

# 給付障害の体系

## ——給付障害の一元化、解除と危険負担——

小 野 秀 誠\*

- I はじめに
- II 給付障害法の刷新
- III 解除と危険負担
- IV 清算関係
- V むすび

### I はじめに

#### 1 給付障害の3類型

(1) かねて給付障害の体系としては、1804年のフランス民法典の不履行 (inexécution) の体系、1900年のドイツ民法典の不能 (Unmöglichkeit) の体系と、英米法的な契約違反 (breach of contract) の体系が存在していた。これらは、比較法的に、それぞれの大法圏の中で中心的な地位を占めてきており、相互の関係づけは必ずしも行われてこなかったものである。

わが法では、従来、ドイツ法的な不能と遅滞、不完全履行という3分体系による解釈が一般的に行われてきた。大陸法の中でも、ドイツ法と異なる給付障害の体系は、フランス民法にみられ、元来その不履行概念は、日本法の基礎になったものでもある。

フランス民法は、不履行 (inexécution) を中心として、債務不履行を規定している。不履行は、不能や遅滞その他を包括した概念であり、またドイツ民法の不能が、当事者の帰責事由と独立した概念であるのに対し、有責な不履行であることを当然の前提とする。したがって、不履行は、「帰責事由ある不履行」を意味し、それと別個に帰責事由を必要としない。そこで、不能が債務者の有責に

---

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第4巻第3号2005年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

よって生じたか否かは、「責に帰すべき事由のある不能」「責に帰すべき事由のない不能」によって区別されなければならない。

(2) しかし、不履行が「帰責事由のある不履行」を意味するこのような体系は、「帰責事由のない不履行」のさいに問題を生じる。不履行によって損害賠償義務が発生すると、それは、「帰責事由」がなくても生じることになるからである。そこで、フランス民法典は、不履行が不可抗力または偶然による場合には、損害賠償義務が生じないとした(フ民1147条、1148条)。学説は、これをより包括的にとらえ、不可抗力または偶然によって生じた不履行を「不能」(impossibilité)と位置づけ、帰責事由のない「不能」では、債務者は給付義務を免責されるとして損害賠償義務を否定し、また、債権者の反対給付義務に関しても、わが536条1項に相当する給付の牽連関係があるとして、これを免責するのである。すなわち、帰責事由のない不能は、不履行による損害賠償義務の例外と位置づけられる。したがって、不能は、ドイツ民法におけるのとは異なり、必ずしも中心的な概念ではなく、給付障害の中心概念たりえないのである。不能は、講学上の補助的な概念にすぎない。

このような不履行の体系のもとでは、不能・遅滞・その他の給付障害の概念的区別による制約はもともと存在しないから、不完全履行あるいは積極的債権侵害が、不履行の内容をなすことはもとより可能である。不能、遅滞といった閉ざされた体系ではないからである。

同様の立場は、イギリス法の「契約違反」(breach of contract)においてもみられ、また、近時の国際的な法統一の結果であるハーグ国際動産売買統一法やウィーン国際動産売買統一法は、これらを参考にして、給付障害においては、不能、遅滞、その他の概念区分をとらなかったのである<sup>1)</sup>。

	不履行の態様	
ドイツ法	不能 (Unmöglichkeit)・遅滞 (Verzug) +不完全履行・積極的債権侵害 (positive Forderungsverletzung) → 義務違反 (Pflichtverletzung)	
フランス法 イギリス法	不履行 (inexécution) 契約違反 (breach of contract)	当初からの包括的概念

## 2 近時の動向

(1) しかし、20世紀の後半以降、新たな給付障害の体系が登場した。すなわち、増大する国際取引を反映し、旧来の体系を折衷あるいは統合しようとするものである。古くは、1964年のハーグ国際統一動産売買法があり、ついで、1980年のウィーン国際統一動産売買法がある。さらに、20世紀の末ごろには、多くの法改正が試みられ、統一に向けた国際的、あるいは地域的な法の作成も行われた (UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 1994 & 2004; Lando, the Principles of European Law, 1997, 1998/99)。

そして、1981年のドイツ債務法改定に関する鑑定意見が、不履行 (Nichterfüllung) の体系を採用した。1991年12月 (公刊は92年) に登場したドイツ債務法改正草案もそのような動きの延長にある。さらに、2002年の新ドイツ債務法 (280

- 1) このような大法圏と給付障害の体系の関係については、古くから多くの論述がある。古いものでは、Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé* (Droit Français, Allemand, Anglais), 1960, p.23, p.191; Cundet, *La faute contractuelle et ses effets* (Étude de l'article 99, al.3 Co), 1970, p.26, p.172. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, 1957, S.329 ff. (Die Grundsätze der Zurechnung der Leistungshindernisse und die Befreiung des Verkäufers). 比較法的側面からは、Zweigert=Kötz, *Rechtsvergleichung*, 1997. (比較法に関する総論部分については、大木雅夫訳・比較法原論 (1974年) がある)。わが国には、北川善太郎教授の一連の研究があり (「学説継受」ほかは、のちに日本法学の歴史と理論 (1968年) に所収)、近時では、「日本民法とドイツ法」(民商131巻4・5号525頁) がある。

なお、これにつき、本田純一=小野秀誠・債権総論 (2003年) 42頁 (小野) にも簡単な言及がある。Vgl. Ono, *Die Entwicklung des Leistungsstörungsrechts in Japan aus rechtsvergleichender Sicht*, *Hitotsubashi Journal of Law & Politics.*, vol. 30, p. 15. (2002)。

古い理論の一例として、民法の起草者は、債務不履行に関する損害賠償責任は、債権者の過失による不履行の場合にも (債務者について) 生じるので、その不都合を回避するために、現行418条では、過失相殺にさいして、裁判所は、損害賠償の額だけでなく、「責任」をも斟酌すると説明している (法典調査会・民法議事速記録・原案412条)。つまり、債務者に過失がなくても不履行責任が生じると考えていたのである。これは、債務者は、債務によって引き受けた結果責任を負担するとのイギリス法、あるいは「不履行」には当然に帰責事由が包含されるとするフランス法の客観的責任主義の影響によるものである。

このような考え方は、のちに債務不履行が、不能 (その他の給付障害) だけではなく、当事者の帰責事由を必要とするとの構成によって克服された。そこで、債務者に帰責事由のない不能は、損害賠償義務を生じないから、債権の消滅原因となる。また、双務契約においては、危険負担の問題を生じ、債権者は、対価の支払義務を免れるのである (536条1項)。

条、323条)も、同様の構成を採用している(Pflichtverletzung)。そのさいに、その直接の動機は、比較法的なすう勢と上述のハーグ国際動産売買統一法、ウィーン国際動産売買統一法にあったが、ドイツ民法における不能、遅滞の二分体系の崩壊(積極的契約侵害)が考慮された結果でもあったのである。

(2)(a) 私は、給付障害の体系につき、契約の清算関係を中心として、かつてこのドイツ債務法改正草案(1991年)をモデルとした検討を行った(以下、前稿という)。そこで、そのさいには、おもに1900年のドイツ民法典とこれを修正しようとした1991年の債務法改定草案(以下、たんに91年草案という)を比較し参考とした<sup>2)</sup>。

ところが、その後、2002年に、ドイツ民法典の債権編は、債務法現代化法(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2001)によって全面的に修正され(2002年1月1日施行)、世紀の転換期に大幅な法改正が行われた(以下、現代化法という)。本稿は、おもに前稿から現代化法までのプロセスを追ってこれを補おうとするものである。

91年草案には、それが伝統的なドイツ法理論と異なるところが多いことから、強い批判が存在した。また、1990年10月3日のドイツ再統一後、東ドイツ関係の財産問題を処理するための立法が多数必要となったことから、立法担当者にも法曹界・経済界にも、債務法改定のための余裕はなくなった<sup>3)</sup>。そこで、以後10年近くの間、91年草案は、いわば棚上げされたのである。

これが急展開したのは、2000年以降である。2000年以後の立法作業のプロセス

---

2) 小野・①「ドイツ債務法草案における清算」給付障害と危険の法理(1996年。以下、【II】と略する)212頁。および②「ドイツ債務法改定一解除と危険負担、給付障害論」【II】405頁。契約の各論部分で、本稿に関連するものとして、③「債務法改定と請負の危険負担」(反対給付論の展開(1996年、以下【I】と略する)344頁。本稿では、各論部分には立ち入らない。なお、91年草案については、前稿(1996年4月【II】)の出版の後、下森定・岡孝編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究(同年6月)が発行された(条文の翻訳は、その237頁以下参照)。

債務法改定草案より以前のより包括的な研究としては、小野「債権者の受領遅滞と危険負担」、「清算関係と危険負担」(ともに、【II】1頁、73頁以下に所収)参照。比較法的あるいは沿革的な部分は、これらに譲り、本稿では、個別に言及する必要がある場合以外は立ち入らない。

3) とくに、東ドイツ地域の財産問題は、多数の訴訟を伴うものであり、緊急な対策を必要とした。これにつき、小野・土地法の研究(2003年)12頁以下参照。

はつぎのとおりである。すなわち、2000年8月に、討議草案 (Diskussionsentwurf) がドイツ連邦司法省から公表された。この動きは直接には、2002年1月1日までに、消費物売買に関するEU指令 (EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf) をドイツが実現するために、売買法と、請負法の一部の改正が必要となったことにもとづく。連邦司法省は、この機会に、1991年草案を再度拾い上げようとしたのである。これにより、売買法だけでなく、債権総論と時効法の改正が対象とされた。また、従来個別法規として独立していた消費者保護に関する多数の法律を民法典に取り込むことも目的とされた。そして、債権総論の大部分は、1991年草案に大きく依存するものとなった。これに対しては、特定分野のEU指令の実現という比較的小さな必要性を基礎として、短期に法典の根幹に係わる大きな改正 (große Lösung) を行うことへの疑問が出された。

(b) そこで、2001年5月の初めに出された政府草案 (BT-Drucks 14 / 6040) では、91年草案は多くの点で修正された。同年7月2日と4日の法務委員会 (Rechtsausschuß) における専門家の聴聞でも、複数の学者ら (Altmeppen, Dauner-Lieb, Ernst, Kirchner) からは、このような大改正への反対意見がみられた。すなわち、官民の法律変更のコストが多額であること、政府草案にヨーロッパ性がないこと、そして個々の問題について学問的な検討がなく、相互のすりあわせもないことである。しかし、他方では、支持説も強く出された。

この政府草案も、立法過程で多くの変更をうけた。連邦参議院では、150以上の変更提案があった。そのうち100以上が政府の反対の中で受容された<sup>4)</sup>。種々のすり合わせが行われ、さらに法務委員会によって、9月25日に最終草案が可決された。そこで多くの点が、政府草案とは異なるものとなった。変更の中には、たんに修正と技術的なものだけではなく、実務的、法政策的なものもあった。時効期間の一般的な短縮の代償として、経済界の圧力で、年末の時効 (Jahresende-

4) BT-Drucks 14 / 6857. なお、立法的な変遷については、Schmidt-Räntsch, Maifeld, Meier-Göring, Röcken, Das neue Schuldrecht, § 323 (S. 341 ff.), § 346 (S. 370 ff.) など参照。

なお、わが法では、ドイツ的な不能論の呪縛がそれほど強いわけではないから、解釈および立法論的にも、妥協の産物である現代化法よりも、91年草案により近いものが参考となろう。世界的な動向にも近いからである。

verjährung) が附加され、建築士の職 (Architekt) に関する特別 (Verjährung der Mängelansprüche) もおかれた (634a 条 1 号 2 項)。草案は、10月11日に連邦議会によって可決され、11月9日に連邦参議院をも通過した。

多くの修正にもかかわらず、2002年法も、基本的には1991年草案の打ち出した方向にもとづくものである。しかし、1991年草案が世界的な法体系との統一の理念を強く打ち出したのに対し、2002年法は、現実的な立法作業の一環であったことから、伝統的な法概念との妥協も種々行われた<sup>5)</sup>。本稿は、前稿との違いを含めて、おもに給付障害の中心部分の見直しを検討したものである。何が修正され、逆に何がとりわけ伝統的な思考によって反対をうけ、妥協をよぎなくされたかを検討しておくことは、将来のわが法の改正の参考としても有益であろう。なお、2002年現代化法が、基本的に1991年草案を基礎としていること (つまり、1900年のオリジナルな法と、1991年草案および2002年現代化法との相違がもっともいちじるしく、後二者の相違はそう大きなものではないこと) から、本稿は、基本的には前稿の叙述の順序に従うことにする。また、以上のような経緯から、91年草案の重要性が、今日いささかも減退していないことも明らかであろう。

## II 給付障害法の刷新

### 1 はじめに

(1) 双務契約の効力、とりわけ解除と危険負担は、給付障害の基本をなしている。前者に関しては、かねてドイツ民法典 (1900年) 旧325条に総論的な規定があり (各論的には346条以下)、また、後者に関しては旧323条 1 項に規定があり、①旧323条 1 項によって、双務契約上の一方の給付が当事者の責に帰すべき事由なくして不能になったときには、債権者は、反対給付の請求権を失い、また、一

---

5) 2002年法およびその前年の改正草案などについては、小野・司法の現代化と民法 (2004年) 193頁 (以下【現代化】と略する) 参照。Vgl. Dauner-Lieb, Schuldrecht, 2002, S. 21 ff. S. 23; Palandt (Heinrichs), BGB, 2004, § 323 (S. 527 ff.), § 346 (S. 550 ff.); Jauernig, BGB, 2003, § 323 (S. 393 ff.), § 346 (S. 423 ff.). 改正の沿革については、Palandt, Einleitung IV (S. 3 ff.).

現代化法の翻訳については、岡孝編・契約法における現代化の課題 (2002年) 182頁以下、半田吉信・ドイツ債務法現代化法概説 (2003年) 433頁以下がある。

部不能になったときには、反対給付が相当の減額をうけた。②また、同条3項によって、すでに反対給付が履行されていたときには、給付されたものが不当利得の規定に従って、返還されるとされたのである。わが536条1項のモデルとなった規定である。

すなわち、「当事者の責に帰すべき事由がなく」、給付が「不能」となったときに、「当然に」反対給付も消滅するとする構成に特徴がある。給付の牽連関係（συνάλλαγμα）にもとづくものである<sup>6)</sup>。

(2) しかし、1991年のドイツ債務法改定草案は、解除や危険負担に関する従来の構成を大幅に修正した。91年草案は、給付障害の理論に関して大幅な修正を加え、323条の修正は、その中心をなすものの一つである<sup>7)</sup>。これによって、解除と危険負担の関係が明確なものとされた。内容は、必ずしも狭義の危険負担のみに係わるわけではないので、若干ふえんしてこれを検討しよう（2以下参照）。

(3) 91年草案の体系は、基本的には、現代化法にも受け継がれている（新323条）。この323条の対象は、給付のない場合あるいは契約に適合しない給付による解除である。同規定は、旧326条の遅滞による解除権と、旧462条、旧634条1項3文の瑕疵担保解除に相当する。323条から326条の新たな解除概念は、契約の解消が義務違反（従来は不能や給付障害）により影響されたときに、どのような要件のもとに、債権者は、双務契約から、また自分の反対給付義務を解消できるかを扱っている<sup>8)</sup>。

叙述の必要から、あらかじめ、以下に323条—325条を掲げる。

323条（給付をせず、または不適合な給付をしたことにもとづく解除）

(1) 双務契約において、債務者が履行期の到来した給付をなさず、ま

6) 給付の牽連関係におけるドイツ法や日本法の構成の特徴については、小野・危険負担の研究（1995年、以下【研究】と略する）16頁以下参照。

7) Abschlusbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, § 323 BGB-KE, (以下、Absb. と略する) S. 162 ff. ほかに、給付障害の中心概念が、「不能」から「義務違反」(Pflichtverletzung) にされたことなどがある (§ 280 BGB-KE, ib, S. 128 ff. なお、以下、Absb. と略する)。

8) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 481 ; Palandt, § 323 (S. 527 ff.).

たはその給付が契約に適合しない場合には、債権者は、債務者に対して給付または追完のために相当の期間を定め、その期間が徒過されたときには、契約を解除することができる。

(2) 以下の場合には、期間の設定をすることを要しない。

1 債務者が給付をすることを真摯にかつ最終的なものとして拒絶する場合

2 債務者が契約において定めた期日または期間内に給付をせず、かつ債権者がその契約において給付が適時になされることに給付の利益が存続するとしていた場合

3 当事者双方の利益を衡量すると、即時の解除が正当とされる特別の事情がある場合

(3) 義務違反の性質上、期間の定めを考慮しえない場合には、これの代わりに警告 (Abmahnung) による。

(4) 解除の要件を満たしていることが明白な場合には、債権者は、給付の履行期到来前においても契約を解除することができる。

(5) 債務者が給付の一部を履行した場合には、債権者は、給付の一部では利益がないときにのみ、契約の全部を解除することができる。債務者が契約に適合した給付をしない場合でも、その義務違反が重大でないときには、債権者は、契約を解除することができない。

(6) 債権者に解除権を根拠づけた事情につき、債権者がもっぱら、あるいはおもに同人に帰責事由がある場合、もしくは債権者が受領遅滞に陥った間に債務者の責に帰することのできない事由が発生したときには、解除権は行使することができない。

324条 (241条2項による義務 (付随義務) 違反による解除)

双務契約の債務者が、241条2項による義務に違反し、債権者を契約に拘束することが期待できないときには、同人は、契約を解除することができる。



## 325条（損害賠償と解除）

契約の解除は、双務契約において損害賠償を請求する権利を妨げない。

## 2 従来の欠陥—不能論の破綻

改正前の民法（1900年法）の給付障害法には、契約を解消する要件がいちじろしく多様な点で問題があった。

(1) すなわち、旧法は、「給付障害」や「義務違反」に対する解除権を一般的に認めるのではなく、「不能」と「遅滞」その他個々のカテゴリーにもとづく解除権を認めたにとどまる（旧323条、旧325条、旧326条など）。また、原始的客観的不能では、契約は当然に無効とされていた（旧306条）。さらに、当事者に帰責事由のない不能では、債務者だけではなく、債権者も反対給付義務から免責される（旧323条1項）。そして、遅滞では、旧326条1項が解除権を認めていた。一部不能でも、一部の履行では債権者に履行につき利益がない場合には、全部解除が可能とされていた（旧325条1項2文、旧326条1項3文）。判例・学説によると、積極的債権侵害の概念によって、期限前の履行拒絶、付随義務の違反および継続的契約の各部分についての不履行の場合が補われていた。これらとはべつに、定期行為のさいの解除権も認められていた（旧361条、旧376条1項1文、旧636条1項1文）。さらに、売買法と請負法において、瑕疵担保責任による契約の解消もべつに規定されていたのである（旧459条、旧462条、旧634条1項3文）。告知としては、旅行契約に関する651条e、651j条もあった<sup>9)</sup>。しかも、これらの区分は、必ずしも本質的なものではなく、歴史的な発展の結果にすぎなかったのである<sup>10)</sup>。

(2) そして、これらにより契約を解消する可能性も、要件ごとに異なっていた。すなわち、旧325条、旧326条（債務不履行解除）および積極的債権侵害においては、旧276条以下の帰責事由（Vertretenmüssen）が必要であった。しかし、帰責事由は、旧323条、瑕疵担保解除、旅行契約における予見しがたい不可抗力や行為基礎の喪失の場合には、必要ではないとされた。給付障害の重大性に関しても

9) Absb., S. 163 (II).

10) Ono, op.cit. (前注1)), pp. 15 ; vgl. Absb., S. 164 (III).

違いがみられる。不能は、つねに重大な給付障害の事例とみられるが、積極的債権侵害では、契約の存続の「期待可能性」(Zumutbarkeit)が重要である。一部不能では、利益の存続または喪失が、また期限の徒過では期限の意義が重要になる。そして、瑕疵の問題では、少なくとも形式的には、些細な給付障害(geringfügige Leistungsstörung)でも契約の解消を導くことができたのである<sup>11)</sup>。

しかし、解除権の基本的な要件とみるべきものは、本質的な契約違反(wesentliches Vertragsbruch, fundamental breach of contract)のみにある。これにプラスされた解除の制限という補助概念は19世紀的なものであり、「契約は守られるべし」(pacta sunt servanda.)との原則に一致する場合にのみ契約の解除が可能と把握された結果にすぎない。すなわち、契約は守られるべしとの原則から離れるには、当事者の〔推定的〕意思にもとづかなければならないとの考え方にもとづくにすぎないのである<sup>12)</sup>。今日的な再構成のもとでは、契約は、その本質的な部分に障害をうけた場合には守られえず、そこからの離脱や清算を正当化するのである。

(3) 契約の解消の効果も、従来は異なっていた。当然に義務が解消される場合には、不当利得法によって清算される。解除と瑕疵担保解除では、合意解除に関する旧346条以下の規定によっていた。問題があるのは、旧327条2文であり、不当利得法による責任の軽減を文字通りに〔限定的に〕解するのか、それとも、解除原因につき帰責事由のない者は、不当利得の原則によって責任をおえたりるとの一般論があるか、が問題となった。さらに、一定の解除には、旧467条2項のような、瑕疵担保解除のさいの契約費用の賠償に関する特則規定もあった<sup>13)</sup>。

---

11) Absb., S. 163-164 (II).

12) Absb., S. 165 (IV). 理由書の説明は、必ずしも明確ではないが、解除のように一方的に契約の効力をくつがえすには、帰責事由がないかぎり契約がくつがえることはない(帰責事由があればくつがえる)という当事者の意思に帰せられなければならない、というものである。

もっとも、契約および解除の基礎が当事者の合意にあるという場合には、必ずしも帰責事由がこれに付加される必要はない(たとえば、フランス民法典1184条による解除が当事者の意思を基礎として、双務契約上当然に解除条件の方法で定められたとされる場合。【研究】43頁以下)。帰責事由なしに契約の効力がくつがえることも可能だからである。給付障害の重大性に意味があるのであり、帰責事由に意味があるわけではないのである。

そして、従来の危険負担の場合には、解除によってではなく、反対給付義務の消滅は、給付の不能によって、当然に生じたのである<sup>14)</sup>。

### 3 給付障害法の統合へのプロセス—序論

(1) 給付障害のさいの契約の解消における多様な形態を1つに統合することに対して、討議草案に関する議論のプロセスでは、あまりに抽象的であるとの批判もあった。すなわち、目的とする給付障害の要件の統一は、個別の給付障害のために設けられた323条2項、3項の例外(91年草案と同様に、期間設定が不要な場合と解除できない場合)によって、異なった状況が生じるから、結局、達成することができないとか、典型的な給付障害事由の解除の要件は、直接に法定解除の要件のみから読み取ることができるのが適格的であるとか、いわれた。そこで、その後の立法のプロセスでは、当初の統一的な解除要件から、給付に含まれない付随義務の違反の場合と給付の不能とを分離し、324条、326条に独立させることによって問題を解決しようとした。この要件上の区別は、透明性の確保に役立つ、効果の統一も実質的に確保されることとなったのである。

現代化法323条の規定は、実務的にもっとも重要な給付障害、遅滞と不完全給付(Schlechtleistung, すなわち、欠陥のある給付または給付に含まれる付随義務の違反)を包含する。そして、給付に含まれない付随義務による解除の要件は、324条が規定するのである。この2分構成は、91年草案と異なる現代化法の特徴である(ただし、内容的には、91年草案323条3項2号参照)。326条の対象は、不能の場合に対応し、275条による給付義務からの解放である。これも現代化法の特徴といえる。こうして給付障害法の固有のカテゴリーとしての不能を復活した結果、326条1項は、当然に反対給付の義務の消滅をもたらすこととされた。もっとも、326条5項は、重疊的に、債権者に解除権をも与える。そして、これら323条から326条の規定は、過失の要件によらない。解除は、旧325条、326

13) Absb., S. 164 (II). 旧327条2文については、後述 III 3 および【II】214頁(第1部3篇3)参照。

14) 従来の当然に反対給付が消滅する場合と、解除権の転用による場合との比較については、【研究】16頁以下参照。

条と異なり、契約に違反した当事者が義務違反（給付障害）に責任があるかどうかによらないのである。債務の解消を帰責事由の要件から解放することによって、過失によらない瑕疵担保解除をも債権総論に統一することが可能となった。解除と損害賠償の共存も特徴である（325条）。個別には、Ⅲ以下で詳述しよう<sup>15)</sup>。

義務違反の概念のもとに給付障害を統一することは、従来の担保責任規定を債権総論に統合することから出発したが、この統合のための法技術的なキーは、433条1項2文の売買規定である。これは、売主に、買主に対して物と権利の瑕疵のない物を供与する義務をおわせ、それによって瑕疵のない目的物の供給を、特定物の売買でも履行義務の対象としたのである。それによって、瑕疵のある物の給付を、280条の義務違反に包含することが可能となった。そして、義務違反は、原則として債権総論の給付障害と同じ法律効果をもたらすことになったのである。すなわち、解除と損害賠償である。売主が瑕疵のある物につき責任があるときには、債権者は、280条、281条により損害賠償を請求することができる。これらは、旧463条に代わるもので、不能の補充概念である積極的債権侵害による救済を不要とした<sup>16)</sup>。

こうして、瑕疵に対する売主の損害賠償責任も、法定責任としてではなく、たんなる過失によって導くことができる。そして、保証された同一性の瑕疵の場合や瑕疵の悪意の黙秘に関する特別の損害賠償規定は不要となった。もっとも、保証は、場合によっては276条の「保証の引受」による方法で考慮することができる。

(2) 給付障害法を新たに構成することにより、法規と裁判法、法文と実務法の間の分裂も終了させることができる。それに応じて、新たな給付障害法では、義務違反に取り込まれた積極的契約侵害のほか、判例により発展した契約締結上の過失 (c.i.c) の責任 (311条2項、3項)、行為基礎の喪失 (313条)、継続的債務関係における重大な事由 (314条) が法文化されたのである。これらでは、従来の法の実質的な変更は意図されておらず、今後の判例の発展を方向づけたり制限することも意図されていない。それゆえ、立法者は、立法に伴い、判例の採取

---

15) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 482.

16) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 24.

をしているのみで、要件の厳密な構成をしなかったのである。

(3) 可能な限りの統一化にもかかわらず、瑕疵のある給付の法律効果は、なお部分的には、債務法の各論に規定されている。たとえば、追完権(437条1号以下、439条)、減額の可能性(437条2号、441条)である。売買法が、債権総論の規定を参照している場合もある(437条2号、3号)。

その他の部分でも、統一性の確保は必ずしも実現していない。たとえば、遅滞の損害の賠償および給付に代わる損害賠償については、より広範囲で、特別の給付障害の要件による場合もある(281条以下。義務違反の一般規定は280条)。債権者が、給付に代わる損害賠償の代わりに、同人が給付を保持できることを信頼してした、相当の支出の賠償を請求できることも新しい試みである(284条)。

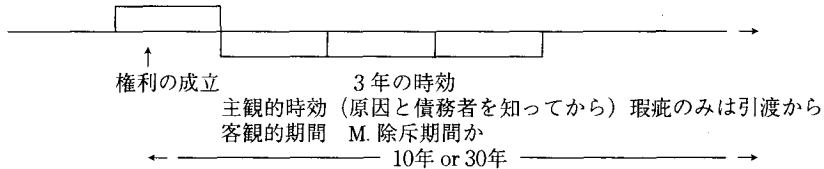
#### 4 その他の刷新

(1) 現代化法は、給付障害法と並んで、時効法をも改正した。時効期間の統一は、給付障害法の改正とも密接な関係があるが、ここで個々に立ち入る余裕はない。

時効法は、全面的に改正された。従来はかなり長期間の30年の通常の時効の代わりに、時効期間は原則として3年となった。請求権が成立した年の最後から進行し、債権者が請求権を生じた事由と債務者を知った時、または重大な過失なくして知りうべき時から進行する(195条、199条)。主観的な時効事由への変更は、30年ないし10年の知・不知に係わらない絶対期間によって補完されている(199条2項から4項)。

新しい体系のもとでは、原則として、すべての契約と法定の請求権(たとえば、不法行為と不当利得)に一律の期間制限が適用される(物権法関係の例外を除く)。それにより、主たる給付および反対給付の請求は、3年で満了する(199条1項)。例外は、担保責任法であり、討議草案とは異なり、債権各論によって規定される(438条、634a条、281条)。ここでは、他の期間(30年、5年、2年)と時効の進行時が定められている。すなわち、客観的基準(不動産および動産の引渡、Übergabe und Ablieferung)による進行である。この特別の時効は、物の瑕疵と結合しているから、客観的な性格のものであり、給付に係する付随義務

と保護義務に対する違反を包含しない。そこで、後者による損害賠償請求権は主観的に制限され、追完請求権や瑕疵ある給付による損害賠償請求権とは（客観的に制限される）別に時効にかかる<sup>17)</sup>。



(2) 現代化法によるその他の変更は、内容的にはそう大きくない。むしろ形式的なものである。まず、請負契約法（632条以下）、信用契約法（488条以下の金銭消費貸借、607条以下の物の貸借）が対象となる。さらに、約款法（305条—310条）、多くの消費者保護法、とくに消費者信用法（491条—506条、358条以下、655a—655e条）は、民法典に統合され、部分的には修正された。その限りで、私法の特別法が民法典に組み込まれた。形式的な変動は大きい。

わが法が個別の付属法規の追加を主とするのに対し、体系志向的な性格がみられる。これが、新たな法典の一里塚となるか、近代的な統一法典の破壊になるかは、今日まだ未定といわなければならない<sup>18)</sup>。

17) そこで、売主が、給付義務をおっているスーパーガソリンの代わりに、質の悪いガソリンを引渡し、または、同人が義務のある通常のガソリンを、過失でスーパーガソリンのために定められたタンクに入れたかは、時効法の上、重要な差異を生じる。Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S.25. 前者は瑕疵による客観的制限に服し、後者は付随義務違反による主観的制限によるのである。そこで、立法的な統一は、実現されていない。

時効法の刷新は、現代的な要請であり、とりわけ30年の時効は長期にすぎ、問題があった。これに対し、わが民法の時効は長期が10年であり、比較的問題は少ない。問題となるのは、政策的な短期時効があまりに多様・恣意的なことである。ドイツ法には、政策的な短期時効はもともと少ないが、現代化法は、これをも整理し、時効期間の単純化を行った。このような単純化の必要については、小野・金判1214号68頁（最判平16・4・23民集58巻4号959頁に関する）で簡単にふれたことがある。

### Ⅲ 解除と危険負担

#### 1 新たな規定—給付障害法の統一と解除の構成

(1) (a) すでに91年草案の改定委員会の段階から、旧法の混乱を修正しようとする試みが行われていた(草案323条)。

まず、給付障害法の中心概念として、義務違反(Pflichtverletzung)がおかれ、また契約の解消は、義務違反に対する統一的・中心的な救済方法と位置づけられた(同条1項)。そこで、契約の解消は、すべての種類の義務違反に関して可能となったのである。たとえば、義務違反が、不能によるかその他の給付拒絶によるか遅滞によるかなどは問題とならない<sup>19)</sup>。

(b) また、契約の解消は、契約違反をした当事者に、義務違反について責に帰すべき事由があったかどうかにもよらない。そこで、責に帰すべき事由が債務者にな義務違反でも、債権者は、契約を解消することができる。そこで、91年草案323条は、従来の323条に規定されていた債務者の責に帰すべき事由のない不能の場合をもカバーし<sup>20)</sup>、すなわち、危険負担の機能をも果たすのである。

(c) 契約の解消は、新たな状態を形成をする意思表示によって行われる。解除には意思表示を必要とするとの349条には変更がない<sup>21)</sup>。そこで、従来の危険負担において行われていたような、給付義務が当然に消滅する構成はなくなったのである<sup>22)</sup>。危険負担と解除の統一である。

もっとも、当事者の責に帰すべき事由のない「不能」が生じた場合は、草案

18) なお、現代化法は、2002年(1月1日施行)以降の新契約に適用される。2002年にすでに成立していた契約には適用されない。成立していた継続的契約には、新規定は、将来に向かってのみ適用される。そして、当事者に、契約への適合の可能性(慣れるため)を与えるために、現代化法は、(時間的に遅くして)03年からのみ適用される(施行法229条§4の1項)。時効に関しては、02年に成立していたが、まだ時効にかかっていない請求権について特則がある(同229条§5)。

19) Absb., S. 166 (VI)。もっとも、不能は、解除の可能となる「義務違反」のもっとも典型的な例であり、絶対的定期行為の場合と同様に、この場合には、草案323条2項にもとづき、期間を定めて催告する必要はない(Absb., S. 168.)。

20) Absb., S. 166 (VI)。

21) §§ 348–349, Absb., S. 190。

22) Absb., S. 166 (VI)。

323条2項1号の対象となり、解除をするさいにも、期間を定めて催告する必要はない。しかし、意思表示のみは必要であり、当然に反対給付義務が消滅とする旧法とは異なる。また、効果も、不当利得法による清算ではなく、草案346条以下の解除法による清算による<sup>23)</sup>。

(d) 91年草案は、遅滞に関する旧法 326条1項・2項やフーバーの鑑定意見にならって、期間を定めた催告を要件とする立場をとった。国際的な統一法は、義務違反が重大なこと (Erheblichkeitsschwelle) を解除権の基本的な要件とし、それ以外の場合にのみ、期間を定めた催告 (Nachfrist) を要件としたのであるが、同草案は、義務違反 (Pflichtverletzung) の場合でも、債務者にはつねに義務に従う期間を与え、契約を尊重する利点を考慮したのである<sup>24)</sup>。

もっとも、上述のように、不能の場合には、草案323条2項1号が適用され、期間を定めた催告は不要となる。催告しても効果のないことが明らかだからである<sup>25)</sup>。

(e) そこで、不能によって当然に免責が生じることもなくなり、債権者は解

---

23) Absb., S. 168 (2 a).

24) Absb., S. 166 (VI). さらに、„Principles of International Commercial Contracts“ des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) も、統一法の構成に従い、契約違反の重大性を解除の基本的要件としている (Absb., S. 166)。

債権者は、解除権を取得しても、それによって履行請求権を失うわけではない。そこで、解除と履行の請求権の選択の機会をえて、場合によっては、債務者の負担で、よりよい機会を選択するように市場の展開 (die Marktentwicklung) を待つこともできるのである。その結果、債務者には、履行の請求が行われるか不明になり負担となることもある。ハーグ統一売買法は、重大な契約違反の場合には、当然に契約が解除される (ipso facto avoidance) との制度を設けた (【研究】91頁参照)。ウィーン統一売買法は、このような当然の契約の解除を採用しなかったが、それには問題がある。

そこで、草案は、323条5項において、債務者が債権者に対し、解除権行使のために相当の期間を定めることができるとし (1文)、債権者がその期間内に解除権を行使しなければ、債権者が契約を解除するには、さらに相当の期間を定めて催告しなければならないとした (2文)。これによって、解除の対象となる債務者も、給付を正当に履行する機会を回復し、不安定な地位を免れうるのである (Absb., S. 171 (5))。

このように、債権者が債務者の負担で市場の展開を待つことは、投機の機会を与えるものでもある。近時の立法では、制限されることが多い。クーリング・オフ権に関するが、小野「通信販売と金融サービス給付—ドイツの新通信取引法—」国際商事法務32巻4号448頁 (451頁) 参照。



除することを要したが、債務者に抗弁権が生じる場合には（たとえば、同時履行の抗弁権）、解除することはできない（草案323条3項4号）。しかし、草案275条の抗弁（債務者が債務の内容と性質に従って義務づけられる努力をしても履行できない場合には、給付障害を拒絶できる権利）のみは、解除権を否認する抗弁とはされない。というのは、履行できない契約を清算すると解除法の法政策的な核心からすると、このような実質的な不能の場合に解除できないのは正当ではないからである。そこで、草案では抗弁権として構成された草案275条の免責事由は、草案323条3項4号では、解除を妨げる効力をもたないとされた。契約が不能によって履行しえず債務者が正当に履行を拒絶できる場合であっても、解除権は存続したのである<sup>26)</sup>。

(2) これらの構造は、2002年現代化法にも、基本的には受け継がれた。

(a) まず、給付障害法の中心概念として、義務違反 (Pflichtverletzung) がおかれ、また契約の解消は、義務違反に対する統一的・中心的な救済方法と位置づけられた (280条、324条、323条4項2文)。ただし、解除では、同時に「契約に適合した給付のないこと」という要件も附加され、従来之法との妥協が図られている (323条1項)。その限りでは、「義務違反」の統一的・中心的な位置は後退し、323条のタイトルからもはずされている。

(b) また、契約の解消は、契約違反をした当事者に、義務違反について責に帰すべき事由があったかどうかにはよらない。そこで、帰責事由が債務者にならぬ義務違反でも、債権者は、契約を解消することができる。そこで、解除に関する新323条は、旧323条 (日民536条1項相当) に規定されていた債務者の責に帰す

25) Absb., S. 168 (VI 2 a). なお、催告に関する旧326条との相違は、ここでは、催告期間経過後に履行のない場合には給付の受領を拒絶すること (Ablehnungsdrohung) を明示するものとされているが、これが、解除権の行使の障害になるので削除されたことである (現代化法も同様)。解除されることが予想できれば、給付の受領が拒絶されることまで述べておく必要はなく、そのような要件を課すると、かえって債務者にその不存在を主張する機会を与えるからである。もっとも、代わりに、「債務者が期間による催告によって解除権を予想する」場合であることが要件として付加されている (323条1項1文)。Vgl. S. 167 (1 c).

26) Absb., S. 170 (VI 3 d). 解除権を消滅させる性質の抗弁権も、それが債務者によって主張されまたは解除後遅滞なく主張されないと、解除権を消滅させる効力はない (Absb., S. 170).

べき事由のない不能の場合をもカバーし、すなわち危険負担の機能をも果たしうる。もっとも、新326条は、給付が行われないときに、反対給付の請求権は、当然に消滅することとし、危険負担規定が復活した。伝統的な思考との妥協である。

なお、伝統との妥協は、02年現代化法の特色であるが、長期的な視野からは、91年草案の打ち出した方向性とヨーロッパ的構成に合理性があると思われることから、解釈上疑義の生じる場合には、91年草案に立ち返ることが必要であろう。また、それが理論的な統一性にも資するのである。

わが法のもとでも、不履行による解除にさいして、帰責事由が必要となるかどうかの問題となる。541条は、明文上、帰責事由を要件としていない(543条との相違)。本稿では、この問題に立ち入ることはできないが、これにつき、2004年のわが民法の口語化法案において、当初、541条の法定解除権につき、帰責事由の要件がおかれたことが注目される。

「541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。(但書の追加)(542条・省略)

543条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」。

単純に415条の損害賠償と合わせて(「415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき、又はその履行をすることができなくなったときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」)、帰責事由の要件をおいたものであるが、実務界における伝統的な通説(我妻説)の影響力の大きさを示すものである。

しかし、解除に関する新しい考え方のもとでは、解除は、不履行に対する価値中立的な制度であり、一種の制裁たる損害賠償とは区別されなければならない、ま

たそれゆえ給付障害からの一般的救済手段となり、双務契約では危険負担や遅滞に対して広く転用されうるのである。あらためて解除と危険負担の関係を強調しておくことが必要であろう。なお、その後、種々の批判をうけ、草案の段階で解除の有責要件は削除された（前頁の415条前段も修正）<sup>27)</sup>。

(c) 契約の解消は、新たな状態を形成をする意思表示によって行われる。91年草案と同じく、解除には意思表示を必要とするとの349条には変更がない。ここでは、従来の危険負担において行われていたような、給付義務が当然に消滅する構成は不要となった。もっとも、危険負担と解除の完全な統一にはいたらず、前述の326条1項によって、従来の法との妥協が図られた。

(d) 解除には、相当の期間を定めて催告し、それが履行されないことが必要である（323条1項、erfolglos eine angemessene Frist oder Nacherfüllung）。

ただし、2項所定の諸場合には不要である。すなわち、①債務者が確信をもって履行を拒絶しているとき（ernsthaft und endgültig verweigert）、②契約上の給付利益が適時に給付されないと失われる場合で、債務者がその期間内にしないとき、および③双方の利益を考慮すると即時の解除が相当とされるときである。

(3) 323条は、遅延と不完全給付の場合に、債権者が債務者に相当の期間を定めて給付または追完を求め、それが効を奏さない場合につき解除を認めている。遅滞については、旧326条が、相当する規定をもっていた。売買については、期間の設定による売主の権利である「第2の提供」（zweite Andienung）が定められた。この要件は、これら給付障害の場合において、債務者に、履行と反対給付を取得する最後のチャンスを与えている。そこで、それが当初から意味のない場合には、期間の設定は不要である。同様の場合として、323条2項、4項がある<sup>28)</sup>。

(a) 解除権の要件の第1は、期限のきた給付の不履行または不適切な履行で

27) この変遷につき、小野・危険負担の総合判例解説（2005年）14頁。また、無責の遅滞、遅滞の危険については、小野・逐条民法特別法講座⑥I（1986年）97頁参照。

28) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 483; Palandt, S. 528. 323条については、半田・前掲書114頁参照。また、本稿ではあまり立ち入らなかつた275条については、同書136頁、原始的不能については、161頁参照。

ある(1項)。

第2は、履行または追加のために相当な期間が設定され、かつ徒過されたことである。相当な期間は、債務者が給付を実際に履行できるだけの長さのある必要がある。しかし、それは、給付の履行に着手していない債務者が初めて給付を始めても履行を可能にするほど長い必要はない。債務者は、すでに始めた給付を完了する機会をえればたりる<sup>29)</sup>。

期間の経過によって、債権者は、契約を解除できるが、旧326条1項2文後段(期間の徒過で履行請求権がなくなる)とは異なり、期間の徒過を自分で引き受ければ、債権者の給付請求権が喪失することはない。すなわち、債権者が受容することも可能である。323条によれば、債権者は、さらに履行を請求することもできる。給付の請求権は、債務関係を返還の関係に変更する解除の意思表示の効果によって初めて失われるのである。

(b) 2項1号によれば、期間設定は、債務者が給付を期限後に、「真摯かつ最終的に」拒絶したときには、不要である(いわゆる履行拒絶)。これは、従来、当初から効果がなく意味がないと確定しているときには、期間設定が信義則上不要であるとの、旧326条につき認められていた原則に相当する。2項1号の解除と平行に、給付に代わる損害賠償については、281条2項前段に法定されている。期限後の履行の拒否は、当然に遅滞ともなる(286条2項3号)。期限後の履行の拒絶は、とくに4項で規定されている。

(c) 2項2号は、単純な(相対的)定期行為の場合を定める。それによって、旧361条(定期行為の解除)を引き継いでいる。しかし、それは、債権者に、旧326条1項とは異なり、解除権を遅滞の要件なしに、つまり過失や期間の設定なしに、解除権を付与しているのである。もっとも、当事者の一方の給付が、正確に特定の期日または特定の期限内に生じると合意された場合に限る。また、商法376条は、債務法の改正によって影響されない。そこで、定期行為の商事売買には、依然として特則が存在するのである<sup>30)</sup>。

2項3号によれば、双方当事者の利益を考慮して、即時の解除を正当とする特

---

29) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 484 ; Palandt, S. 528.

別の事情がある場合にも、追完の期間の設定は不要である。給付に代わる損害賠償に関しても、これと平行な規定が282条2項後段にある。遅滞の要件は、286条2項4号による。

440条、636条からも期間設定の不要な場合が定められている。売買と請負の不完全履行につき、債務者が追完を拒んだとき、これに失敗したとき、あるいは債権者に期待できないときには、期間設定は「323条2項の場合を除き」必要としない。

従来、現金取引では、消費者は、通常ただちに瑕疵担保解除できたが、特別な解除が廃止され一般的な解除規定によることになったことから、形式的な期間設定が結合され、売主の追完を待つべき地位におかれた。もっとも、部分的には、EUの消費物売買指令の具体化法3条5項によって、通常の期間設定によらない解除のよちもある<sup>30)</sup>。

(d) 3項は、期間設定に代わる警告を定めている。とくに不作為義務に関係する。たとえば、不正競争の禁止のような不作為義務においては、給付のための期間の必要性や追完は適合しない。そこで、3項では(281条3項と同じく)、期間設定の代わりに、警告を必要としたのである。この場合で、給付に関係しない付随義務、すなわち241条2項の保護義務については、282条(損害賠償)のみが適用される。

(e) 4項は、期限前の履行拒絶を規定している。それは、期限の到来した主要な義務に関係しないから、従来は、直接に旧326条1項が対象とするものではなかった。契約上の信義への違反ないし期限前の契約違反の観点から、積極的債権侵害によっていた。積極的債権侵害を法典に組み込むために、4項で解除権が規定された。それに従って、解除の要件が生じることが明白な場合には、債権者は、給付期限の前でも解除することができる。他方、損害賠償の281条では、相当の規定はおかれていない。

---

30) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S.485; Palandt, S.529. 遅滞の危険については、前注27)参照。不能の危険と同じく、双務的な解決の必要からは、わが法のもとでも、有責要件を不要とする必要がある。後注50)参照。

31) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 486.

