に、その行為が、給付関連の配慮義務によって保護される方の当事者の、リスク領域・利益領域に位置するものであってはならない、⁽²¹⁴⁾ という。

《特 徴》

Wellerの見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務の他に、債権関係において、従たる給付義務、配慮義務が生じるとする。

給付義務は、二四一条一項が定める義務であり、給付の招来を求めることで、当事者の等価利益（給付利益）を實現するものである。主たる給付義務と従たる給付義務がこれに該当する。

配慮義務は、二四一条二項が定める義務であり、合意された給付以外に一般的な契約適合的行為を求めるものと定義する。配慮義務には、給付関連の配慮義務と保護義務が属する。

給付義務には二八一条・三二三条が適用され、配慮義務には二八二条・三二四条が適用されるので、両者の区別が重要である。配慮義務に属する保護義務は、目的設定基準によって、給付義務および給付関連の配慮義務から区別される。これに対し、従たる給付義務と給付関連の配慮義務は、ともに給付利益確保を目的とするので、目的設定基準による区別ができない。そこで両者は、契約締結時から義務内容が具体化しているか否かを基準として区別される。契約締結時から具体化している内容を持つものが従たる給付義務である。

同じ給付利益確保を目的とする付随義務でも、給付関連の配慮義務と従たる給付義務とを区別する。そして、前者には二八二条・三二四条が適用されるとし、その理由が詳細に挙げられる。⁽²⁵⁾

Wellerの見解は、給付関連の配慮義務の基礎づけにおいて、大いに注目される。すなわち、給付関連の配慮義務の発生根拠は、信義則という他律的な基礎であると明言する。⁽²⁶⁾ただし、同義務は契約にも根拠を持つという。一定の目的で契約を締結した以上は、契約上具体化されていない義務であっても、契約目的実現のために必要な行為を課す義務（給付関連の配慮義務）を認めていく必要があるものであり、その義務内容は必然的に契約目的に照らして決まると

いのである。そうすると、給付関連の配慮義務の発生根拠としての「契約」に込められている意味は、契約目的を実現すべき使命をもった制度としての契約の側面であるといえよう。⁽²¹⁷⁾

給付関連の配慮義務が認められるための要件定立にも取り組み、必要性・受忍要求可能性を中核とする基準を立てる点も、他に見られない特徴である。

さらに、同義務の個別的内容的例示においては、Groschlerと同様に、契約履行に不可欠な信頼を維持するための義務（給付誠実義務）が重視され、その具体例も多い。

Wellerの、今ひとつの特徴は、訴求可能性への関心である。すなわち、従たる給付義務と給付関連の配慮義務とを区別する基準としては、訴求可能性は妥当ではないとしつつも、訴求可能性は、給付義務を特徴づける重要な性質として強調されている。さらに、給付関連の配慮義務の訴求可能性も、それをめぐる論争を跡づけながら、検討が加えられている。

(3) Bachmann

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Bachmannは、給付義務を、主たる給付義務とそれを補助する「従たる給付義務」に分ける⁽²¹⁸⁾。そして、この給付義務と区別され、債権関係から生じるものとして、『付随義務』という分類を挙げ、これを、「二四一条一項の意味での給付を直接に目的とするのではなく、債権者のその他の利益を満足するための義務」と定義して、給付義務と区別する。同説にいう『付随義務』には、保護義務、協力義務（Mitwirkungspflicht）、説明義務、給付利益確実化付随義務（Leistungssichernde Nebenpflicht）が含まれる⁽²¹⁹⁾。同説は、給付義務は二四一条一項に位置づけられ、『付随義務』

は、保護義務から給付利益実現のための付随義務に至るまで、全て、二四一条二項に位置づけられるとする⁽²⁰⁾。

そして、給付義務と『付随義務』の区別の基準について次のように論じる⁽²¹⁾。まず成果が見込めるのは、目的設定基準によることである。次に、同基準でも疑問が残るときは、問題となっている義務が契約締結当初から具体化されているかの基準が有用である⁽²²⁾。それでも決まらない場合は、給付に代わる損害賠償請求または解除について猶予期間設定を要求することが適切でない場合は、二四一条二項（『付随義務』）に位置づけられ、適切である場合は二四一条一項（給付義務）に位置づけられる、という⁽²³⁾。

なお、訴求可能性は、たいていの『付随義務』には認められるので、適切な区別基準ではないという。

《従たる給付義務——定義・法的効果》

従たる給付義務とは、給付義務のうち、「契約類型を決定する意義をもたず、補助的な性質をもつもの」である。同義務は、法律・契約上の明文規定のほか、「客観的に、利益分析から、補充的契約解釈の枠組で」生じることもある⁽²⁴⁾、という。

従たる給付義務は、通常、訴求可能性があり、同義務違反には、二八一条・三二三条の適用がある⁽²⁵⁾。

《従たる給付義務——個別的内容》

従たる給付義務の例として、次のものが挙げられる⁽²⁶⁾。ただし、全て法律上規定のあるものである。

——事務受託者の報告義務・結果報告義務（六六六条）。

——使用貸借人の、賃借物の契約違反的利用をしない義務（五四一条）。

——使用賃貸人の競合回避義務⁽²⁷⁾。

『付随義務』——定義・法的効果

Bachmann は、上述の給付義務以外のものを、『付随義務』とする。そこに、他説と同様、「保護義務」を含める。ところが、同説は、「給付利益実現のための付随義務」であって、給付義務にあたらないもの（協力義務、給付確保的付随義務⁽²²⁸⁾）も、二四一条二項に位置づけられる『付随義務』に含める。そのように解する理由は、猶予期間設定による給付に代わる損害賠償請求権への移行が適切なのは、上述の意味での給付義務の違反のときだけであるから、という⁽²²⁹⁾。

『付随義務』の訴求可能性は、個別に検討される⁽²³⁰⁾。すなわち、給付利益実現のための付随義務については、訴求可能性の有無は、当該義務が「主たる給付と並んで、独立の目的のために働く義務」といえるか否かで決まる⁽²³¹⁾⁽²³²⁾。さらに、主たる給付を準備するための付随義務や主たる給付を妨げない不作為義務についても、抽象的には差止請求権が存するのであり、給付結果の直接的危殆化があれば同請求権が具体化して訴求可能となるという⁽²³⁴⁾。したがって、訴求可能性のある『付随義務』も存することは、明確に認められている。

『付随義務』違反の効果については、損害賠償請求・解除が論じられ、明確ではないものの、二八二条・三二四条の適用が考えられているようである⁽²³⁵⁾。

『付随義務』——細分類

『付随義務』は、発生根拠の違いから、給付利益実現のための付随義務と保護義務に分けられる⁽²³⁶⁾。給付利益実現のための付随義務の発生根拠は契約である。これに反し、保護義務の発生根拠は、特別な関係から生じる、完全性利益への影響可能性の高度化であるため、その発生のために必ずしも契約を要しない、という。

《給付利益実現のための付随義務・協力義務》

給付利益実現のための付随義務には、協力義務、給付確実化付随義務がある。

協力義務は、「契約の実行のための前提を創出し、契約上の給付の享受を相手方ができるようにするために」協力する義務と定義される⁽²³⁷⁾。協力義務の個別的の内容の例は次のとおりである⁽²³⁸⁾。

——有効な契約成立をもたらすために官公庁の許認可を求めることに協力する義務。

——相手方が税法上の利益を得るために支援する義務。

——給付の最終的結果が生じるよう、相手方が目指していた目的のために給付を利用できるように協力する義務⁽²³⁹⁾。

——債務者が履行に必要な問い合わせを債権者に行ったが、債権者が再三虚偽の説明をするので、債務者にとって債権者の不履行のおそれが深刻である場合⁽²⁴⁰⁾。BGHは、当該事案において、積極的債権侵害を認めた (BGHZ 11, 80 (1953, 11, 13)) (先述)。

《給付利益実現のための付随義務・給付確実化付随義務》

給付確実化付随義務とは、「給付結果の発生および契約目的の実現が危うくならないよう、または、害されないようにするため」に必要な全てのことをする義務 (およびこれを妨げる全てのことをしない義務) と定義されている⁽²⁴¹⁾。その個別的内容は多岐にわたるが、例を挙げると次のとおりである⁽²⁴²⁾。

——目的物の保管義務・梱包義務。

——給付の受領・給付結果の確保のために必要な証明書・文書・情報の提供⁽²⁴³⁾。

——契約を信義に従い誠実に展開し、その際、受忍要求可能な範囲で、相手方の利益に考慮する義務 (誠実義務

(Treuepflicht)。根拠のない契約上の権利（取消権、解除権、解約告知権、担保給付請求権）を主張することや、根拠なく真剣かつ最終的な履行拒絶を行うことは、誠実義務違反にあたる⁽²⁴⁵⁾。一連のBGH判決（BGH NJW 2008, 1147 (2008, 1, 23); BGHZ 179, 238 (2009, 1, 16); BGHZ 195, 207 (2012, 10, 25))は、根拠のない契約上の権利の主張ないし法的主張は、配慮義務違反（二四一条二項の義務の違反）にあたると解している⁽²⁴⁶⁾。

《保護義務内容》

Bachmann は、保護義務について、取引的接触による影響危険の高まりを理由として生じるもので、完全性利益を保護するためのものとする⁽²⁴⁷⁾。上述のように、同義務は、二四一条二項の義務である⁽²⁴⁸⁾。また、上述のように、同義務の発生には契約を必ずしも必要としない。

保護義務には、人格・所有権・財産を侵害から保護する義務、警告義務、情報提供義務が属する⁽²⁴⁹⁾。保護義務の訴求可能性は、原則として肯定されるといふ⁽²⁵⁰⁾。

《特 徴》

Bachmann の見解の概要・特徴は、次のとおりである。

主たる給付義務の他に、債権関係上、従たる給付義務、『付随義務』が生じるとする。

給付義務は、二四一条一項の意味での給付を直接に目的とするものであり、主たる給付義務と従たる給付義務がこれに該当する。

『付随義務』は、二四一条一項の意味での給付を直接に目的としないものである。これに、給付利益実現のための付随義務⁽²⁵¹⁾、保護義務が属する。これらの『付随義務』は、全て、二四一条二項に位置づけられる。

以上のように、給付義務は二四一条一項に位置づけられるのに対し、『付随義務』は、給付利益実現のための付随義務も含めて、同条二項に位置づけられるので、その区別が重要になる。区別基準は、まずは、目的設定基準によるべきである。それでも決まらない場合は、当該義務が契約締結当時から具体化していたかを基準とし、さらにそれも決め手とならないときには、最終的に、猶予期間設定要求が適切でない場合は（二八二条・三三四条が適用されるのが適当なものは）、二四一条二項（『付随義務』）に位置づけられ、適切であるものは二四一条一項（給付義務）に位置づけられる。⁽²⁵²⁾このように Bachmann の論じる基準は、広く浸透している目的設定基準と Weller が提唱した具体化の有無の基準を、段階をつけて統合したものとなっている。これらの複数の基準が段階的に作用すると論じる点が、大きな特徴である。

Bachmann も、Weller と同様、給付利益実現のための付随義務に二八二条・三三四条を適用するのは、債権法現代化の改正時の立法者意思であったとする。

Bachmann の見解は、結論的には、以上の区別基準・用語法を除けば、Weller と同説である。給付利益の実現のための付随義務（給付利益確保を目的とする付随義務）の個別的内容が詳細である。給付準備行為もここに位置づけている。さらに契約履行に不可欠な信頼を維持するための義務（誠実義務）に関する記述も厚く、根拠のない担保給付請求等を付随義務違反とする近時の BGH 判決への言及も注目される。

(4) 小 括

三分説の各見解に共通するのは、給付利益確保を目的とする付随義務を保護義務と区別しつつも、給付利益確保を目的とする付随義務であるからといって、全ての場合に二八一条・三三三条を適用するのは適当ではないとする点で

