

危険負担と返還関係

小野 秀 誠

- 1 はじめに
- 2 裁判例・設例
- 3 利得の喪失
- 4 所有者主義と返還への制約
- 5 むすび

1 はじめに

(1) 問題の所在

双務契約において、給付の一方が不能となった場合には、反対給付の運命は、危険負担によって決せられる。そし

て、わが民法や多くの外国法においては、債務者主義、給付の牽連関係が認められている。すなわち、給付の不能によって反対給付の債務も消滅するのである（民五三六条一項、ド民三三三条一項）。

ところが、反対給付がすでに履行されているときには、たんに給付義務が消滅するというだけでは足りない。すでに既履行の給付を取り戻すことが必要となる。しかし、この点について、わが民法典には、明文規定がない。これと異なり、外国法には、明文規定をおくことが少なくない（たとえば、ド民三三三条三項、スイス債務法典一一九条二項前段など⁽¹⁾）。そこで、わが法には規定のないこの場合の解釈が問題となる。どのような根拠をもって取戻の効力を認めるか、またどの範囲で認めるかである。これが、本稿の対象である。

(2) 給付の牽連関係

もちろん、双務契約における給付相互の牽連関係を重視すれば、反対給付の運命について、給付が未履行であろうと既履行になつていようと、結果が異なる必然性はない。反対給付が既履行の場合には、その返還義務を認めることが、給付間の均衡にとって必要であるからである⁽²⁾。しかし、この点では、わが法上、その方途として不当利得返還請求権を用いた場合には、不当利得固有の性質から返還の範囲が制限される可能性がある（民七〇三条）。すでに反対給付の取戻の効力を認めるドイツ民法の解釈においても、それが不当利得返還に関する規定を準用するとされていることから、返還の範囲を制限することが予定されており、これは今日では問題となつている（ド民三三三条三項・八一八条三項）。同様の問題は、わが法上も、検討を要する（以下、2・3参照）。

また、別の理由（危険負担の所有者主義、あるいは代金の支払による危険移転）から反対給付が既履行の場合には、その返還をまったく制限する立法例もあり（後述4(3)の英米法ほか若干の立法例参照）、比較法上も、必ずしも明らかではない（以下、4参照）。わが法上も、代金の支払によって危険移転を認めるとする所有者主義が唱えられてお

り、これは、部分的には、立法にも取り入れられている（民事執行法）。これも、同様に検討されるべき問題である。すなわち、反対給付の返還されるべき場合の効果は、一見したほどには、明白とはいえないのである。

(3) 物品運送契約

なお、参考となるのは、わが商法上、物品運送契約に関してだけは、反対給付の取戻の効力についての規定があることである。すなわち、物品運送契約は、運送人の運送する債務と、荷主のそれに対する運送賃の支払債務とが対価的關係にたつ双務契約であるが、ここでは、運送品の全部または一部が不可抗力によって滅失したときには、運送人は運送賃を請求できず、もし運送人がすでに運送賃を受領しているときには、これを返還しなければならない、とされる（商五七六条一項・国際海運二〇条二項）。給付の不能にさいして、反対給付義務の消滅、または既払の場合には返還を認めたものであり、危険負担の特則と目されるのである。⁽³⁾

(1) ドイツ法系の諸法には、この趣旨の規定が古くからあり、たとえば、バイエルン民法典草案（一八六〇—一八六四年）一一九条四項。また、スイス債務法典にもあり、これは現行法（一九一一年）のみではなく、旧法典（一八八一年）一四五条にも、同旨の規定があった。

(2) その理由はほとんどいまでもないが、たとえば、反対給付の取戻の効力について早くに規定したバイエルン民法典理由書によれば、給付の履行がなされるのは、もっぱら反対給付を期待したことによるのであり、給付が障害をうけたときには反対給付も取戻されなければならないからである（Motive, S. 91 zu Art. 119）。

(3) 商法上の運送契約の危険負担に関する諸規定については、小野・商学論集（以下、商論と略す）五六卷一号において、概観したことがある。また、給付不能の場合における反対給付の取戻の効力についても、ごく簡単にはふれたことがある。（遠藤浩Ⅱ倉田卓次Ⅱ山口和男編・逐条民法特別法講座⑥・契約Ⅰ（一九八六年）六四頁（小野担当））。

2 裁判例・設例

(1) 裁判例

(ア) 裁判例は、必ずしも多くはない。

① 大阪地判昭三・七・二六評論一八卷民法八〇四頁。

Xは、Yから住宅および工場敷地として土地を借りた。その後、Xは建築認可の申請を国に対して行ったが、その申請前に市街地建築物法が施行され、同法所定の建築線に接していないとしてXの申請は却下された。そこで、Xは、Yに対して賃貸借の目的は不能になったとして、敷金と先払いの賃料との返還を請求した。

判決は、「偶々右利用ノ時期ニ於テ、既ニ市街地建築物法ノ適用ヲ受ケ、〔Xの申請の日から同法は適用された〕……建築ヲ為スコト能ハサルニ至リシ如キ場合ハ……社会観念上不能ト認ムヘキモノナルヲ以テ」、当事者の責に帰すべからざる事由によって履行不能になったと認められるので、右賃貸借契約は当然に消滅し、敷金・賃料の返還請求を認めることができる、とした⁽¹⁾。

(イ) この判決では、給付が不能となったときには、反対給付を返還するべきことが、当然のこととされている。明文規定はないものの、未履行の場合に反対給付義務が消滅することとパラレルに、既履行の場合にも返還請求が認められること自体には争いが無い、と思われる。

同様の問題は、ほかの契約類型において、たとえば売買契約においても債権者主義を制限解釈する場合には生じうる。たとえば、手付が授受され、それが代金に充当されるべき場合には、不能によってその返還請求の可能性が生じ

るのである。しかし、裁判例は乏しく、これに直接言及するものはみあたらない。なお、裁判例の乏しいことは、わが民法典が債権者主義（五三四条一項）を採用したことから、危険負担の牽連関係に関する裁判例そのものが少ないことによるものであろう。

そこで、返還の具体的範囲についての問題は、おもに外国法を参考に検討するほかはない。

(2) 設例

問題を具体化するために、検討されるべき事例をあらかじめ提示しておく。

〔事例①〕 売買契約で、売主が危険を負担する場合において（債務者Ⅱ売主負担主義の場合）、買主が売主に対して、売買代金の一部を先払いした。しかし、契約の履行されるまえに、当事者に責のない事由によって、給付目的物は売主のもとで滅失した。そこで、買主が先払いした代金の返還を請求する場合に、売主は、利得が喪失したことをもって（七〇三条）、買主の請求に対抗できるか。