(f) 5項は、一部不能と、些細な瑕疵を問題としている。これについては、2で後述する。

また、6項の解除権消滅は、給付障害に対する債権者の帰責事由に関する。これについては、後述4参照。

(4) (a) 現代化法323条は、双務契約において、債務者が履行期の到来した給付をなさず、またはその給付が契約に適合しない場合には、債権者が契約を解除できるとする。ドイツ民法の解除権は、双務契約の効力として生じるから、旧325条のもとでも、双務契約の解除のみが対象となった。あたかも、旧323条のもとで、反対給付義務の消滅が、給付の不能により当然に生じたのと同様に、双務契約の解消を目的とする(日536条1項相当)。解除の事由が、帰責事由を必要としない場合には、危険負担との連続性が意図されており、当然に反対給付義務が消滅する場合と同じく、意思表示による反対給付義務からの免責が意図されているのである。

解除に転用されるフランス民法典の解除条件も双務契約を前提とし(1184条)、スイス債務法でも双務契約の解除を予定している(107条)。旧民法では、フランス法の系譜をひく旧民法・財産編421条が、「双務契約」に当然に包含される解除条件を定め(同422条2項は、遅滞に付せられたときの当然解除)、財産取得編81条は、売買の瑕疵担保解除を定め、これも性質上双務契約を対象とした。現行法の立法者も、541条が295条、533条と「其精神ヲ同シウセリ」とし、履行の相互性が公平に適するとしていた<sup>32)</sup>。

(b) しかし、わが民法が、とくに双務契約との関連を規定しているわけではないことから、多数説は、法定解除を、ひろく契約一般に認め、片務契約にも認められるとし<sup>33)</sup>、判例も、片務契約でも債権者に契約を解除する利益がある場合には法定解除を認めるものとした(預金契約につき、大判昭8・4・8民集12巻561頁、社債契約につき、大判大14・12・19新聞2531号9頁)。たとえば、贈与契約において、金銭以外の贈与の場合に、贈与契約を解除して金銭による填補賠償

32) 梅・民法要義三巻(1926年訂正増補、1984年復刻)447頁。

33) 諸学説については、山下末人・(谷口知平=五十嵐清編)新版注釈民法13巻(1996年)660頁参照)。本稿では立ち入らない。

を請求することに意義があるといわれる<sup>34)</sup>。しかし、これは、解除を必要とせずに填補賠償を請求しうる規定の欠缺を補うために（旧286条2項、新280条、281条）、解除が利用されているにすぎない<sup>35)</sup>。

解除は、双務契約において相手方の不履行にさいし契約関係を解消して、自分の反対債務を免れることに意義がある。片務契約には、このような関係は存在しない。片務契約では、給付義務からの免責が問題となるだけだからである<sup>36)</sup>。

片務契約である消費寄託において（預金契約）、かつて判例は、受託者の履行の不能を理由とした解除を認めた（前掲大判昭8・4・8。銀行が支払を停止し、預金者が、譲渡禁止特約付の預金契約を解除して返還請求権を他に譲渡した効力が争われた）。しかし、これは実質的には解約告知であり、とくに666条2項による寄託者の返還請求権が認められることによって、解除は不要であったとの反対がある<sup>37)</sup>。また、預金契約のような継続的契約には解除は不要との見解も主張されている<sup>38)</sup>。

反対説は、「反対の負担なり不利益なりを免れるところに解除の意味があるので」、たんに損害賠償を求めるだけでは、解除しなくても可能であるから、解除は意味がないとし、有償、双務契約、片務契約でも有償（負担つき贈与、有償寄託など）では、解除によって、解除しないで損害賠償を求める以上に自分の負担を免れる利益があるので、これら以外に解除を認める意義はないとする。また、無償片務契約では、債務不履行によらない解約告知はともかく、解除は認められるべきではなく、有償片務契約では（利息附消費貸借）、解除の必要はあるが、継続的契約では、解約告知の形をとるとする<sup>39)</sup>。

有償・双務契約における解除が典型的であり、意味をもつことから、狭義の解

34) 我妻栄・民法講義Ⅴ（1954年）148頁は、片務契約への適用につき、「疑いを抱きながら、多数説に従って説明する」とする。

35) 山下・前掲書 661頁。なお、同書は、無償・片務契約には、有償・双務契約と同様な解除を必要とするか疑問、とする。

36) 危険負担においても、片務契約では、給付危険だけが問題となる。

37) 我妻栄・前掲書148頁、山下・前掲書661頁など。

38) 川島武宜・判民昭8年度44事件161頁。我妻・前掲書148頁。預金者が返還請求すれば告知であり、返還請求をして、相手方が履行しなくても、さらに告知ということはない。また、譲渡禁止の特約のある預金債権が、銀行の遅滞により譲渡性を取得することは妥当でない。

除（ド民323条）がこれを対象とすることはいうまでもないが、規定が不備なわが法では、541条には、継続的契約の解約告知（314条）や、事情変更による解除（313条）などを含めた広い根拠を示す必要もあり、これを前提とすれば、双務契約に必ずしも限定することはできない、ということになろう<sup>40)</sup>。

- 39) 谷口知平=五十嵐清・(同編)新版注釈民法(3) 452頁、山下・前掲書661頁。  
これに対し、比較的解除の対象を広く解する見解もあり、半田吉信・契約法講義(2005年)130頁は、単純贈与のような純然たる片務契約でも、忘恩行為や事情変更による解除を考えることができるから、法定解除の余地を残すべきとする。平野裕之・契約法(1996年)123頁。
- 40) 逆に、これらは解釈上当然に生じる概念であるとの立場をとれば、541条は双務契約の規定として純化するべきこととなる。しかし、解除の一般的な根拠規定の存在は、実務上有用であろう。

日本民法典上の未履行双務契約の解除と、これを整理した類型的な契約の終了事由については、小野「契約の終了事由と当事者の履行能力」【反対給付】351頁参照。

解除権の系譜は、おもに3つある。その中心は、① 伝統的な相手方の帰責事由を理由とするものであるが(541条、543条)、ドイツ民法債務法現代化法(2002年)およびドイツ債務法改定草案(1991年)323条は、この帰責事由の要件をはずした(②<sup>2)</sup>)。また、これとはべつに、継続的契約における自分の側の事由を理由とする解除が、個別の契約には認められており(②)、さらに、これらとはべつに、もっぱら当事者間の公平のみを理由とする事情変更の原則による解除権もありうる(③)。

わが民法典(とくに口語化前)上は、(1)債権者の破産の場合について、債務者のする解除(貸貸人、被用者など)が規定されていただけで、債務者の破産の場合については、とくに規定がない。これは、(2)破産法上の破産管財人のする解除によってカバーされるが、破産の場合の解除は、規定の体裁がやや一般的であるから、内容上は2種類がありうる。1つは、①の系譜につらなるものであるが、もう1つは②の系譜につらなるものであり、破産管財人の解除は、この②の系譜に属する。たんに、①を否定して、②の系譜のみにするといった一元化はできないのである。

### 解除事由と解除の効果

	要件	効果	例
① 相手方の帰責事由を理由とする解除権	541,543条(通説による場合)	解除プラス損害賠償請求(545条3項)	債務不履行の解除(瑕疵担保解除では帰責事由はいらぬ)
② 相手方の人的事由・給付障害一般(帰責事由はいらぬ)	死亡、破産禁治産	解除のみ(とくに帰責事由があれば損害賠償も可能)	破産の場合の債務者の解除遅滞の危険信頼関係破壊の理論—相手側ドイツ債務法改定の解除権
② 自分の側の事由を理由とする解除権	やむを得ない事由	自分に過失あれば損害賠償(628)。自分から損害賠償して解除	継続的契約の特則 信頼関係破壊の理論—自分側(立退料を払って解約)破産管財人のする解除
③ 事情変更の原則による解除	行為基礎の喪失	ドイツ債務法改定草案306条(草案307条、現代化法321条)	(現代化法313条)、不安の抗弁と解除



同様に、継続的契約に解除の適用があるかとの古典的な問題もあるが、本稿では立ち入りえない<sup>41)</sup>。

## 2 一部不能・一時不能の場合

(1) (a) 一部不能の場合には、旧323条1項2文によると、旧472条・旧473条の瑕疵担保責任のさいの減額請求権に準じて、反対給付義務も減額された。旧法のもとでは、この323条1項2文と瑕疵担保責任のさいの減額請求権が、減額請求権 (Minderung) という特殊な構成によっているのに対して、旧325条1項2文 (不能) と旧326条1項3文 (遅滞)、継続的供給契約の個々の部分の障害のさいには、契約の一部障害および一部解除の構成 (Teilrücktritt) がとられている。91年草案は、この後者の方法によった<sup>42)</sup>。そこで、草案323条1項3文では、義務違反が給付の一部の場合には、債権者は一部給付に利益がない場合にのみ (nur)、全契約を解除しうるとして解決されている。すなわち、その他の一部障害の場合には、一部解除しかできないのである<sup>43)</sup>。

(b) 一時的障害の場合にも、それが相当の期間内に除去されない場合には、草案323条1項によって解除が可能である。さらに、主観的不能の場合も同様である<sup>44)</sup>。

(c) 旧法323条、旧325条のもとでも、給付が不能になったというためには、「主たる給付義務」 (Hauptleistungspflicht) の不能が必要であるが、草案は、義務違反が些細な場合 (geringfügige Pflichtverletzung) には、解除権は発生しないとした (草案323条3項1号)。また、草案241条2項の義務である付随義務あるいは保護義務の違反 (Neben- und Schutzpflichtverletzung) にすぎない場合にも、同様とされた (草案323条3項2号)<sup>45)</sup>。

(d) 草案323条4項によれば、債権者は、期限の前でも、解除権の発生する要件が明白である場合には、解除をすることができる。旧法のもとでは、債権者は、いちじるしい給付の困難にあったり、債務者の給付拒絶があっても、期限前

41) ほかに、物権契約 (地上権や抵当権の設定)、準物権契約 (代物弁済契約) への解除の適用、更改契約や、相殺、免除を目的とする契約、和解契約への解除の適用などの問題があるが、いずれも立ち入りえない。我妻栄・前掲書149頁以下参照。

には、当然には解除しえない。給付義務の違反がなお存在しないからである。このような場合に、期限の到来を待つことは期待しえないから、判例と学説は、長らく期限前の解除を認めてきた。しかし、そのための理論的根拠は、必ずしも明確ではなかった (vorweggenommener Vertragsbruch, anticipatory breach)。債務者の履行拒絶は、主として積極的債権侵害をなすものと位置づけられてきたが、これを明文で定めたのである (ハーグ統一売買法76条、ウィーン統一売買法72条1項参照)<sup>46)</sup>。

(e) 草案327条1項1文は、契約の履行されうることを信頼したことから生

- 
- 42) Absb., S. 168 (1 e). 一部不能の場合の解決として、従来の323条1項2文による減額請求権に準じた構成によると、たとえば、100万円の価値のある物が半分に毀損した場合には、代金120万円もそれに応じて、半分 (60万円) に減額 (請求) される。これに対して、草案の一部解除の方法では、価値の減価がいくらかによらず、(一部解除権により) 直接に代金120万円を半分に減額させるのである (代金が80万円の場合には、これを半分にすることになる)。すなわち、瑕疵のない物、毀損する前の真実の価値 (市場価格) というものを想定する必要がなくなるのである。もっとも、量的部分解除の場合には、半分毀損すれば、価値を計算することなく、単純に代金も半分にすればたりることになるが、質的部分解除の場合には、まず半分の毀損かどうかの判断をすることが必要となり、そのためには、毀損前の価値と現在の価値との比較も間接的には必要となるから、結局、従来とさほど異なることにならう (しかし、従来と異なり、「半分の減少」は、必ずしも毀損前の価値と現在の価値との比較によらなくてもたり、他の方法で認定することも可能である)。

買主の減額請求権に関する草案440条3項でも、売買代金は、代金を基準として、瑕疵が物の価値を減少させた額 (...herabgesetzt, um den der Mangel den Wert der Sache, gemessen am Kaufpreis, mindert.) だけ引き下げられる。すなわち、旧法 (472条1項、...herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.) とは異なり、瑕疵のある物の市場価格 (真実の価格) に従った相対的計算方法をとらなかったのである (vgl. Absb., S. 219)。

なお、草案の解除権、減額請求権と旧法との相違、とくにこれが請求権ではなく、形成権とされたことについては、Absb., S. 216 (§ 439 VI 1 b); Absb., S. 218 (§ 440 VI 1)。旧法の Wandelung, Minderung は、請求権と解されていた (vgl., Jauernig, BGB, 1984, S. 469 (§ 462 Anm. 2))。

- 43) Absb., S. 168 (1 e).  
44) Absb., S. 168 (2 a).  
45) Absb., S. 169 (3 a, b).

付随義務違反の場合には、契約を維持することが期待不可能か、債務者の義務違反が重大なとき、にのみ可能である (草案の文言によれば、前者により、債権者が「その義務違反にかかわらず契約の維持を期待される場合には」、解除権は発生しない、とされている)。

じた損害の賠償を認めた。しかし、同条2項によれば、債務者に解除事由について帰責事由のない場合には、これは適用されない<sup>47)</sup>。もともと、瑕疵担保解除の場合には、旧法のもとでも、買主は、帰責事由にかかわらず契約費用に対する請求権を有するので、草案439条3項では、売主は、買主に契約費用の賠償をしなければならない、とされた。返還されるべき物が帰責事由なくして毀損した場合にも、帰責事由によって解除されるときには、費用の賠償がありうる。しかし、帰責事由によって解除する場合に、返還債務者が、物の毀滅に責任をおうかどうかは、草案327条1項の問題とはならない<sup>48)</sup>。

(2) (a) 現代化法323条5項1文は、一部給付が行われた場合には、債権者は、一部給付では利益がない場合にのみ (nur)、全契約を解除しようとした。それから、間接的には、一部障害の場合には原則として一部解除のみが可能であることが明白である。このルールは、旧280条2項、325条1項2文、326条1項3文に相当する。

また、債務者が給付を契約に従って履行しない場合で、義務違反がいちじるしくない場合には (Pflichtverletzung ist unerheblich.)、債権者は契約を解除できない (同2文)。一部給付や些細な違反は解除権を基礎づけないのである。価値や給付の有用性の些細な減額では、旧459条1項2文のもとでも、解除できなかった。なお、この場合に、債権者には、減額請求の可能性がある (437条1号、441条1項)。5項2文の解除権の制限の仕方では、期間設定が空振りとなった不完全給付では、原則として債権者は全契約を解除できるから、些細な場合は例外

- 
- 46) Absb., S. 170 (4). 履行拒絶のほか、契約相手方の一身的事由による給付の困難の場合に、適用のよちがある。たとえば、使用者の破産の場合の労働者の解約、注文者の破産の場合の請負人の解約などである。金銭債権の債権者は、破産の場合には、もはや履行を期待しえないからである (賃借人破産の場合の賃貸人の解約には、賃貸借保護の観点から問題があろう)。わが民法典には、それぞれ、631条、642条、旧621条の規定がある。その他の主観的事由についても、可能性がある (たとえば、一身専属的な行為の給付を目的とする請負人や受任者の死亡のさいに、注文者や委任者にとって、もはや契約を存続させておく意味はないであろう)。これにつき、【I】351頁以下、359頁、366頁参照。前注40)をも参照。
- 47) Absb., S. 174 (II 2) zu § 327 I Satz 2 BGB-KE. そこで、帰責事由のない不能の場合には、解除は可能であるが、損害賠償の請求はもとより、費用の賠償も求めえないことになろう。これは、旧法323条の場合と同様である。
- 48) Absb. S. 174 (II 2). これは、解除の効果に関する草案346条の問題となる。

である(些細な場合には解除できない)。原則と例外の関係は、5項1文(原則として一部解除)とは逆になる<sup>49)</sup>。

(b) 一時的障害については、とくに規定がない。しかし、91年草案と同様に、相当の期間内に除去されえない場合には、323条1項によって解除が可能であろう(契約に従った履行がないとして)。期限前の解除については、323条4項で、解除の要件が生じることが明白な場合には、可能とされている(323条4項)<sup>50)</sup>。

### 3 付随義務違反と解除

(1) 現代化法324条は、241条2項による義務(付随義務)違反による解除を規定し、双務契約の債務者が、241条2項による義務に違反した場合で、債権者を契約に拘束することが期待できないときには、同人は、契約を解除することができるとした。

(a) 324条は、債務者が、給付に直接関係しないが、給付に伴う付随義務(nicht leistungsbezogene, also leistungsbegleitende Nebenpflichten)に違反した場合を対象とする。たとえば、住居にペンキを塗る途中で、ペンキ屋が建物の一部を壊したという場合である。義務違反から生じた損害の賠償を、債権者は、当然に280条1項により請求できる。しかし、義務づけられた給付自体は契約に従ってなされ、債権者の給付利益は害されないのに、同人が契約を解除できるかが問題となり、324条は、241条2項の義務に違反する場合に、債権者が解除権を取得するとした<sup>51)</sup>。

---

49) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 487; Palandt, S. 530. 5項の適用と434条2項の関係は必ずしも明確ではない。後者では、異種物の給付や過少な給付も瑕疵になる。一部の不給付と不完全な給付の関係も問題であるが、434条3項、633条2項3号によると、一部給付は、物の瑕疵と同等とされる。これは、売買や請負契約の給付の欠陥の多くが5項2文のもとにおかれることを意味する。解除権は、そこで、たんに給付の不足が些細であることから消滅するにすぎない(2文)。利益の存続の基準(1文)によって左右されるのではない。そこで、5項1文は、もっとも重要な適用領域を奪われ、その意義は小さくなる。一部不完全給付(Teilschlechtleistung)も法には規定されず、未解決である。たとえば、ワイン60本のうち10本を履行して、それに不凍液が入っている場合である。

50) 遅滞の危険については、「遅滞の危険・不能の危険」【II】249頁以下所収参照。解除の要件として、遅滞に関する有責性が不要になったことから、解除による債権者の免責、ひいては危険の転嫁は容易になったものと目される。前注30)をも参照。

もっとも、契約の保持が期待されない場合であることを要し、かつ324条の文言と323条から326条のシステム上、324条は、給付遅滞、不完全給付、および不能の場合（つまり主要な義務の違反）には、適用されない。それらには、もっぱら、323条と326条が関係する。また、給付に代る損害賠償請求権において324条に相当する規定は、282条である。

(b) 324条の解除権には、282条の損害賠償規定と同じく、従来の法には、必ずしも対応するモデルがないが、判例と学説は、積極的債権侵害によって、不能と遅滞と同様に、契約の不履行による解除権または損害賠償請求権を生じることを認めていた。そのためには、積極的債権侵害が、相手方に信義則上契約の保持を期待しえないほど契約目的の達成を危殆化することが必要である<sup>52)</sup>。

(c) 324条の要件は、241条2項による義務の違反である。この要件は、323条でいう義務違反を限界づけている。そこで、主要な義務と付随義務の区別、および給付に関係しない付随義務と給付に関係する付随義務を区別する必要がある。付随義務は、契約当事者の完全性利益を保護するものとして法定されたのである。とくに、身体および所有権侵害からの保護を意味し、主要な給付義務と付随の給付義務は、財産的地位の変更、および債権者の等価利益を目的としている。

324条に典型的な事例は、給付を履行するさいの絶対的な権利の侵害である<sup>53)</sup>。債権者が財産的損害をおわないが、他の方法で影響をうけるという場合については争いがある。たとえば、重大な侮辱、人種差別的な言葉を述べる場合である。そのような場合も、241条2項によりカバーされるかに係わりなく、324条の適用が原則として肯定される<sup>54)</sup>。

323条の適用領域の中には、目的のための債務関係の貫徹、すなわち、給付のための準備、給付結果の惹起と安定に向けられた義務の違反が含まれる。例となるのは、買主にわかりやすい使用指図を与える義務である。給付に関係する付随

51) ここには、いわゆる完全性利益 (Integritätsinteresse) を侵害する場合が一般的に包含される。

52) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 488. これらの324条、282条によって、積極的債権侵害の適用領域が、明白にされたのである。

53) たとえば、引渡のさいに債権者の家のカーベットの毀損したという場合である。

54) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 489; Palandt, § 342 (S. 530 f.).

義務と給付に伴う付随義務の区別は、具体的には困難である。電動のこぎりの引渡で、わかりやすいマニュアルを附加する義務は、機能上のこぎりの始動にも、利用者の保護にも役立つのである。疑わしい場合には、追完が考慮されるかぎり、323条の適用について肯定的に判断する必要がある。

(2) 324条による解除は、義務違反のゆえに、債権者が契約に拘束されることを期待しえないことを前提とする。限界事例は必ずしも明確ではない。たとえば、ペンキ屋の事例で、建物の入口を毀損したことでたりののか、それとも部屋の高価な外国産の花瓶をもこわして初めて生じるのかが問題である。基準として、給付履行の付随の状況が、債権者にとって耐えがたいものでなければならない。これにつき、政府草案までは、義務違反の本質性という基準がおかれていたが、立法の過程で消えてしまったのである。

なお、324条は、323条と同様に、債務者が有責であることを必要としていないが、債務者の過失が、間接的に、期待可能性の評価に影響することはある。債務者をなんら非難しえないときには、逆に、債権者に、契約に拘束されるよう期待しなければならないことがあるからである<sup>55)</sup>。

#### 4 反対給付義務の当然の消滅 (326条1項) と債権者の責に帰すべき給付障害 (326条2項)

(1) (a) 91年草案と同様に、現代化法323条は、解除権の転用によって反対給付義務の消滅を導こうとしたから、当然に生じる反対給付義務の消滅(従来の危険負担の債務者主義。旧323条1項=日民536条1項)に関する規定は、本来不要となった。そこで、91年草案や討議草案では、相当規定は存在しない。しかし、現代化法の審議プロセスで、全部不能については、危険負担規定を存続することが主張され、これを容れたのが、326条1項である。債務者が275条1項から3項により給付する必要がない場合に、反対給付の請求権は当然に消滅するのである。ただし、契約に適合しない給付において、債務者が275条1項から3項により追完するときは、この限りではない(326条1項)。

---

55) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 490. 324条は、解除を、期間の設定をしたり、警告することによらしめていない。

当然消滅規定の復活は、給付不能につき、討議草案とは異なり、第1次給付義務からの解放が規定されたことに対応する(275条、326条1項)。いわば部分的な、不能論の復活でもある。

(b) 無責の給付障害で反対給付義務が解除によって消滅しようと(91年草案)、当然に消滅しようと(旧法あるいは現代化法)、債権者の責に帰すべき事由のある給付障害の場合には、債務者の反対給付の請求権は存続する必要がある。91年草案では、この場合のみが危険負担の問題として残されたが(草案324条)、現代化法では、これが326条2項1文となった。すなわち、債権者が給付障害に関して帰責事由がある場合と債権者の受領遅滞中の障害に関しては、同人が危険を負担し、債務者は反対給付の請求権を保持するのである。ただし、債務者は、給付を免れたことにより利益をえた場合には、これを償還しなければならない(326条2項2文)。

91年草案では、その323条3項3号において、「債権者が義務違反につき、もっぱらまたは主として責がある場合」その場合にも、債権者は解除することはできないとされた。これに対応する規定は、現代化法では、323条6項におかれた。他方、債務者は、草案275条2項によって給付義務を拒絶することができるから、債権者の反対給付義務のみが存続するのである。反対給付義務の存続は、このような解除権の排除によるものとしても構成できる<sup>56)</sup>。ただし、全部不能では、275条1項により債務者の義務が消滅し、326条2項により債権者の反対給付義務が存続するから、旧法の構成が維持されたことになる<sup>57)</sup>。

現代化法323条6項は、旧324条1項の一般化・拡大をも意味している。すなわち、債権者は、不能だけではなく、すべての給付障害の場合につき解除権を取得できるのであるから、その責に帰すべき事由がある場合には、やはり解除権はすべて否定されなければならないのである<sup>58)</sup>。もっとも、解除権が否定されるには、

- 
- 56) Absb., S. 170 (3 c). 債権者の責に帰すべき事由による障害については、草案324条、現代化法326条に新たな構成による規定がある(S. 171 f.)。なお、1981年の債務法改定鑑定意見のなかでも、危険負担には解除権の転用の構成が採用され、旧323条は修正されることとされたが、旧324条に相当する規定は残された(フーバー草案の327c条。Absb., S. 172 (zu§ 324 I))。
- 57) 旧275条1項と324条の関係(反対給付義務の存続)と同じである。

債権者が主として有責な場合 (bei einer überwiegenden Verantwortung des Gläubigers) でなければならない。その有責が些細な場合には (bei geringfügiger Mitverantwortung)、なお解除は可能である<sup>59)</sup>。

### 解除と危険負担

	旧法	91年草案	現代化法
解除	帰責事由が必要 (325条ほか)	323条	323条
危険負担	無責 (323条1項=日536条1項)	×→解除に統合	326条1項
(債権者有責)	有責 (324条=日536条2項)	324条*	326条2項*

\*解除は不可 (それぞれ323条3項、323条6項)

以下に、現代化法326条を掲げる。

326条 (給付義務が排除された場合における反対給付からの免責および解除)

(1) 債務者が275条1項から3項により給付を必要としないときには、反対給付請求権は、消滅する；一部給付の場合には、441条3項を準用する。第1文は、債務者が、契約に適合しない給付の場合に、275条1項から3項にもとづき追完を要しないときには、適用しない。

(2) 債務者が275条1項から3項によって給付を必要としない状況に

58) Absb., S. 170. これによって、後注59)にもあるような債権者の共同過失 (Mitverantwortung des Gläubigers) に関する旧法上の問題の解決をも意図している。すなわち、双方当事者に帰責事由がある場合には、債権者の反対給付義務を過失相殺するのか、債務者の損害賠償義務を出発点として、これに過失相殺するかといった問題である。

後者の場合に、損害賠償請求権が過失相殺されるのは当然として、前者の場合、すなわち、債権者の責に帰すべき事由による障害にさいし、債務者が反対給付を請求し、そのさいに同人にも過失がある場合にも、やはり過失相殺の問題を生じる (= 【I】 288頁、307頁、350頁参照)。

59) Absb., S. 170. この場合には、債務者は、債権者の共同過失を理由として、草案280条による損害賠償を請求することができる。しかし、債権者の義務違反は、債務者による給付が可能であり、給付がなされることを前提とする。なお、これについては、別稿をも参照 (すなわち、旧法のもとでも、不能と受領滞滞の同時存在の問題があり、これを回避する手段が領域説であった。【研究】 181頁参照)。

もっとも、営業障害、ひいては受領不能の問題は、現代化法の対象ではなく、領域説がとられたわけでもない。



ついて、債権者のみにあるいは主として債権者に帰責事由がある場合、もしくはこれが、債権者が受領遅滞に陥った間に債務者の責に帰することのできない事由で発生した場合には、債務者は、反対給付請求権を有する。ただし、債務者は、給付を免れることによって節約したものあるいは労力を他に使うことによって取得したのもしくは悪意で取得しなかったものを清算しなければならない。

(3) 債権者は、285条により、債務の目的に代えて受領した代償の返還あるいは代償請求権の譲渡を請求する場合には、反対給付の義務をおう。ただし、反対給付は、代償あるいは代償請求権の価値が負担した給付の価値を下回るときにかぎり、441条3項に従って減額される。

(4) 本条に従うと義務のない反対給付をする義務をした場合には、給付したものを、346条から348条により返還請求することができる。

(5) 債務者が275条1項から3項により給付する必要がない場合には、債権者は、解除することができる。解除には、期間の設定を要することなく323条を準用する。

(2) 以下、326条をやや詳述すると、つぎようになる。

326条1項は、反対給付の請求権の消滅を定めている。1項1文前段によれば、債務者が275条1項から3項により、給付する必要がなくなったときには、反対給付の請求権は消滅する。前述のように、91年草案と討議草案は、これに相当する規定を予定せず、323条の一般的な問題の一部ととらえた。旧323条1項1文前段に相当する反対給付請求権の当然消滅は、固有の給付障害の事例として不能の復活したことに対応して再度導入されたのである。債権者が不能によって他の選択をしえない場合には、契約に固執しえず、債権者の解除権は意味がないからである<sup>60)</sup>。

1項1文前段による反対給付義務の消滅は、債務者の給付義務が、275条1項から3項により消滅したかあるいは不要であることを前提とする。給付の障害が、契約締結時に存在していたか、のちに生じたかは重要でない。債務者の帰責事由

60) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 492; Palandt, § 326 (S. 532 f.).