ある。すなわち、給付利益確保を目的とする付随義務の中にも、二八一条・三二三条を適用するのが適当であるものと、そうではないものがある、というのである。⁽²⁵³⁾そこで、給付利益確保を目的とする付随義務を、この観点からさらに分類する必要が生じる。各見解ともに、二八一条・三二三条が適用されるものについては、従たる給付義務と呼ぶ。これに対して、二八二条・三二四条が適用されるものについては、Gröschlerは給付関連の付随義務、Wellerは給付関連の配慮義務と呼んでいる。

三者が違いを見せるのは、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、従たる給付義務と、二八二条・三二四条が適用されるものとを区別する基準についてである。⁽²⁵⁴⁾まず、Gröschlerは、その基準を訴求可能性に求める。⁽²⁵⁵⁾次に、Wellerは、保護義務については目的設定基準で識別した上で、従たる給付義務と給付関連の配慮義務とは、契約締結時からの具体化の有無を基準にして区別する。最後に、Bachmannは、段階的な判断を主張する。⁽²⁵⁶⁾

付随義務の分類上、訴求可能性に意義を持たせるか、についても違いを見いだせる。ここでも整理したように、Gröschlerは、給付利益確保を目的とする付随義務のうち訴求可能性のあるものを従たる給付義務としており、訴求可能性に分類上の大きな意義を持たせている。この点は、訴求可能性重視説と同じである。これに反し、Bachmannは、訴求可能性の分類上の意義を明確に否定する。この点は、二分説に近い扱いである。Wellerの見解でも、訴求可能性には分類上の意義は与えられない。⁽²⁵⁷⁾

なお、保護義務をそれ以外の義務と区別するのは、他の見解と共通する。

付随義務の個別的内容に目を向けると、Gröschler、Weller、Bachmannの全ての見解が、契約関係展開のために不可欠な信頼を維持するための義務（信頼維持義務⁽²⁵⁸⁾）を強調していることが目立つ。また、三者の見解が、給付利益

確保を目的とする付随義務の中でも、二八二条・三二四条が適用されるべきものを論じるとき、主に念頭に置いているのも、この信頼維持義務⁽²⁸⁹⁾である。

(5) 補論

Emmerich は、Weller・Baumannと同じ結論を説くが、三点に注意が必要である。一つは、用語法が独自であることであり、Emmerichの用語法では、給付利益確保を目的とする付随義務で二八一条・三二三条の適用が認められるものが「給付関連的付随義務 [Leistungsbezogene Nebenpflicht]」である⁽²⁹⁰⁾。そして、給付利益確保に関わるが、二八二条・三二四条が適用される付随義務として、給付誠実義務を認めている。二点目は、この意味での給付関連的付随義務には二八一条・三二三条が適用され、給付誠実義務には二八二条・三二四条が適用されるとしつつ、前者について具体例を挙げていないため、分類の内実が不明瞭である点である。三点目は、Gröschler説・Weller説・Baumann説と結論的には接近しているにもかかわらず、これら各説に共通してみられた、給付利益確保を目的とする付随義務の全てに二八一条・三二三条を適用するのは不適当なのではないか、という問題意識がみられない点である。

《主たる給付義務以外の義務の呼称・分類》

Emmerichによれば、付随義務の分類には様々のものがあるが、給付障害との関連で意味があるのは、給付関連的付随義務(従たる給付義務⁽²⁹¹⁾)と、非給付関連的付随義務 (nicht leistungsbezogene Nebenpflicht⁽²⁹²⁾) への分類だけであるという。なぜなら、前者の義務への違反のときは、二八一条・三二三条が適用されるが、後者の義務への違反のときは、二八二条・三二四条が適用されるからである⁽²⁹³⁾。そして、この区別は目的設定基準による。

《給付関連的付随義務——定義・法的効果》

同説では、給付関連的付随義務は、「その履行が、債権関係の内容に依じて、相手方に、一定のこと〔etwas〕を得させるためのものである全ての義務であって、その一定のことに對して、相手方が、債権関係の趣旨目的にしたがつて、請求権を有するところの義務」と定義される⁽²⁶⁴⁾。そして、上述のように同義務違反には、二八一条・三二三条が適用される。もつとも、同義務の具体例や発生根拠には言及がない。

《非給付関連的付随義務——定義・特徴・細分類》

Emmerichによれば、非給付関連的付随義務は、「債権関係の展開による侵害から、相手方の権利・法的財貨・利益を保護するためのもの」である。上述のように、同義務違反には、二八二条・三三四条が適用される。同義務の訴求可能性は、とくに論じられていない。そして、非給付関連的付随義務には誠実義務〔Treupflicht〕と保護義務がある⁽²⁶⁵⁾という。

誠実義務に何が該当するかは明確には論じられていないものの、これにはEmmerichのいう「給付誠実義務」が属すると考えられる。なぜなら、Emmerichは、給付誠実義務違反には、二八二条・三三四条が適用されると明言しているからである⁽²⁶⁶⁾。

《給付誠実義務の個別的内容》

Emmerichは、給付誠実義務は、「契約目的を危うくさせまたは挫折させない義務、すなわち、契約相手方が契約締結によって目指していた利益を取得し、または、契約相手方の目標を実現すること、まさにそのことについて契約相手方を妨げない義務」であるとする⁽²⁶⁷⁾。給付誠実義務は、多くの個別的内容を含み、履行拒絶をしないことその他に、

契約履行に不可欠な信頼基礎を破壊しない義務、協力義務、余後効的誠実義務がここに含まれるとする。そして、給付誠実義務違反の例として、次のものを挙げる。⁽²⁸⁸⁾

——高級乗用車（新車）の売主が、注文に応じて用意していた新車からスポイラーを取り外し、中古品のスポイラーと取り替えていたケース。BGHの判決（BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19) = ポルシェカレラ事件）で、積極的債権侵害を理由とする売主の責任が認められた（先述）。

——買主・注文者による根拠のない苦情申し立てによって、相手方が、費用を要する調査を余儀なくされたとき。⁽²⁸⁹⁾

——買主に不利な特定の情報を売主が信用供与者に伝えたことにより買主への融資が妨げられた場合で、その融資が売買代金の資金調達のためのものであったとき。

——信頼基礎の破壊。⁽²⁹⁰⁾

《保護義務》

Emmerichによれば、保護義務違反のときは、非給付関連的付随義務違反の一つとして、二八〇条一項による損害賠償請求ができるほか、二八二条・三二四条により所定の要件のもとで給付に代わる損害賠償請求・解除もできる。⁽²⁹¹⁾

Emmerichは、保護義務の個別的内容として次のものを挙げている。⁽²⁹²⁾

——説明義務、通知義務、警告義務、助言義務

——守秘義務、秘密保持義務

——契約相手方の財産・人格に関して生じる保護義務・配慮義務・保管義務

《特 徴》

Emmerichの説は、用語法を除き、Weller・Bachmannの説と結論は同旨である。すなわち、Emmerichの用語でいう「給付関連的付随義務」⁽²³⁾には、二八一条・三二三条が適用される。次に、非給付関連的付随義務には二八二条・三三四条が適用される。そして、非給付関連的付随義務には、保護義務・給付誠実義務が含まれる。

もともと、Emmerichは、給付関連的配慮義務と給付誠実義務の区別の基準を論じていない。

契約関係の存続・展開にとって不可欠である信頼の維持（信頼維持義務⁽²⁴⁾）の重要性が強調され、個別的内容も多く挙げられている。この点は、三分説の各見解と共通する。

(1) たとえば、一部の見解（Gröschler・Bachmann）では、給付義務に主たる給付義務だけでなく、従たる給付義務を含ませ、この意味での給付義務以外の債権関係上の義務について、「付随義務 [Nebenpflicht]」の語が用いられている。このときは、この語は、本稿が用いる意味での付随義務とは異なり、従たる給付義務を含まないこととなる。また、後述のEmmerich旧説では、「付随義務 [Nebenpflicht]」の語は、最も狭い意味で用いられ、債権関係上の義務のうち、主たる給付義務にも従たる給付義務にも該当せず、かつ、保護義務にも該当しない、給付利益確保を目的とする付随義務のみを指す語として用いられている。

(2) Larenzの見解については、潮見佳男『契約規範の構造と展開』（一九九一年）（以下、『構造と展開』として引用。）六一頁以下・一二二頁以下、長坂純『契約責任の構造と射程』（二〇一〇年）六三頁以下が詳しい。

(3) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil (14. Aufl. 1987), 8ff.

(4) 他論者（Gröschler・Thiele/Fezer・Madaus）の用語法では給付関連的付随義務に相当する。

(5) Larenz, aO., 138ff. もともと、その他の行為義務は、主として、保護義務・忠実義務であると述べる箇所もあるところ（Larenz, aO., 10ff.）²⁵、給付関連的義務と忠実義務の関係は不明である。

(6) Larenz, aO., 8.

- (7) Larenz, aaO., 12; Larenz は、次のように述べる。「当事者は、特定の行為の正確な定義づけ、およびそれを債務内容として確定することを通じて、特定の義務を、「従たる給付義務」に格上げすることもできる。このとき、この従たる給付義務も、独立して訴求可能である。」
- (8) Larenz, aaO., 12.
- (9) Larenz, aaO., 9.
- (10) そして、「その他の行為義務」が肯定されるための考慮要因については、次のとおりである (Larenz, aaO.: 10)。当事者は、「全体として、具体的な契約目的・給付の特別な種類・忠実な協働の必要を考慮したうえで、それぞれが相手方に期待する行為をする義務を負う。」
- (11) Larenz, aaO., 11f.; Larenz は、次のように述べる。「その他の行為義務の詳しい内容は、たいていの場合、債権関係の発生と同時に確定しているのではなく、その後の展開においてはじめて、そのつどの状況を考慮して明らかになってくる。……したがって、一般的に、その他の行為義務の履行を事前に求めることについて、訴訟を起すことはできない。」
- (12) Larenz, aaO., 9.
- (13) Larenz, aaO., 138f.; Larenz は、次のように述べる。信義則から生じるその他の行為義務の種類は多様であるが、「一方では、保持義務・保護義務があり、これが生じるのは、契約当事者の一方が、相手方に対して、債権関係の実行の過程において、自らの財貨を委ね、その相手方に、その財貨に対して影響可能性を持つことを許すときである。このとき、相手方は、自らに委ねられた財貨を慎重に取扱わなければならない、必要であれば、損害回避措置をとらなければならないのである。さらに、相手方に、契約によってその相手方に帰属するべきとされている利益を取得させ、または、相手方に、その権利の行使ができるようにする義務が生じることもある。この義務は、保護義務と対照させて、給付関連的義務と呼ばれている。」
- (14) Larenz, aaO., 9f.; 138f.
- (15) これらのうち、他の見解では、多くの場合、報告義務は給付利益確保を目的とする付随義務に分類され、安全配慮義務は保護義務に分類されているが、Larenz はそのような指摘をしていない。もっとも、情報提供義務については、「保護義務に近」と述べる (Larenz, aaO., 140)。
- (16) これを行う義務が、第一章において「具体的行為義務」として論じたものである。

(17) Larenz は、配慮、説明、契約目的の棄損・挫折を避けること、を挙げる。これを行う義務が、本稿で「給付利益確保を目的とする付随義務」と呼んでいるものである。

(18) Larenz, aaO., 10f.

(19) Larenz は、次のように述べる。給付行為に際して適切な行為をする義務は、「給付義務に含まれているといつてよい。実際、義務者は、ここで、二つのこと、すなわち、給付と給付に際して遵守すべき行為の二つを義務付けられるのではなく、一つのこと、すなわち、適切な給付を行うことを義務づけられるのである。」

(20) Larenz, aaO., 10.

(21) 第二章で述べたように、BGB は、二〇〇二年施行の改正に際して、この契約締結前の法律に基づく債権関係について、明文規定を置いた(二四一条二項、三二一条二項)。

(22) Larenz, aaO., 106ff.