右の例で、売主が代金を受領したのち、目的物の滅失によってその返還を義務づけられるまでの間に、それを自分のものとして使用し、消費することがあろう。しかも、本人が自分のものを消費する場合には、それを悪意の不当利得者として責任をおわせるには困難がある。そう解すると、法規（七〇三条）の形式的適用によると、売主には返還義務を免れる可能性がある。しかし、売主が利得の喪失を理由に返還義務を免れるとすれば、それは、牽連関係と一致しない効果を生じる。また、もし反対給付が先履行されていなければ、債権者Ⅱ買主が利得の喪失による損失をおうよちはないから、反対給付が未履行の場合といちじるしい差異を生じることにもなる。

そこで、牽連関係の補充として返還関係を考慮するときには、不当利得法をどのような形で適用するかを検討しな

ければならないのである。

(1) もっとも、本件において、具体的には、Xが契約消滅後に土地を占有していたことが不当利得となり、Yがそれにもとづく賃料相当額の返還請求権を有し、これによってXの賃料返還請求権と相殺するとする主張が認められた。

3 利得の喪失

(1) ローマ法・*condictio causa data causa non secuta*; *condictio ob rem*

(ア) 前述したように、外国法には、給付の不能にさいして先履行された反対給付を返還請求することについて、明文をもって、不当利得返還請求権による例がある。

ドイツ民法典三三三三三三三三項「本条によって義務のない反対給付が履行されたときには、給付者は、不当利得の返還に関する規定にしたがって、返還を請求することができる。」⁽¹⁾しかし、その法文は、不当利得という法律上の効果を指示するにすぎず、しかも、不当利得法のいずれの部分が適用されるのかは、必ずしも明らかではない。

ところで、何ゆえ、この場合には、不当利得法が準用されるのであろうか。一見したところ、これは、たんなる法技術的な準用にすぎないように見える。しかし、これには、牽連関係と不当利得との沿革的な結びつきが根拠となっているのである。⁽²⁾

(イ) (a) ローマ法には、目的不到達による不当利得 (*condictio causa data causa non secuta*; *condictio ob rem*)⁽³⁾なる制度があり、それは、給付の目的が達せられない場合に、当事者間で交付された給付を返還するさいに、

広く用いられていた。すなわち、古典期ローマ法においては、当事者が相互に給付を約束しても、その合意が契約 (Contractus) と認められない場合には、債権者がそれを訴求することはできなかった (「たんなる合意は拘束しない」 *nuda pactio obligationem non parit.*)⁽⁴⁾。そこで、このような場合には、当該契約にもつき当事者の一方が給付をしても、相手方が任意に反対給付を履行しないかぎり、給付者は請求できず、たんに自分の給付を取り戻すことしかできなかったのである。この場合に用いられたのがこの目的不到達による不当利得であった⁽⁵⁾。つまり、この制度は、もともと履行を強制できない無名契約において、先履行者を保護する手段であったのである⁽⁶⁾。そして、このことは、逆にいえば、間接的に履行を強制する意味を有していたともいえる⁽⁷⁾。

ところが、ローマ法においても、のちにはすべての無名契約において、履行請求の可能性が認められた。しかし、目的不到達による不当利得は、既履行給付の返還を求めするための制度として残存したのである⁽⁸⁾。

ついで、近代にいたると、自然法論者によって双務性の観点が提唱された⁽⁹⁾。そして、当事者に帰責事由のない後発的不能にさいして双務契約は解消される、との考えが一般的に承認された。そこで、自然法理論の強い影響下にあった A L R (プロイセン一般ラント法典・一七九四年。以下、このように略する) の起草者は、この双務性の概念を目的不到達による不当利得の一適用と考えたのである⁽¹⁰⁾。その結果、A L R では、従来のローマ法学では無名契約にだけ用いられていたこの制度が、一般化することになったのである (一部五章三六四条以下)。

(b) 他方で、反対給付が未履行の場合にも、契約が従来のように無名契約に関する制限 (「たんなる合意は拘束しない」) なしに成立するようになったので、債権者には、相手方の給付請求訴訟を同時履行の抗弁権 (*exceptio non adimpleti contractus*) によって防ぎ、さらに無責の給付不能に対しては、反対給付義務の消滅 (債権者の免責) によって対抗することが必要となった。そして、この効果も、債務者が危険をおわなければならないとする自然法的な

給付の相互依存性から正当化されたのである。⁽¹¹⁾

これらの結果、双務契約における給付不能は、既履行の反対給付の取戻をも、未履行の場合のその義務の消滅をももたらしうるものとなったのである。⁽¹²⁾

(ウ) しかし、目的不到達による不当利得は、それが牽連関係の一部を補い、またその発展をうながしたにもかかわらず、その後は、あまり重視されることがなかった。というのは、その制度がもっていた歴史的前提である、無名契約における訴求の不可能性〔「たんなる合意は拘束しない」〕が否定されたことから、給付をうけない当事者が訴求すれば足りるようになったこと、および、反対給付義務が未履行の場合にはその消滅が認められたこと(牽連関係)の二点から、大幅に意義を失ったためである。⁽¹³⁾

もっとも、返還関係においては、普通法が解除の制度をもたないことから、それに代わるものとしての意義は残った。⁽¹⁴⁾ また、牽連関係の補充としての意義も残ったのである。しかし、このような対象の広さから、その性質はいまいなものとなり、不当利得法上の独自の制度として規定されにいたり(ド民八二二条一項二文二例)、かえって、契約法上の制度としての牽連関係(ド民三三三三条以下)との関連を見失なわせるものとなったのである。⁽¹⁵⁾

- (1) Esser-Weyers, Schuldrecht, II-2, 1979, S. 107, 112 なお、条文については、vgl. BGB § 323 III, "Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden."

- (2) この不当利得との関係については、おもに以下を参照。Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1970, S. 54 ff., 106 ff.