も必要ない。しかし、275条2項と3項の場合には、給付の困難により債務者に帰属した抗弁を事実上でも提起することが必要である。これは、「給付することを要しない」との文言からも明らかである。債務者が、抗弁を提起しない場合には、同人は給付義務をおり、反対給付義務も存続する。これは、275条の基礎となっており、275条2項、3項の場合にも、負担する債務の給付の可能性は、債務者の判断にまかせるとの考慮によっている。

1項1文は、給付の障害が給付の一部にとどまるかぎり、一部不能の場合にも適用され、債権者は、これに対応して部分的に反対給付を免責される。1項1文は、この場合を、売買における減額と同じに扱っている。そして、債権者は、1項1文により部分的に反対給付から免責される範囲につき、441条3項の厳格な算定の規定によるとしている。これは、旧323条1項後段に相当する。政府草案1項2文後段においては、債権者が一部不能の場合に、履行された一部給付に利益がない場合には、全契約を解除できると規定していた。この規定は、立法のプロセスで削除された。もっとも、5項と323条4項1文から、同様の解除権は生じうる。

1項2文は、回復できない不完全履行または質的不能の場合を規定している。そこでは、債務者は、275条1項から3項により追完をする必要がない。回復できない不完全履行が1項1文の「一部不能」でないことが明示された。1項1文は、自動的に、法定の効果と反対給付を部分的に減額するからである。その他の場合には、「法定の効果としての減額」は、なしえない。

(3) 2項は、反対給付請求権の消滅の例外を定めている。2項は、旧324条の修正であり、その1文は、1項1文による反対給付請求権の消滅の2つの例外を定めている。すなわち、給付義務の消滅に対する債権者の帰責事由と、受領遅滞である。2項2文(損益相殺)は、旧324条1項2文をそのままうけ、旧324条の2つの場合をカバーしている。

旧324条1項1文が、債権者が不能に帰責事由があることを問題としていたのに対し、2項1文前段は、債務者が275条1項から3項によると給付をする必要がない事由によって、債権者がもつばらあるいは主として責任があるときには、反対給付の請求権が債務者にあるとする。「主として責任がある」ことにより、

債権者の共同過失が包含されている。254条によれば、債務者に対する債権者の損害賠償請求権も消滅する。補助者の過失は、従来と同じく、278条により債権者に帰する<sup>61)</sup>。

債権者が具体的な場合に何に責任をおうかは、2項1文前段の構成からは明確ではない。旧324条1項に関する判例と学説による。旧324条1項と同じく、2項1文前段は、危険領域によって責任を割り当てる方法にはよっていない。また、まれであるが、双方に責ある不能に関しても、債務法改正は、変更を加えていない。この場合は、従来法の議論が参考となる。

旧324条2項と同じく、債務者は、1項2文後段に従い、債務者が275条1項から3項により給付する必要がある状況が債権者の受領遅滞の間に生じたとき（受領遅滞中の不能）にも、反対給付の請求権を保持する。もっとも、これは、債務者がこの状況に責がない場合にだけいえる。つまり、債務者にも有责があれば、受領遅滞中の不能でも、つねに債権者の責任となるわけではない。そして、債権者の受領遅滞の間でも、債務者は、故意または重過失には責任をおうから（300条1項）、軽過失による不能でのみ、反対給付の請求権は存続するのである（債権者の負担）。

2項の（反対給付請求権の消滅の例外に関する）新規定によって、反対給付請求権が債務者のために存続する場合が、従来旧324条ととくに異なるわけではない。たとえば、446条、447条の場合である。引渡主義のもとで、引渡があれば、解除はできないのは当然である。

(4) 3項は、旧323条2項に相当する。債権者が、285条に従い、代償物（stellvertretendes commodum）を請求したときには、反対給付義務をおう。代償請求権である。従来と同様に、債権者は、代償物を給付の代わりに受領する義務をおうのではなく、選択権を有する。最初の給付よりも小さい代償物をえたときには、反対給付も、441条3項の解除の場合の算定の方法で引き下げられる。従来と同じく、代償物が最初の給付よりも価値が大きい場合には、反対給付の限度については制限がない<sup>62)</sup>。

61) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 493; Palandt, S. 532.

62) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 494; Palandt, S. 533; § 285 (S.384).

(5) 4項は、旧323条3項にあたり、すでに履行した反対給付の返還を定めている。しかし、従来の規定とは異なり、不当利得法ではなく、解除法を参照している(346条—348条)。解除は、挫折した契約による給付の返還を不当利得よりもより厳格に扱っている(これについては、IV3および5参照)。326条の場合に、解除の場合と異なった返還関係を定めることは理にあわない。債務者が不能に責がないときにも同様である。解除は、帰責事由によらない。

また、責のない不能は、債務者の領域で生じた障害を意味していることもある。しかし、解除規定は、債務者が給付義務につき責がない構成につき、必ずしもそれほど精密に形成されていないことがある<sup>63)</sup>。たとえば、労働者が、賃金を先給付として取得し、しかし、自分には労働給付が不能である場合である<sup>64)</sup>。

このような問題は、242条により、または、4項の目的論的な変更により解決される。それは、必然的に、(818条3項の)不当利得法による軽減に類似の結果をもたらすことがある<sup>65)</sup>。

---

63) 労働者が、賃金を先給付として取得し、しかし、自分には帰責事由なくして労働給付が不能となった場合に、先履行したものを全部返せというのは酷であるから、これを減額することはありうる。いわゆる営業障害の場合には、労働者に賃金請求権が発生する。【研究】119頁以下参照。326条は、双方に責のある不能については規定していないとするのが通説である。Vgl. Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499 (S. 511); Palandt, a.a.O. (前注5)), S. 533.

64) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 494. また、たとえば、誤った裁定により年金が給付され、のちにその返還を求める場合にも同様の考慮はありうる。先例では、恩給受給者が国民金融公庫からの借入金の担保に供した恩給につき、国が公庫にその払渡を完了した後に恩給裁定が取り消された場合がある(最判平6・2・8民集48巻2号123頁)。ここで、もはや弁済の効果が覆されることはないと考えても無理からぬ期間が経過した後であるときは、払渡に係る金員の返還を求めることは許されないとされた(また、大判昭8・2・23新聞3531号8頁も恩給の超過払いにつき返還請求を否定)。公法的関係の特質(給付利得が前提とする対等な当事者の関係ではないこと。被告である国民金融公庫は、「恩給受給者に対しては一定の要件の下に恩給担保貸付けをすることが義務付けられている」と期間の経過の効果から、侵害利得とみれば、利得の軽減(703条、下民818条3項)が適用されるが、表見的法律関係があるものとして、給付利得に準じることも可能であり、しかし、その場合でも、信義則の適用は排除されないから、一定の要件があれば返還義務が軽減されることになる。「表見的法律関係」が清算の基礎となるだけの価値を有するかの問題となるが、これは、結局、返還義務の範囲につき利得の軽減を認めるかの問題となる。

65) Canaris, a.a.O. (JZ 2001), S. 499 (S. 509). (Diskussionentwurfに関するものである)。反対給付の返還に軽減が有りうるかは、前注64)参照。

(6) (a) 5項は、債務者に「給付義務のない場合の解除」を規定している。この規定は、立法過程の最後の段階で、326条に採用された。5項は、解除による反対給付の免責を実現するが、かなり異なった種々の問題を対象としている。すなわち、回復できない不完全履行、一部不能、および、債権者が債務者の不給付(不能またはたんなる遅延)の正確な理由を知らないときの、証明の問題でもある。ただし、最後の問題は、規定の構造から帰結されるにすぎない。

5項では、回復しえない不完全履行が問題となる。それは、追完がなく、もはやできない場合である。政府草案の1項3文は、「債務者は、給付が契約に適合したようにできない場合には、323条が、期間の設定を不要とする方法で準用される」とした。これによって、一方では、反対給付の自動的・割合的な引下げによる減額が排除され、形成(解除)の表示が必要となる。他方では、必要な形成の表示(解除または減額)は、期間の設定を必要としないことが明らかにされている。不能では、追完は意味がないからである。そして、326条の考えを明確にするために、5項の規定が新設されたのである。他方で、1項2文では、補充的に、契約不適合な給付において追完が不要な場合には、法定の効力によって反対給付が消滅すること(当然減額)は適用されないことが明示された<sup>66)</sup>。

5項の改正において、不完全給付との言語上の関係は放棄され、明示されていない。そして、すべての不能をカバーする構成が選択されたのである。回復できない不完全給付の場合について、債権者が解除「できる」とされるのは、1項1文により反対給付請求権が当然に消滅する場合もあるからである。もっとも、当然消滅ではない1項2文の場合には、同人が不完全給付と追完の不能の結果を回避しようとするならば、形成の表示をし「なければならぬ」。詳述すると、①解除のみが述べられているが、②減額の可能性が、5項2文による437条との結合から推論される。実質的にも、債権者は、解除でき減額もできる。③減額と解除は、5項2文により期間の設定を前提としない。明らかに意味がないからである。323条を参照すると、義務違反が些細な場合には、契約の解除が、323条5項2文により排除されていることも推論される。

66) 1項2文は、当然消滅しない場合に、解除を認めており、ただし、期間設定は行わないのである。

(b) 326条5項が一般的な形式をとっていることから、この規定は、一部不能にも関係づけられる。一部不能に関する1項1文後段は、反対給付義務の部分的な消滅のみを述べている。政府草案の326条1項2文のルール、すなわち、債務者は、履行された給付に利益がないときには、全契約を解除できるとのことは、代替規定なしに削除された。しかし、だからといって、債務者が給付義務から部分的に免責されたことから、全給付につき利益がなくなり、債権者が解除できる場合があることを否定するものではない<sup>67)</sup>。

5項は、その文言上、債務者が275条1から3項により給付しないでもいい場合のすべてをカバーしている。それは、また、債務者の反対給付への請求権が法の効果により消滅する1項1文の通常の場合にも適用される。つまり、債務者が給付せず反対給付が当然に消滅する場合と当然には消滅しない場合である。この独自の配置は、債権者が債務者の不給付の正確な理由を知らない場合には、意味がある。債権者が、323条1項により相当の期間を設定したら、同人は、不給付が不能によっていても、期間経過後解除できる。給付の可能性が不確実であっても、契約の解消の事由が323条1項によるか326条5項によるかを明確にしないでおくこと (offen) を、実務上可能にするのである<sup>68)</sup>。

債務者が、275条を援用したら、給付に利益のない債権者は、反対給付を1項1文により拒絶しうるし、自分が275条の要件が満たされないとすることも同様である。債務者が、給付のないことにつき理由を述べなくても、債権者は、281条、323条により損害賠償や解除を主張できる<sup>69)</sup>。2項の価値判断は、その他の

---

67) 政府草案は、相当の固有のルールを必要とみなしていた。なぜなら、323条5項1文は、(一部)給付の可能性を前提とし、5項2文は、些細な義務違反の場合に323条1項の準用の可能性を否定しているからである。しかし、債権者の解除の可能性は、323条5項1文自体によっても判断されうる。解除の可能性の適用範囲は、434条3項が、323条5項の扱いにどのような影響をするかにかかっている。Vgl. BT-Drucks 14/6040, 188.

68) Vgl. Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 495. この議論に実質的に意味があるかには、疑いもある。すなわち、債権者は、期限のきた給付の不履行の場合に、281条によることもできるからである。もっとも、少なくとも契約の解消の次元においては、解除と取消の二重効の場合と同様に、概念法学的に、すでに不能だと解除はできない、という選択肢もないわけではない。小野「二重効」【現代化】120頁以下所収参照。

69) BT-Drucks 14/6040, § 281.

補充的な解除権についても意味がある。また、特殊な危険移転事由である445条、446条、474条2項の場合には、債務者の反対給付の請求は、解除によって損なわれない。

## 5 売買の危険負担との関係

(1) さらに、91年草案には、売買の危険負担に関する規定があり(446条)、引渡主義をとる旨を定めているが、これについては、立ち入らない。現代化法も、同じ規定を有する(446条)。

売買法の修正には重要なものがあるが、項目をあげるにとどめる。

(a) 登記による危険移転の構成は、廃止された(旧446条2項)。旧法は、所有権の移転によっても危険が移転するという所有者主義との妥協として、これを採用したのである(いわゆる譲渡移転説, Entäußerungstheorie)。そこで、これを廃止することは、引渡主義の純粹化に資することになる。旧法のもとで残されていた普通法的解決との妥協が削除されたのである<sup>70)</sup>。

(b) 送付売買の危険負担(旧447条)は、91年草案では、廃止された。引渡主義の徹底化から、民事の取引では不要とされたのである。また、消費者取引の場合の売主負担を明示するためである。

(2) 現代化法も、売買の危険移転の基準時をもっぱら占有によらしめている(446条)。しかし、送付売買の危険負担は、遠隔地取引においては意義を有するものであり、近時の国際的統一法や統一商法典にも類似の規定がみられる。これと沿革的理由から、現代化法では復活させられたのである(447条<sup>71)</sup>)。

(3) (a) 現代化法では、売買法における統一的な概念規定のために、EUの消費者指令を契機とする新规定の人的な適用範囲がすべての売買契約に拡大された。

70) パンデクテン法学における譲渡移転説については、【研究】330頁参照。このような所有権的構成が除かれ、引渡主義が純化されたことによって、旧法のなかに残されたローマ法的解決と「ゲルマン法」的解決との対立も除去され、危険負担の基準が占有にあることが明らかにされたのである。【II】396頁(第4部1篇3章(2)(ウ)(b))参照。

本文について、一般的に、vgl. Absb., S. 234 (VI). 現代化法については、Palandt, § 446 (S. 646 f.) § 447 (S. 647 f.).

71) Vgl. Absb., S. 234 f. (VI). 【II】397頁(第4部1篇の第3章(2)(ウ)(c))参照

そこで、新規定は、原則として、企業間、消費者間とともに、売主が消費者であり、買主が企業である場合にも適用される。また、不動産も対象となる。

民法典は、消費者、事業者の概念を入れた（13条、14条。Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 G v. 27. 6. 2000 / 897 mVv 30. 6. 2000 による）。現代化法以前の改正である。この時点で、従来、形式的平等を旨とした民法典の構造は、実質的地位を反映したものに転換したと位置づけられる<sup>72)</sup>。さらに、現代化法は、多数の消費者保護法規を民法典に組み込むことによって、このような民法典の性格の変化を決定づけたのである。

(b) 物の瑕疵は、消費者指令2条により、新たに定義された（434条）。結果としては、従来の実務的な主観的瑕疵概念とそれほど大きな違いはない。しかし、物の瑕疵は、原則として、買主が広告中の売主または製造者の意見から期待する性質の瑕疵があるときにも存在する（434条1項2文）。また、物の瑕疵は、売主による物の組立（Zusammenbau）に瑕疵がある場合や、組立の指示の誤りによって、買主が瑕疵のある組立をしたときにも生じる（434条2項、いわゆる Ikea 条項）。従来、これらの要件は、おもに付随義務によっており、効果は、積極的契約侵害によっていた。こうして、実質的に、物の瑕疵と同視されていたのである。物に瑕疵があると、買主は、まず追完を、そして、その選択によって修補または追引渡を請求できる（437条、439条）。ただし、不当に大きなコストがかかる場合には、売主は、買主が選択した方法である追完を拒否することができる（439条2項）。買主の追完請求権は、指令では予定されていないが、売主の「第2の提供 zweite Andienung」権に相当する。買主は、そのあと減額請求し（441条）、437条、323条により契約を解除し（従来は瑕疵担保解除、現在は一般の解除）、あるいは 437条、280条、281条により給付に代わる損害賠償（従来は不履行による損害賠償）を請求できる。ただし、売主には、契約上の義務を相当な期間内になしうる機会を付与する必要がある。従来の即時の瑕疵担保解除や減額請求はなくなった。買主の地位は、そのかぎりでは、引き下げられたのである。

---

72) これにつき、Ono, *Das Japanische Recht und der Code Civil als Modell der Rechtsvergleichung*, *Hitotsubashi Journal Law & Politics*, Vol. 34 (2006). に詳述の予定である。また、13条、14条については、Jauernig, a.a.O. (前注5)), S. 4 ff.



物と権利の瑕疵の効果は、形式的には統一された(437条、434条以下)。もっとも、両者の瑕疵によって事情が異なる場合が残されていることから、統一の効果は必ずしも完全ではない(438条1項1号—3号)。

従来の特定物と種類物の間の区別はなくなった。さらに、限界問題をさけるために、別物の交付(aliud-Lieferung)と過少給付(Zuweniglieferung)も、物の瑕疵と同視された(434条3項)<sup>73)</sup>。従来、瑕疵としてはまったく問題にならなかった「同一性のない別物」(Identitätsaliud)も、瑕疵の概念に包含されたのである。たとえば、給付義務の目的であるカナリアの代わりに、インコを交付したときには、このインコは、法技術的には、瑕疵のあるカナリアと扱われる。これは、従来の限界づけの問題を避けるのに役立つのである(たとえば、白ネコの代わりに黒ネコを給付した場合と、ネコの代わりにイヌを給付した場合)。

(c) 消費売買指令の内容が通常の売買法一般に関することから、企業と消費者間(13条、14条)の消費物の売買について、あまり特則を要しないこととなった(474条以下)。たとえば、強行的効果(475条)である。とくに中古品の売買において、すべての担保責任を排除することは、許されない<sup>74)</sup>。

売買法の統一性の保持の必要性から、人的な適用領域において、とくに私法的な形成の自由が相対化される。売買法は、原則として任意であるが、消費売買指令の範囲では、個々の契約につき、当然に強行的になる(475条)。その限りで、AGBの内容コントロールと、310条2項(電気、ガスなどの供給契約における約款制限の例外)は意味を失う。同時に、新规定では、体系的に強行的な消費者法が一般的となるのである。そこで、企業の取引では、従来以上に、AGBに対するコントロールの強化を考慮する必要が生じる。一般私人の売買にも影響が生じる。売主は、もはや当然には、法が両当事者の利益を考慮した規定を準備していると期待するのではなく、責任の排除に関して、より多くの場合にみずから考慮する必要がある<sup>75)</sup>。

73) 従来は、これらは債務不履行となった場合である。

74) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 24. なお、実務的には、保証に類似した立証責任の転換(476条)の問題がある。物は、6カ月以内に物の瑕疵が生じたときには、危険移転時に瑕疵を有したものと推定される。

## IV 清算関係

### 1 はじめに

(1) 清算関係における危険負担についても、91年草案の行った修正は大きい<sup>76)</sup>。これは、1981年のドイツ債務法改定鑑定意見とも、部分的にかなり異なる内容を含むものであった。そして、91年草案は多方面にわたる契約法の再構成を行っており、広義の危険負担や給付障害に関するものだけでもかなりの量に達した(旧323条の全面改定—解除権の転用の理論。旧324条—債権者の責に帰すべき事由による障害。旧346条の修正—清算関係における危険負担。旧350条—353条の削除。旧446条の修正—売買の危険負担の修正。旧447条の削除—送付売買の危険負担の特則の廃止。旧641条・647条の修正—請負の危険負担など)。

かねて前稿(【II】第1部3篇)では、とくにこの債務法改定草案との係わりで、清算関係における危険負担を検討した。改定草案やその理由書においては、わが法と共通するもののほか、ドイツ法に特有の問題も扱われており、従来のドイツ法の発展やそれとの係わりを簡潔に示すことも意味があったからである。また、1981年の債務法改定鑑定意見、その基礎となったウィーン統一売買法の方法に疑問を提示する部分もみられた。

(2) 以下では、その作業の補完として、債務法現代化法の成立までのプロセスを検討する。それというのも、すでに施行された現代化法には、この4年の間に、

---

75) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 25. 現代化法における売買については、一般に、半田・前掲書239頁以下参照。

76) Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992. 債務法改定草案のうち、その346条に関連するものはここ(IV)で扱い、323条に関連するものはII, IIIの1から2で、また324条、446条、447条に関連するものはIIIの3、5で、おもに扱う。

なお、その後の注目すべき理論としては、1995年に公表されたランドー委員会の報告書、Lando, *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies* (prepared by the Commission on European Contract Law); Part I & II, 1997 や1994年の私法の統一のための国際委員会の報告書、UNIDROIT (International Institut for the Unification of Private Law) *Principles of International Commercial Contracts*, by Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 1994. などがまとまったものであり、近時、諸外国ではこれらに関する論稿も多い。なお、前述III 1前注24)および【II】408頁(第4部2篇4注14)参照。

より新たな課題も生じており、それらは独立して検討する内容をもつからである<sup>77)</sup>。しかし、いわば取り残された日本法にとっては、新たな技術的な解釈よりも、むしろ現代化法の成立過程（根幹部分）にこそ傾聴すべき議論が残されている。

また、清算関係の分野では、給付障害規定において、不能が復活したような大きな揺り戻しは起こらず、91年草案と現代化法の間の同一性が高いことが注目される必要がある。すなわち、中心的な議論は、91年草案の段階で出尽くしていたのである。

## 2 古い体系の問題点

(1) (a) 91年草案では、おもに草案346条において、同条は、従来から不明であった4つの問題を解決した。

(i) 第1は、解除法に関する規定を、約定解除の場合と当事者の義務違反による法定解除の場合によって、別個に定めるかどうかである。

(ii) 第2は、契約締結前の状態を回復する解除の目的が達成できない場合、たとえば、受領した物が毀滅した場合に、受領した物の返還不能は、解除権に影響を与えるかである。そこで、解除権が滅失するか存続するかについて、返還の不能の原因によって異なった考慮をするかが問題である。異なった考慮をするとするなら、解除権の滅失と存続の場合で、どこに線を引くかが問題となる。

(iii) 第3に、受領した物を返還しえない返還債務者が、損害または価値の賠償をするべき要件が問題である。解除権が消滅するなら、損害賠償や価値の賠償はいらぬ。しかし、解除権が消滅しない場合には、解除の相手方のもとで返還不能になったときに（売主が解除権者のとき）、さらに、解除権者のもとで不能になったときにも（買主が解除権者のとき）、それに対する解決が必要である。

(iv) 第4に、解除権の滅失、損害賠償、価値賠償は、危険負担と関係している。返還の障害は、偶然の毀滅が、旧法446条または旧644条に従って、危険が返還債務者、たとえば買主や注文者に移転したあとで問題となる。この危険移転

77) Vgl. Lorenz, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1889.