(23) Larenz, aaO., 117f. 潮見佳男『構造と展開』一一四頁以下参照。

(24) 潮見佳男『構造と展開』六三頁・一一三頁以下、長坂純・前掲書六三頁以下。

(25) 該当部分で、Larenz は次のように述べる。

「全ての契約に基づく債権関係の内容は、一部分は、——「任意的」法律規定しか関係しない範囲では——優先的に、適切に表示された当事者意思によって決まるが、また一部は、法律規定、その中でもとくに「信義則」によっても決まる。したがって、常に、「主観的」要素と「客観的」要素は、協働するのである。」その形成内容 [inhaltliche Ausgestaltung] においては、契約に基づく債権関係も、客観的な法の規定をも根拠とする。客観的な法の規定は、その内容において、たいていは、思慮があり誠実に思考する当事者ならば、規律されるべき問題を考えていたとしたら、合意していたであろうと推測される内容と一致しているといえる。なにしろ、客観的な法の規定は、行われた合意から明らかになる目的およびその背後にある当事者の利益および利益評価に、両当事者にとって受け入れ可能である適正な調整をするという意味で、最もよくかみ合う規律を目指しているのだからである。しかし、客観的な法の規定の妥当根拠は、なおも客観的な法である。契約によって生じる債権関係も、その形成内容においては、少なくとも一部分は、客観的な法の規定を根拠とするのである。」(Larenz, aaO., 77)

「契約に基づく債権関係は、その核心部分、すなわち、両当事者の給付義務の内容および範囲についてのみ、法律行為によって、したがって当事者意思によって決定されなければならないのであって、その他の点では、法律上の任意規定およびまた強行規定によって共同決定される」。「契約に基づく債権関係の枠内では、交渉関係において基礎づけられるのと同様またはそれより広い保護義務が生じうる。これに加わるのが、本来の給付義務および従たる給付義務のほか、その準備及び確保を目的とする義務、そしてまた、いくつかの法律関係においては（たとえば、組合、事務処理契約、雇用契約）、忠実的な協力をする義務、誠実義務・配慮義務である。これら全ての義務が、…：協働して、契約に基づく債権関係の全体的構成を形作るのである。」(Larenz, aaO., 118)

「契約によって基礎づけられる債権関係——契約関係——は、相互に関連する権利義務の「構成体」として、私の理解によれば、意思表示において表明される当事者意思——すなわち法律行為としての契約——に基づく義務、とりわけ主たる給付義務に加えて、法律（客観的な法）に基づく義務も含むのである」。「契約関係の内容は、したがって、その一部のみが、当事者意思によって定まるのであって、それ以外は、法秩序によって定まるのである。法秩序は、当事者意思を尊重し、適正な規律を施すという意味で当事者意思を補完するのである。」(Larenz, aaO., 365f.)

なお、このような記述に色濃く表れている、契約の法的拘束力ないし契約規範をめぐるLarenzの議論における、当事者意思（主観的モメント）と実定法規範（客観的モメント）の協働と、その協働における両者の調和という構想の全貌については、森田修『契約規範の法学的構造』（二〇一六年）三二四頁以下参照。

(26) 潮見佳男『構造と展開』一三二頁、長坂純・前掲書九九頁。

(27) Larenz, aaO., 77ff.

(28) なお、Böttcherの見解は、BGBコメントールにおいて、二四二条の注釈として示されているものであるが、その内容は、同じコメントールにおける同条の以前の担当者であるHohlochの記述をほぼそのまま踏襲するものである。

(29) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I* (15. Aufl., 2017), § 242 Rn. 67ff.; Rn. 76. Böttcherは、「当事者意思が明らかでなく、この点にひいて当事者意思が解釈から得られることもなく、二四二条が、付随義務を創出するための安定した法源となってきた」とする。また、合意に基づかない付随義務が、「法律上の根拠・客観的法という根拠を持つ義務としての法的性質を有することが強調されるべきである。この基礎が、同義務を、

当事者合意に基づいて創出される付随義務と区別するのである。」と云う。

- (30) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 68; 74.
- (31) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 75.
- (32) 協力義務は、当事者が負う「自らの利益の限界内で、給付結果の達成のために協力する義務」と定義される。その主な例は、契約の効力が、官庁の許認可に依存するとき、契約に効力を持たせるため、許認可が得られるよう協力する義務である。Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 82.
- (33) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 74f.
- (34) ただし、不作為義務のように、当該義務が給付義務の役割を持つまでに成長するとき、特別な状況において、例外的に裁判上の貫徹が必要となるべきを除く、と云う。
- (35) 注意義務 (Sorgfaltspflicht)・配慮義務 (Fürsorgepflicht)・通知義務 (Anzeigepflicht)・情報提供義務 (Aufklärungspflicht)・誠実義務、保護義務など。
- (36) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 75.
- (37) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 77ff.
- (38) この問題に関するドイツの議論状況については、高島英弘「契約の効力の時間的延長に関する一考察 (一)」産大法字二四巻三＝四号(一九九一年)三九五頁以下が詳しい。
- (39) 支援・配慮義務の内容として、相手方による給付を可能にするための資金調達用の資料の提供や、税法上の利益を得るための証明書を相手方に提供する義務、契約相手方との競合行為を行わない義務が挙げられている。Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 79.
- (40) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 87f.
- (41) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 92.
- (42) Böttcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aaO, § 242 Rn. 93. 情報提供義務は、保護義務の下位分類の一つでありながら、その実質的重要性から、固有の事例グループを確立するに至っているとし、独立の項目として詳述されている。

- (43) 保護義務が完全性利益保護を目的とすることは強調されているが、保護義務以外の非独立的付随義務が給付利益確保を目的とすることは論じられていない。
- (44) 後述の二分説とは対照的に、給付利益を目的とする付随義務には二八一条・二三条が適用され、保護義務には二八二条・三三四条の適用がある、という議論を行わない。
- (45) 同様の見解として、Brox/Walker がある (Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht (36. Aufl. 2012), 8ff.)。同説は、契約に基づく債権関係から生じる義務を、訴求可能である給付義務 (二四一条一項) と、独立して訴求ができない保護義務 (二四一条二項) に分ける。前者には、主たる給付義務と従たる給付義務が属し、従たる給付義務は、合意・法律規定から生じるが、信義則からも生じうるとする。保護義務は、主に、完全性利益の保護を目的とするという。
- (46) Böttcher はこれを論じない一方で、Larenz は、当事者の合意による具体的内容の確定により従たる給付義務が生じるとするだけである。
- (47) Emmerich は、現在では付随義務について異なる整理をしている (後述)。
- (48) Emmerich, in: Emmerich/Gernhard/Grunsky/Huhn/Schmidt/Tempel/Wolf Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (1974), 304f.。同説は、「主たる給付義務から従たる給付義務を区別するのは、とりわけ、その補完的機能である。すなわち、従たる給付義務は、独立した意義をもたない。その目的は、むしろ、主たる給付義務の完全な履行を確実にすることに尽きる。」としつつ、従たる給付義務は、「主たる給付義務と同様に、独立して訴求可能であり、その使命を、主要的給付に対する債権者利益の満足を、その債権者利益を可能な限り最大の範囲で実現する方法で、確実にすることに持つ」義務であると定義して、同義務の訴求可能性を認め、かつ、同義務は双務契約では対価的牽連関係 (Synallagma) を構成するという。
- (49) Emmerich, in: Emmerich et al., aaO, 306f.。Emmerich は、次のように述べる。従たる給付義務と保護義務の間に、「いわゆる非独立的付随義務という大きな領域がある。これは、これに属する義務が多様であることから、また、一方における従たる給付義務との区別、他方における行為義務 (ここでいう行為義務は、保護義務のことである。——筆者注) との区別が未解決であることから、正確な位置づけが困難なものである。確実なのは、ただ、『付随義務』と従たる給付義務とは、『付随義務』は独立して訴求ができず、かつ、対価的牽連関係にも組み入れられない、という点で区別されるということだけである。その機能は、しかし、従たる給付義務のそれと広く一致する。というのは、『付随義務』の使命は、第一に、債権者

利益を可能な限り最も広い態様で実現するような主たる給付義務の履行を確実にすることにあるからである。「付随義務」の有責な違反は、したがって、通常、債務者に、積極的契約侵害を理由とする損害賠償を負わせる。また、個別事例では、主たる給付義務の不能をもたらすことがありうる。」

(50) 実際には、Emmerich 旧説は、従たる給付義務と非独立的付随義務の区別は困難であるとして、それらの具体例について、どちらに該当するかを留保したまま、個別的内容を論じている (Emmerich in: Emmerich et al. aAO. 309f.)。

(51) Emmerich は、契約内容としての給付結果を、「第一の債権者目的 [primärer Gläubigerzweck]」それ以外の債権者利益 (本稿で給付利益ないし契約目的と呼んでいるもの) を「その他の債権者目的 [weiterer Gläubigerzweck]」と呼んでいる。

(52) Emmerich in: Emmerich et al. aAO. 305f. Emmerich は、給付障害法の適用の有無の観点から、当事者が契約をする目的について、「第一の債権者目的」と「その他の債権者目的」とを区別しなければならぬとする。そして、次のように論じる。第一の債権者目的は、常に、給付結果の発生 (例えば、売買の買主であれば、物の所有権・占有の取得) を内容とし、かつ契約内容であって、その不履行のときは直接に給付障害法が適用される。これに対してその他の債権者目的とは、債権者が、「第一の債権者目的」の達成を通じて追求する、別の目的のことである (例えば、物の所有権・占有の取得 (第一の債権者目的) を通じて、その物を贈与・居住・賃貸のために利用 (その他の債権者目的) できるようにすること)。後者の不達成 (遅延・挫折) には、原則として給付障害法の適用はない。なぜなら、取引安定性は、その他の債権者利益の不達成のリスクは債権者が負うこと、すなわち、その達成不能により給付が無意味になったとしても債権者は契約に拘束され続けることを求めるからである。

(53) Emmerich in: Emmerich et al. aAO. 309f.

(54) ドイツ判例上、事業用物件の使用賃貸人は、契約上の規定がなくとも、同一建物における競業から、使用賃借人を保護する義務を負うという解釈が確立している。これは、事業用物件の使用賃貸借契約においては、同一建物における他の物件においてまたは直近にある使用賃貸人の不動産において、競業事業者を受け入れないことは、契約適合的な使用を提供することに属する、とどう考えに基づく (BGHZ 70, 79 (1977, 12, 7); BGH NJW 1979, 1404 (1979, 1, 24))。以下、この義務を「使用賃貸人の競回避義務」と呼ぶこととする。

(55) Emmerich は、次のように述べる。「一般に、当事者には、常に、一定の協力義務が課せられる。それぞれの当事者は、信

義則の枠内で、契約の実行に際して協力しなければならぬ。ただし、当事者が、相手方の最も固有の契約リスクを相手方から除去する義務を負うという程度にまでは至らない。このような協力義務は、契約が、なお官庁の許認可を必要としているときに、重要な意義を持つ。というのは、このとき、両当事者は、不確定的に無効のままである契約に基づいて、認可を得るための全てのことをし、認可の取得を挫折させるる全てのことをしない義務を負うからである。」

- (56) Esser/Schmidt は、保護義務を、「その他の付随義務 [sonstige Nebenpflicht]」とも呼ぶ。Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I Allgemeiner Teil Teilband 1 (8. Aufl. 1995), 109ff.
- (57) Esser/Schmidt, aO., 107f.
- (58) Esser/Schmidt, aO., 108.
- (59) Esser/Schmidt, aO., 108.
- (60) Esser/Schmidt, aO., 105f. Esser/Schmidt は、次のように述べる。保護義務は、取引の履行が、「取引倫理を考慮した信義誠実」にしたがって行われるべきであるという一般的な命令、すなわち、契約相手方の正当な完全性への期待を十分に考慮して行われるべきであるという命令から帰結されるものである。」
- (61) Esser/Schmidt, aO., 109f. なお、保護義務を負う者の懈怠によって、相手方が損害を被る可能性が事前に認識可能であるときは、例外を認める。
- (62) Emmerich 旧説は、訴求可能性のある従たる給付義務とそれを欠く非独立的付随義務を一応は分けつつも、その実際の区別は困難であるとして区別の作業を放棄している。Esser/Schmidt は、従たる給付義務に訴求可能性があるとし、この点が保護義務との違いであると述べつつも、従たる給付義務に訴求可能性があるのは、同義務が訴訟や執行の形式になじみやすいからであるに對し、保護義務に訴求可能性がないのは、その内容が状況依存的であり事前に確定可能でないからであるという。そうすると、従たる給付義務には訴求可能性があるのに對し、保護義務にはそれが無いという傾向にあるというだけであって、訴求可能性のない従たる給付義務、訴求可能性のある保護義務も排除されないこととなる。
- (63) Stürmer, JZ 1976, 388ff. 同説につき、保護義務の履行請求権の基礎づけを中心に紹介するものとして、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』（一九九三年）一五四頁以下。
- (64) Stürmer は、訴求可能であるためには、義務内容が具体化しており、かつ、損害賠償等其他の救済手段では十分な救済にな

らなごころも必要とする。Stürner, aO., 388ff.

