

ドイツ法における「契約結合 (Vertragsverbindungen)」問題

——契約の一体性と一部無効・一部解除問題——

中 川 敏 宏^{*}

- I はじめに
- II 契約結合をめぐる議論の状況
- III コンピュータシステム供給事例の考察
- IV 検討

I はじめに

1 問題の所在

現代社会においては、様々な財貨やサービスが組み合わされた商品が生み出され取引される。また、今日における分業体制のもとでは、資金決済や物流の簡易化のため、しばしば、商品交換の当事者以外の者が取引関係に介在する。それに伴い、契約の内容のみならず、当事者により用いられる契約形式も複雑さを増している。しかしながら、民法典が予定する法律関係は、基本的に、二当事者間における単一の契約をめぐる権利義務関係である。そこで、複雑な契約関係から生じる諸問題に対応するための新たな契約構造の理解が必要とされる。

この点につき、かねてから混合契約論という形で、非典型契約の法的処遇が論じられてきた。わが国の議論に大きな影響を与えたドイツの混合契約論は、民法典制定直後の20世紀初頭より活発に論じられ、多様な態様で生じる混合契約の法的構造を分析し、新種の契約に対して民法典上の典型契約規定がどのように適用されるかの解明を試みた。わが国では、とりわけ大正期に、ドイツ法の議論を参

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程
『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第1巻第3号2002年11月 ISSN 1347-0388

照する形で混合契約論が展開されたが¹⁾、その後、類推適用説の通説化、契約の実体に対する具体的な検討の追求という傾向の下で、混合契約論はさして発展せず、衰退の一途を辿った²⁾。しかしながら、近時になって、多様な形態で生じる複合的な取引関係の問題に対して、新たな視点からのアプローチが試みられている。クレジット契約やリース契約など個別の問題領域における議論のほか、二当事者間の複合的な取引に関して、スポーツクラブ会員権付きリゾートマンション事件判決（最判平成8年11月12日民集50巻10号83頁）³⁾の出現を契機とした契約の個数論や複合契約観の提唱は、そのような試みのひとつである。

本稿も、複合的な契約の構造理解や契約の一体性に関する判断構造の解明に向けたものである。その際の検討素材として、ドイツの混合契約論の一部をなす「契約結合（Vertragsverbindungen）」の問題を取り上げたい。わが国で、ドイツの混合契約論に対しては、類推適用説が通説化した以降ほとんど関心が向けら

- 1) 20世紀初頭のドイツ法の議論を参考に混合契約の分類と法適用のあり方を論じた三浦信三「混成契約ノ彙類及ヒ解釋」法協31巻4号567頁、5号772頁、6号948頁（1913年）、嘩道文藝「混合契約論の研究」京都法学会雑誌10巻10号1頁、11巻9号23頁（1915年）がある。
- 2) わが国における混合契約論の展開については、河上正二『『混合契約論』』についての覚書」法学56巻（1992年）409頁、大村敦志『典型契約と性質決定』（1997年、初出1993～95年）とくに29頁以下。なお、契約の現実類型を重視する北川教授は、混合契約論が十分な発展を見なかったことを「混合契約の衰退」と表現され、その理由として、混合契約論は契約構造解明・形態分析には有用であるが、具体的な問題を解決するためには改めて当事者意思の解釈を必要とするためであるとされる（北川善太郎『債権各論（民法講要IV）』（1995年）108頁）。
- 3) 本判決の内容はすでによく知られているので詳述しないが、リゾートマンションの売買契約と同時に締結されたスポーツクラブ会員権契約の債務不履行に基づいて前者の契約をも解除しようとしたものである。学説上、本判決の結論に異論は見られないが、理論構成として、売買契約と会員権契約とを二つの独立した契約と見た上で、両契約の目的の密接関連性及び全体としての契約目的達成の可否に着目して解除の範囲を判断した点をめぐり、評価が分かれる。本判決の解説・評釈として、近藤崇晴・ジュリスト1107号130頁、北村実・法時69巻12号103頁、金山直樹・法教201号114頁、池田真朗・NBL617号64頁、水辺芳郎＝清水恵介・日本法学64巻2号223頁、原啓一郎・判タ978号71頁、山本豊・判タ949号48頁、渡辺達徳・法学新報104巻4・5号161頁、大村敦志・平成8年度重要判例解説68頁、河上正二・判例セレクト'97（法教210号別冊付録）20頁、同・判評470号175頁、本田純一・私法判例リマックス16号35頁。

れていない⁴⁾。しかしながら、近年における契約の個数や契約の一体性といった議論との関わりでは、なお参照すべき点が残されていると思われる。後に見るように、ドイツの混合契約論では、異なる契約定型が混合した契約に対する民法上の典型契約規定の適用問題が論じられるに先立って、契約の一体性に関する問題が取り扱われている(「契約結合」の問題と称される)。一個の一体となった契約についてのみ、典型契約規定の適用のあり方が論じられるのである。また、ここの契約の一体性に関する問題は、一部無効の問題とも大きく関わっている。すなわち、外形的に複数の契約間の法的な一体性が法律行為の一部無効規定(ドイツ民法[以下、BGB] 139条⁵⁾)の適用を介して認められている。わが国において、契約の個数や契約の一体性をめぐる問題と一部無効問題とが連続的なものであることはつとに指摘されているが⁶⁾、必ずしも十分な議論が尽くされているとはいえない。これまで一部無効論自体が十分に論じられていないことや、法律行為の個数論というやや抽象性の高い問題の解決の必要性が乏しかったことなどから、法律行為の個数論と一部無効問題との関わりはあまり意識されてこなかった