は、解除の場合にもなお意義をもつのか。それとも、危険は、また相手方、たとえば売主や請負人に戻るのか、に関するものである<sup>78)</sup>。

(b) このうち、第1、第3の問題は、おもにドイツ法に固有の問題における特殊な規定、おもに沿革にもとづく制約、あるいは準用の不備の克服の問題で、当然にはわが法に意味があるわけではないが、第2、第4の問題とも係わっており、理論的には前提となる問題を含んでいる。

(2) 債務法現代化法は、基本的に、91年草案によって修正されたものを出発点としている。すなわち、伝統的なドイツ法理論を意図的に修正している。そして、その後の立法のプロセスでは、伝統的な法体系との妥協のために、全体的にはかなりの修正が行われたが、この部分の修正は、比較的小さい<sup>79)</sup>。

### 3 約定解除と法定解除

(1) (a) 第1の問題について、旧法は、約定解除と法定解除を区別し、旧346条から旧359条の解除の効果に関する規定は、約定解除の規定によって占められていた。法定解除と瑕疵担保解除については、たんに約定解除の規定が準用されていたにとどまる(旧327条、旧636条、旧467条、旧634条4項)。

解除の効果の中心は、旧346条の原状回復義務である。もともと、旧327条2文と旧467条によって、これは修正されていた。すなわち、前者により、解除による返還のさいには、解除事由につき帰責事由がなければ、不当利得法に従ってのみ償還すればたりるのである。また、物の加工または改造は解除権を消滅させるはずであるが(旧352条)、後者により、物の瑕疵が加工のさいにはじめて現れたときには、瑕疵担保解除権は消滅せず、また、買主に契約費用の賠償請求権が認められたのである。そして、判例は、解除権の発生が法によって定められている場合には、旧346条以下によらずに、原則として不当利得法によって清算しようとしたのである<sup>80)</sup>。

ここで問題となるのは、約定解除の清算が原状回復によるのに対して(旧346

---

78) Absb., § 346 BGB-KE, S. 174 ff., S. 175 (I 1-4).

79) 現代化法における解除については、Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 502 ff. (Hager); Palandt, § 346 (S. 551 ff.). 半田・前掲書223頁以下参照。

条)、法定解除の清算が不当利得法によって行われるという、そのアンバランスにある(旧327条2文)。したがって、問題の中心は、かねて判例によって展開された旧327条2文の拡大(不当利得法の適用)を、いかに制限するかにあり、日本法とは状況が異なる。わが民法545条は、もともと法定解除に関して、不当利得法とは異なった原状回復義務を定めているからである。もっとも、そのさいに検討された清算関係の双務性の理論には、わが法上も意義がないとはいえない。

(b) 従来から、この旧327条2文の法定解除の規定の意義と射程には、問題があるとされてきた。それによって、返還債務者は、利得の喪失(Wegfall der Bereicherung, ド民818条3項、日民703条相当)を主張することが可能となるからである。たしかに、解除について帰責事由がなければ、解除の相手方にとっても同様な有利な結果(返還義務の減少)が生じることになる。しかし、じっさいには、旧325条、旧326条の法定解除(帰責事由を要件とする)の場合には、解除の相手方には解除事由についてつねに帰責事由があるから(旧法上の要件)、この有利な結果ということはありません。それには意味がない<sup>81)</sup>。そして、旧347条によれば、解除の場合には、毀損、滅失またはその他の事由による返還不能による損害賠償請求権は、給付の受領後には、987条以下の、訴訟係属後の所有者・占有者の関係による返還義務の規定によるとされる。

そこで、返還債務者である解除権者(とくに買主)は、利得の喪失を主張できるが、他方、解除の相手方は、厳格な返還を義務づけられる。そうすると、清算の関係では、返還債権者(とくに売主)のみが返還を義務づけられることになり、不公平となるのである。

従来の判例は、旧327条2文を文言どおりに〔しかし拡張された意味で〕解す

80) Absb., S. 176 II 1; vgl. 1923. 10. 29 に関するものとして、RGZ 116, 377, 379; § 20 UmstG. に関して、BGHZ 6, 227, 230.

古い通説によると、解除によって契約関係はすべて消滅し法定の債務関係が生じる(したがって、不当利得法によって清算される。わが国の間接効果説に相当)とされたが、このような見解は(RGZ 61, 128, 132; 136, 33; Planck, 1 / 2. Aufl., 1900, Anm. 2 a vor § 346)、すでに克服され、今日では、解除によって契約が清算の関係に変更し、契約の基礎の上で清算がなされることに異論はない(S. 177-178 (III))。

81) Absb., S. 178 (III 1). 例外的に、636条の場合のみ、解除の相手方は解除事由につき帰責事由のない場合がありうる。後注82)参照。

る。すなわち、同条2項は、解除に帰責事由のない者は〔文言では、「解除が相手方の責に帰すべき事由なしにされたときには、その者」、すなわち、解除の相手方のみをさし、解除権者の利得の喪失は必ずしも予定されていないが、これを含めて考えるのである〕、不当利得法によってのみ責任をおうとの一般的考えかたを示していることによる。これは、瑕疵担保解除の場合にも同様とされる。そして、上の結論を肯定する。もっとも、厳格な責任が、819条〔悪意者の厳格な返還義務〕と異なり、「知ったとき」からではなく、「知りうべきとき」にも拡大されると主張されることもある<sup>82)</sup>。

反対説は、Glaß (Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, 1959) および Leser (Der Rücktritt vom Vertrag, 1975) の主張に従って、制限解釈を主張した。すなわち、旧327条2文は、第2草案279条2文に由来し、その制定過程の議論によれば、解除の相手方にも適用されるのである。それは、普通法のもとでは規定にはならなかった定期行為の解除のために起草されたものであり、債務者が、定期行為にさいし給付の遅滞につき帰責事由がない場合に関するものである。この制定過程に照らすと、同条2文を解除権者に適用することは否定される、とするのである<sup>83)</sup>。すなわち、双方が返還義務を負担するというのである。

(c) 比較法的には、法定解除と瑕疵担保解除を解除法の中心として規定する場合のほうが多く、ドイツ民法典のように、約定解除を中心に規定し、これを法

---

82) Absb., S. 178 (1 a). すなわち、解除権を考慮しなければならない時点からである。この解釈のもとでは、この時点から以後に関してのみではあるが、327条2文の責任の軽減の適用は、解除権者についても制限されるから、両当事者がともに厳格な返還を義務づけられ、不公平は生じないことになるのである。

83) Absb., S. 178 (1 b). 改定案の理由書は、327条2文を「文字どおり」解すると、双方当事者に適用があるとするが、文字通りには、「解除が相手方の責に帰すべき事由なしにされたとき」に、「その者」〔相手方〕が不当利得法によって責任をおう、というのであるから、不当利得法を援用しうるのは、当然解除の相手方であり、解除権者は含まれない。したがって、反対説のほう文言には忠実のように思われるが、むしろ判例理論が文字解釈と位置づけられるのは、不当利得法の(当事者双方への)一般的適用が前提とされていることを示すものである。伝統的なドイツの議論には、しばしば非常に概念的な部分がみられるが(文言以上に、一般的に不当利得法を適用するべしという概念のほうを優先する)、これもその一例である。

すなわち、その旧法の判例によれば、327条2文の適用は、解除権者を含み、法定解除の清算には、広く不当利得法が用いられるのである(前注80)参照)。

定解除に準用する例は、むしろまれである<sup>84)</sup>。そこで、1980年のフーバーの鑑定意見では、旧327条2文を削除し、また約定解除の規定を法定解除に準用するとの形式も否定された<sup>85)</sup>。

(d) 91年草案は、第1に、法定解除に関しても、解除の効果に関する草案346条が直接に適用されるとした。旧法では、準用にとどまることである。第2に、解釈上争いのあった利用(Nutzungen)の返還義務を定めた。これは、旧法では、347条2文、987条1項による。解除は、契約による第1次的な給付義務を消滅させるからである<sup>86)</sup>。

問題のある旧327条2文は、削除された。解除権者のみがつねに、不当利得法によってのみ責任をおう〔返還の軽減をうけることができる〕のは、不当と考えられたからである。代わりに、編集委員会は、346条3項3号による保護を〔目的物が解除権者のもとで毀滅しても返還義務につき価額賠償義務をおわない場合〕、解除権者のためにおいたのである<sup>87)</sup>。

(2) 現代化法も、旧法を修正し、法定解除と約定解除を統合した体系を採用した(346条1項)。そこで、その効果も、不当利得ではなく、受領した給付の返還とされた。原状回復であることが明示されたのである。解除によって、債務関係は、返還関係(Rückgewährschuldverhältnis)に転換するからである<sup>88)</sup>。

以下は、現代化法による新条文である。この部分は、91年草案との相違は、と

84) Absb., S. 181 (IV 1).

85) Absb., S. 182 (I 1). vgl. Gutachten, S. 678, S. 845. また、Wiedemann は、Soergel コメントールにおいて、法定解除を、約定解除とはべつに体系的に新たに規定する債務法の改正が必要とした(Absb., ib.)。

86) Absb., S. 183 (VI 1 a). しかし、解除による免責の効果は、草案でも明文で述べられていない(S. 184 (VI 2 a (1))). なお、旧法では(346条)、解除による免責の効果も明文では規定されていない(S. 177 (III)). もっとも、解除によって契約がすべて消滅するのではなく(直接効果説)、清算の関係に変更されるとのことは一致がある(間接効果説)。

87) Absb., S. 184 (VI 2 a (2)). 草案346条2項によれば、目的物が毀滅した場合には、返還債務者=解除権者(たとえば買主)は、価値賠償の義務をおう。しかし、目的物の毀滅が、解除権者のもとで生じ法定解除権が行使される場合には、同人は、価値賠償の義務もおわないのである。解除の規範的適用が必要な場合には、その効果はこれによって(またこの場合にのみ)直接に与えられ、一般的な返還義務の軽減による必要はないからである。

88) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 502 ff., S. 505 (Hager).

りわけ小さいので、[ ]で示す。したがって、前稿と本稿の違いも、ごく小さなものにすぎないことをあらかじめ指摘しておきたい。

なお、346条には、現代化法の発効（2002年1月1日）後、2002年7月23日改正法によって、2項2文後段が追加された（以下の下線部分。geänd. mWv 2002. 8. 1 durch G. v. 2002. 7. 23, BGBl. I, S. 2850）。これによれば、利用利益の価値賠償が行われる場合に、損害がより小さいと主張することが可能である。そこで、価値賠償をするべき場合で、約定利率が市場の通常利率よりも高いときには、債務者の賠償義務は、利用できないことの立証により、市場の通常利率に縮減することができる<sup>89)</sup>。

#### 346条（解除の効果）

(1) 契約当事者の一方が契約上解除権を留保し、または法定解除権を有し、契約を解除する場合には、受領した給付を返還しかつ取得した利益をも引渡さなければならない。〔91年草案と同一である〕

(2) 以下の場合には、債務者は、返還または引渡に代えて〔91年草案には、「または引渡，oder Herausgabe」がなかった〕価値を給付しなければならない。

1 取得したものの性質上その返還または引渡をすることができない場合

2 債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、負担をおい、加工しまたは改造した場合

3 受領した目的物が毀損または滅失した場合。ただし、用法にそくした使用によって生じた毀損〔durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandene Abnutzung → durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung〕は考慮されない。〔ほぼ文言の修正といえよう〕

契約において反対給付を定めていた場合には、価値賠償（Werter-

---

89) Palandt (Heinrichs), § 346 Nr. 10 (S. 552).



satz) の算定にあたり、これによる。〔91年草案では、価値賠償に代えて、ただちに反対給付によった〕 消費貸借の利用利益 (Gebrauchsvorteil) のために価値賠償を給付する場合には、利用利益の価値がより小さいことが立証されることができ (2002年7月23日改正法により附加)。

(3) 以下の場合には、価額賠償の義務は、消滅する。

1 解除を基礎づける瑕疵が目的物の加工または改造にさいしてはじめて明らかになった場合

2 毀損または滅失につき債権者に帰責事由があり、または損害が同人のもとでも同様に発生したであろうと考えられる場合

3 法定解除権の場合に、解除権者が自己の事務につき通常用いるのと同じの注意を払ったにもかかわらず、毀損または滅失が同人のもとで発生した場合

その余の利益は、返還しなければならない。〔3項は同一である〕

(4) 債権者は、1項の義務違反〔返還しないこと〕を理由として、280条から283条までに従って損害賠償を請求することができる。〔4項も同一である〕

347条 (解除による収益および費用)〔347条は、91年草案と同一である〕

(1) 債務者は、通常の経済性の法則に反して (entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft)、収益をえることができたのにしなかった場合には、債権者に対して価額を賠償する義務をおう。法定解除権の場合には、解除権者は、収益に関して、自己の事務につき用いるのと同じの注意義務をおう。

(2) 債務者が目的物を返還し、価額賠償を給付し、またはその価額賠償義務が346条3項1号または2号によって排除される場合には、同人には、必要な費用 (notwendige Verwendungen) が賠償されなければならない。債権者がこれによって利益をうけるかぎり、他の費用も賠償さ

れなければならない。

つぎの348条は、解除から生じる義務の同時履行 (Zug um Zug) の関係を定めている。日本の546条に相当する (省略)。変更はなく、旧法と同一である。

#### 4 受領した物の毀滅と解除権の存否

(1) (a) 第2の問題は、わが法とも比較的共通した問題である。旧法350条は、解除権者が受領した物が偶然によって滅失した場合には、解除権は消滅しないとした (日民548条2項相当)。他方、旧351条では、解除権者が受領した物の返還不能につき帰責事由がある場合には、解除権は消滅するとした。受領した物の加工、譲渡、負担の設定などに関する旧352条、旧353条の場合でも、同様である (日民548条1項相当)。また、瑕疵担保解除では、瑕疵が加工のさいにはじめて現れた場合には、解除権は消滅しない (旧467条)。

なお、近時では、おもに消費者保護の見地から、これと異なる規定がみられる。旧消費者信用法7条4項、旧訪問販売法3条1項2文、UWG [不正競争防止法] 13a条によれば、解除権は、受領した物の返還の不能が、解除権者の帰責事由による場合でも存続する。その場合には、解除権者は、価値賠償の義務を負担するのである<sup>90)</sup>。ちなみに、これらの特別法上の規定およびその趣旨は、原則として現代化法において民法典に組み込まれた<sup>91)</sup>。

(b) 解除権者から返還されるべき物の滅失が解除権に影響するかという問題については、すでに原民法典の制定にさいしてから問題であった。ALR [プロイセン一般ラント法典] は、買主の瑕疵担保解除を、受領した物を返還する場合にのみ認めた (1部5章327条、328条)。しかし、普通法は、解除権を認めた。後者では、返還の不能が偶然による場合に、買主は、価値賠償なしに代金の返還を請求しえたのである。また、買主に、返還の不能につき帰責事由がある場合には、価値賠償と同時にのみ代金の返還請求が認められた。そして、1900年の民法典

90) Absb. (Abschlussbericht, 前注7), S. 176 (II 2 a-c).

91) 消費者保護法規の民法典への組み込みについては、小野「司法の現代化とドイツ私法の改革」法の支配132号38頁参照。

(旧法)も、この中間の解決(部分的にのみ解除権が消滅する)を求めたのである<sup>92)</sup>。

旧法は、350条の場合に、解除権を肯定し、351条ないし353条の場合に否定したが、これは、2つの観点から批判されている。

第1に、旧法は、法政策的に誤っていることである。たとえば、旧350条のもっとも重要な適用領域である売買において、危険は、446条によって買主に移転する。この危険移転の構成を、解除の場合に修正する理由はない。危険の売主への転嫁は、目的物の毀滅が、瑕疵によるかあるいは売主の責に帰すべき事由による場合にのみ正当といえる。

第2に、旧351条の過失の概念が、法定解除の場合に適合しないことも批判される。解除権の発生を知るまで、解除権者は、所有権者として目的物を自由に扱うことができる(903条)。そこで、物の毀滅のさいに、解除権者の「過失」はありえないのである<sup>93)</sup>。

しかし、判例と一部の学説は、なお、偶然の危険は、解除の相手方に転嫁されるとする。これは、旧351条の過失概念を、法定解除の場合には、たんに自己の事務処理における不注意(Unachtsamkeit)ととらえ、この意味で過失がある場合にのみ解除権が消滅とするのである〔「過失」なくして解除権は消滅しない、とする〕。

他の見解は、旧350条の適用範囲をより限定しようとする。すなわち、Wolf, AcP 153 (1954), 120ff. と、Leser, S. 213ff. は、旧323条を準用しようとした。物の滅失によって、解除の相手方の請求権が消滅すれば、解除権者も、返還請求権を失うというのである。Schwenn, AcP 152 (1952/53), 138, 153ff. は、物が解除の相手方のもとでも滅失しうべき場合にのみ、350条の適用を認める。Honsell, MDR 1970, 717, 719; Wieling, JuS 1973, 397, 399 は、滅失が物の瑕疵によるか、解除の相手方の責に帰すべき事由がある場合にのみ、旧350条の適用を認めようとするのである<sup>94)</sup>。すなわち、これらの見解は、解除権が存続して返還債権者に危険を転嫁しうるのは、同人が目的物を占有しているか、その責に帰すべき事由

92) Absb., S. 179 (III 2). 普通法における状況については、別稿＝【II】第2篇参照。

93) Absb., S. 179 (III 2 a). Leser, Wolf, Caemmerer, Larenz など、近時の多数説である。

がある滅失の場合に限定するのである。

さらに、旧350条の適用領域は、旧351条の過失概念の拡大によっても、制限される。すなわち、Caemmerer, „Mortuus redhibetur“, Fest. f. Larenz, 1973, S. 621 ff., S. 627; Larenz, SchuldR I, §26 b によれば、滅失が、解除権者の責に帰すべき危険の拡大行為 (auf einem zurechenbar risikoerhöhenden Verhalten) による場合にも、旧351条が適用されるのである。また、Wolf, AcP 153 (1954), 129ff.; Leser, S. 198 によれば、解除権は、解除権者の自由な行為 (auf eine freie Handlung) による返還不能の場合には、消滅するのである<sup>95)</sup>。

(c) フランス法とイタリア法、ギリシア法では、解除権者は、返還しえないと解除もなしえない。しかし、スカンディナヴィア法では、偶然の滅失の場合でも、解除権は消滅しない。スイス法は、ドイツ法と類似している<sup>96)</sup>。

フーバーは、鑑定意見のなかで、旧350条の削除を主張した。その内容は、ウィーン統一売買法82条に従ったものである。また、Glaß, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt 1959, S. 41ff. は、旧350条ないし旧353条の削除を主張し、受領した物を返還しえない返還債務者は、価値賠償または損害賠償の義務をおうものとした<sup>97)</sup>。

(2) 91年草案は、旧350条ないし旧353条を削除した。解除権者は、受領した物の返還ができない場合でも、解除することができる。しかし、返還債務者は〔解除権者を含めて〕、価値賠償の義務が認められることによって滅失の危険を負担しなければならない。

(a) その346条2項は、解除によって生じる義務の債務者が価値賠償をするべき3つの場合を定めている。

---

94) Absb., S. 179-180 (III 2 b (1)(2)). 判例に従う見解は、今日では少ないが、vgl. Soergel / Hadding, BGB Kommentar (Bd. 2 / 1, 11. Aufl.), § 350 Rn.1; MünchKomm / Janßen (2. Aufl.), § 350 Rd. 3 f; Medicus, SchuldR I (1990), § 49 II 2. など。これら諸学説の詳細には、立ち入らない。【II】103頁参照。

95) Absb., S. 180 (III 2 b (3)). これら諸学説についても、【II】103頁参照。

96) Absb., S. 181 (IV 2). これらの比較法についても、【II】97頁以下 (第1部2篇) 参照。

97) Absb., S. 181 (V 2). そして、Caemmerer も、このGlaßの提案を考慮の価値のあるものと評価している。

①第1は、返還が、取得した物の性質上できない場合である。

②第2は、債務者が受領した物を消費し、譲渡し、負担に供し、加工し、あるいは改造した場合である。これは、旧法の352条、353条に相当する。しかし、解除権が消滅するのではなく、価値賠償に転化するとされている。

③第3は、受領したものが毀滅した場合である。これは、旧法の347条、350条、351条に相当する<sup>98)</sup>。

(b) 解除権者は、返還の不能につき帰責事由がある場合にも、解除をすることができる。草案は、旧消費者信用法などの規定に従い、同時に普通法にも従ったのである。相手方の利益は、解除がなされる場合でも、価値ないし損害賠償が行われることによって保護される。

債務法改定委員会は、前述のように旧350条—353条を削除したが、その理由は、3つある。

第1に、返還すべき物が、解除権者の過失によって滅失した場合には、旧法によると、この結果が、解除の意思表示の前か後かによって左右される。解除の意思表示の前に滅失したのであれば、解除権が滅失する。他方で、意思表示後に滅失したのであれば、解除権は存続し、解除権者は、旧347条によって損害賠償を給付しなければならない。しかし、このような区別には説得力がない。物または権利の瑕疵をおびた自動車が、買主の運行中に交通事故によっていちじるしく毀損したならば、事故が、解除の意思表示の前であったか後であったかにかかわらず同じ結果になるべきである。

委員会の提案は、返還には、解除法でも不当利得法でも、可能な限り同じ原則が適用されるべきであるとの考えによっている。給付利得の返還請求は、返還する目的物が取消権者のもとで滅失したときでも許される。しかし、取消権者は、差額説とその制限により、滅失した物の価値を清算しなければならない。この「価値に従った返還」のモデルを解除法にも適用するのが正当であるところから、旧350条—353条は削除されたのである<sup>99)</sup>。

第2に、返還債務者〔解除権者を含む〕の価値賠償義務は、まず契約によって

98) Absb., S. 183 f. (VI 1 b).

定まった反対給付に向けられる必要がある。このような規定がない場合にのみ、818条2項（価値賠償）のように客観的な価値の関係が基準となり、原則としては、契約の評価（Bewertungen）による。なぜなら、障害は、返還についてだけであり、当事者の私的自治にまかされた対価の合意に関するものではないからである<sup>100)</sup>。

第3に、以下の点が注目される。委員会の草案によると、解除権は、原則として、解除権者が返還するべき物を故意に滅失させたときにも存続する。故意による滅失が、解除の意思表示に時間的に遅れたなら、旧法によっても、解除権者は、損害賠償を給付しなければならないが、返還請求権は346条によって保持される。もっとも、解除権者の請求自体を、権利の濫用の抗弁で制限することは可能である<sup>101)</sup>。

解除権者が受領しその過失によって滅失させた物と反対給付の価値が同等の場合には、解除権者は、解除権が存続しても、結果として相手方から何も請求しえない。返還関係において等価で同種の給付が対立する場合には、当事者は、相殺の意思表示に従うと、たがいに何も請求しえないのが当然だからである<sup>102)</sup>。

解除権が約定の合意にもとづくかぎり、当事者は、解除権者が受領した物を返還しえないときには、解除権が消滅すると定めることができる。この合意は、明示にされるだけでなく、補充的契約解釈によっても導かれることができる<sup>103)</sup>。

(3) 現代化法も、この91年草案にほぼ従って、旧350—353条を削除した。現在

---

99) Absb., S. 185. (VI 2 b (1)); vgl. Larenz, SchuldR II, 1981, § 70 III; Medicus, (前注94) SchuldR II § 129 II 2 b). 350条以下の削除により、毀損が本質的であるか(350条)、本質的でないか(347条)といった問題はなくなり、350条と351条の解釈と適用に関する多くの問題もなくなるのである。

100) Absb., S. 185 (VI 2 b (2)). これさえも影響される場合には、たとえば、119条2項、123条の要件がある場合には、債権者は、契約を取消し、812条以下の請求権を主張することができる。

101) Absb., S. 185 (VI 2 b (3)); vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1989, S. 3163.