- (65) そこで、二〇〇二年施行の改正を踏まえて、これらの条文の適用問題を付随義務の分類に関連させる、比較的近時の見解を「二分説」(後述)と呼び、同様に付随義務を二つに分けるが、その分類と条文の適用問題とを関連させない Teichmann、Thiele/Fezer の見解を「旧二分説」と呼ぶこととする。

(66) Teichmann, JA 1984, 545.

- (67) Teichmann は、当該論考では給付関連的義務の語を用いているが、これは、他の論者が用いる給付関連的付随義務と同じ内容を指す語である。そのため、Teichmann の論考における「[leistungszugehörige Pflicht]」には、「給付関連的付随義務」の語をあてる。

- (68) Teichmann は、信義則により、当事者は、相手方の合理的な利益に配慮することが要求されるとし、その要求は二つの領域で現れるとして、次のように述べる (Teichmann, aO., 545f.)。「一つには、当事者は、合意された給付目的が害されずに、給付義務の計画通りの履行が、適切に準備され、確保され、相応な措置によって支援されるように、協力する義務を負う。すなわち、当事者は、いわゆる給付利益を共同で確保しなければならないのである。したがって、当事者には、主要義務に加え、その他の給付関連的義務が課されるのである。契約締結およびその履行が基礎づける当事者同士の社会的接近は、法律行為によって結合しているのではない第三者と比べ、それぞれの契約当事者を、害されやすくもするが、この接近に基づき、当事者は、さらに、相手方を、その法的財貨において尊重し、自己の領域から発して相手方が被りかねない危険を減少させ、そのような侵害が生じることを可及的に防止する義務を負う。いわゆる保護義務は、相手方の保持利益を確保するのである。」
- (69) Teichmann は、信義則から次のことが帰結されると言う (Teichmann, aO., 545f.)。「一定の社会的役割において法律生活に参加する債務者には、誠実な当事者として、たしかに、法律行為に伴う自己の利益を追求するのは当然であるとしても、同時に相手方の合理的な利益を合わせて考え、また配慮することが求められる」。

- (70) ごく簡単な言及であるが、損害賠償請求権、履行請求権、給付の全体について利益が失われたときの解除権が論じられる (Teichmann, aO., 711)。

- (71) Teichmann は、提供を義務づけられるのは、それを相手方が知らなければ不利な契約を結んでしまう情報であり、したがって、情報提供義務者にとっては、契約締結を妨げうる情報であるとした上で、そのような情報提供義務を課すためには相手

方に特別な保護必要性がなければならぬとして、その判断要素を論じる (Teichmann, aaO, 546ff.)。なお、Teichmann は情報提供義務を給付関連の付随義務と位置づけているが、この点は、他の見解と顕著な違いがある。なぜなら、一般に、契約締結段階の説明義務・情報提供義務は、保護義務に位置づけられているからである。

- (72) Teichmann, aaO, 711f. いわゆる契約の余後効については、熊田裕之「ドイツ法における契約終了後の過失責任」法学新報九七巻一―二号 (一九九〇年) 三六九頁以下、高嶋英弘「契約の効力の時間的延長に関する一考察」(一) (二・完) 産大法学二四巻三―四号 (一九九一年) 三六七頁以下・二五巻一―二頁以下、蓮田哲也「ドイツ判例法における「契約の効力の延長」について」法学研究論集 (明治大学大学院) 三八号 (二〇一三年) 二二五頁以下、同「ドイツにおける契約義務の余後効」法学研究論集 (明治大学大学院) 四〇号 (二〇一三年) 一八三頁以下参照。

(73) Teichmann, aaO, 709f.

(74) Teichmann, aaO, 710.

(75) Teichmann, aaO, 711.

(76) Teichmann, aaO, 712ff.

(77) Madaus, JA 2004, 290.

(78) 詳しくは、次のように述べる (Thiele/Fezer, BGB Schuldrecht Allgemeiner Teil (4. Aufl. 1993), 19)。

「債権関係から生じる義務の用語法や体系化によって見失われてはならないのは、債務者の個別的義務の内容的確定が、具体的な法律問題への回答を与え、特定の法的効果の発生をもたらすということである。体系化は、異なる問題構造を、用語によって明確にするだけである。

おもに次の問題構造がある。

——義務の独立的訴求可能性。

——対価的牽連関係への義務の組み入れ (三二〇条以下)。

——義務の目指す方向が、履行利益にあるか、保持利益にあるか。

——義務違反の法的効果の決定は、担保給付法・不能および遅滞の規定によるか、積極的債権侵害の原則によるか。

どのような分類基準を基礎とするのであれ、これらの実に多様な問題構造への回答は、ある義務がどのグループに位置づ

けられるかとは、必然的な関係になく、また、とりわけ統一的な関係にはない。」

(79) Thiele/Fezer, aaO., 21ff.

(80) Thiele/Fezer は、次のように述べる (Thiele/Fezer, aaO., 22)。「履行利益を目指す給付義務、そこには給付義務に関連する付随義務も含まれるが、この義務と、給付に関連しない、いわゆる (純粹な) 保護義務 (保持義務) が区別される。」

(81) Thiele/Fezer は、次のように述べる (Thiele/Fezer, aaO., 21)。「給付関連的付随義務という分類を用いることを前提とすれば、「付随的給付の招来を目的とする従たる給付義務と、その他のいわゆる非独立的付随義務との区別、すなわち、たしかに給付の招来を直接に目的とするものではないが、給付招来の支援を目的とする義務との区別は、実質的には不要である。というのは、このような区別は、独立的訴求可能性についても、対価的牽連関係へ組入れられているかどうかについても、積極的債権侵害の適用範囲の限界づけについても、基準とならないからである。」

(82) Thiele/Fezer は、給付関連的付随義務とは、給付義務に添えられ、債権関係から生じる義務であるとして、次のように述べる (Thiele/Fezer, aaO., 20)。「給付関連的としての特徴づけは、この付随義務の補助的機能を明確にする。この義務の役割は、給付の提供および給付結果の実現を支援することにある。この義務が目的とするのは、債権関係の適切な履行が、社会生活で必要とされる注意の基準に従って……かつ信義則に従って (二四二条) 行われることを確実にすることである。」

(83) Thiele/Fezer, aaO., 21.

(84) なお、第二章で述べたように、二〇〇二年施行の改正後の BGB は、従来の積極的債権侵害にあたる場合も「義務違反」という統一的な基本要件に含めている。

(85) Thiele/Fezer, aaO., 21f. 同説は、売買契約において目的物の梱包が粗雑であり、物が滅失または損壊した場合を例にとつて、付随義務違反が主たる給付義務 (当該の例では、売主の目的物引渡義務) に影響する場合について、次のように論じる。「売買目的物が輸送中、売主に責任のある不十分な梱包によって滅失したときは、三二五条が適用される。物が損傷を受けただけであるときは、買主は、減額または瑕疵担保解除の請求だけができる (四五九条以下)。四六三条の要件は存しない。同条は、契約締結時の売主の行為にのみを基準としているから (保証、瑕疵の悪意の秘匿、または有利な性質が存すると申し向けること)、事後的な過失のケースは対象としていない。その範囲では、履行利益を求める損害賠償の効果に伴う積極的債権侵害の適用がある。買主は、損害賠償法上、売主が梱包義務を履行していたら生じていたはずの地位を得るべきである。

すなわち、買主は、「履行利益つまり物自体の損害および逸失利益の賠償を得る。」

右の記述が前提としている改正前BGBに関して、同説の理解のために必要な補足をすると、次のとおりである。

まず、債務者の帰責事由による給付義務の履行不能のとき（同説の挙げる例で、売主の乱雑な梱包により物が滅失したとき）は、旧三二五条が、債権者は、その選択により、履行に代わる損害賠償請求をし、または、契約を解除することができることを定めていた。

そして、売主の乱雑な梱包により、物が損傷を受けたが、滅失にまではいたらないときは、その事態は、旧BGB四五九条が定める物的瑕疵に該当するので（同条によれば、売主は、危険移転時において存する物的瑕疵について責任を負う）、買主は、同条以下が定める、売買における担保給付としての法的救済を求めることができた。その法的救済としては、旧四六二条が、売買契約の解消の請求（担保給付としての解除請求）と減額請求を定め、旧四八〇条が、種類物売買の場合においては、買主は、契約解消または減額に代えて、瑕疵のない物を引渡すことを請求できることを定め、旧四六三条が、物の性質に保証があったとき、または、売主が悪意で瑕疵について隠秘したときに限り、買主は、不履行を理由とする損害賠償を請求することができることを定めていた。

二〇〇二年施行の改正前のBGBが定めていた、買主が請求できる担保給付は、これらに限られる。しかし、売主の乱雑な梱包により物が損傷するという事態は、積極的債権侵害にも該当するので、買主は、売買に関する規定が定める担保給付と並んで、積極的債権侵害を理由とする損害賠償請求をすることもできた。

(86) Thiele/Fezer, aO., 20ff.

(87) Thiele/Fezer, aO., 22ff.