- (3) 目的不到達による不当利得についての一般的説明は、船田亨「ローマ法Ⅲ（一九七〇年）（五一八）（四九三）」吉野悟「Datio ob rem における目的—ローマ法の目的不到達による不当利得返還請求権の位置について—」谷口知平先生還暦記念論文集・事務管理・不当利得の研究(1)四八頁以下、土田哲也「給付利得返還請求権—目的不到達の場合について—」同事務管理・不当利得の研究(2)所収三一九頁以下、vgl. Söllner, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichtertritis des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163 (1963), 20 ff. (S. 23 ff.); Schwarz, Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht, 1952, S. 117 ff. ㄗㄗ Welker, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverletzung? Kritisches zu § 812 Abs. 1 S. 2, Abt. 2 BGB, Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Leistungskondiktion, 1974, S. 15 f. S. 74 ff.
- (4) 契約の成立における方式と自由、契約の諾約性の問題については、小野・商論五五卷三号、新版注釈民法(13)（未刊）（谷口＝小野）契約の成立の項参照。
- (5) 前注(3)のほか、Jörs-Kunkel-Wengler, Römisches Recht, 1935, S. 245f.; Esser-Weyers, a. a. O.
- (6) なお、原田慶吉・ローマ法（一九四九年）二〇一頁。Giffard et Villers, Droit romain, obligations, 1976, n°163 (p. 102).
- これと異なり、売買や請負など典型契約の一部では、当事者に「無責な」後発的不能では、反対給付の返還を請求しえないとされていたが、この効果は、これらの契約ではローマ法上、債権者が危険を負担した（未履行でも反対給付を支払わなければならない）ことに対応していた。
- (7) なお、ローマ法がたんなる合意に効力を認めなかったことについては、小野・前掲五五卷三号四八頁以下参照。
- (8) これは、ローマ法・普通法には解除の制度がなく、給付物の返還を請求する手段がなかったことによるものであろう。そこで、この不当利得の類型を歴史的な遺物とみる見解として、Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlungen, Festschrift f. Rabel, I 1954, S. 346.
- (9) これについても、別稿・商論五〇卷三号一二頁、五四卷一七七八頁参照。
- (10) Wollschläger, a. a. O., S. 107.

(11) Wollschläger, a. a. O., S. 106. なお、A L R 一部一六章一九九条以下、一部五章三六〇条以下参照。

(12) そこで、目的不到達による不当利得は、反対給付義務の消滅という牽連関係の基本的効力(五三六条一項)に先立って承認され、かえって後者の生成をうながしたともいえる。なお、比較法的には、ほかにも同様な関係がみられることがあり、たとえばスコットランド法においても指摘されている (cf. Cooper, Frustration of Contract in Scots Law, J. Int & Com. L. (1946), 1.)。また、イギリス法とフストレイションとの関係については後述、4 (3) 参照。

なお、以上の発展を整理すると下の表のようになる。

(13) そこで目的不到達による不当利得は、ドイツ民法典の立法者によって一般的な形でとりあげられることはなく、特殊な不当利得の一類型として規定されるにとどまったのである(ド民八一一条一項二文二例、Protokoll, II, S. 682ff., S. 693)。しかし、それゆえ、反対給付を強制しえない場合の救済手段としては、制限的ではあるが(つまり古典ローマ法と異なりそのような場合が少ないから)、なお残されたのである (Esser-Weyersa. a. O., II-2, S. 61; Protokolle, II, S. 692; Motive, II, S. 842)。これは「文字どおり」「目的」不到達というまれな場合に対してである。

(14) 解除の制度がないと、契約不履行に対する救済は、履行請求と損害賠償請求とに限定されるので、既履行給付の返還を可能にすること

| | 合意の拘束力 | 未履行の反対給付義務の消滅 | 既履行の反対給付の返還・不当利得 |
|--------------------|----------------------------|--|--|
| ローマ法 古典期 | 無名契約・ たんなる合意は 訴求できない | 典型契約・ たとえば、売買では、債 権者主義 (反対給付は消滅しない) 賃貸借では債務者主義 | 無名(双務)契約・ 不当利得による取戻(先 履行者の保護) ↓ |
| ローマ法 後期、普 通法 | 無名契約すべて に、訴求の可能 性 | 同 上 ↑ ↓ | 返還請求の制度として残 存 ↓ |
| 自然法 | 同 上 | 双務性の観点、未履行反 対給付義務の消滅 | 典型契約にも適用 既履行の反対給付の返還 |
| ドイツ法 | 同 上 | 双務性の拡大 給付の牽連関係 | 同 上 牽連関係の補充 |

は、意味が大きいのである (Wolfschläger, a. a. O., S. 108)。前注 (8) 参照。

(15) Wolfschläger, a. a. O., S. 107.

(2) ドイツ法の発展・給付利得

(ア) さて、上に概観したように、反対給付の返還には不当利得法が関連づけられるのであるが、これと牽連関係とのかかわりは、歴史的な意味にとどまるものではない。すなわち、不当利得の準用という構成から、返還請求の範囲に関して、さらに具体的な問題を生じるのである。

(b) 前述の〔事例①〕で指摘した問題については、明文規定をおいたのは、ALRである (一部五章三六五条以下、一部一六章一九〇条¹⁾)。

すなわち、ALR一部五章三六四条が、偶然による契約の履行不能の場合には、契約は解消したものとみなされる (つまり、反対給付義務は消滅する) とし、同三六五条が、その場合には、当事者が相手方から双務的な履行を期待して給付したものを返還しなければならぬとしたことをうけて、同三六六条は、以下のように規定した。

「その場合には、返還者 (Zurückgebende) は、善意の占有者とみなされるべきである²⁾。そして、このことによつて、利得の喪失、返還義務の軽減を認めていたのである³⁾。

しかし、その後の立法では、そこまで規定した例はない。一般的な善意者に対する返還義務の軽減規定はみられるが、それは、不当利得法の一般規定のなかにおかれるだけで、牽連関係に関して定められているわけではない³⁾。そこで、利得の喪失による返還義務の軽減がこの場合にも適用されるかは、不明なまま解釈に残されているのである。

(c) 右のことは、その後の立法、たとえばドイツ民法典においても、同様である⁴⁾。そこで、従来のドイツの多数説

は、不当利得法の形式的な適用によって、利得の喪失による返還義務の軽減を認めていた。多くは、その適用を暗黙の前提とし、またあるものは適用を明らかに肯定している。⁽⁵⁾

(イ) これに対して、ようやく近時、給付の牽連関係の観点から、これを否定する見解がみられるようになった。たとえば、マインケ (Meinke) の見解である。双務契約において先履行された給付は、たんに債務の履行それ自体としてではなく、反対給付と交換に後者を獲得する期待にもとづくものである。そこで、債務者の側でも、自分のする給付を条件として相手方の先給付を受領できるようにすべきでない。いいかえると、先給付は、反対給付を前提として有効になされ、給付の交換は反対給付の履行によってはじめて、完全になるのである。したがって、それまでは、あらかじめ行われた給付は終局的なものではなく、一時的なものにとどまる。⁽⁶⁾そこで、先給付をうけた受益者がその給付を自分のものとして信頼することには必然性がなく、また、その信頼は保護に値いしない。むしろ、このような場合には、法律行為の内容が発生不確実な結果を目的とした給付に関する規定が用いられるべきであり、それによれば、結果が発生しなかったときには、受益者は、受領時から返還請求権が訴訟係属におかれている場合に準じて、返還義務をおう(ド民八二〇条一項一文)、⁽⁷⁾のである。こうして、マインケは、先給付をうけた債務者には利得の喪失を認めないのである。