102) Absb., S. 185—186 (VI 2 b (3)). なお、旧法は、若干の損害賠償請求において、346条以下を指示し、350条—353条も参照した(280条2項2文、286条2項2文、325条2項2文、480条1項2文)。463条、635条のいわゆる「大きな損害賠償」の請求権にも、350条—353条が準用されている。草案の提案は、この損害賠償請求権をも変更するものである。

103) Absb., S. 186 (VI 2 b (3)).

では、解除権の消滅に関する旧355条（現代化法350条）のみが残されている<sup>104)</sup>。形成権は、相手方に対する一方的な意思表示によって行使されることから、相手方にも一定の保護を必要とするからである。

削除された条文の代わりに、以下の現行350条がある。ただし、内容は、旧355条と同一で、条文の位置の変更にすぎない。

350条（期間設定による解除権の消滅・Erlöschen des Rücktrittsrechts nach Fristsetzung）

約定解除権を行使するための期間につき合意がない場合には、相手方から権利者に対して、その行使のために相当の期間（eine angemessene Frist）を定めることができる。その期間内に解除の意思表示がされない場合には、解除権は消滅する。

## 5 返還不能の場合の価値賠償

(1) (a) 第3の問題も、ドイツ法に特有な事項を多く含んでいる。旧法346条2文は、なされた労務と利用権が移転したことに關し、価値の賠償義務を認めた（同条1文は、約定解除の場合の原状回復義務）。この価値の賠償義務は、旧346条1文による返還義務と同様に、返還債務者の利得が現存していない場合でも存在する。しかし、法定解除の場合には、これと異なり、旧327条2文によって、解除事由につき帰責事由のない解除の相手方は、不当利得法によってのみ責任をおうことになる<sup>105)</sup>。前述のように（3参照）、これは、不当と評価されている。結局、解除権者のみが不当利得法による返還義務の軽減をうけるからである。また、旧346条との調和が問題となるのである。

旧346条2文の価値賠償は、適用範囲が狭いので、旧347条1文の損害賠償規定によって補完されていた。すなわち、返還すべき物の返還の不能に対する返還

104) 繰り返しになるので、旧350条から354条の削除の詳細には立ち入らない。Vgl. Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 526 ff.

また、現代化法350条（旧355条）の相手方保護のための解除権の制限（とくに消滅）については、小野「形成権の発展と私権の体系」一橋法学3巻3号873頁以下（876頁）参照。

105) Absb. (Abschlußbericht, 前注7), S. 176 (II 3 a).

債務者の責任には、給付の受領時から、訴訟係属後の所有者・占有者の関係が適用される。旧347条に準用された989条は、損害賠償義務を過失によらしめている。

旧347条1文の適用範囲は、解除の相手方と解除権者で異ならざるをえない。解除の相手方が返還できない場合には、その責任は、つねに旧347条1文、989条に従う。しかし、解除権者については、解除までは旧351条—353条の規定により、そこでは、返還すべき物の過失ある不能の場合には、解除権は消滅することになる。また、解除の意思表示のあとは、解除権者にも旧347条1文が適用可能となる<sup>106)</sup>。

立法政策上、この347条と異なった定めをおいていたのは、旧消費者信用法7条、旧訪問販売法1条の撤回権が行使された場合である。これらでは、前述のように、受領した物の返還が不能の場合でも、解除権は消滅しないが、権利者は、返還の不能につき責に帰すべき事由があれば、損害賠償ではなく、価値賠償をしなければならない(旧消費者信用法7条4項、旧訪問販売法3条1項3文)。同人が、この撤回権を知らない場合には、自己の事務における注意をしなかったときにのみ、賠償義務を負担するのである(旧消費者信用法7条4項、旧訪問販売法3条2項)<sup>107)</sup>。

(b) 旧347条1文が返還債務者の損害賠償義務を989条に従って定めていることには、批判があった。989条では、物の返還の訴訟を提起され、返還義務の存在を知っている占有者が問題となる。これと対比しうるのは、解除権の行使後の返還債務者である。しかし、旧347条1項は、給付の受領時から解除権の行使までの時期についても、989条を指示していた。旧351条の場合と同じく、「過失」について問題が生じる。法定解除では、両当事者は、権利を取得したのであるから、目的物は自分の自由な処分の範囲に属する<sup>108)</sup>。すなわち、解除権の行使前に、その過失を論じることはできないはずなのである。

---

106) Absb., S. 177 (II 3 b). もっとも、非本質的毀損の場合には、解除権の消滅がないから、解除権の行使によって、解除権者にも、返還義務が生じる。前述のようにその範囲には問題がある。また、後述(b)参照。そして、有責の場合には、損害賠償義務が生じるか、解除権の消滅するよちもある。

107) Absb., S. 177 (II 3 c). そして、有責でも価値賠償をすることによって、解除することもできる。



そこで、旧347条1項についても、さまざまな解釈がある（これは、旧350条の解釈の場合と対応している）。1つは、判例と学説の一部によるものであり、法定解除では、旧347条1文による解除権者の責任は、旧327条2文によって制限されるとするものである。権利者は、旧347条1文による責任を、819条に従って、解除権の要件具備を知ったときからおう。それ以前は、非本質的な毀損については、不注意な行為によったとしても、責任をおわないのである〔価額返還義務も生じない〕。もっとも、本質的毀損については、不注意な行為として旧351条によって、解除権者が解除権を失うことについては見解の一致がある<sup>109)</sup>。すなわち、この解釈は、旧327条2文の適用により、全体として解除権者に有利な解決を目指しているものと位置づけえよう。

しかし、反対説によると、法定解除の場合でも、解除権者に対する旧327条2文の保護は否定される。この見解は、旧351条の過失概念を、旧347条1文にも準用しようとする。解除権者と解除の相手方は、法定解除の場合にも同等に扱われるとし、解除権者の責に帰すべき危険の拡大行為（auf einem zurechenbar risikolehöhenden Verhalten）による場合、および解除権者の自由な行為（auf eine freie Handlung）による返還不能の場合に、旧347条1文による賠償義務を肯定するのである<sup>110)</sup>。

また、旧347条1文が、異例な「過失」の場合に、損害賠償義務を発生させた

- 
- 108) Absb., S. 180 (III 3 a). 約定解除の場合には、問題は少ない。たとえば、瑕疵を発見した買主が、売主との間で合意解除したような場合には、そのあととする目的物の消費行為は、「過失」といえよう。そして、この場合には、法定解除の場合とは異なり、当事者に厳格な責任を認めることができる。もっとも、約定解除の場合にも以下のような問題は生じる。たとえば、解除権を留保して売買した物を買主の相続人が善意で消費した場合には、「過失」はありえないからである。
- 109) Absb., S. 180 (III 3 b (1)). Soergel / Hadding, a.a.O. (前注94)), § 347 Rn. 10; Medicus, a.a.O. (前注94)), § 49 II Nr. 1-2. などの見解である。約定解除の場合には、両当事者は、返還すべき物に関するすべての不注意な扱いにつき責任をおわなければならない。同様のことが、法定解除の場合には、解除の相手方についても、異質な「過失」概念を肯定することによって認められる。その結果、解除の相手方には厳格な責任が生じ、解除権者には軽減責任が生じるとのアンバランスが生まれるのである。
- 110) Absb., S. 181 (III 3 b (2)). Larenz, SchuldR I, 1987, § 26 b; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 198. などの見解である。

ことにも批判がある。損害賠償は、過失によってのみ生じるはずであり、本来の過失の場合以外では、たかだか逸失利益と結果損害をカバーしない価値の賠償義務が発生するのみだとするものである<sup>111)</sup>。

(c) 旧347条に相当する法規をもつ例は、比較法的にまれである。ウィーン統一売買法82条は、物の滅失のさいの解除権の喪失のみを規定するが、どのような要件のもとで、買主が、解除権を喪失しない毀損のさいに賠償を給付するべきかは明らかにしていない<sup>112)</sup>。

フーバーによれば、解除権者のもとで返還が不能になったときには、解除権は消滅するとされる。解除権者のもとにおける非本質的毀損については、価値の賠償義務が予定されている。しかし、これは、返還債務者に不能につき帰責事由がない場合には生じない<sup>113)</sup>。

(d) (i) 草案346条3項の各号も、価値賠償の義務がなくなる場合について規定していた。

1号は、旧467条1項2文の基礎たる観点を受け継ぐものである。すなわち、解除を基礎つけた瑕疵が、物の加工にさいして初めて現れたときには、価値賠償の義務は消滅するのである。

2号は、物の毀滅は、相手方に帰責事由がある場合には、返還債務者の負担になるべきではないという考慮にもとづく。損害が相手方のもとでも生じたであろう場合も、同様である。

3号は、法定解除の場合に、旧346条2項の基礎たる、返還債務者の危険負担を修正した。

さらに、346条3項2文は、債務者が、その他の残った利得を返還するべきことを定めていた<sup>114)</sup>。

(ii) 返還債務者〔解除権者を含む〕は、返還債務関係から生じる価値賠償

---

111) Absb., S. 181 (III 3 b c). Larenz, SchuldR I, § 26 b; Leser, S. 199. は、解釈論としても、347条1文によって、このような賠償義務を主張している。

112) Absb., S. 182 (IV 3).

113) Absb., S. 182 (V 3). すなわち、解除の相手方の責に帰すべき事由による不能や、偶然による不能の場合である。危険の転嫁が認められる場合である。

114) Absb., S. 184 (VI 1 c). 812条以下の規定が参照される。

請求権に対して、利得の消滅の抗弁 (die Einrede der Entreichung) を提起しえない。これは、合意解除の場合には、旧法とも一致し、この場合には、双方の当事者が解除につき考慮しておくことができるから、当然と解される。

しかし、旧法では、その327条2文が適用される法定解除でも、改定委員会は、利得の消滅の抗弁を認めるのは不当と考えたのである。双務契約の給付と反対給付の依存性は、事実的牽連関係として (als faktisches Synallagma)、双方の給付の返還のさいにも考慮されなければならない。また、委員会は、818条3項の適用は、不当利得法においても差額説によって制限され、旧350条の削除に貢献していることも考慮した。解除の相手方は、契約義務の違反によって解除の事由を発生させている。そこで、受領した給付の双務的な返還関係からの例外に同人をおくことは、正当ではない<sup>115)</sup>。

解除権者の返還義務をどう認めるかは、困難な問題である。物給付が返還されるべきときには、委員会は、返還債務に適用される厳格な責任〔返還目的物の滅失の場合には価値賠償をすること〕を草案346条3項〔価値賠償を必要としない場合〕によって緩和するのが正当と考えたが、それ以外の規定は置かなかつた。すなわち、給付の双務的返還が原則とされる。そして、解除権者が、金銭を返還すべきときには、一たとえば、売主または請負人に最初に支払われた割賦払金の返還が問題となる場合であるが一利得の消滅の主張を許す理由はない。履行すべき給付の準備をするためにその割賦金を消費したときには、解除権者は、草案327条〔解除をしても損害賠償を請求しうるとの規定。契約の遂行を信頼したことによる損失の賠償の請求も可能〕によって保護されればたりののである<sup>116)</sup>。

(iii) 改定委員会は、損害賠償義務は、債務者が債務関係からの義務に違反し、義務違反につき責に帰すべき事由があるときにのみ正当と考えたので、草案346条以下は、とくに損害賠償規定を含む必要はないとの見解に立っている。そして、解除の場合に、いつ損害賠償が義務づけられるかは、給付障害の一般法による<sup>117)</sup>。

115) Absb., S. 186 (VI 2 c (1)).

116) Absb., 2 c (1).

117) Absb., S. 186–187 (VI 2 c (2)).

契約的な解除権の留保の場合には、給付を受領した当事者は、相手方に対して、給付目的物を注意して返さなければならない。この義務は、解除権が消滅するまで存続する。これが違反された場合には、相手方は、草案280条1項から損害賠償を請求できる。

法定解除では、当事者は、自分に引渡された目的物が最終的に自分の財産になったとらえることから出発することができる。目的物を慎重に扱う義務は、当事者が解除の要件のあることを知ったときに、はじめて生じる。それは、遅くとも、解除の意思表示までには生じる。ここで、返還債務の義務違反による損害賠償義務は、草案280条1項で明らかとされている<sup>118)</sup>。

〔返還〕債務者に、法定解除において、解除事由につき責に帰すべき事由があれば、相手方は、草案327条によって、損害賠償請求権を取得する。これは、債権者が旧327条2文によって消極利益につき〔請求すると〕判断したとき、引渡した物の毀滅によって生じた損害も含むことができる。

債務者が、返還義務を履行しないなら、債権者は、草案283条〔給付に代わる損害賠償〕の要件のもとに、給付に代えて損害賠償を請求し、または、遅滞の要件のもとに（草案280条2項2文、284条、286条）遅滞の損害の賠償を請求することができる。そこで、草案346条以下では損害賠償規定は不要となる<sup>119)</sup>。

また、債務者が、義務違反とはならず、返還できなくなる場合がある。この場合に、債権者に、なお補償（Ausgleich）を与えるべきときには、損害賠償請求権ではなく、正当な権利の救済の価値賠償の請求権（Anspruch auf Wertersatz der richtige Rechtsbehelf）が生じるのである<sup>120)</sup>。

(2) (a) 現代化法346条の構造は、91年草案と基本的に異ならない。1項において、原状回復義務が定められ、2項は、それができない場合の価値賠償を定めている。さらに、3項は、価値賠償の義務がなくなる若干の場合を定めている。こ

---

118) Absb., S.187(VI 2 c(2)).

119) Absb., 2 c (2).

120) Absb., 2 c (2). すなわち、この場合には、義務違反はないから損害賠償義務は発生しえないが、価値賠償義務はありえ、それによって当事者の双方が返還しあう関係が保障されているのである。また、義務違反のない場合の価値賠償は、損害賠償とは異なることをいうものである。

れにより、解除権者と相手方は平等に扱われているのである。すなわち、たんなる物の滅失によって解除権が消滅することはなくなった。また、物が、解除の意思表示の前に滅失したか後で滅失したかによる区別もなくなったのである。物が一部滅失したか全部滅失したかも意味を失った。さらに、なんらかの過失ないし責任の違反 (Obliegenheitsverletzung) によって滅失したか、にも左右されないのである<sup>121)</sup>。346条2項3号は、危険負担の帰結であり、双務的な返還を認めるためには、価値賠償が義務づけられるのである。これは、債務者に帰責事由がない場合にも適合するのである。

(b) 以下、簡単に概観すると、

346条1項は、原状回復義務を定めている。解除によって債務関係は、返還関係 (Rückgewährschuldverhältnis) に転換する。そこで、未履行の給付は、履行する必要はなくなり、すでに履行した給付は、返還されなければならない。不当利得法をも準用する旧法の不明確さは排除された<sup>122)</sup>。

(c) 2項は、返還できない場合の価値賠償を定めている。この価値賠償が原則として義務づけられる点が、改正の中核である。すなわち、①第1は、取得したものの性質上その返還または引渡をすることができない場合の価値返還である(1号)。この場合には、たんに給付した労力や引渡した物の価値返還が義務づけられるだけでなく(旧346条2文)、給付がその性質上不能な場合も含まれる。旧346条2文を一般的な原則にまで拡大したのである。②第2は、債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、負担をおい、加工または改造した場合の価値賠償である(2号)。これらによって、目的物は価値に転換しているからである。③第3は、受領した目的物が毀損または滅失した場合の価値賠償である(3号)。価値賠償義務は、毀滅が過失によっている必要はない。用法にそくした使用によって生じた毀損は、価値賠償を要しない<sup>123)</sup>。

そして、債権者は、1項の義務違反(すなわち、返還しないこと)を理由として、損害賠償の一般規定である280条から283条までに従って損害賠償を請求する

121) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 510 (Hager). BT-Drucks 14 / 6040, 195.

122) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 506.

123) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 511-513.

こともできる(346条4項)。

(d) 3項は、価額賠償の義務が消滅する場合を定めている。①第1は、解除を基礎づける瑕疵が目的物の加工または改造にさいしてはじめて明らかになった場合である(1文1号)。これは、旧467条1文後段(旧352条=加工の場合に瑕疵担保解除権が消滅しないとするを準用)を引き継いだものである。②第2は、毀損または滅失につき債権者に帰責事由があり、または損害が同人のもとでも同様に発生したであろうと考えられる場合である(1文2号)。これは、旧350条の解除権が消滅しない場合を部分的に引き継いでいる。現代化法のもとでは、解除権は存続するが、価値賠償の必要がない場合と構成されている。③第3は、法定解除で、解除権者が自己の事務につき通常用いるのと同じの注意を払ったにもかかわらず、毀損または滅失が同人のもとで発生した場合である(1文3号)。解除権者は、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意を払えば足りるから、その利益を図ったものである<sup>124)</sup>。

(e) その他の利益(eine verbleibende Bereicherung)も、返還しなければならぬ(3項2文)。この場合には、812条以下の不当利得の規定による。これが、一般原則である原状回復とどう関係するのかは、必ずしも明確ではない。そこで、818条3項の利得の消滅(Entreichungseinrede)も適用されるが(日民703条相当)、債務者が法律上の原因のないことを知った場合の厳格な返還義務(819条1項)も適用されることは当然である。ただし、利得の消滅を主張させることは正当ではないと解されている。また、返還義務を知っている者は、原則(原状回復義務)により責任をおう<sup>125)</sup>。

## 6 解除権の行使による危険の転嫁

(1) (a) 第4の問題について、旧347条、旧350条は、とくに明示してはいないが危険負担を前提としている。返還されるべき物が、債務者のもとで偶然によっ

---

124) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 514-518.

125) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S. 518 (Hager). 契約の場合に、給付のほかに、どのような利得が生じ、「その他の利得」が何を指すのかも明確ではない(少なくともその範囲は限りなく小さく解しうる)。立法論的には、不要と思われる。原状回復義務で一貫させれば足りるから、わが法の解釈には参考とするべきではない。

て毀滅したとすれば、解除の場合には、返還債権者の負担になる。債権者は、受領した反対給付を旧346条1項に従って、返還しなければならないが、他方、自分の給付は返還請求できず、また損害賠償も価値賠償も請求できないからである。旧346条以下のおもな適用領域である売買契約では、これは、売主の解除の場合には、買主に移転した危険が売主に転嫁されることを意味する<sup>126)</sup>。

(b) しかし、この結論は満足すべきものではない。とくに法定解除で、買主が最後の割賦代金を支払わないで解除されるという場合には、売主が、代金として給付された割賦金を買主に返還しなければならないとするのは不当である。売主は、売却した物が偶然によって買主のもとで消滅しているから、自分は、受領しえないからである(返還関係における債権者主義)。この結果を回避するために、119条2項を類推適用して、解除の意思表示を遡及的に取消すことや、あるいは行為基礎の欠缺による撤回権を売主に認めることが主張された<sup>127)</sup>。

(c) フーバーの提案では、危険負担は、返還されるべき物の滅失が、行為によるのか、自由な行為によるのか、危険を高める行為によるのか、によって決定されるとされている<sup>128)</sup>。

(d) (i) 草案の346条4項では、損害賠償請求は、もっぱら一般給付障害法を基準にするものとされている<sup>129)</sup>。

(ii) 草案によって、旧法の危険負担は修正された。すでに旧法のもとでも、Siber, SchuldR, 1931, S. 216; Heck, SchuldR, 1929, §52 6; Esser, SchuldR, 2. Aufl.

126) Absb. (Abschlußbericht, 前注7)), S. 177 (II 4). もっとも、本文の場合に、解除によって損失の転嫁をうける売主は解除をしないであろうから(ここでは、売主は代金を請求すればたりのるのである)、実質的な問題は、むしろ買主の解除で、危険が売主に移転する場合にある。前者の場合には、本文のつぎにあるような、売主の解除権の撤回や取消が問題となる。

以下の危険負担に関する議論は、前稿【II】第1部3篇の内容とかなり重複し、必ずしも詳細にわたって言及する必要がないので、ごく簡略化する。注目すべき点は、91年草案が、必ずしも統一法やケメラールなどの見解にはよらなかった部分である。これは、私見に等しい。また、91年草案を受け継いだ02年の現代化法における危険負担については、新田孝二「ドイツ債務法の現代化法における契約解除と日本法の比較」関東学園12巻2号1頁がある。

127) Absb., S. 181 (III 4).

128) Absb., S. 181 (V 4).

129) Absb., S. 184 (VI 1 d).

§82, 8; Caemmerer, Fest. f. Larenz, 1973, 621 など多くの批判があり、解除の事例の多くの場合に、買主（あるいは注文者）の危険を売主（あるいは請負人）に転嫁することは正当でない、と認めている。物が引渡されたあと、偶然によって買主（注文者）のもとで消滅したときには、合意解除権がある場合、あるいは相手方が契約上または法律によって権利を解除する場合でも、生じた損害を買主が負担しなければならない。すなわち、偶然の滅失の危険は、解除された場合でも、買主（注文者）にとどまるのである<sup>130)</sup>。

もっとも、委員会の見解では、統一法（ウィーン統一売買法82条、ハーグ統一売買法79条）の解決やそれに従うフーバーの提案、ラーレンツ、ケメラーの見解にもよらない。それらは、滅失が、債務者の行為、自由な行為、危険を高めた行為にもとづくかどうかを基準とするが、このような区別は、限界が困難である<sup>131)</sup>。

売主（請負人）への危険の転嫁は、買主（注文者）が法定の解除権によって契約を解除する場合には、正当である〔解除でき、また、価値賠償を支払う必要もない〕。ここでは、解除は、売主（請負人）が、その義務を完全には履行していないから、生じるのである。正当に給付していない者は、相手方への危険移転が最終的なものだと信じることもできないのである。2人ともに過失がない場合には、危険の負担は、旧法の通説と同様に、解除権者の有利に解決されるのである<sup>132)</sup>。

(2) すでにみたように、現代化法は、旧350条を廃止した。同条は、目的物の偶然の滅失によって、解除権が消滅しないこと、ひいては、反対給付の返還請求権が存続すること（給付の返還請求権は消滅）を前提としていたからである<sup>133)</sup>。

---

130) Absb., S. 187 (VI 2 d). もっとも、これに対する制限はあるとされる。

131) Absb., S. 187 (VI 2 d (1)). 批判は、Larenz, SchuldR I § 26 b; Caemmerer, S. 632 f. に対するものである。たとえば、買った自動車の障害が、買主のガレージのなかの火事による障害の場合と買主に過失のない交通事故による障害の場合とで異なって判断されるのは、明白ではないという。

132) Absb., S. 188 (VI 2 d (2)). Flessner, NJW 1972, S. 1777, 1780. つまり、解除可能である。

なお、たんなる保護義務（たとえば、説明義務の違反）の違反では、正当に給付していないとはいえない（Absb.）。この場合には、危険は移転することになる。

133) 現行346条の構造については、前述5（返還不能の場合の価値賠償）参照。



これにより、返還関係における債権者主義は回避される。

現代化法のもとでは、解除権は存続し、しかし、給付に代わる価値賠償が義務づけられる(346条2項3号)。ただし、法定解除において、解除権者のもとで毀滅が生じ、同人が自己の事務にするのと同じの注意をなした場合には、この返還義務は生じない(3項3号)。法定解除の場合には、解除権者は、実質的には給付を受領したとはいえ、その価値返還を正当化しえないからである。約定解除では、利益をえた買主は、価値の返還をしなければならない。もともと、所有権留保売買においては、買主には利益があり、これは法定解除と同様に扱われる<sup>134)</sup>。行為基礎の喪失による解除(313条3項)も、法定解除の場合である。解除しても、価値返還が義務づけられるのでは、意味がなくなるからである。なお、日本法については、後述Vでふれる。

## 7 解除と損害賠償

(1) (a) 91年草案327条1項によれば、債権者は、解除した場合でも、契約の不履行から生じた損害賠償を請求できることとされた。従来民法の扱いを修正したものである(旧325条、旧326条ほか)<sup>135)</sup>。従来、債権者は、旧325条、旧326条において、また旧463条の保証された性質の瑕疵の場合にも、そして、請負の瑕疵においても、契約の破棄(解除、瑕疵担保解除)と損害賠償を選択しなければ

134) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5)), S. 516. BT-Drucks 14 / 6040, 241. 旧法のもとでは、これは約定解除と扱われた。すなわち、「法定解除」かどうかは、受領者がそれにみあった利益をえていないことを、規範的に言い換えているのである。346条3項3号は、理論的観点から矯正しながら適用されるべき規定である。もともと、所有権留保は、323条2項の法文に包摂されると説明することも可能である。

返還請求の債権者が、解除権を客観的な義務違反によって取得するときには、相手方は、債権者の価値返還請求を甘受しなければならない。そう解すれば、法定解除か約定解除かの相違は、そう決定的なものとはいえないのである。

135) Absb. (Abschlußbericht, 前注7)), § 327 BGB-KE, S. 172 ff., S. 172 (I), S. 173 (II 1). 民法典では、旧325条、旧326条のほかに、保証された性質の欠けている場合 (Fehlen zugesicherter Eigenschaften, 旧463条、旧480条2項)、および請負の瑕疵の場合にも、契約の解除と損害賠償の選択が可能であった。

ただし、651条以下の旅行契約法では、解除と損害賠償の併存が可能とされている。また、判例・学説によって、この制限を回避するために、特殊ドイツ的なさまざまな便法が考案されている(たとえば、§§ 463, 480 II BGB に関する großer Schadensersatz などである (Absb., S. 173 (I))).