(88) 明示的に同説の用語法を採用するものとして、Zimmerの見解がある（Zimmer, NJW 2002, 6）。

(89) この適用準則は、現行BGBの給付義務違反を理由とする救済制度（二八一条、三二三条）に組入れられている。すなわち、一方で、二八一条・三二三条は、給付義務違反があったときに、原則として、猶予期間設定・徒過を前提として全体的権利（給付の全部に代わる損害賠償請求権・解除権）を与え、例外的に、義務違反の程度が軽微であったときはこれらを許さず、小さな損害賠償だけを認めており、他方で、その給付義務違反（義務づけられたとは異なる態様で給付がもたらされたこと）には付随義務違反も含まれることとなっている。第二章参照。

- (90) すなわち、同説によれば、分類の意義は、対価的牽連関係への義務の組み入れ、義務の目的が履行利益にあるか完全性利益にあるか、義務違反の法的効果の決定は、担保給付法によるか、不能・遅滞の規定によるか、積極的債権侵害の原則によるか、といった問題の所在を明らかにすることにしかない。
- (91) この立場では、付随義務は、保護義務と従たる給付義務の二つに分けられる。そこで、この立場を「二分説」と呼ぶこととする。
- (92) Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (17. Aufl. 2019), 3f. なお、給付関連的付随義務 (leistungszugehörige Nebenpflicht) の語も、従たる給付義務と同義の語として用いている (Looschelders, 33)。
- (93) Looschelders, a.o., 9f. もともと、両方の性格を併有する義務もあることも認める。
- (94) Looschelders, a.o., 3. 次のように述べる。「給付義務が財産状況の変更を目指すのに対し、保護義務は、当事者の現在の財産状況を侵害から保護すること、すなわち、当事者の完全性利益を保護するものである。」
- (95) Looschelders, a.o., 4f. たとえば、現実売買において買主が適切な梱包を求める訴訟を起こすことはできないのに対し、継続的供給契約において売主が過去に粗雑な梱包をしたときは、買主が将来の梱包について適切な梱包を求める訴訟を起こすことは考えうるとする。
- (96) Looschelders, a.o., 33. 次のように述べる。「見落とされてはならないのは、給付関連的付随義務の根拠は、債権関係であること (信義則などではない) ということである。」なお、同説では、給付関連的付随義務の語も従たる給付義務と同義の語として用いられている。
- (97) Looschelders, a.o., 33.
- (98) Looschelders, a.o., 6.
- (99) Looschelders, a.o., 10. 同説は、次のように述べる。たいていの保護義務では、「実際のな理由から、独立した給付訴訟は、通常、排除される。この関連でとくに明快な例は、警告義務である。警告が必要なのは、相手方がリスクを知らないときのみである。この場合、その相手方は、当該リスクに対する警告を求める給付請求を提起することはできない。しかし、損害という結果の生じる前に、すでに保護必要性が個別の場合において具体化されているときは、保護義務の遵守を求める訴訟を起こすことは、十分に考えうる。したがって、従たる給付義務としての位置づけか、保護義務としての位置づけかは、訴訟

- 求可能性を決定しなす。」
- (100) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller「契約関係における義務構造論の整理に向けて」山梨学院大学法学論集六七号(二〇一一年)一二七頁も参照。
- (101) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), FS für CLAUDIUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag Bd. I (2007), 278f.
- (102) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 279f. 「したがって、従たる給付義務は、留保なく、給付義務としての性質を認められ、給付義務として扱われるべきである。」とも述べている。
- (103) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 288f. 保護義務違反の典型的な効果は、二八〇条一項による、単純な損害賠償請求権の発生であり、有効な契約の履行過程における保護義務違反のときには、二八二条・三二四条が適用されると指摘する。
- (104) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 277.
- (105) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 278.
- (106) 先の訴求可能性重視説 (Larenz/ Bötcher) に加え、後述の Gröschler が、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、訴求可能性のあるものを「従たる給付義務」と呼び、訴求可能性のないものを「給付関連的付随義務」ないし「給付誠実義務」と呼んで、区別している。
- (107) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 279
- (108) Grigolet, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aao, 279. 「この義務は、契約目的に直接に依拠しうる。なぜなら、買主のための引渡は、買主にとって、取扱説明書を通じて契約目的物の利用が可能になるときだけ、意味を持つからである。」と云々。
- (109) Olzenの見解については、姜雪蓮「信認義務(忠実義務)のドイツ法的構成」学習院大学大学院法学研究科法学論集二二二号(二〇一五年)一〇八頁以下も参照。
- (110) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht §§ 241 - 243 (Treu und Glauben) (Neubearbeitung 2015), § 241 Rn. 144ff.

- (111) Olzen は、主たる給付義務と区別される、給付に付随する行為を課す義務の呼び方について、付随義務 [Nebenpflicht]、行為義務 [Verhaltenspflicht] 等の用語をも検討しつつ、これらは給付との関連性が表現できず、非給付関連的義務 (保護義務) との区別ができないので、不適当であるとして、従たる給付義務の語を採用することが適当であるという (Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 147ff.)。
- (112) Olzen のよう配慮義務は、他の見解でいう「保護義務」にはほ相当する (厳密にいうと、Olzen の配慮義務は、「独立的給付誠実義務」も含むので、他の見解でいう「保護義務」より少し広い)。以下本稿では、他の見解の記述と対照しやすいうに、Olzen の配慮義務について、「配慮義務 (保護義務)」と表記する。
- (113) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 153ff.
- (114) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 157.
- (115) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 161. すなわち、「給付義務と配慮義務の最も重要な区別基準」は、「義務のそれぞれの目的設定」であるとし、配慮義務 (保護義務) は、現在の財産状況、「すなわち完全性利益の保護を目的としている」とするのに対し、給付義務は、「債権関係の具体的な達成」のために働き、「債権者の財産状況の変更を目的とする」という。
- (116) なお、Olzen は、危険な機械の取扱を説明する義務のように、給付義務と保護義務の両方の性質を同時に持つ義務もあることを認めつつ、そのような場合でも、当該義務違反により、給付利益確保目的と、完全性利益保護目的の、どちらの目的が害されたかを、契約解釈の手法で確定するべきとする (Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 162)。
- (117) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 151.
- (118) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 158f. Olzen は、保護義務の訴求可能性は、一般に激しく争われていることおよび、訴求可能性の問題は、個々の義務の法的性格を確定してからでないこと答えられないことを挙げ、「訴求可能性という基準は、実用的な区別の基礎とはならぬ」という。
- (119) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 166. この当事者合意は、裁判官によつて、拡張的解釈・補充的解釈の手法を用いて認められることがしばしばあるという。
- (120) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 167.

- (121) Olzen のいう給付確定化義務とは、契約履行後に、給付を確実にするために働くものであり、いわゆる契約の余後効である。Olzen は「協力によって給付利益を推進する義務は、いくつかの債権関係では、給付提供によっては終わらないことがある。むしろ、債務者は、債権者に対して、給付結果が事後的に減価したり害されたりしないよう、給付結果を永続的に保持できるようにするために協力しなければならないことがある。」と述べ、その詳細を論じる (Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 265ff.)。
- (122) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 168ff.: 法律上の報告義務・結果報告義務のほか、信義則を基準とする契約解釈により、次の原則が確立しているという。すなわち、「他人の事務を処理する者は、結果報告義務を負う」という原則 (ドイツでは、委任契約など「他人の事務を処理する法律関係」について定められている報告義務・結果報告義務に関する多くの個別規定の総体を手がかりとして、「他人の事務を処理」する者には、個別規定が直接には適用されない場合についても、結果報告義務が課せられるべきであるという一般原則が確立している。その詳細については、岩藤美智子「ドイツ法における報告義務と期末報告義務 (三)」彦根論叢三三三一号 (二〇〇一年) 一八七頁以下参照。) と、「権利者が、その権利の存在および範囲について錯誤に陥っており、そのことに責任がない場合」において、「義務者が困難な報告ができる」ときは、義務者はその報告をしなければならない、という原則 (ドイツにおけるこの法理については、春日偉知郎『民事証拠法研究』(一九九一年)二六八頁以下・二八五頁参照) である。
- (123) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 182ff.
- (124) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 204ff.
- (125) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 210ff.
- (126) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 218.
- (127) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 224. 上述のように、「使用貸借人の競合回避義務を認めるとは、ドイツの確定判例である。」
- (128) Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 231. Olzen がここで挙げるのは、「フランチャイズ契約をめぐる、いわゆるベネトン事件判決 (BGHZ 136, 295 (1997, 7, 23))」である。同判決の事案では、フランチャイザーが衝撃的な場面を広告に利用することで知名度を上げる宣伝方法 (ショック宣伝) をとったことに対し、フランチャイジーが、それ

によってかえって消費者に嫌悪感が生じたことから営業上の損害を被ったと主張した。この判決において、ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGHと表記する。）は、フランチャイズ契約に関してはじめて、フランチャイザーは、フランチャイジーの「保護に値する利益に配慮する基本的な義務」を負うことを認めた。同判決については、拙稿「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴と解消について」（二）「法学新報一〇五卷一〇一一号（一九九九年）九七頁以下参照。

- (129) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 28ff. 労働関係の終了後も、使用者は、労働者に、従業員文書への閲覧を認める義務を負うこと、金銭消費貸借において、借主が契約文書のコピーを失ったとき、貸主が、契約文書の閲覧を認める義務を負うこと等が挙げられる。

- (130) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 257ff. その例として、従業員が年金機構や保険運営者に請求するときに、使用者が支援する義務、フランチャイザーがフランチャイジーのために競合を回避する義務（このテーマについて、ドイツの議論状況を紹介するものとして、拙稿「フランチャイザーの競合回避義務」『民事責任の法理 田谷峻先生古稀祝賀論文集』（二〇一五年）所収三三九頁以下がある。）、クレジットカード会社が、クレジットカード濫用防止のために、契約企業に対して負う、注文者とクレジットカード名義人が一致することを確認する義務などが、場合によって生じうることが挙げられている。

- (131) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 436.

- (132) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 437ff.

- (133) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 487ff.

- (134) OIzen, in: OIzen/Looschelders/Schlemann (Hrsg.), aaO., § 241 Rn. 513ff. その中で、従たる給付義務にあたらぬ競業禁止義務や守秘義務が論じられている。OIzenが論じる給付独立的誠実義務については、姜雪蓮・前掲論文一〇九頁も参照。

- (135) 同説は、次のように述べる (Madaus, JA 2004, 290)。二〇〇二年施行の改正BGBは、給付義務と保護義務とを区別する学説に依拠したので、ここでもその区別基準を採るが、「その際に確認されるのは、細分化した議論の様相であり、用語法の混乱である。」「債権関係から生じる義務であって主たる給付義務でないものについての用語は、学説において、全く統一性がなく、完全に混乱していると評している」。

- (136) 同説は、次のように述べる (Madaus, aaO., 290)。「債権法において争いが無いのは、主たる給付義務と付随義務の区別で

ある。……債権関係の特徴づけられるというこの性格をもたない行為義務は、ただ、それ以外の行為義務 (sonstige Verhaltenspflicht) として位置づけられる。……以下では、この義務を、主たる給付義務と区別して、付随義務と呼ぶことにする。」付随義務は、「さらに、一般的に、給付関連の付随義務 (従たる給付義務とも呼ばれる)」と、その他の行為義務 (非給付関連の付随義務または保護義務とも呼ばれる) とに分けられる」。

(137) Madaus, aaO, 289.

(138) Madaus, aaO, 289, 二〇〇二年施行の民法改正の際、立法者において、「給付義務は、債権者の財産状況の変更を目的とするに對し、保護義務は、それぞれの契約相手方の現在の財産状況だけを保護するためのものであるということが前提とされていた」とは明らかであるとし、Madaus も、基本的にこの前提に立つ。

(139) Madaus, aaO, 290f. そのために、二つの論拠が挙げられる。一つは、現在では、保護義務だからといって履行請求権が排除されるとは必ずしも考えられてはいないことである。もう一つは、訴求可能性は、それを定める明確な合意があれば肯定されようが、そうでない限り、補充的契約解釈を通じて当事者の意思の探求が行われることとなり、そうすると結局契約的や当該付随義務の保護必要性が探求されることとなることである。すなわち、訴求可能性を基準としようとしても、その訴求可能性の有無がさらに別の要素に依存してしまうから、訴求可能性は基準としてふさわしくないことである。

(140) たとえば、売主は、目的物である工事機械を引渡し、瑕疵なく備え付けたが、使用説明書を添えるのを忘れたという場合、使用説明書を添える義務は、機械の使用を可能にすること、すなわち、契約目的の達成を目指すもので、給付関連の付随義務であるが、同時に、同義務は使用する人の健康に對する危険を回避する目的 (誤った使用方法によってけがをしないようにする目的) をも持っているので、保護義務にもあたるといふ (Madaus, aaO, 291)。

(141) たとえば、購入した馬の飼料が、有毒なトウゴマを含んでおり、それが原因で買主の馬が死んだ場合は、売主は、瑕疵のある売買目的物を渡すことで、四三三一条二文の主たる給付義務に違反するだけでなく、契約相手方の財産を危険にさらさないという保護義務にも違反している、とこいう (Madaus, aaO, 291)。

(142) これは、長坂純教授が、完全性利益侵害のうち「給付目的物 (または給付行為) の瑕疵による拡大損害」として分類されるものにあたる (長坂純・前掲書三一頁以下)。

(143) たとえば、機械の売買で使用説明書を添えるのを忘れたケースでは、機械自体には瑕疵はないのだから、原則として、主

要的給付への影響はないという。したがって、この事例では、原則として二八二条・三二四条が適用されることとなる。ただし、買主にとって機械の使用が使用説明書の交付なしには不可能である場合は、その交付は、二四一条一項の独立の主たる給付義務となるという（その不履行には、二八一条・三二三条が適用されることとなる）。また、購入した馬の飼料に有害物質が含まれていたケースは、主要的給付が害されるので、四三四条の意味での瑕疵があり、担保給付法の修正（四三七条二号、同三号、四四〇条）を受けた上で、二八一条・三二三条が適用されるという（Madlaus, aaO, 292）。

(144) 主要的給付影響性とは、当該契約において当事者が当該付随義務にどのような意義を与えていたかを考慮した上で、当該付随義務違反によって主要的給付も害されたと評価できることを指す。

(145) なお、同説では、給付関連的付随義務と保護義務の二重の性質をもつ付随義務の違反が生じた場合において、主要的給付影響性がないときは、給付利益確保を目的とする義務への違反にもあたるにもかかわらず、二八一条・三二三条は適用されない（二八二条・三二四条が適用される）こととなる。この点に限っては、後述の三分説（Gröschler, Weller, Bachmann）に近い。

(146) もっとも、Olzen は、従たる給付義務と区別され、義務違反について二八二条・三二四条が適用されるものは、「配慮義務」であるとしており、配慮義務には保護義務のほか、給付独立的誠実義務・情報義務も含まれるとしている。

(147) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil (19. Aufl. 2010), 62ff. 152.