(ウ) (a) とところで、この善意の不当利得者の利得の喪失による責任軽減の問題は、従来、双務契約の無効・取消にさいして生じる返還請求権との関係でも論じられて⁽⁸⁾いる。しかし、その議論は、有効な契約における給付の返還のために用いられる請求権との関係でも、参考とするべきものである。そこで、双務契約の無効・取消に関して論じられるところを、まずとりあげよう。

以下では、つぎの例による。

〔事例②〕 売買契約において、当事者の双方が債務を履行した。その後、売買が売主の詐欺を理由に取消された。しかし、目的物は、買主のもとで偶然の事由によって滅失した。買主は、滅失にかかわらず、代金の返還を請求できるか。

これには、二つの考え方があられる。まず、二請求権説 (Zweikonditionstheorie) によると、取消によって、売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権とが発生し、前者には、利得の喪失による責任軽減が適用される。そこで、後者だけが残り、結局、偶然による目的物滅失およびそれにとりもなう利得の喪失の危険は、目的物の返還についての債権者である売主が負担することになる。

つぎに、差額説 (Saldotheorie) によれば、取消によって、買主の返還請求権の額から売主の返還請求権の額を差し引いた差額についての唯一の請求権が発生する。たとえば、売主が八〇万円のものを一〇〇万円として売却し、契約が取消された場合には、その差額二〇万円についてだけ、買主の不当利得返還請求権が発生する。この場合に、目的物を返還しえない買主の差額を超える返還請求は否定され、結局、滅失および利得の喪失の危険は、債務者である買主が負担することになる。

もっとも、売主が先履行した場合には、いずれの見解によっても、買主は代金を支払っていないから、取消によって売主の返還請求権だけが発生し、それについて利得の喪失が適用になる。そこで、目的物の滅失によって買主の返還義務は免責され、売主が危険を負担するのである。

しかし、利得の喪失を認めることは、債権者に目的物の滅失の危険を負担させることを意味するから、合理性を欠くとして、近時の学説は、その制限解釈を試みるのである。⁹⁾

(b) さて、契約が効力を失う場合の清算についてのこのような考慮は、有効な契約の清算についても示唆を与える。

というのは、前者で、利得の喪失を認めることによって給付相互の牽連関係が失われるのと同様に、後者でも、利得の喪失を認めることは、給付の牽連関係を阻害するからである。

給付がともに未履行で反対給付義務が消滅する場合は、契約の無効・取消のケースでは、双方の当事者が履行し、かつ、利得の喪失がなく双方が給付を返還する場合（右の差額説）に対比させることができよう。⁽¹⁰⁾ 逆に、買主が反対給付を先履行し、不能の結果、返還請求権が生じ、これに利得の喪失が適用される場合は、契約の無効・取消のケースにおいて、売主が先履行し、その返還請求権に利得の喪失が適用される事例に対比させることができよう。そう解すると、利得の喪失を認めることは、有効な契約の清算でも合理性を欠くといえる。そこで、利得の喪失を制限する近時の諸見解は、ここでも参考とされるべきである。前述したマインケの見解は、同様の発想にたつものといえる。⁽¹²⁾

(c) わがくにでも、利得の喪失の問題は、もっぱら契約の無効・取消のケースで論じられている。すなわち、川村泰啓教授や加藤雅信教授が、おもに類型論の立場から利得の喪失の制限解釈を唱えておられる。これらによれば、契約の無効・取消のさいの不当利得返還請求権は、誤って実行された契約の清算制度であって、返還されるべき利得の範囲は、当初の表見的法律関係によって定まることになる。そして、利得の喪失は、この清算関係を阻害するから、その適用は排除されるべきものとされる。⁽¹⁵⁾

このような契約の無効・取消のケースでの新たな立場を前提とすると、有効な契約の清算である反対給付の取戻についても、利得の喪失の問題性は、いっそう明確となる。債権者が先履行した反対給付を取り戻すのも、牽連関係の一機能であり、これが阻害されれば契約は完全には清算されない。そして、双務契約の一方の給付の受領者がその給付を保持する期待は、反対給付の履行を前提としてのみ正当化される。そこで、利得の喪失を認めることはできないのである。

もつとも、法技術的な構成としては、ドイツ民法典とわが民法典との相違から、マインケの見解をただちに採用することはできない。というのは、わが民法典には、同人のもちいているドイツ民法典の規定に相当する規定が欠けるからである。むしろ、ド民八二〇条一項一文に代えて、日民七二四條（ド民八一九條一項）を適用する必要がある。そして、この解決は、給付利得返還請求権には、利得の喪失を認めないとする類型論の帰結とも一致するのである。

(d) わが裁判例は、金銭による利得は現存するものと推定する。¹⁶そして、一方当事者が先履行したものの取戻は、金銭（≡対価）の取戻の性質をつねに有する。危険負担は、給付不能を前提とし、反対給付の取戻だけを問題とするからである。¹⁷そこで、この裁判例を前提とすれば、いずれにせよ利得の喪失が働くよりは少ない。しかし、これはあくまでも推定にすぎず、くつがえされるよちがないとはいえない。¹⁸そこで、本稿でみたように、正面から制限しておく必要は存するのである。

(1) A L R 一部五章三六五条によれば、不能の場合には、いずれの当事者も、相手方から双務的履行を期待して与えられたものを、返還または賠償しなければならなかったのである。

(2) しかも、A L R は、利得の喪失の場合に、金銭給付の特殊性を考慮する規定をもおいており、支払をうける権限についてみずから錯誤に陥っていた者は、善意の占有者とみなされた（一部一六章一九〇条）。もつとも、金銭または消費物を請求する権利がないにもかかわらず支払として受領した者は、返還を義務づけられるかぎりには、消費貸借をうけた場合と同様に、義務を履行しなければならぬ、とされた（同一九三条）。つまり、この規定が適用されれば、利得の喪失なしに返還することが必要になるわけである。

しかし、さらにここでも、当事者が契約にもとづき給付し、相手方が履行しなかった場合には、一部五章三六〇条以下（不能の一般的効果）の規定によるものとされ（一部一六章一九九条）、返還する利得の軽減される可能性が残されていたのであ

29。

なお、物を返還する者は、自分のした現実の使用について相手方に賠償義務を負担した（一部五章三六八条）。

Vgl. § 366 "Dabei ist der Zurückgebende als ein redlicher Besitzer anzusehen."