ならなかった。

(b) さらに、債権者は、それに代えて、契約の遂行を信頼したことから生じた損失の賠償を請求することもできるとされた(91年草案327条1項2文)。たとえば、履行されなかった契約のためにした支出(Aufwendungen)がむだにされたことに対する賠償である。これも、旧325条または旧326条では認められていなかったものである<sup>136)</sup>。

同条による消極的利益(das negative Interesse)に対する請求権は、積極的利益(das positive Interesse)との差異によって限定されるものではない。というのは、これは、旧122条1項、179条2項、旧307条1項のような表示責任(Erklärungshaftung)を問題とするのではないからである。それらの場合に、旧法では、信頼損害の範囲での制限が正当とされていた。しかし、解除権者は、解除の相手方に帰責事由のある解除では、なんら不利益をこうむることなく契約から離脱しうべきである。ここにいう損害には、契約費用も含まれる<sup>137)</sup>。

もっとも、債務者に解除事由につき帰責事由がない場合には、この限りではない(同条2項)。2項は、1項2文をも指している。1項1文は、解除と損害賠償が両立することを認めたものであるが、旧280条1項2文が定めるように、義務違反を理由とする損害賠償は、債務者に帰責事由がない場合には請求しえないから、旧327条の場合にも、債務者が解除事由について帰責事由がないときには、解除しかできず、損害賠償がこれと併存しないことは当然である。

したがって、契約費用は、解除の相手方が、帰責事由のある義務違反をして解除が行われる場合にのみ、請求されるのである。旧法の瑕疵担保解除とは異なる<sup>138)</sup>。また、解除事由に帰責事由があるかぎりは、たとえ返還されるべき物が帰責事由なく毀滅した場合でも、解除が主張され賠償されうる損害に含まれる。し

---

136) Absb., S. 173 (II 2). 支出は、契約違反とは無関係に生じたものであり(正常な履行のさいにも必要なものであり)、債務者の義務違反によってもたらされたもの自体ではなく、旧325条、旧326条によって請求されないとされたのである。

しかし、判例は、この場合にも、費用が、債権者の計算の基礎となり、反対給付によってカバーされるときには、賠償される損害たりうるとして(Rentabilitätあるいはmaterielle kostendeckende Gegenleistungの理論)、この制限を回避したのである。これも、特殊ドイツ的な便法に属するとみるべきである。

137) Absb., S. 174 (II 2).

かし、解除につき帰責事由のない場合には、請求しえないのである<sup>139)</sup>。なお、返還すべき物の毀滅に対して、返還債務者の責任を問うために、その帰責事由が必要かどうかは、旧327条の定めるところではない。

(2) 現代化法も、解除と損害賠償の両立を認めた。双務契約において、損害賠償を請求することは、解除によっても妨げられない(325条)。この点につき、従来の立法論とも合致し、争いは少ない。詳細を繰り返す必要はないであろう。ただし、325条からは、91年草案の1項2文、2項に相当する規定(上述)は削除された。

従来の解除と損害賠償の選択の方式も、種々の構成で修正されてはいた。しかし、債権者が、損害の清算を望むことを考えずに、急いで解除したときに問題を生じた。解除から損害賠償に移行することは、解除の形成的効力のゆえに、できないものとされたから、判例は、解除の意思表示がおおむね損害賠償請求を意味すると読み替えて救済しただけであった。このような構成は、不要となる。

325条は、たとえば、債権者が反対給付をすでに履行している場合には、実際の意義を有する。債権者は、解除によって損害賠償請求権を失わず、解除にもかかわらず、自分の給付の返還とともに、代わりの取引をすることによる増加費用、失った利益や支出賠償をも、284条に従い請求できる。325条は、損害賠償の種類に関して、特段の制限をしていないから、解除までの遅滞の損害の賠償を請求することを妨げない。これは、解除に関する旧286条1項の旧判例と一致する。従来も、積極的契約侵害による請求権は、契約の解除によらず主張でき、これが解除と損害賠償の選択を補っていたのである<sup>140)</sup>。

## V むすび

(1) (a) (i) 個別の場合を除き、若干まとめて私見を述べておこう。なお、ドイ

138) そこで、草案439条3項〔瑕疵担保解除のさいに、売主が買主に負担する契約費用の賠償義務〕の場合には、旧法にそくして、契約費用に対する買主の請求権は、帰責事由によらないとくに明文で定められている。Absb., S. 174 (II 2).

139) Absb., S. 174 (II 2). また、解除事由につき帰責事由があっても、物の毀滅に対する返還債務者の責任は、旧327条に係わらない。

140) Dauner-Lieb, a.a.O. (前注5), S.291.

ツ法に特有の問題に関するコメントは省略する。給付障害の体系の全体的な部分を再度要約することは繰り返しになるので省略し、中心となる清算関係の危険負担だけに限定して言及することとする。省略した部分に関する個別の言及は、該当部分を参照されたい。

債務法改定草案（および現代化法）によれば、解除をしても目的物を返還しえない解除権者は、原則として346条2項の価値賠償の原則に従って、価値の償還をしなければならない。そこで、解除権の行使による危険の転嫁が防止されているのである。これは、返還の双務的解決を旨とする従来<sup>141)</sup>の学説の発展にそうものであり、望ましい解決といえる。

しかし、これは、前述6（IV 6(1) (d), V(2)をも参照）にあるように、一定の場合には制限される<sup>141)</sup>。すなわち、売主（請負人）への危険の転嫁は、買主（注文者）が法定の解除権によって契約を解除する場合には、許される。この場合には、解除でき、また、価値賠償を支払う必要もないからである。その理由として、ここでは、解除は、売主（請負人）が、その義務を完全には履行していないから、正当に給付していない者は、相手方への危険移転が最終的なものだ<sup>141)</sup>と信じることもできないからである、とされる。

(ii) すなわち、解除権者が受領した物を返還できない場合には、価値賠償の義務をおうことが原則であるが（346条2項）、返還債権者（解除の相手方）に帰責事由のある毀滅や、解除権者が自分の物に対すると同様の注意義務をしても、なお同人のもとで毀滅した場合には、価値賠償の義務はなくなるのである（同条3項）。

たとえば、滅失につき売主に帰責事由があったり（3項2号）、相当の注意をした買主のもとでの毀滅では（3項3号の法定解除で）、買主は賠償義務なく解除することができる。売主の帰責事由による解除や瑕疵担保解除も、法定解除であるから、3項3号の規定によって、買主は、賠償義務なく解除しうる。これらでは、広義の意味においては売主に責任がある場合の一部といえるから、例外として危険の転嫁が許されるのである。もっとも、法定解除の場合に、買主がなん

---

141) Absb. (Abschlussbericht, 前注7)), S. 188 (VI 2 d (2)).

ら利益をうけていないとすれば、「転嫁」とさえいえないかもしれない。

(b) しかし、そうすると、なお旧法と同じ問題が生じるよちがある。すなわち、旧350条の問題は、買主が解除して、代金の返還を求めながら、自分は目的物の返還不能によって返還しないことであった。売主だけが一方的に返還義務をおうことになるからである<sup>142)</sup>。同じ問題は、346条3項3号の適用のもとでも生じるのである。買主は、解除して、売主に対する返還請求権を取得しながら、自分は、(滅失の場合)目的物を返還することもなく、またそれに代わる価値の賠償をもしないからである。

草案理由書は、これが法定解除であるから、許されるとする。しかし、たとえば、わずかな瑕疵を理由として買主が解除する場合を考えてみよう<sup>143)</sup>。買主は、引渡によって契約上の利益を取得しながら、目的物がみずからのもつて滅失した場合にも、解除権を行使することによって危険を転嫁しうる。ここでは、当事者がたがいに返還しあうという関係は失われる。

(c) これを回避する手段は、わが法のもとでは、瑕疵担保解除には、瑕疵の結果、買主が「契約をした目的を達することができない」ことである。解除権の発生に、このような制限が付されている場合には、たとえ引渡があっても、買主は、契約上の利益を取得していないから、解除によって危険を回避しうることは当然の権利である。この場合には、引渡を正当に拒むことができ(売主の危険負担)、たとえ引渡があっても、それと同じ状態(売主に危険が残存する)が回復しうるべきだからである。

しかし、ドイツ法には、このような解除権の発生の次元でこれを制限する一般的な規定がなかったのである。そこで、レーザーなど、有力説は、これに代えて、解除権の滅失を主張した。統一法(ウィーン統一売買法82条、ハーグ統一売買法79条)の解決やそれに従うフーバーの提案、ラーレンツ、ケメラーの見解は、滅失が、債務者の行為、自由な行為、危険を高めた行為にもとづくかどうかを基準として、解除権の滅失を主張した。これは、解除権を、存続の次元で制限しよう

142) 旧350条の問題については、【II】第1部2篇参照。

143) 旧法上、わずかな瑕疵、給付障害(auch geringfügige Leistungstörungen)を理由としても、契約の解消を導きうることについては、Absb., S. 164 (II)。

とするものである。わが法が解除権を発生次元で制限したことに代えようとするものと位置づけられるが<sup>144)</sup>、委員会は、上の有力説のような区別は、限界が困難であるとして、これを否定したのである<sup>145)</sup>。

したがって、346条のみの範囲では、なお旧法と同じ問題が生じよう。危険の転嫁は、なお広すぎるのである。委員会の見解は、法定解除の規範的作用が、危険の転嫁を正当化するとの意見にもとづくものであるが、解除権の発生または存続を制限しないかぎり、規範的作用は、返還給付の相互性を侵害する程度に強められているというべきである。

この場合には、解除の総則規定である323条に従って、その発生を制限することが必要である。その3項1号によれば、義務違反が些細な場合には (unerheblich)、解除はできないとされる。また、現代化法では、323条5項2文が、債務者が給付を契約に従ってしない場合でも、債権者は、義務違反が些細な場合には、契約を解除しえないとする。そこで、買主が契約上の利益を取得していない場合をすべてこれによって包含することができれば、わが法の場合と同様に、解除権発生次元で、その危険転嫁を防止することができる<sup>146)</sup>。すなわち、草案の解決は、上の有力説の解釈を排して、わが法の解釈に近づけられたものと位置づけることができるのである<sup>147)</sup>。

(2) 無効、取消、解除と清算の関係は、わが法のもとでは、以下のようになろう<sup>148)</sup>。

(ア) 契約不適合物 危険負担は、契約目的物が後発的事由によって毀滅した場合に、その毀滅によって生じる損失を契約当事者間で分配する法理である。そ

---

144) このように、わが法とドイツ法の解除権の制限が構成上相違するが、共通する意図のもとに位置づけられることについては、Ono, Restitution and the Extinction of Rescission, Hitotsubashi Journal of Law and Politics 22 (1994), pp. 21 (pp. 34).

145) Absb., S. 187 (VI 2 d (1)).

146) なお、債務法改定草案のもとでは、瑕疵担保解除にも、439条1項の規定によって、323条が適用される。

147) もっとも、わが570条と、草案323条の制限との間にはなお相違がみられるが、これについては、個々に立ち入らない。

148) 以下については、小野・危険負担の判例総合解説(2005年)221頁以下参照(以下【判例】という)。同・危険負担(民法総合研究叢書・1999年)297頁以下をも参照。【II】73頁以下参照。

して、その対象も、第一次的には、契約に適合した物をさし、またその物が契約に適合した状態で履行される場合を前提としているのである。

しかし、実定法規が契約適合物のみを対象に危険負担の諸規定を定めたとしても、現実には、契約に適合しない物（契約不適合物）に関しても、後発的な障害が生じることが避けられない。この場合には、その解決を現行法規のわく内で探ろうとするかぎり、危険負担に関する諸規定（534条～536条）をもって、第二次的には、これらの障害をも考察の対象としなければならない。

ところが、契約不適合物については、たんに危険負担の効果だけではなく、契約に適合しないことに対する法的手段、たとえば、瑕疵担保責任あるいは売主の不履行責任の存在をも考慮に入れる必要がある。そこで、危険負担（後発的不能）に加えて、原始的不能の効果をも考慮しなければならないのである。

もちろん、立法政策上、契約不適合物の危険負担そのものを正面から規律することは可能であろう。しかし、わが民法典のみならず、従来の諸外国の多くの民法法規にあっても、その解決は必ずしも明らかではなく、とりわけ具体的効果については不明な点が多い。現在のところ、若干の新しい法規が明文規定を設けているにとどまる（アメリカ統一商法典2—510条1項）。

(イ) 制度間の調整 (a) ところで、こうして契約不適合物の危険負担について通常の危険負担規定が用いられるとしても、その効果は、当然、契約適合物の場合とは異なる。以下では、この場合の修正を概観する。

契約不適合物の危険負担に類した事例としては、当事者が履行を遅滞している場合の危険負担がある<sup>149)</sup>。というのは、この場合にも、遅滞についての当事者の責任と、危険負担との効果の調整が問題となるからである。そして、遅滞の事例の一部は、すでに伝統的な危険負担の固有の問題に取り入れられている。第1に、たとえば、売買において、売主が目的物の引渡を遅滞しているときには、その危険負担が認められている（フ民1138条2項但書、1302条。所有者主義の原則に対する例外）、第2に、逆に、買主が受領を遅滞しているときにも、その危険負担が認められる（ド民旧324条2項、現326条2項、統一商法典2—510条3項など）。

149) 遅滞中の不能の検討については、【判例】第1章2節、および【II】353頁以下参照。

引渡主義の原則に対する例外)。この結果は、危険負担の原則に債権者主義をとっても、債務者主義をとっても、一致して認められているのである。

遅滞との若干の比較によっても、契約不適合物、とくに瑕疵のある物の危険負担を、通常危険負担と区別しなければならないことは、明らかであろう。これらの場合には、たんなる危険負担の効果に加えて、当事者の責任を考慮するか、またどのように考慮するかが問題となるのである。

(b) また、上の問題を検討することには、実践的な意義もある。すなわち、危険負担に関しては、それが任意法規の範囲内にあることから、たとえば、通常の売買では、かりに債権者主義のように必ずしも妥当とはされない主義が法文上定められている場合であっても、当事者が合意によってこれを排除できる。そこで、じっさい上は、法規のもとらす不都合は見かけほどには大きくはならないとされる。しかし、このような合意による修正の可能性は、あくまでも当事者が予想しうる範囲に限定される。契約が解除された場合に生じる清算の関係において、どのような危険負担が生じるかは、通常、当事者の予想するところではない。その結果、法文の形式的適用が、少なくとも第一次的には考慮されることになる。そこで、通常の契約関係以上に、債権者主義の適用の是非が検討されなければならない面がある。同様のことは、契約が解除される前に、契約目的物が買主のもとで滅失した場合についても検討されなければならない<sup>150)</sup>。

(3) 以上の場合について、簡単な例により比較することにしよう<sup>151)</sup>。

(ア) 事例 【ケース1】 Yは、Xに物品を売却し引渡したが、それには瑕疵があった。引渡後、目的物は当事者に帰責事由なく滅失したという例である。これは、つぎの事例を基礎としている（東京高判昭39・10・28下民15巻10号2539頁）。

〔事実〕 (a) Xは、Yから工場を賃借してYの下請をする約束で、保証金85万円を差し入れていた。Xは、工場の引渡をうけラジオの組立作業を始めたが、工賃が支払われないうまま3か月で、契約は、合意解除された。Xは、工場の返還を

150) 同様のことは、法定の売買関係である造作買取請求権の行使された場合や、競売についてもいえる。【判例】第5章、6章参照。

151) これらの例も、【判例】228頁以下によるものである。



申し出て保証金の返還を求めたが、Yがこれに応じないまま4か月ほど経過したところ、原因不明の火事で工場は焼失した。Xは、工場を返還する関係では債権者であるY、およびその連帯保証人Aに、出火について責に帰すべき事由があるとして、保証金の返還を請求した（536条2項）。

(b) 事案において、Xによる工場の返還債務とYによる保証金の返還債務とは、たがいに対価的な関係にあるが、判決は、まず解除によって生じる債権関係には、双務契約の効力について規定した536条2項は適用されないとする。

〔判旨〕「出火による工場焼失と当事者双方の債務との関係について判断する。Xの此点についての主張は契約解除による当事者双方の負担する原状回復義務についても民法536条2項の危険負担の原則の適用のあることを前提とし、本件工場の焼失従つてXの工場返還義務が履行不能となつたのに拘らずなほ保証金の返還請求を失はないというに在る。」

「思うに民法第540条1項、第545条1項の規定によつて各契約当事者がそれぞれ相手方に対して負担する原状回復義務は形成権たる解除権の行使によつて生ずる特別な法定の債務関係（不当利得返還債務の対立）であつて、決して解除によつて給付対反対給付の関係の内容とする新たな双務契約関係が生ずるのではない。ただ各当事者の負担する原状回復義務相互の間に同時履行の抗弁の規定を準用（民法546条）したのはそれが公平に適するとしたからである。そして相互の原状回復義務が双務契約でないこととこれを前提として民法546条が特に双務契約の効力のうち同時履行に関する同法533条のみを準用し、他方同法548条第2項の規定のあること等を考へると、解除の結果生ずる相互の原状回復義務については、双務契約について規定する民法536条の危険負担の原則はその適用のないことは勿論準用も亦ないものと解するを相当とする。そして以上のことは当事者が合意により双務契約を解除して相手方に対し原状を回復することを約した場合にも妥当する。以上の如くであるからXが民法第536条2項を云々するのは法律論として正しいとは言えないが、これは、合意解除を原因として原状回復を求めるXの請求自体には何等影響なしと謂うべきである」として、Xが536条2項によつて、保証金の返還を求めることを否定した。

しかし、つぎのことから、Xの請求が認容されるべきであるとする。

「本件工場が原因不明の出火により昭和35年2月7日焼失したことは前認定のとおりであり、世木茂の証言、Y及びXの各供述を総合すると同34年12月頃よりYが関係するピース電気株式会社が本件工場の半分位を使用しているいずれの使用箇所から出火したか、またその出火の場所も判然としないことが認められ（出火原因の不明であることの争のないことは前記の通りである）且つXの本件工場の占有の適法なることは前認定のとおりであるから、右出火はXの故意又は過失乃至は善良な管理者の注意義務の懈怠により起つたものとは認め難い。他に右焼失がXの責に帰すと認めるに足る資料は何等存在しない。以上の通りであるからXのYに対する工場返還債務は右工場の焼失によりその目的物を失い消滅したものと認むべく、従つてYの有する同時履行の抗弁権は右により当然喪失し、Yは債務者として、Aは連帯保証人として夫々Xの請求により保証金85万円を返還しなければならないものというべきである。」

〔ケース2〕 上の東京高裁昭39判決では、契約の中に賃貸借や請負の性質が含まれ、対価関係が必ずしも明確ではない。そこで、より典型的な例として、つぎの売買の事例を考えよう。

XはYから工場を買い入れ、代金を支払いその引渡をうけた。しかし、その工場には欠陥があったので、Xは契約を解除し代金の返還を請求した（あるいはXYの間で合意解除された）。ところが、Yが工場の受領を拒みこれに応じないでいる間に、工場は当事者に帰責事由なくして焼失した。

(イ) 解除後の危険 〔ケース2〕およびつぎの〔ケース3〕は、ともに契約解除による清算関係の成立後における危険負担を問題とする場合である。

〔ケース3〕 上の〔ケース2〕において、Xが契約を解除してのち、すぐに工場が焼失したとする。

解除権の行使によって、当事者は原状回復義務をおう（545条）。この原状回復義務は、契約関係のままもどしに向けられた不当利得の返還義務であり給付利得の返還関係にはかならない。そこで、双務契約の給付関係を規律する533条以下の規定が準用される、と解せられる。そう解すると、当事者は給付の牽連関係にそくして、同時履行の抗弁権（533条・546条）や反対給付義務の消滅（536条1項）を主張しうることになる。つまり、Xが工場を返還しないときには、Yも保

証金あるいは代金を返還しなくてもいいことになる（契約の目的を達成できる場合）。

(ウ) 同時履行 (a) しかし、上の東京高裁昭39判決は、解除の効果をかつての直接効果説によってとらえ、原状回復義務は法定の債権関係である不当利得であるとし、546条を例外的・創設的な規定と解した。そこで、給付相互の牽連関係は否定され、Yの保証金返還債務をXの工場返還債務と無関係なものとしたのである。この構成のもとでは、Xが工場を返還しなくても、Yのみは保証金あるいは代金を返還しなければならない。

(b) もっとも、当該事案の具体的解決にとっては、東京高裁昭39判決がYの保証金返還債務の存在を認めたことは、必ずしも不当なものとはいえない結果となっている。その理由は、同事件に相当する〔ケース2〕と、〔ケース3〕との相違をみると、明らかとなる。すなわち、前者では、売主＝返還給付の債権者Yによる目的物の受領拒絶・遅滞があったからである。

一般に、債務者主義のもとにあっても、債権者（売買では買主）が受領を遅滞し、その遅滞中に目的物が滅失したときには、その危険は債権者が負担する（ド民旧324条1項。現326条2項）。この場合には、遅滞がなければ物は買主のもとで滅失し、同人が危険を負担したはずであるから、買主は引渡がないことを理由に対価の支払を拒みえないのである（日民536条2項）。同様の理は、清算関係では、物の返還に関する債権者（もとの売主）の遅滞に関しても準用することができよう。

東京高裁昭39判決は、Yが保証金の返還を拒めないことの理由として、536条2項に代えて、Yに同時履行の抗弁権がないからとして、Yの返還義務を肯定した。しかし、同時履行の抗弁権自体、契約上の法理（双務契約の効力としての533条。たとえ類型論以前の直接効果説的に不当利得を法定債権関係ととらえても、これに関する規定である703条、704条ではない）であることに変わりはない。また、これは、履行上の牽連関係を規律するものであり、給付の一方がすでに滅失している本件のような場合には、存続上の牽連関係＝危険負担を問題としなければならない。同判決が、同時履行の抗弁権＝履行上の牽連関係の存否をもち出さざるをえなかったことは、危険負担規定（536条2項）の適用を否定した前段