(148) Heersthah は、いわゆる契約の余後効としての付随義務を論じる。同説は、契約履行後の付随義務を目的設定基準によって分け、給付利益確保を目的とする付随義務を「給付確実化付随義務 [Leistungssichernde Nebenpflicht]」と呼びこれを二四一条一項に位置づけ、保護義務を「配慮義務 [Rücksichtnahmepflicht]」と呼びこれを同二項に位置づける。そして、前者には二八一条・三二三条が適用され（ただし、契約履行後の付随義務違反をこれらの条文の文言に直接に入れ込むことは困難であるとして、これらの類推適用を主張する）、後者には二八二条・三二四条が適用されるという。そして、訴求可能性については、必ずしも付随義務に必ずしも肯定する。Heersthah, in: Arnold/Lorenz (Hrsg.), GEDÄCHTNISCHRIFT FÜR HANNES UNBERATH (2015), 185ff. 206ff. 209f.

(149) Hadding, in: Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs/Kaiser/Weber (Hrsg.), FS für Horst Konzen zum 70. Geburtstag (2006), 197. 次のように述べる。「給付として課されるのは給付結果である。給付結果をもたらすために、債務者は、第一に、自身

の行為、すなわち、作為または受忍も含む不作為を、行ってみせなければならぬ。その行為とは、給付行為として、給付結果をもたらすのにふさわしい行為である。……したがって、給付結果を目指す給付義務は、常に、債務者に、行為を求めるのである。」

(150) Hadding, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 198f.

(151) Hadding, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 201f.

(152) Hadding, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 200f. 次のように述べる。「債務者の主たる給付義務が存するとき、債権者として、実際に、背景において、「対価利益」、すなわち、義務内容に等価値の給付を取得する利益が存することは確かである。しかし、そのことは、相手方当事者の財貨の保持・保護のための債務者の従たる給付義務にも、同様にあてはまるのである。すなわち、債権者にとって、背景に、「完全性利益」、すなわち、人格・財産的対象が害を受けないことに対する利益が位置する従たる給付義務にも、同様にあてはまるのである。債権者は、このときも同じように、義務に適合する（等価の）給付を期待しているのである。「対価利益」「完全性利益」という区別は、BGBにおいて、給付義務に関して、存しない。むしろ、債務法「現代化」は、給付の要件類型について何ら変更しておらず、したがって、「保護義務」は、有用な固有のカテゴリーではなく、ひきつづき、債務者による対応する行為によって「履行」されるべき、従たる給付義務なのである。」

(153) この立場では、付随義務は、保護義務、従たる給付義務（二八一条・三三三条適用）、給付利益確保を目的とする付随義務であるが従たる給付義務ではないもの（二八二条・三二四条適用）の三つに分かれることになる。そこで、この立場を「三分説」と呼ぶこととする。

(154) Gröschler は、次のように述べる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 113f.)。「給付義務と付随義務は、明確に区別されるべきである。」給付義務が認められるのは、「債権者が、債務として課せられた [geschuldet] 結果の実現に関連して、独立の請求権をもつとき、それも、原則として訴求可能でもある独立の請求権をもつときである。」「付随義務に分類されるのは、その遵守のために、債権者が独立の第一次請求権をもたない義務である。したがって、付随義務の債務者による遵守を求める債権者の訴訟は、請求権がないという理由からしてすでに、認められない。」

(155) Gröschler は、次のように述べる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 115)。「給付義務については、主たる給付義務と従たる給付義務というさらなる分類を維持するべきである。主たる給付義務のもとで理解されるのは、当該債権関

係を規定する給付義務である。……双務契約では、主たる給付義務は、対価的牽連関係に立つ当事者の給付義務である。」

- (156) Gröschler は、次のように述べる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 114.)。「当該付随義務が、その機能に照らして、給付利益の確保を目的とするか、または、完全性利益の確保、すなわち現に存する法的地位が完全さを保つことに對する債権者の利益の確保だけを目的とするかによって、給付関連的付随義務と非給付関連的付随義務とを区別するべきである。非給付関連的付随義務は、債権者の法的財貨の領域を保護するものであるから、この義務は、保護義務とも呼びうる。この保護義務は、債権者の完全性利益・保持利益に関する付随義務という意味を持ち、現在では二四一条二項に規定されてゐる。」

- (157) Gröschler は、次のように述べる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 113f.)。「給付関連付随義務も給付利益を目的とするが、給付関連付随義務は、給付義務——ここには従たる給付義務の形態のものも含む——と厳密に区別されるべきである。」「従たる給付義務と給付関連付随義務とは厳格に分けるべきである。給付関連的付随義務とは、まさに、給付義務ではないものである。給付関連的付随義務の場合は、債権者は、——従たる給付義務の場合とは異なり——この義務の遵守を求める独立の請求権を有せず、したがって、その遵守を独立に貫徹することもできないのである。」

- (158) この場合は、給付義務違反として二八一条・三二三条が適用されるべきである、とする (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 117f.)。

- (159) この場合は、Gröschler の説では、給付関連的付随義務違反とみても保護義務違反とみても、二八二条・三二四条が適用されることになる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 126f.)。

- (160) Gröschler は、次のように述べる (Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 113f.)。「給付義務として決定することの意味を見いだすことができるのは、二八一条、三二三条の規定を考慮するときだけである。二八一条一項一文・三二三条一項は、履行期にある「給付」が履行されない場合、または、義務として課せられた態様では履行されない場合すなわち契約適合的には履行されない場合を対象としており、したがって、正しい理解によれば、給付義務違反を要件としている。」「したがって、債権者には、二四一条一項の意味での、債務者に対する債権が生じなければならない。二八一条一項・三二三条一項の猶予期間設定の要件は、債務者の追完を可能にするためのものであるが、まさにこの要件は、そのような独立の債権的請求権の存在を考慮してはじめて意味を持つのである。」

- (161) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 115f.
- (162) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 120f. 給付義務違反をもたらず給付関連的付随義務違反の例として、売買契約において、売主が商品を乱雑に梱包するという給付関連的付随義務違反した場合で、そのことが原因で、軽微ではない損傷が商品に生じたときは、売主は、BGB四三三条一項二文による瑕疵のない引渡をする義務にも違反し、したがって、給付義務にも違反している、というものが挙げられている。
- (163) 給付義務違反をもたらない給付関連的付随義務違反の例として、債務者が繰り返し虚偽の説明をするので、債権者が債務者の不履行を真剣におそれなければならず、契約への拘束の債権者に対する受忍要求可能性がないときや、履行期前の真剣かつ最終的な履行拒絶、商品の売買で、売主が粗雑な梱包をするという軽微ではない付随義務違反をしたが、偶然にも目的物自体は無傷で到着したときを挙げる。
- (164) これに反し、立法者は、給付関連的付随義務にだけ違反があり、これに給付義務違反を伴わないときでも、二八一条の適用を認めようとする(Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 123)。
- (165) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 120f. (給付の全部に代わる損害賠償請求について) 123f. (解除について). 給付の全部に代わる損害賠償について、次のように述べる。「給付義務違反を伴わない場合の、給付関連的付随義務違反に対して二八一条を拡大的に適用することは、禁じられる。そうでなければ、債権者は、軽微ではない付随的義務違反がありさえすれば、二八一条一項三文により、給付の全部に代わる損害賠償請求をできてしまい、この際、契約への拘束の債権者に対する受忍要求不可能性は必要とされないこととなってしまいうからである。」解除について、次のように述べる。「給付関連的付随義務違反が、常に、三三三条一項による解除権を根拠づけるであろうという推論をすることは許されない。それを行えば、積極的債権侵害との関連で発展してきた契約への拘束の受忍要求不可能性基準が廃棄され、債権者にとって、契約の解除が、不当な程度に容易になってしまう。」
- (166) たとえば、商品の売買で、売主が粗雑な梱包をしたが、目的物は無傷で到着したという先のケースにおいて、たまたま粗雑な梱包を知り、売主に警告をしていた買主が、代替取引をしてその差額を給付に代わる損害賠償請求として請求することを認めるのは適当ではない、という。しかし、この場合に二八一条の適用を認めると、買主のこの請求が認められることとなつてしまい不当である、という(Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO., 121f.)。

(167) 第二章で指摘したように、二八二条・三二四条は、債権法現代化以前の積極的債権侵害における解釈準則を明文化したものである。

(168) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO, 123 (給付に代わる損害賠償請求について), 124ff. (解除について).

(169) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO, 115f.

(170) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO, 121f.