- (3) たとえば、ドイツ民法草案に影響を与えたマレヌナン草案（一八六五年）三八八条参照。
- (4) Motive II, S. 836 ff. (zu E. I §§ 739, 740), vgl. E. I § 740 III=BGB § 818 III. この点は、わなくにでも同様である。
- (5) 利得の喪失を認める見解は、古くからみられる (Puchta, Pandekten, § 408 (S. 473))。これは、広く利得の喪失を認める受領者がなお有しているものに対してだけ不当利得の返還請求が可能である（ただし、cf. D. 12, 4, 3, 2; D. 12, 4, 3, 3)。ほかにも、たとえば、ハンナマン法学の不能論の集大成である Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichen Recht, 1900, S. 166, にも述べられている。最近のものは、Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 13 II a (S. 375); Larenz, Schuldrecht, I 1976, S. 254, にも述べられている (Esser-Schmidt, Schuldrecht, I-1, S. 254, にも同様に述べられている (vgl. BGH LM § 818 III Nr. 6))。
- (9) Meincke, Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, ACP 171, 19 (S. 39 ff.).
- (7) Meincke, a. a. O., S. 40.
- (8) たとえば、松坂佐一・事務管理・不当利得（一九七三年）二二五頁以下参照。
- (6) たとえば、利得の喪失たる返還義務の軽減を否定するフルーメ (Flume, Die Entreichungsgefahr und die Gefahtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1164) のように制限を主張するハーヤールホルスト (Dieselhorst, Die Natur der Sache, 1968, S. 58 f.) など。なお、川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型」判評七十七号六一頁、松坂・前掲書二一九頁参照。
- (10) 危険負担では物給付が不能になった場合にだけ反対給付の運命が問題となるので、契約の無効・取消のケースで対比されるのは、物給付は履行されたが返還される（返還できなければ自分も請求できない）場合である。

- (11) 危険負担は物給付が履行されれば問題とならないので、ここでは、必然的に買主の先履行を前提とする。そして、先履行者が損失を負担することを問題とする。なお、前注(10)で指摘したように、売主も履行したが、返還をうけたとみることもできよう。
- なお、これらの関係を図示すると下の表ようになる。
- (12) Meincke, a. a. O., S. 39-40.
- (13) 川村・前掲判評七七号六三頁、同「給付利得制度」判評一四三号一一一頁。
- (14) 加藤雅信「類型化による不当利得返還請求権の諸類型」法協九〇巻一一号、同「財産法の体系と不当利得法の構造」(一九八六年)所収、同・大学双書(6)

無効・取消による清算関係

| | 二 請 求 権 説 | 差 額 説 |
|---------------|--|--|
| 双方履行の場合 | 売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権が発生。前者に利得の喪失による責任軽減→返還関係における債権者=売主の危険 | 差額のみ、買主の請求権が発生たとえば、100万円-80万円=20万円のみ請求権。危険は、返還関係における債務者=買主 |
| 売主先履行の場合 * | 買主は、代金を支払っていないから、取消によって売主の返還請求権だけが発生→滅失の危険は、債権者=売主が負担。買主は、受領しながら、返還を免れる⇔近時の見解(利得の喪失による責任軽減を制限) | |

*買主先履行の場合にも、売主のもとで目的物が滅失しても、履行がないから、売主は、代金を保持できず、自分で損失を負担するほかはない。つまり、差額説による危険の転嫁はたんに「利得の喪失」についての問題性を差額計算の中に先おくりにしたにすぎない。

牽連関係にもとづく返還義務

| | 利得の喪失による責任軽減 | 否 定 説 |
|----------|---|--|
| 双方未履行の場合 | 給付の牽連関係(五三六条一項)。売主=給付債務者のもとで滅失した場合、債務者の危険負担。↓ | |
| 買主先履行の場合 | 売主の代金返還債務に、利得の喪失による責任軽減が適用。→給付債権者=買主の危険負担 | 責任軽減は不適用・売主は受領したものを全額返還しなければならない。→給付債務者=売主の危険負担。 |

六五頁以下。なお、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（一九八一年）二二七頁以下参照。

(15) 加藤・前掲など。

(16) たとえば、大判昭八・一一・二二民集二二卷二六六頁。なお、学説も同様に推定する（たとえば、我妻栄・民法講義V₄ 二九七・二一〇九六頁、谷口知平・不当利得の研究（一九六五年）三五〇頁など）。

(17) 反対給付に金銭は不能とならないから、物が先履行された場合には、買主は代金を支払うべきであり、給付の取戻は問題たりえないのである。なお、前注（11）参照。

(18) 危険負担では、反対給付の取戻にさいして利得の喪失の可否が直接に争われたことはないが、一般的には、利得の存在の推定が破られることも否定できない（たとえば、福岡地判昭五三・四・二一金商五六六号一八頁）。

4 所有者主義と返還への制約

(1) 代金支払と所有者主義

(ア) 危険負担の諸主義のなかには、反対給付がいったん履行された場合には、その履行を理由として取戻を認めない立場がある。これは、所有者主義のうち、代金支払によって買主に所有権が移転することを認める立場である。それによれば、買主は、所有者として目的物の危険を負担するから、代金支払によって危険も移転することになる。しかし、この効果は、先履行の買主の地位をいちじるしく弱めるものとなる。

なお、所有者主義といってもその内容は多様であり、必ずしもつねに代金の支払が危険移転と結びつくわけではない。たとえば、所有権の移転に形式が必要であるとする場合には、危険移転にも引渡が必要ということになるし、あるいは原則として意思表示のみで所有権が移転するとしても、合意によって所有権を留保した場合には、売主が所有

者として危険を負担する。⁽²⁾したがって、売主のもとで給付目的物が滅失したときには、買主は、代金の支払義務を免れるし、代金既払の場合には、その返還を請求することもできるのである。⁽³⁾

(イ) わがくにでは、学説の一部と民事執行法とが、前者の所有者主義と同じ結果を認めている。

学説の一部が、代金支払時に危険移転を認めるのは、所有権移転時との関係による。すなわち、物権変動の時期としては、たんに契約が締結された時ではなく、引渡・移転登記あるいは代金の支払があった時とするのが妥当である、との見解が有力である。⁽⁵⁾そこで、この物権変動の基準時を危険移転の基準時にも転用するものである。⁽⁶⁾