の文言とは裏腹に、まさにそれが存続上の牽連関係を考慮していたことを示しているのである。

〔ケース2〕でも、売主Yは、Xに対し代金返還債務をおう。このことは、受領遅滞の結果として正当化されうる。しかし、返還債務はYの遅滞の効果によつてのみ正当化されるにすぎないから、受領遅滞のない場合には、当てはまらない。これに反し、東京高裁昭39判決の構成では、各債務は独立して存続し、かりに受領遅滞がない場合でも（〔ケース3〕がそのような場合である）、Yのみが代金を返還しなければならないことになろう。しかし、そうすると、返還関係に534条1項の債権者主義を準用するのと同一になる。この結果は、同条について一般にいわれるのと同じく、債権者（Y）が引渡をうけずに、代金支払（返還）を義務づけられることを意味し、妥当ではない。これを回避するには、給付の牽連関係を認め、Xが返還しえないときには、代金の返還請求も制限される、とする必要がある。534条1項の制限解釈は、清算関係にもあてはまるのである（原則としての536条1項の適用）。

(c) もっとも、当事者の合意解除ではなく、法定解除の場合には、目的物の瑕疵がかなり重大なことが予定されているから、買主が瑕疵を理由に契約を解除した場合には、危険が売主に転嫁されることも必要であろう。そのような重大な瑕疵では、買主は正当に受領を拒絶できるから、危険負担について引渡主義をとつても、「引渡」はありえず危険も移転しない。それとの均衡を考えるべきだからである（契約の目的を達成しえない場合）。

(d) 解除前の危険 つぎの〔ケース4〕は、解除前の滅失の危険負担を問題とする。

〔ケース4〕 前述の〔ケース2〕において、Xが契約を解除する前に、工場が当事者に帰責事由なく焼失した例を考えよう。

ここでは、〔ケース1〕と同じく、滅失にかかわらず解除権が存続するか、を問題としなければならない（548条2項参照）。

(e) 買主の不履行 以上が、買主が解除する場合であるのに反して、つぎの〔ケース5〕は、買主の不履行（たとえば割賦代金の不払い）を理由に売主が解除する場合である。

〔ケース5〕Yは、Xに工場を売却し引渡したが、Xは代金を一部しか支払わない。YがXの残額の不履行を理由として契約を解除したところ、目的たる工場は焼失していたとする。

目的物の引渡の結果、危険は買主に移転したのであるが、解除の結果、売主の代金請求権が消滅するとすれば（受領ずみの代金も返還しなければならず、他方、買主は滅失につき帰責事由がなければ、返還義務をおわず）、危険は、売主に復帰することになる。

しかし、それでは、買主の不履行責任を追及しようとした売主の意図は達成されない。ここでは、目的物を返還しない買主は、代金を支払わなければならないのではないか（つまり解除が行われても危険を転嫁することはできない）、が問題である。あるいは解除によって買主が代金債務を免れるとすれば、目的物に代わる価額の返還をするべきではないか、が問題である。

なお、解除後に工場が滅失した場合にも、目的物を返還しない買主が、代金を取得しうる（返還請求できる）のはおかしいのではないか、が問題となる。不履行の買主（履行および返還につき）が、危険を負担すべきだからである。

(4) 清算関係 (ア)解除と清算 (a) (i) 上の制度間の調整を考える上では、以下の諸点を考える必要がある。

第1は、清算関係における危険負担としての観点である。給付目的物の瑕疵に対する救済手段としては、担保責任にもとづく解除権がある（570条・566条1項1文）。解除権が行使される前には、いうまでもなく売買目的物に関して、買主は給付債権者であり、売主は給付債務者である。しかし、解除権が行使され契約が清算関係に転換されたときには、買主を返還債務者、売主を権利者とする新たな関係にそくして危険負担を考察することができる。解除の意思表示後の毀滅は、この関係にそくして解決されなければならない。

この点につき、従来の有力説である解除の直接効果説によると、解除の効果として契約関係は消滅し、代わって法定の債権関係である不当利得返還請求権の性質をもつ原状回復請求権が生じる。そこで、この請求権は当初の契約とは無関係であり、契約の効力は当然には及ばない。そこで、契約の効果を定めた規定である533条以下の適用はないとされる（546条は創設的規定となる）。これに対し、

間接効果説によると、解除の結果生じた原状回復請求権は、当初の契約のままもどしであり同一性を保つとされる。そこで、後者による場合には、533条以下の適用が認められるのである(546条は確認的規定となる)。

しかし、近時の不当利得の類型論によれば、無効・取消・解除によって生じる返還請求権は、給付利得の性質を有し、当初の契約のままもどしとしての性質を有する。そして、給付利得返還請求権は、当初の契約の変形であり契約法の諸規定に服する。そこで、直接効果説によっても、533条以下の適用が認められ、結局、直接効果説・間接効果説の対立は、解消されたとみることができるのである。

(ii) その筋道について、簡単にふれておくと、解除権が行使されれば、買主は受領した物を返還し、売主も受領した代金を返還しなければならない。そこで、滅失のために目的物を返還できない買主が(給付では債権者、返還関係では債務者)、代金の返還をも請求できなくなるとすれば、危険は同人が負担する結果となる(債務者主義)。逆に、代金の返還だけはなお請求可能だとすれば、危険は売主(給付では債務者、返還関係では債権者)の負担となる(債権者主義)。すなわち、契約関係を反対方向に転換することによって危険負担を考えることも可能である。

一般的には、清算の関係においても、返還義務相互の牽連関係を考慮することが必要である(536条1項の適用)。すなわち、目的物を受領し返還しえない買主は、危険を負担しなければならず、解除によってもこれを売主に転嫁しえないのが原則とみななければならない(債務者主義)。解除の間接効果説的な考慮および不当利得の類型論の考え方からすれば、返還の関係でも、契約の履行の過程とパラレルな関係が生じるから、当然の結果となるのである。

もっとも、返還関係でも牽連関係をとるとの原則自体には疑問のよちがないとしても、その範囲はなお問題たりうる。この原則は、たとえば、目的物をなお受領していない買主(返還関係では既返還とみなしうるので、売主負担)あるいは目的物を受領することによって契約の目的を達成した買主(履行をうけた同人の負担)については、あてはまる。また、買主の不履行によって売主が契約を解除する場合にもあてはまる(返還しない買主の負担。その方途には争いのよちがある<sup>152)</sup>。双方向的な履行および返還の関係を認めるべきだからである。

しかし、目的物の瑕疵の結果、契約の目的を達成しえない買主（あるいはより広く法定解除権を取得した買主一般）についても、そういえるかが問題であり、債務者主義を返還の関係にも適用するさいの限界を探ることが必要である。

(b) 第2は、解除権の存否の観点である。(a)(ii)とは異なり、解除の意思表示前には、なお清算関係は成立していない。しかし、当事者のじっさいの利益状況は、(ii)の場合とそれほど異なるべきものではない。(ii)の場合との均衡と、その考慮をどう危険負担に反映させるか、が問題となる。ここで、滅失の結果、目的物を返還できない買主が、なお解除権を失わない(548条2項)とすれば(そして、買主が不能により原状回復義務を免れても、売主の原状回復義務だけは存続するとすれば)、危険は、売主が負担することになる。

逆に、買主が解除権を失う(548条1項)とすると、危険は、買主が負担することになる。解除権の存否が、危険負担の問題の先決事項となる。そこで、ここでは、解除権の存否と危険負担とを、いかに調和させるかが問題となる。あるいは、買主が解除権を失わないとしても、その行使にあたっては、必ず自分も受領したものに代わる価額返還をしなければならないとすれば、危険が売主に転嫁されることはなくなる。後者の構成は、買主に帰責事由のある場合に関して普通法上唱えられた。買主に帰責事由がない場合にも、そういえるかが問題である。もっとも、解除と同じく契約関係の清算をもたらす契約の無効・取消のさいの不当利得(給付利得)返還請求権に関しては、(受領したものの)価額返還が認められる(日民704条。ド民818条3項の否定)。両者の統一的な解決方法が探られる必要がある。

解除の意思表示前の関係には、その意思表示後の関係に比してもより困難な問題が含まれているとみられるが、上のような解除権の消滅・存続の問題に関しては、従来の諸国の立法例をみると、かなり詳細な規定がおかれていることが多い。もっとも、その内容は、必ずしも同一ではない。そこで、この解除権の消滅・存

152) 目的物に代わる価値賠償、あるいは解除権は消滅し、解除による危険の転嫁を否定するかである。後者は売主の権利を制限することになるが、売主への危険移転よりは妥当である。売主が、解除の前に物の滅失を知っていれば、解除しないであろうから、解除の意思表示を錯誤により取り消すことも考えられる。

続を検討することが、清算関係における危険負担の問題の解決に資するのである。

(c) 解除権の存否の方法による構成によって、解除権が存続する場合には、危険は売主が負担し、解除権が消滅する場合には、危険は買主が負担することになる。いわば all or nothing の選択的な解決がもたらされるのに反し、清算関係の危険負担の観点からすれば、解除権が存続する場合でも、価値的な返還が可能となり（履行された給付には返還が行われる）、よりきめ細かな解決が行われる。

(i) 取消および無効と清算 (a) 清算関係における給付の牽連関係は、取消による場合にも考慮されるが、詐欺など特定の事由による取消の場合には、べつの問題がある。給付障害に対し契約からの脱退をもたらす価値中立的な制度である解除とは異なり、取消には、それを基礎づけたいわば規範的な考慮が影響するからである。かつては、解除についても、これを債務不履行に対する制裁とする思想があり、これによる場合には、清算関係における牽連関係を否定することが行われた（解除権の存続を認める548条2項＝ド民旧350条。たとえば、瑕疵担保解除をするさいには、買主の解除権を認めて、買主のもつて目的物が滅失した場合でも、解除し代金を取戻しうるとするもの）。他の契約解消事由においても、とりわけこのような制裁的思想が強く考慮されるべきものとして詐欺や強迫の場合がある。

詐欺取消の場合でも、同時履行の主張ができるかには疑問のよちもあり、詐欺者に対しては、目的物を返還するまで代金を返還しないと主張させないことまでが（売主の詐欺で、買主が取消をする場合に、買主による代金の取戻を確実にする。逆に、買主の詐欺で、売主に目的物の返還を確保させるために、返還するまで代金も返還しないと売主に主張させる類型もある）、詐欺取消を認めることの規範的意義に包含されるとすれば、同時履行の関係を制限するよちがある（ドイツの一部の裁判例）。日本では、不当利得返還義務が相互に同時履行の関係にあることを肯定した裁判例がある<sup>153)</sup>。なお古い裁判例は、双方の請求権を別個のものとして牽連関係を否定した（錯誤無効の場合につき、大判昭2・12・26新聞2806号15頁）。価値中立的な契約解消方法である約定解除では、このような規範

153) 未成年取消につき、最判昭28・6・16民集7巻6号629頁、詐欺取消につき、最判昭47・9・7民集26巻7号1327頁、東京地判昭61・10・30判時1244号92頁。



的意義を考慮する必要はない。また、制限能力者の取消では、その償還義務は、現に利益をうける限度に制限されている(121条但書)。これは、全額の返還を義務づけたのでは、制限能力による取消の実効性がなくなるためである。

(b) そして、詐欺の場合には、同時履行と同じく、給付の(存続上の)牽連関係についても、詐欺の規範的効力を考えるよちがあり、これを肯定する場合には、詐欺をうけた買主のもとで目的物が滅失しても、詐欺者である売主だけが代金を返還する義務を負担すると解するよちがある(返還関係における債権者主義)。

ドイツ法では、契約の無効・取消による契約の清算の場合に、不当利得返還請求権相互の間には、差額説が適用される。たとえば、80の物を受領した取消権者は、支払った代金100との差額20を請求できるだけであるから、取消権者(買主)のもとで物が滅失した場合には、みずから危険を負担しなければならない。かなり早くからライヒ大審院(RGZ)は、交換説を否定した(RGZ 54, 137)。給付の相互関係が考慮されたのである。なお、詐欺をうけた売主が取消す場合には、買主のもとで目的物が滅失しても、詐欺者である買主のみが代金の返還請求権を有することにはならず、差額説のもとでは、売主の差額請求権が生じることになる(実質的には買主=返還債務者の危険負担)<sup>154)</sup>。

しかし、買主による取消権の行使の場合には、つぎの交換説の可能性がある。交換説(物の返還請求権と代金100の返還請求権がそれぞれ発生する)のもとでは、取消権者である給付受領者〔もとの買主に相当=返還義務者〕の目的物返還は、目的物の滅失によって不能となり、給付者〔もとの売主〕の代金返還義務だけが存続する<sup>155)</sup>。これは、ド民350条=日民548条によって解除権が存続する場合と同様の結果をもたらし、給付者(返還関係の債権者=売主)の危険負担によって、契約関係の清算の諸場合を統一するものとなる。すなわち、給付受領者(取消権者、解除権者)は、契約の無効・取消・解除のすべての場合に、危険を免れ

154) 差額説を妥当とするものとして、松坂佐一・事務管理・不当利得(1973年)226頁。もっとも、交換説でも、買主に価額返還を義務づければ、その負担となる。

155) 我妻栄・民法講義V4(1972年)1090頁は、交換説を前提に、買主は返還義務を免れ、売主は返還義務を免れないとしても、売主の「関与の程度と態様を斟酌して」、売主の返還義務を縮減するのが妥当という。

るのである<sup>156)</sup>。もともと、2002年の債務法現代化法は、旧350条を廃止したから、解除による危険の転嫁は否定された(解除権の存続する場合でも、価値賠償が必要である。ド民346条2項3号)。つまり、返還関係における債務者主義である(買主が実質的な価値を受領していた場合には、これが妥当であろう。牽連関係を主張する学説はこれを前提にしている)<sup>157)</sup>。

ただし、取消の場合に、制裁的な思想を完全に払拭できるかには疑問があり(買主が実質的な価値をほとんど受領していない場合が多い。牽連関係を重視しない学説はこの場合を前提にするとと思われる)<sup>158)</sup>、少なくとも詐欺や強迫では困難があろう(つまり詐欺がなければ、およそ買主のもとで目的物が消滅することがありえないとして)。また、取消には、そのような規範的拘束が強いことから、清算関係は、制度それぞれに固有の問題となる(つまり、売主=返還関係の債権者主義といっても、534条1項の類推ではなく、536条2項の類推にあたりと考えるかが問題である)。

また、当事者の一方のみが給付した場合にも、差額説は適用しえない。たとえば、売主のみが履行し、買主のもとで滅失した場合である。当事者に帰責事由がなければ、買主=返還債務者は返還を免れ、売主のみが危険を負担することになる。これは、双方が給付した場合に危険を買主(返還債務者)が負担することに反する(ドイツには多様な制限説がある)。わがくにでも、これを回避するために、これがなお未履行給付の法律関係と対価関係にたつとみる<sup>159)</sup>、あるいは履行

---

156) 【II】104頁、107頁注7)参照。

157) 買主が実質的な価値を受領していた場合には、価値賠償が妥当である。相互返還による牽連関係を主張する学説はこれを前提にしていると思われる。たとえば、内田貴・民法II(1997)97頁は、548条2項につき、XがYに古絵巻物を売却し、贖物であれば解除できる特約があった場合につき、引渡・代金の支払後に、大地震により物が滅失したという例で、Yは解除権を失わないとし、また、原状回復につき、「原状回復の局面で適用すべき危険負担の原則は、牽連性に関する原則ではなく、『各人は自らの支配領域で生じたりスクを負担すべし』という発想」であり、Yは、目的物滅失の危険を負担し、Yの原状回復義務は物の時価相当額の返還義務として存続するとともに、これと引き換えに代金の返還を求めることができる」とする。

同書も、実質的に買主が利益をえていることを前提にするのであろう。たとえば、代金100、物の価値70で、自分も70を返すべき場合である。一方的な返還では不公平になるからである。

不能による債権消滅の例外を認める<sup>160)</sup>などの見解がある。なお、先履行されたものが金銭の場合には、その不能はないから、売主はつねに返還を義務づけられる。給付利得に返還義務の軽減がないことは(704条)、買主の返還関係にも類推できるから、(給付の相互性を前提とするかぎり)は買主もつねに価額返還の義務を

- 158) 前注157)の見解に対し、新田・前掲論文33頁(前注126))は、「買主は契約を解除して、自らは返還義務を免れ、代金返還を請求できる」と批判する。その効果は、売主負担である(危険の転嫁)。この場合には、買主が利益をえていない場合、たとえば、代金100で、物の価値が0ないし10であり、100の返還請求をする場合に、10の価値賠償にはほとんど意味がないといった場合を想定するのであろう。

贖物といっても、名人の作品として買い、贗作ならいらないとして買う場合も(買主の利益が達成されない場合)、当該の作品そのものが気に入って買う場合もあろう(真作であることは、価格を左右するが、必ずしも契約の要素ではないという場合である。つまり買主の利益が達成される場合)。つまり、契約をした目的が達成されるかの観点が不可欠である。後者は、本来は、解除権の発生が不要な場合でもあり、解除権の性質をどう把握するかにも関わっている(約定解除によって、それでも解除するなら、価値賠償が必要となる)。新田説は、自説が現代化法と同じとするが、現代化法では、価値賠償が免責されるのは法定解除だけであるから、約定解除による上の設例では、価値賠償が必要(危険は転嫁されない)となり、異なる結果となる。ここで、約定解除の場合でも価値賠償が不要とするには、約定解除にも法定解除と同じ場合がありうるというワン・クッション(贖物では買主の利益が達成されない)を必要とする。

ちなみに、判例は、売主に所有権がないことにより、買主が追奪され、給付物を失った場合に、買主は、物の返還に代わる価格返還義務をおわないとした(最判昭51・2・13民集30巻1号1頁)。売主の帰責事由がある場合といえ、買主はなら利益をえていないから、当然に返還義務をおう必要はない。ただし、同判決は、使用利益の返還義務を認めた。これは買主が取得しているからである。また、事案は、自動車の売買のケースであり、自動車のように利用による減価が激しいものは、物の価値は使用価値に化体するともいえるから、実質的には、場合によっては、物の価額返還をも認める可能性を有しているのである。これらについては、【判例】232頁以下、239頁参照。

なお、新田・前掲論文33頁は、前注157)の文献に対して、同97頁は、548条1項につき、解除権者による目的物の滅失・既存の場合には、解除権が消滅するとし、「この規定により、返還すべき物を自らの過失で壊した当事者は、常に解除される側であることになる」とするが、「この意味が分からない」とし「『解除される側』ではなくて『請求される側』の間違いか」と指摘する。

たとえば、解除権を有する買主が、「過失」で壊した場合には、解除する側であり、かつこれが、典型的な事例でもあろう。解除権の消滅は、返還関係における相互の返還関係の代替規定といえるものである。すなわち、上の例で、買主が価値賠償をし、代金の返還を請求する(交換説)手続を不要とするものである。

- 159) 川村泰啓・「給付利得制度」判評143号7頁ほか。  
 160) 加藤雅信・事務管理・不当利得(1999年)153頁、なお、同・財産法の体系と不当利得法の構造(1986年)452頁参照。詐欺の規範的効力は不法行為法によるものとする。同475頁注40)。

おうと解される（取消の規範的効力の範囲の問題には立ち入らない）。

現代化法は、「法定解除」の場合には、価値賠償を要しないとした（346条3項）。すでにみたように、ここでは、形式的に法定されているかどうかということよりも、法定解除が認められるほど、義務違反の程度がいちじるしいとみることができるかが問題である。そのような場合には、買主が実質的にも利益をえていないことから、当事者の利益の規範的な判断からすると、その返還義務を認める必要がない場合が指されているのである。私見では、法定解除かどうかという形式的な区別よりも、解除権者が契約をした目的を達成したか、それによる利益を取得したか、の実質的な判断がより重要である。

そうすると、買主がほとんど利益をえておらず、約定解除であっても、法定解除に準じる場合がありうる。この場合にも、違反の程度がいちじるしいことから、解除して、価値賠償は不要（売主負担）ということになる。これに対し、実質的な利益をえている場合には、解除しても、価値賠償が必要（買主負担）ということになる。

前者は、548条2項の場合に、形式的には、解除権は存続し、危険の転嫁が可能であるから、自分の返還は不要で、代金の返還請求は可能（売主負担）とする場合と等しいことになる。

(c) 無効にも、同じ問題がある。たとえば、買主が錯誤による無効を主張する事例において、買主のもとで、目的物が滅失した場合には、返還義務を免れながら、代金の返還を請求することができるか疑問である。とりわけこの場合には、自分の錯誤を理由とするからである。ちなみに、ドイツ法のもとでは、錯誤の効果が取消であるから（119条）、上の取消権の消滅が問題となるが、日本法のもとでは、無効であり、これを絶対的に解するかぎり、買主はつねに返還の主張ができることとなる（実質的に売主＝返還債権者の負担。なお、価値賠償の詳細については立ち入らない<sup>161)</sup>。

同じ無効でも、公序良俗違反による場合には、べつの考慮が必要となる。売主の側に公序に反する行為があった場合には（たとえば、暴利行為）、買主がつねに返還を主張できることは、公序による無効の規範的な範囲に属する（買主の下で滅失、免責の場合）。しかし、買主の側に公序に反する行為があった場合には

(同じく暴利行為)、逆に、返還の主張は、無効の回復を認めない契機となる。不法原因給付による返還請求権の制限がこれである(708条)。すなわち、不法原因給付は、清算関係の問題の一部を独立した制度としたものにほかならない。

取消と同様に、無効も、それぞれのもつ規範的拘束が強く、各制度の固有の性質を検討する必要性が強い。多くは、給付の均衡による判断と一致する可能性があるが、必ずしも単純な牽連関係だけでは片づかない場合となる。

---

161) たとえば、買主が安価な物を高価品と誤解して買った場合である。自分の錯誤を主張しながら、返還義務の免責や軽減を主張することになる。この類型の錯誤には、つねに無効の主張者がみずからの錯誤を理由としていながら、自分の義務の軽減を主張する関係がある(基本的に価値賠償が必要となる)。

逆に、売主の錯誤の場合、売主が高価な物を安価品と誤解して売った例では、無効主張の相手方が返還義務の軽減を主張する関係となる。Aが高価な壺を安価にBに売却し、引渡した後、Bのもので壺が盗まれたケースにつき、Aが売買契約の無効を主張したという例で、前掲の内田II 552頁(前注157)は、Bの支配領域の滅失の危険はBが負担するとし、時価を賠償させ、これとAの代金返還債務が同時履行の関係に立つとする。なお、前述の〔ケース5〕参照(買主に不履行があった場合で状況は異なる)。

同事例は無効の主張後に盗難にあった場合であるが、それでは明らかに返還義務が生じているので、ここでは無効の主張前に盗難にあった場合(まだ返還関係が成立していないから、無効主張権の存続そのものも問題となる)を考えると、錯誤による無効の主張は、売主の保護のためのものにすぎず、財貨移転の原因を作ったAの責任を無視することはできない。単純に、たがいに返還するべきものとも、それが不能ならとも返還しないともいえない。ただし、事例では、Bが実質的に取得した利益の限度で返還すればたりと解される。ちなみに、前注160)の見解や同書は、時価で返還して、Aの不法行為責任をいうが、それでは迂遠であろう(不法行為の立証責任を錯誤の相手方であるBの負わせるべきではない)。この場合の価値賠償は、給付利得であっても(一般に、給付利得そのものは利得の軽減はないが)、原状回復に代わる価値賠償義務であり、原状回復の内容には、信義則や返還義務の規範的制限が適用されるのである(立法論的には、錯誤の主張には損害賠償義務が伴うべきであり、返還関係にもその考慮が働く)。現代化法的に言えば、法定解除(取消や無効の主張もこれに準じる)の場合には、解除権者には価値賠償は必要ないが、これは、相手方の原因を理由とするからであり、逆にみずからの原因(売主の錯誤)を理由とする場合には、相手方の価値賠償の消滅や軽減を甘受する必要があるということになる。前注64) 134)をも参照。

ちなみに、前述の〔ケース5〕は、買主の割賦金不払いを理由として、売主が解除した場合である。解除権者に解除の原因がなかったケースであるが、この場合には、解除権の相手方の原因を理由とするから、(法定解除でも)その相手方の価値賠償が軽減されることはなく、買主は、価値賠償を義務づけられるのである。