(171) BGHZ 93, 29 (1984, II, 26) (オベル事件判決)のケースである。同判決の事案では、乗用車の販売店契約において、メーカーが、約款を用いて、販売店の人的編成・所有関係に変更があるときには、メーカーの承諾を要すると定めていた(無承諾のときは、メーカーに契約の解約権が生じるとされていた)。BGHは、同判決において「正当な理由なく販売店の利益を害してはならないメーカーの特別の誠実義務ないし配慮義務」を認め、同義務に基づいて、メーカーは、当該内容のような約款条項を置く際は、販売店の利益に配慮しなければならず、配慮が不十分であれば、当該約款条項は約款規制規定に基づいて無効となると判断した。オベル事件判決については、拙稿・前掲「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴と解消について」(二)九〇頁以下・九六頁以下参照。また、販売店契約における、メーカー・供給者の誠実義務については、同八五頁以下を参照。

(172) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), aaO, 120f. BGHZ II, 80 (1953, II, 13)のケースである。同判決の事案では、汽船の備船契約 [Chartervertrag] において、海上運送人 [Verfrachter] が契約相手方である荷送人 (備船者 [Befrachter]) に、船積人 (荷主 [Abfader]) を知らせるように問い合わせたところ (当該事案では、荷送人と船積人が別であり、船積人が荷積みをする事となっていた)、荷送人は、実際は船積人を得ておらず、一度目は架空の会社、二度目は存在するが今回の荷積みに関わりのない会社を答え、それに不信感を抱いた海上運送人を安心させようと、荷送人は、ある銀行が今回の取引の融資を引受けたと申し向けたが、これも虚偽であったというケース。海上運送人は、汽船が約定の港湾に到着した時、荷送人に、翌日までに荷積みまたは銀行保証の提示をするよう求めたが、果たされなかったため、汽船派遣費用を損害として賠償請求をした。BGHは、当該事案の荷送人の行為は、海上運送人の請求を基礎づける積極的債権侵害にあたるかと判断した。すなわち、度重なる荷送人の虚偽説明により、海上運送人は、主観面で、備船の適切な実行を目指す履行利益の実現に対して正当な疑念を抱かざるをえなくなっただけでなく、客観面でも、荷送人の有責な義務違反の行為に鑑みれば、海上運送

人の利益挫折の危険が生じた。それでも、海上運送人側は、汽船到着後、事態解決の猶予を一日与えたが、荷送人はその機会も利用しなかった。ここに至り、荷送人の契約信義に対する海上運送人の信頼は、契約への拘束が、海上運送人に対してもはや受忍要求不可能になる程度に、確定的に、著しく揺り動かされた、という。

- (173) BGHZ 11, 80 (1953, II, 13) については、田中教雄「債権者の受領遅滞について」九大法学五八号（一九八九年）二〇頁以下、三二頁以下、生田敏康「債権者の協力義務」早稲田法学会誌四四卷（一九九四年）一二頁以下に詳しい分析・検討がある。これらの研究によれば、同判決は、一般にオプリーゲンハイト（間接義務）にすぎないと解されている注文者ないし債権者の協力義務への違反を根拠として、積極的債権侵害法理を用いて損害賠償請求権を認めた点で、理論面において強い批判を受けた（田中教雄・前掲論文二二頁・三八頁以下、生田敏康・前掲論文一五頁以下）。さらに、田中教雄教授は、同判決について、同判決は保護義務違反を認めたものであるとの理解に立ち、事案で問題となったのは給付利益（同教授は「積極的利益」ないし「履行利益」と呼ばれる。）の侵害であって、完全性利益（同教授は「消極的利益」と呼ばれる。）の侵害ではないにもかかわらず、保護義務違反を認めた点も疑問視される（田中教雄・前掲論文三二頁以下）。

- (174) Gröschler, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), a.o., 125, BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19) は、次のように述べて、当該事案の売主の行為に給付誠実義務違反を認めた。すなわち、新車に中古品を取り付ける行為は、買主に、必要があれば中古品を取り付けて車を引き渡すのが売主の意図なのではないか、という疑念を喚起せざるをえない。この状況では、契約への拘束について買主に受忍要求をすることはできない。したがって、買主は、猶予期間を定めることなく、積極的債権侵害の原則にしたがって、解除することができる、とされた。同判決については、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（二〇一三年）三一九頁以下も参照。

- (175) もっとも、その訴求可能性の有無をどのように判定するか、は論じていない。

- (176) Gröschlerの見解では、給付利益確保を目的とする付随義務違反の場合の適用法条は、次の手順で決まることとなる。すなわち、まず、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、訴求可能性があるものは、従たる給付義務であり、その義務違反について、二八一条・三二三条が適用される。次に、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、訴求可能性のないものは、給付関連的付随義務として分類される。ただし、給付関連的付随義務の義務違反だからといって、二八一条・三二三条の適用が直ちに否定されるわけではない。すなわち、給付関連的付随義務の義務違反があったときに、これが給付義務違反

をももたらすか否かを検討するべきであり、これが肯定されるときは、二八一条・三三三条が適用される。逆に給付関連の付随義務の義務違反があつても、給付義務違反には至らないケースについては、法の欠缺があるという。そこで、二八一条・三三三条を「類推適用」することで法の欠缺を補充するべきであるとする。

(17) BGHZ 11, 80 (1953, 11, 13); BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19) (ホルシエケラ事件判決) ; BGHZ 93, 29 (1984, 11, 26) (オベル事件判決) ; BGHZ 136, 295 (1997, 7, 23) (ヴェネトン事件判決).

(178) Weller, Die Vertragsstreue (2009), 238.

(179) Weller, aaO, 240ff..

(180) Weller, aaO, 238ff..

(181) Weller, aaO, 246ff..

(182) Weller, aaO, 246ff.; 255f..

(183) Weller, aaO, 239.

(184) Weller, aaO, 253f..

(185) Weller は、次のように述べる。「契約当初からの義務の具体化は、契約という合意によって生じるのであり、これは、解釈によって確定される。……契約当初から義務が確定されている場合は、二四一条一項の意味での主たる給付義務または従たる給付義務にあたる。」なぜなら、「給付義務が常に債権関係自体、すなわち、主として契約によって確定されていること」は、「給付義務の本質に属することだからである。」

(186) Weller, aaO, 239; 256f..

(187) Weller, aaO, 252ff.

(188) 配慮義務のうち、保護義務は、通常訴求可能性がなく、例外的に、厳格な要件のもとで訴求可能性が認められることがあるにすぎない」という (Weller, 248, 263)。給付関連の配慮義務 (給付誠実義務) の訴求可能性については、後述。

(189) Weller, aaO, 256f.. Weller は、次のように述べる。当該義務が「当初から、契約締結の時点で、自律的 [autonom] 基礎または法律上の基礎に基づいて、具体的な形態で確定していたときは、生じているのは給付義務である (二四一条一項)。これに反し、その義務が、事後的にはじめて、契約履行中に、他律的に [heteronom] ——たとえば、二四一条を根拠とし

て——具体化されたときは、生じているのは、配慮義務（二四一条二項）に属する給付誠実義務である。」

- (190) Weller: aaO, 254f.
- (191) Weller: aaO, 239f.; 264.
- (192) Weller: aaO, 268ff.
- (193) Weller: aaO, 239f.; 255; 264.
- (194) Weller: aaO, 382ff.
- (195) Weller: aaO, 265ff.
- (196) 上の点に関するドイツ民法理論の軌跡は、潮見佳男『構造と展開』四六頁以下参照。
- (197) Weller: aaO, 246ff.
- (198) また、本来は給付義務にだけ適用のある責任制限（五二一条、五九九条）は、判例によれば、給付関連の配慮義務にも適用があるが、給付との関連性のない保護義務には適用がないという点にも違いがあるという。この問題については、宮本健蔵・前掲書三五頁以下、草野類「契約関係における義務構造の再構成に関する一視座」法学新報一一三巻七〇八号（二〇〇七年）一頁以下参照。
- (199) Weller: aaO, 243f.
- (200) Weller: aaO, 250ff.
- (201) したがって、現行法解釈としても、給付誠実義務違反（給付関連の配慮義務違反）には、改正前の積極的債権侵害の解釈準則を引き継いだ二八二条・三二四条が適用されるべきである、というのである。
- (202) Wellerは、次のように述べる。給付誠実義務が給付義務であるとしたら、「その違反は、権利者に、さらなる契約存続の受忍要求不可能性（二八二条・三二四条）を要することなく、猶予期間設定（二八一一条・三二三一条）およびその徒過だけでなく、常に、契約を解消する可能性を開いてしまう。これは不釣り合い〔disproportioniert〕であろう。たとえば、不十分な輸送梱包が、猶予期間設定およびその徒過を経るだけで解除をする（三二三条）ための理由として認められることとなりかねない。」
- (203) Wellerは、次のように述べる。債権者に協力義務違反があるとき、二分説によれば、債務者は、「給付に代わる損害賠償

請求をすることができることになる。しかし、この場合、「給付に代わる」とは何を意味するのか？協力義務を給付義務と位置づけるとすれば、生じるのは、二八一条による、協力に代わる損害賠償である。しかしながら、通常、債務者が望むのは、協力利益ではなく、協力義務の違反を理由として、報酬利益の填補を受けることである。債務者は、協力拒絶を理由として、報酬に代わる損害賠償を求めするのである。この状況が二八二条によって把握されるのは、明らかである。」

(204) Weller, aaO., 249.

(205) Weller, aaO., 46.

(206) Weller, aaO., 46f.; 311ff.

(207) 例として、使用貸賃人による、自己都合解約の偽装が挙げられている。

(208) Weller は、次のように述べる。(給付関連の配慮義務の代表例である) 給付誠実義務が生じるのは、契約によって具体的内容が定められていることによるのではなく、「契約履行段階になつてはじめて、状況依存的に、信義則(二四二条)による他律的基礎に基づいて、契約目的を考慮しつつ補充されるべき欠缺」があるときである (Weller, aaO., 257)。

(209) Weller, aaO., 302ff.

(210) Weller, aaO., 309f.

(211) この部分の Weller の記述では、給付誠実義務の語は、給付関連の配慮義務の同義語として用いられている。

(212) Weller, aaO., 314f.

(213) この受忍要求可能性の判断において当事者の利益が衡量されるといい、また、固有の利益の犠牲とは、少しでも利益に影響を受ければ認められるものではなく、契約目的に照らして不合理な程度に重い負担を課せられることを意味するという。

(214) たとえば、流通業者は、商品供給者に対して、仕入れた商品の販売を助けるための措置の実施を、給付関連の配慮義務として求めることはできない。商品の販売リスクは、流通業者のみが負うからである、という。

(215) その理由にも含まれることもあるが、Weller は、給付関連の配慮義務違反に二八二条・三二四条が適用されることは、債権法現代化の改正時の立法者意思であったと明言する。この点について法の欠缺を認めて二八二条・三二四条の「類推」適用による補充を主張する Gröschler の見解とは、好対照である。

(216) なお、Weller は、従たる給付義務の発生には、内容を具体的に定めた契約上の合意が必要であるとする(ただし、その具

体化の際、契約解釈による補充が働くことは排除されていない。Wellerの付随義務の基礎づけの議論は、従たる給付義務には明示的な当事者の合意が必要であるとしつつ、「その他の行為義務」は信義則によって生じるとするLarenzの解釈を彷彿とさせる。

- (217) Wellerは、給付関連的配慮義務の背景には、「当事者は、自己決定および自己責任に支えられる自らの契約決定に基づいて、自らの行為を、それぞれの状況に応じて、契約目的実現のために、律しなければならぬという考え」があるとする(Weller, aaO, 249)。
- (218) Bachmannは、次のように述べる。「主たる給付義務とは、債権関係に特有的性質を与えるものであり、契約による拘束のときは、当事者により、「要素」として、契約自体において規定されなければならないものである。……これに対して、従たる給付義務とは、契約類型を決定する意義をもたず、補助的な性質をもつものである。」Bachmann, in: Krüger (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 (8. Aufl., 2019), § 241 Rn. 29.
- (219) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 33.
- (220) 二分説では保護義務だけを指すと解されている二四一条二項の義務に、給付利益を目的とする付随義務をも含ませることについて、Bachmannは、Wellerと同様に、立法者意思を挙げるほか、次のように論じている。「給付義務違反がもたらす法律効果、すなわち猶予期間設定の徒過によって給付(の全体)に代わる損害賠償への移行が可能になるという効果が適切なのは、実際に一次的給付義務の違反が存在する場合だけであって、単なる付随義務の違反の場合は、それが給付関連的付随義務であっても、適当ではな。」Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 61.
- (221) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 62ff.
- (222) 当初から具体化されていれば、給付義務(二四一条一項の義務)に、そうでなければ、『付随義務』(二四一条二項の義務)に位置づけられる傾向にある、という。具体化の有無という基準については、Wellerの見解が参考にされている。
- (223) 前者であれば、二八一条・三二三条が適用され、後者であれば、二八一条・三三四条が適用されることとなる。
- (224) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 31f.
- (225) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 30.
- (226) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 31.