しかし、抽象的な所有権が移転するだけでは、買主には目的物に対する現実的支配は帰属しない。一般的に、給付相互の牽連関係を終了させ買主に危険を負担させる根拠たりうるものとして、現実的な履行の終了、すなわち、現実的支配の買主への移転が必要とされる。⁽⁷⁾もちろん、所有権が観念的に移転したというだけでは、現実的支配の移転があったとはいえない。ここで、危険の移転を認めると、実質的には債権者主義となら異なるところがない。物権変動の意思主義のもとでは、所有者主義をとっても、買主は、契約の締結時から危険を負担しなければならないのである。つまり、債権者主義との違いは、所有権留保がされて売主の危険負担となる場合に生じるところとどまる。

たしかに、物権変動の時期としては、たんに契約が締結された時ではなく、引渡・移転登記あるいは代金の支払があった時とするのが妥当であろう。しかし、そのことは、ただちに危険移転の時期としても、これらのメルクマールが妥当ということの意味しない。

このうち、引渡は、引渡主義から理由づけられよう。しかしながら、代金の支払は、物権変動の時期としては、意思主義のみで所有権が移転することを妨げ、売主と債務者の権利の保護に役立ち、当事者間の衡平にそくしたものであるが、危険移転の時期としては、むしろ当事者間の衡平を阻害するものとなる。代金支払時を危険移転時とすると、

支払を遅らせる場合には、買主の危険負担を回避させることになる。しかし、反面、買主は、早く支払うほど早く危険を負担し、不利な地位におかれるのである。そして、およそ支払ってしまうと、反対給付の取戻のよちはなくなるのである。⁽⁸⁾このような、早く支払った者が不利になり、また、反対給付の取戻と未履行義務の排除とで差異を設ける構成には、疑問がある。⁽⁹⁾

(ウ) この代金支払によって危険負担に差異を設ける構成を、つぎに検討しよう。第一は、民事執行法であり(以下、(2)、第二は、英米法である(以下、(3))。

(1) ALR、ABGBの立場がそうであった(小野・商論五四卷一号八三頁以下参照)。なお、この場合の引渡は、所有権移転のための引渡である。

(2) フランス民法の立場がこれにあたる。

(3) したがって、所有者主義をとって、かつ、代金の支払によって、所有権だけでなく、危険も移転するとする考え方を問題とする。

(4) たとえば広中俊雄・債権各論講義(一九七九年)三二〇頁。

(5) 川島武宜・所有権法の理論二四八頁、船橋諄一・物権法八七頁など。

(6) 広中俊雄・前掲書三一〇頁。

(7) わがくにでも、今日ではほとんど通説ともいえよう(これにつき、小野・商論五四卷三号六頁以下参照)。

(8) この点、前述のように(ア参照)所有者主義をとる場合でも、代金支払時に危険が移転するとの立場をとらなければ(たとえば、フランス民法典の立場では、契約の締結によって買主は所有権を取得するから危険を負担するとするだけであるから)、所有権の移転しない場合には、買主は代金を支払っても危険を負担しないことになり、つまり支払った代金の返還を請

求することができるのである。フランス民法では、所有権留保売買では、売主が所有者として危険を負担するとされているので、その場合には意義がある。

もっとも、売主の所有権留保は、おもにその代金担保のために行われるから、買主の代金支払によって、実質的には所有権ひいては危険も移転することになるが、このことは、必ずしも代金支払のみによって危険移転を認めることと同義ではない。代金を支払っても所有権が移転しないときには、危険は移転せず、したがって、目的物の滅失のさいには、代金を取り戻しうるよちを理論上残すものであるし、また、所有権留保では、通常の売買とは異なり、引渡が先行しており、危険移転はむしろ引渡によって説明されるからである。たとえば、引渡主義をとるドイツ民法上の学説は、所有権留保によって代金支払が遅れても、引渡があれば危険が移転すると説明する。代金支払のみによって危険移転を認める一部の上記の学説とは、大いに利益状況を異にする、といわなければならない。

(9) なお、所有者主義をとっても、先のフランス民法の立場(前注(8)参照)や、また、物権変動に形式主義をとる場合には、代金を支払っても引渡まで所有権が移転せず危険も移転しないから、買主は、目的物の滅失のさいには、支払った代金の返還を請求できる。そこで、対価の返還への制限は、所有者主義から生じる問題ではなく、代金支払を危険移転の基準に用いることから生じるものにはすぎない。

(2) 民事執行法

(7) 民事執行法もまた、買主が代金支払によって危険を負担することを認めている。すなわち、不動産の買受人は、買受の申出をしたのち、自分の責に帰すことのできない事由によって不動産が損傷した場合に、売却許可決定後であれば、代金を納付する時まではその決定の取消の申立をなしうるとされており(七五一条一項)、こうして売却許可決定の取消をうけることによって、同人は代金支払を免れうるのである。これは、任意の売買における契約の締結にす

ぎない売却許可決定（民執六九条）の確定によって買受人が危険を負担するとした旧民事訴訟法・競売法よりは、買主＝買受人の立場を考慮したものである。⁽¹⁾

これに反して、代金納付後には、売却許可決定の取消をうけることによって、買受人が代金支払を免れることを認めていない。つまり、買受人は、その帰責事由のない不動産の損傷についても、代金納付によって危険を負担しなければならぬのである。そして、このような考え方には、代金納付時に、買受人は不動産を取得するとされている（民執七九条）ことが基礎となっていると思われる。そこで、この民事執行法の構成も、所有者主義による牽連関係の制限の一つと捉えうるのである。⁽²⁾

(4) なお、競売のような法定の売買関係の危険負担にこのような考えをもちこむことには、一般の売買以上に問題がある。というのは、後者では、契約当事者の合意で、債権者主義あるいは所有者主義を制限することが可能であるが、前者ではそのよちがまったくないからである。⁽³⁾

(1) これに対し、旧民訴法・競売法下の裁判例は、競落許可決定の確定によって競落人が危険を負担するとした（なお、裁判例については、小野・商論五三巻三三六頁以下参照）。そして、旧民訴法六七八条・競売法三二条二項は、競売期日と競落期日との間の不動産の著しい毀損に関するのみ、競買取消権を認めた。

(2) 民事執行法と危険負担、とくに代金納付による危険移転に関しては、小野・前掲特別法講座④四八頁以下参照。なお、競売の手続の順に整理してみると、次頁の表のようになる。

(3) 同様の問題は、借地法にもとづき建物買取請求権（旧法四条二項、一〇条）、借家法にもとづき造作買取請求権（旧法五条）が行使され、建物や造作の売買関係が生じた場合にもいえる（借地借家法一三、一四条、三三三條）。なお、小野・前掲特別法講座④四六頁以下参照。

| | 競 売 手 続 | 一 般 の 売 買 |
|-------------|---|------------------------|
| 売却許可決定の言渡時 | | |
| 売却許可決定の確定時 | 旧法下では、競落人の危険負担。 民執 75 条 1 項（売却許可決定前・不許可の申出）・買受人は危険負担なし ↓ | ①売買契約の締結 債権者主義で危険移転 |
| 買受人による代金支払時 | 民執 75 条 1 項（売却許可決定後・代金納付時まで決定の取消の申立）・危険移転。 | ②代金支払による危険移転説 ↓ |
| 所有権移転時 | 民執 79 条（代金納付の効果として所有権取得） | ③所有者主義で危険移転 ↓ |
| 引渡時 | | ④引渡主義で危険移転 |

契約の履行過程からみると、①→④の順になる。実体法のうえでは、債権者主義の制限解釈としては、③所有者主義、④引渡主義、近時は、とくに後者が有力である。これに反し、代金納付による危険移転は、②に相当するものにすぎない。しかし、これでは、引渡をしてはじめて給付をしたといえる（つまり危険が移転する）のに、その前に給付と反対給付との牽連関係を切断してしまう結果となる。そこで、反対給付の返還も認められなくなるのである。

(3) 英米法

(ア) イギリス法で危険負担の問題、なにかん
 ずく牽連関係を扱うのは、フラストレイショ
 ン法理である。⁽¹⁾ それによれば、給付に障害が
 生じた場合には、契約が解消されることによ
 って反対給付義務も免責されるのである。
 ところが、二〇世紀のはじめのコロネーシ
 ヨン・ケース (Chandler v. Webster)⁽²⁾ にお
 いて、つぎの原則がたてられた。同事件では、
 給付の不能（目的不到達）の場合に、反対給
 付たる賃料の返還の可否が争われたのである。
 すなわち、Xは、エドワード七世の戴冠式の
 行列を見物するためにYから部屋を一四一ポ
 ンドで借りる契約をし、一〇〇ポンドを支払
 ったが、王の病気のために行列は中止となり、
 契約の目的は挫折したのである。なお、賃料
 は、契約後ただちに支払う約束であった。そ

ここで、Xは、フラストレーションによって契約が解消したことを理由として先払金の返還を求めた。しかし、判決は、給付障害の生じたときに、すでに履行すべき状態になっていた債務については、それが免責されるよりはなく、たとえその履行がなお未履行でも履行を要し、逆に、既履行の場合には返還請求できない、としたのである。

ところで、この考えのもとでは、反対給付の運命は、履行期の到来によって左右され、およそ反対給付が先払される場合には、給付が不能となっても、その返還は請求できなくなる。なお、このルールは、その後一部変更され、債権者が給付の障害の結果、まったく履行をうけられない場合にかぎり、約因の全面的不成就 (total failure of consideration) を理由として準契約にもとづき先履行の返還請求が可能となった⁽³⁾が、これを除き、原則として維持されたのである。

しかし、履行期の到来によって債権者の責任を左右することは、必ずしも合理的ではない⁽⁴⁾。たとえば、上のケースで、給付と反対給付とが同時履行の関係にあれば、返還請求できたはずであるから、たまたま先履行義務をおっていた場合だけ、牽連関係の例外を設けることになるからである。先履行の合意は、たんに時期的な不利益を享受するものにすぎないのに、それを超えて、給付を獲得できないのに反対給付をする不利益にまで拡大されているのである。

そこで、この不合理を解決するために、一九四三年に改正法 (Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943) が制定された。それによってはじめ、給付の障害が生じるまえに支払われた金銭は回復請求できるものとなった⁽⁵⁾ (一条二項)、また支払うべき金銭で支払われていないものは、支払義務が免責されることになったのである。

(イ) 右の問題に関連して、わが法上の扱いを検討しておく。まず、反対給付が事実上、先履行されたことにもとづき差異を設けるべきではない。つぎに、反対給付義務が履行期にあったことも、その義務が給付不能にかかわらず、存続する根拠とはなりえない。たしかに、給付義務の遅滞中に生じた不能は、偶然にもとづくものであっても、遅滞

者が危険を負担するべきであるが（下民二八七条二文参照）、反対給付義務の遅滞は、給付の遅滞とは異なり、給付不能と直接に關係するものではないから、債権者に危険を負担させる根拠とはなりえないのである。

(ウ) アメリカ法では、反対給付の取戻は、すでに契約法リステイメントによって承認されている。⁽⁷⁾ まず、その前提として、給付の牽連關係が認められている。すなわち、債権者の未履行の間に、給付が不能となり債務者が免責される場合には、債権者の反対給付義務も免責される（二八〇条以下）。そこで、これとパラレルに、債権者が反対給付を履行した場合にも、債務者が不能によって免責されるかぎり、債務者は、受領したものを返還しなければならぬのである。⁽⁸⁾ つまり、債権者は、相手方が不能によって給付義務を免れた場合には、自分が与えたものの価値の償還を請求することができる（四六八条二項⁽⁹⁾）。たとえば、AがBに一〇〇〇ドルで車を売る契約をし、Bが代金の一部二〇〇ドルを支払ったのちに車の所有権が移転せず引渡もされない間に滅失したとすれば、買主Bは、支払った金額を回復することができるのである。⁽¹¹⁾

(1) 本稿では、フラストレーション法理そのものには、立ち入らない（小野・商論五二巻一六頁以下参照）。また、売買における危険負担には、別個のルール（所有者主義）が適用される。この場合についても、立ち入らない（小野・商論五四巻二七頁以下参照）。

(2) *Chandler v. Webster*, [1904] 1 K. B. 493. なお、この事件そのものは、給付不能ではなく、給付目的の不到達の例であるが、イギリス法では、この二者を同じ法理で扱うので、この点は問題としなす。

(3) *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd.*, [1943] A. C. 32.