(227) 上述のように、契約に明文の規定がなくとも、使用賃貸人の競合回避義務を認めるのは、ドイツの確定判例である。Bachmann によれば、この義務は五三五条一項に由来する。

(228) Bachmann 自身は、給付利益確保を目的とする付随義務を総称する語 (Geschiebe) は、給付関連的付随義務と呼び、Weller は、給付関連的配慮義務と呼ぶもの) を用いていないが、「給付確保的付随義務および協力義務は、給付利益の実現を目的とする。」と述べている (Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 57) ので、本稿では、整理の便宜上、Bachmann の見解において、給付確実化付随義務にも協力義務にも妥当することを論じている部分を整理するときは、「給付利益実現のための付随義務」という語を用いることとする。

(229) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 61. なお、二四一条二項には、保護義務以外のものも含まれるということが、立法者意思から読み取れる、という点も挙げている。

(230) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 66ff. 付随義務の訴求可能性の問題は、全ての付随義務について、一律に肯定することも一律に否定することもできず、訴求可能性は、個別の付随義務によって異なる、と明言する。

(231) 給付利益実現のための付随義務の訴求可能性を考える上で「常に問題なのは、どのくらいの長さの期間において、そもそも、義務の積極的な貫徹が、なお有益なものかどうか、いつ、その貫徹の命脈が尽き、なお意味を持つものとして残るのが損害賠償だけとなるか、である。」という。

(232) 給付利益の実現を目的とする付随義務のうち、訴求可能なものとして挙げられているのは、報告義務・結果報告義務、「官庁の認可の必要な取引において、ふさわしい行為によって協力する義務」、「証明書を発行することで、税に関する利益の獲得に際して買主を支援する義務」、使用賃貸人の競合回避義務などである。もともと、報告義務・結果報告義務、使用賃貸人の競合回避義務は、従たる給付義務としても挙げられており、Bachmann の個別的な分類は、必ずしも厳密とはいえない。本稿において、具体的行為義務と呼んでいるものである。

(234) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 69f.

(235) Bachmann は、次のように述べる (Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 65)。「付随義務違反は、その他の要件が満たされるときは、二八〇条による損害賠償請求権をもたらす。……付随義務違反は、さらに、事情に応じて、契約の解除または解約に根拠を与えることもある。」ここでは給付に代わる損害賠償・解除の根拠条文が挙げられていないが、

上述のように、Bachmann は、従たる給付義務と『付随義務』を区別するべきであり、前者に二八一条・三二三条が適用されるとしているのだから、これと区別される後者には、二八二条・三二四条の適用が想定されると推測できる。実際、Bachmann は、給付確実化付随義務の一部について、二八二条や三二四条の適用を認めている (Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 102; 105)。

- (236) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 57ff. Bachmann は、次のように述べる。給付利益実現のための付随義務の「法律根拠は、給付交換をするという当事者の契約上の意思である。したがって、要件は、有効な契約が、または、……少なくとも不確定的に無効な契約が存在することである。」これに反し、保護義務は、「特別な関係から生じる影響危険の高まりから、相手方の財貨を保護するための義務である。……保護義務は、有効な契約という枠組から生じるだけではなく、契約前の保護義務関係からも生じる。」したがって、保護義務は、「契約の締結から独立している。」

- (237) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 72 そのような協力義務が生じる場合について、次のようにいう。協力義務が生じうるのは、「障害が両当事者のリスク領域に存するとき、または、当事者の一方が、一次的には自らが負うべき責任領域において、契約目的の達成のために、相手方当事者に依存しているときであって、かつ、その相手方当事者の助力が、相手方当事者自身の利益を犠牲にすることなく可能であり受忍要求可能でもあるときである」。

- (238) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 74ff.

- (239) 例として、給付の最終成果が官庁の行為に依存しているときに必要な資料・証明を提供すること、自動車登録の際に疑義が生じたときにその疑義を除くために自動車の売主が協力すること、賃借建物内の店舗の売買の際に買主のもとでも使用貸賃人との契約が存続するよう売主が協力する²³⁾ことが挙げられる (Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 91)。

- (240) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 90.

- (241) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 95.

- (242) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o. § 241 Rn. 96ff.

- (243) ここには、目的物が動物の場合は給餌・獣医による世話、機械の場合はメンテナンスも含まれる。

- (244) 通関手続・輸入許可に必要な証明書・文書を提供する義務、第三者に対する法的主張において、契約相手方を関連する文書を提供することで支援する義務 (たとえば、建築家が請負企業に対して請求を貫徹するために必要な情報を、建築依頼主

が提供する義務。)がこれにあたる。Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 100.

(245) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 102.

(246) Bachmann は、次の判決を挙げる。BGH NJW 2008, 1147 (2008, I, 23) は、買主が根拠のない担保給付請求をする(「バ」BGHZ 195, 207 (2012, I0, 25) は、代理商契約の当事者が代理商契約終了後の競争禁止合意が無効であるのにその効力を主張することについて、それぞれ配慮義務違反(二四一条二項の義務の違反)にあたりうるとした。BGH NJW 2008, 1147 (2008, I, 23) は、次のように述べる。当審の見解によれば、「瑕疵が存在せず、買主が問題とする現象の原因が買主自身の責任領域の内にあることについて、買主が、知っていたかまたは過失により知らなかったときは、根拠のない四三九条一項に基づく瑕疵除去請求は、損害賠償を義務づける有責な契約違反にあたる。買主によって要求される瑕疵除去の作業が、売主側に軽微でない費用を生じさせることは、買主にとって明らかである。存続中の債権関係の中で要請される、契約の相手方当事者の利益への配慮は、したがって、売主に要求をする前に、買主に可能な範囲で、買主が瑕疵を推測する元となっている症状について考えうる原因が買主自身の領域の内にあるかどうかを、買主が、慎重に検討することを求めるのである。」なお、Bachmann は引用していないが、同趣旨のBGHZ 179, 238 (2009, I, 16) は、売主が根拠のない代金請求および契約解除をすることについて、やはり配慮義務違反(二四一条二項の義務の違反)に該当しうることを認めた。BGHZ 179, 238 (2009, I, 16) は、一般的に、次のように述べる。「契約の相手方当事者に対し、その者が契約によって課されていないことを請求し、または、存在しない形成権を行使する契約当事者は、二四一条二項による配慮義務に違反する。同条項によれば、契約当事者のそれぞれは、相手方の権利および利益に配慮しなければならぬ。この権利および利益には、契約によって合意されたことを超えた範囲で請求を受けることはないという、債務者の利益も属する。債権者が、債務者に対して、給付結果の無制限の招来を求めることができるように、債務者は、債権者に対して、債権者もまた合意されたことの限界を遵守することを期待することが許されるのである。」

これら一連のBGH判決で問題とされたのは、相手方からの根拠のない権利行使によって、契約上義務づけられない負担を負わされないという利益(BGHZ 179, 238 (2009, I, 16)に言う「契約によって合意されたことを超えた範囲で請求を受けることはないという、債務者の利益」)の保護である。この利益が完全性利益にあたるといえるかどうかは、一個の問題であろう。仮に、この利益が完全性利益ではなく給付利益であるとすれば、BGHは、二四一条二項の義務は、完全性利益を

保護する保護義務に限られず、給付利益確保を目的とする付随義務の一部をも含むと解する点において、三分説と同じ解釈に立っていることとなる。この点のさらなる分析は、今後の課題としたい。

- (247) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aO., § 241 Rn. 58.
- (248) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aO., § 241 Rn. 114.
- (249) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aO., § 241 Rn. 116ff.
- (250) Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aO., § 241 Rn. 120. 保護義務を負う当事者による影響行為によって、相手方の法的財貨(身体・健康・人格・財産)に対する直接の危険が生じれば、保護義務の履行を訴求できる、という。
- (251) これは、Groschlerが給付関連的付随義務と呼び、Wellerが、給付関連的配慮義務と呼ぶものに相当する。
- (252) しかし、これは、二八二条・三三四条が適用されるのが妥当である『付随義務』をどのような基準で識別すべきか、という問いに対し、「二八二条・三三四条を適用するのが適当な義務であるか否かをその基準とするべきである」とする解答を与えるものに近く、同義反復に陥っている疑いがある。
- (253) これに対して、二分説は、給付利益確保を目的とする付随義務は、全てが従たる給付義務であり、その義務違反には、一律に二八一条・三三三条が適用されるとするのであった。
- (254) 区別基準に加え、Groschlerが、給付利益を目的とする付随義務の違反の場合については、法の欠缺を認め、二八二条・三三四条の「類推適用」を主張するのに対し、Weller・Bachmannはそのような欠缺を認めていない、という法律構成上の違いもある。
- (255) なお、Groschlerは、給付関連的付随義務違反が給付義務違反をもたらす場合には二八一条・三三三条の適用を認めるが、これについては、単純に、給付義務違反そのものと構成すれば足りると思われる。
- (256) すなわち、まずは、目的設定基準を基準とし、その次に、問題となっている義務が契約締結時から具体化されているか否かを基準とし、それでも決まらない場合は、猶予期間設定要求が適切であるか否かを基準とするという。
- (257) もっとも、Wellerは、訴求可能性は給付義務を特徴づける重要な性質であることを強調する。
- (258) 給付誠実義務(Groschler・Weller)ないし誠実義務(Bachmann)と呼ばれている。
- (259) このように、三分説の諸見解が信頼維持義務違反のケースに強い関心を寄せているのとは対照的に、二分説の諸見解は、

付随義務違反として必ずしも信頼維持義務違反を念頭に置いてはいない。これに関して、次の推測ができるのではなからうか。

信頼維持義務違反の例は、具体的な給付利益が侵害される場合ではない。給付利益（契約目的）の実現について、深刻な危殆化が生じる例である。そのような具体的な利益侵害の存しないケースにおいて全体的権利を認めるには、義務違反の軽微性非該当と猶予期間設定ではならず、受忍要求不可能性まで必要とするのが適當であるとする考え方は、一つの価値判断として首肯しうる。すなわち、三分説の諸見解は、給付利益確保を目的とする付随義務の中に信頼維持義務違反のケースがあることを重視し、そのケースを念頭に置いて、給付利益確保を目的とする付随義務であっても、二八二条・三二四条を適用すべきケースがあると論じているとみることができのではなからうか。これに対して、二分説は、給付利益確保を目的とする付随義務違反の例として、信頼維持義務違反を念頭に置かず、なんらかの具体的利益の侵害があるケースを想定している。主たる給付義務におけると同様、給付利益確保を目的とする付随義務違反でも、軽微な義務違反でない限り、猶予期間設定を経れば全体的権利を与えてよいと考えているのではなからうか。

この推測が成り立つとすれば、二分説と三分説の解釈の相違は、給付利益確保を目的とする付随義務の主な該当例として、信頼維持義務違反をも念頭に置くか置かないかによって由来するものとして説明されることとならう。

(260) これは、Gröschler、Weller、Bachmannの見解では、「従たる給付義務」とされていたものである。

(261) Emmerichは、給付関連の付随義務と従たる給付義務を同義の語として用いている。

(262) 非給付関連の付随義務は、その他の付随義務〔sonstige Nebenpflicht〕、給付から離れた付随義務〔leistungserferne Nebenpflicht〕とも呼んでゐる。

(263) Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl., 2005), 336ff.

(264) Emmerich, aaO., 337.

(265) Emmerich, aaO., 336ff.

(266) Emmerich, aaO., 332; 343ff..

(267) Emmerich, aaO., 330.

(268) Emmerich, aaO., 331ff..

- (269) これは、Bachmann が誠実義務違反として挙げる、根拠のない担保給付請求に相当する。
- (270) たとえば、相手方に対する重大な名誉毀損、相手方の従業員を買収して不誠実な行為へ誘導すること。
- (271) Emmerich, aaO., 340ff.
- (272) Emmerich, aaO., 338ff.
- (273) Gröschler・Weller・Bachmann において、「従たる給付義務」と呼ばれ二八一条・三二三条が適用されるとされているものが、Emmerich では「給付関連的付随義務」と呼ばれており、Gröschler の見解では「給付関連的付随義務」(Weller の見解では給付関連的配慮義務と呼ばれるもの)が、Emmerich では、「給付誠実義務」と呼ばれている。
- (274) Emmerich 自身は、「給付誠実義務」と呼ぶ。

(本学法学部教授)