(4) なお、この約因の全面的成就としない構成には、二つの問題が指摘される。第一に、債権者が一部履行をうけた場合には、それがいかにもわすかでも約因は全面的成就にならないので、先履行の返還請求ができなくなり、第二に、逆に債権者からの

返還請求を認めると、債務者が履行のために出費をした場合には、かえって後者が損失をこうむることになり、いずれも問題となる点である。

(5) 前注(4)の第二の問題に対処するために、一九四三年の改正法では、契約の履行のために金銭の出費がなされたときには、裁判所の裁量でその償還請求あるいはすでに受領した金額の留保を認めることができるとした(一条二項但書)。また、不能の前に履行のために行った当事者の一方の行為によって、相手方が利益をうけた場合には、裁判所の裁量によって金額の償還請求が可能とされた(この点は、後述の契約法リステイメントでも同様である。四六八条一項参照)。

(6) 給付そのものの遅滞では、債務者 \parallel 売主が遅滞しなければ同人のものにはないはずであるから、そこで滅失することもないはずだ、との推定が可能であるが、反対給付の遅滞では、債権者 \parallel 買主が遅滞しなくても、給付は、債務者のもとで滅失したかもしれないからである。

たとえば、対価の支払が先履行の関係にある場合に、債権者 \parallel 買主が支払わない間に、債務者 \parallel 売主のもとで滅失したとする。債権者が支払っても、履行期の到来していない債務者が引渡したかは不明であり、したがって、一義的に債権者の負担を肯定することはできない。もっとも、反対給付の遅滞が、ひいては同時履行の関係にある給付の遅滞 \parallel 受領遅滞をもたらし、結果として、受領遅滞中の不能として債権者の危険負担を生じることがありえよう(なお、小野・商論五六卷二五九頁、七〇頁以下参照)。

また、立法政策としては、この場合に債権者の危険負担を定めることも、従来その例をみないが、可能ではあろう(すなわち、債権者 \parallel 買主が代金を支払わないから、債務者 \parallel 売主も履行しない。したがって、そのもとで滅失したから、債権者に負担を帰すべしとの価値判断による)。

(7) 反対給付の取戻は、早くに承認されているので、本稿では、おもに第一次契約法リステイメント(一九三三年)にしている。

契約法リステイメントでは、給付の牽連関係は、約因の不成就(Failure of consideration)によって達成されるが、この法理自体の検討にも立ち入らな(Williston, Contracts [2nd. ed. by Williston & Tompson; 3rd. ed. by Jaeger, vols.

[VIII], §§1970 (§ 1972); Corbin, *Contracts*, §§1362 (§ 1367); なお、小野・商論五二巻一号二二四頁以下参照。

(8) なお、現物返還が合理的期間内に行われる場合は、この限りではない(四六八条二項但書)。

(9) 四六八条一項は、反対給付の取戻というよりも、債務者のなした一部履行に対する償還請求を認めたものであり(前注

(5) 参照)、自分の債務を一部履行したにすぎない当事者は、相手方になんらの請求をもなしえないとのコモン・ロー上の制限(Cutter v. Powell (1795), 6 Term Rep. 320.)の修正をねらっている。

そして、債務者が一部履行をしたが給付が不能となり反対給付をうけえない場合には、その履行の価値の償還を請求できるとする。たとえば、AがBに対して、一ヶ月間労務を提供し、Bが三〇〇ドルの対価を支払う契約において、Aが二週間働いてのちに病気となり、残余の期間履行できなくなった場合には、Aは、二週間の労務に対して対価を請求できるとするものである(四六八条例示一ないし三、cf. Corbin, *op. cit.*, § 1371; Williston, *op. cit.*, §§1973, 1974)。

(10) 契約法リステイトメント四六八条・コメントc。なお、cf. Corbin, *op. cit.*, § 1368。また、契約法リステイトメントの規定も、フィブロサ事件(前注(3) 参照)にみられるイギリス法の考えを前提としている(四六八条コメントb、二八〇条ないし二八八条参照)。

(11) 契約法リステイトメント四六八条例示四・五参照。

5 むすび

(1) 牽連関係の実現

(ア) 双務契約から生じた給付と反対給付とは、たんにその契約の成立時のみではなく履行にいたる契約の終了時までですべての過程において、牽連するべきものである。契約の当事者は、たがいに相手方の給付の実現を期待して自

分の給付を約束したからである。牽連関係は、この当事者の意思と衡平とを基礎とする。したがって、それは、債権者の反対給付が未履行の場合に、給付不能によって免責されるだけではなく（民五三六条一項）、既履行の場合には、履行したものの返還請求権を含むものでなければならぬ。

(イ) そこで、わが法には明文規定はないが、債権者が反対給付を先履行し、債務者の給付が不能となった場合には、同人は、反対給付の返還を請求しうる、と解さなければならない。また、そのさいの手段は、不当利得の返還請求権であるが、給付利得の性質上、給付の消滅による返還義務の軽減は（七〇三条）、適用されない。したがって、債務者は、受領した反対給付をすべて、および受領時から利息を付して返還しなければならない（七〇四条）。

(2) 履行と危険移転

(ア) また、付随した問題であるが、契約の履行によって危険が移転することはいうまでもない。危険負担は、契約の履行過程において、いずれの当事者が危険を負担するかを問題とするものである（債権上の危険、*periculum obligatorie*）。契約の締結前および後では、その適用のよちはない。契約の締結前および後には、目的物の所有者が、契約とは無関係に危険を負担するのである（物の危険、*periculum rei*）。したがって、この場合には、過去の契約を理由として、危険を他に転嫁することはできない（大判大一一・四・二八民集一卷五号二二八頁）。

(イ) さらに、所有者主義は、所有権の移転のみによって、いわば契約の終了を擬制するものである。すなわち、売主が所有権を移転したことによって、契約を履行したとみなして（債権的危険を物の危険におきかえ）、買主に危険を移転するからである。しかし、所有権の移転は、契約の履行過程の一部にすぎず（ほかに、たとえば、引渡がある）、それだけで、売主の義務がつくされたとはいえない。したがって、給付をうけていない買主には、反対給付義

務を免れるよちがなお残されている、といわなければならぬ。そこで、観念的な所有者主義をとることは、給付の牽連関係を阻害するものとなるのである。

(ウ) 同様に、代金の支払によって危険移転を認めることも、給付の牽連関係を阻害するものとなる。同じく、買主は、売主の給付をうけることなく、危険をおわされるからである。買主の側の反対給付があっても、売主の給付があるわけではなく、かえって買主の反対給付が危険移転の根拠となるのでは、先履行した買主のみ不利益を与える。したがって、危険移転の根拠となる「履行」とは、もっぱら売主の側のそれをさすものと解さなければならぬ。そして、これがある場合のみ、買主も反対給付を履行しなければならず、つまり、危険が移転するのである。