-
- 4) もっとも、近時になって、河上教授は混合契約論の再考を促している(河上・前注(2))。また、湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」『講座現代契約と現代債権の展望5』(1990年)3頁、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約—リース契約を手がかりにして—」加藤古稀『現代社会と民法学の動向(下)』(1992年)277頁なども参照。
- 5) BGB139条「法律行為の一部が無効である場合において、無効である部分がなくても当該法律行為がなされたであろうと認められない限り、法律行為全体が無効である。」なお、2001年末に成立した債務法現代化法(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)により、BGBの債務法は大きく改正された。以下では、原則として、2001年12月31日まで有効であったBGBの規定を(旧)～条、2002年1月1日から施行された現代化法に基づく規定を新法～条と表記する。また、改正されない条文は、単に～条と表記する。
- 6) 古くは、一部無効の問題との関連で法律行為の個数論に触れるものがある。例えば、中島玉吉博士は、一部無効の問題が生じるには法律行為が一個であることが必要であり、外形的に一個と見える場合であっても、実際には数個の法律行為が結合している場合には、その一方が無効であっても、一部無効とは称されないとする(中島玉吉『民法釈義・巻之一総則編』(1911年)660頁)。また、田島順博士によると、一部無効の理論は、数個の法律行為が当事者意思等により全体として一個の行為とされており、そのうちの一部が無効である場合にも準用されるべきであるとされる(田島順『民法総則』(1938年)428頁)。さらに、しばしば一部無効問題との関連で、金銭消費貸借契約と稼動契約との不可分一体性を認めた芸娼妓契約のケース(最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁)が言及されている。

ように思われる⁷⁾。しかしながら、法律行為ないし契約が一個か複数かの決定は、その後の法的処理の判断枠組みを決める必要不可欠な第一次的作業として、重要な意義を有している。思考構造上、これまで考えられてきた一部無効の判断枠組みは、一つの法律行為が問題となる場合にはじめて適用されるものである。それゆえ、契約の一部無効問題（さらにそれに隣接する一部取消・一部解除問題）の解明にとっても、契約の個数や契約の一体性の問題は避けて通れない問題である。その点から、ドイツ法において、一部無効問題の枠組みの中で、契約の個数や契約の一体性の問題が扱われていることは興味深い。また、契約の個数や契約の一体性の問題は、スポーツクラブ会員権付きリゾートマンション事件のように、契約解除権の一体的行使の可否との関連で生じることもあるが、そこでも、契約の個数論と一部解除問題との関係について十分な議論はされていない。

そこで、本稿では、契約の個数・契約の一体性に関する問題に相当するドイツの契約結合問題を取り上げ、わが国における議論への示唆を得たい。以下では、まず、ドイツにおいてこの問題がいかなる理論的基礎の下で論じられているか（混合契約論・一部無効問題・一部解除問題との関わり）を考察し（Ⅱ）、つづいて、具体的な事例考察の必要性にから、ドイツにおいて、近時しばしば契約の個数・契約の一体性が問題となるコンピュータ・システムの供給をめぐる事例について考察する（Ⅲ）。本稿は日本法での解釈論にまで及ぶものではないが、以上のドイツ法の議論を考察することは、わが国における議論への重要な示唆を与えると思われる（Ⅳ）。

2 近時のわが国における議論

ドイツにおける議論の考察に先立ち、近時のわが国における議論状況を確認し

7) 近時では、この点に対して一定の配慮が見られる。例えば、大村敦志『基本民法Ⅰ』（2001年）86頁以下は、通常の一部無効の問題とは別に「無効の範囲の拡大」の問題を扱い、外形的に別個の契約を一つの契約と考えるならば、無効の範囲の拡大というまわりくどい考え方をする必要はないが、一つの契約とは言いにくい場合にはその考え方によるしかないという（同「契約内容の司法的規制（1）」NBL473号（1991年）41頁も参照）。また、道垣内教授が一部追認・一部取消との関連で契約の個数の問題を検討しているが、これについては後注（12）参照。

ておく。契約の個数や契約の一体性に関わる問題につき、かねてからクレジット契約やリース契約などの個別的問題領域での研究は多数存在するが⁸⁾、三当事者の契約関係のみならず、より原型的な二当事者の契約関係をも視野に入れた一般的なレベルでの検討は決して多くなく、議論は緒に就いたばかりである⁹⁾。

(1) 「契約形式の組み換え」論

まず、複合契約取引における「契約形式の組み換え」を提唱される山田誠一教授の見解が注目される。山田教授は、「複数の契約によってはじめてその取引を行なう当事者が企図した経済的な利益の移転が完結する取引」を「複合契約取引」と呼び、「ある取引のためのその当事者が選択した契約形式と異なる契約形式をその取引にあてはめる」という操作（「契約形式の組み換え」と称される）の可能性を検討している¹⁰⁾。同教授は、当事者により選択された契約形式に対する裁判所の介入を積極的に認めることを提唱する。すなわち、当事者が選択し

8) これらの研究については枚挙に暇がないが、さしあたり、北川教授の見解を挙げておく。同教授は、複数の契約が相互に関連して一つのまとまりを作るという契約現象を契約結合として把握すべきことを提唱し、割賦購入あっせんについては、売買契約の不成立・無効・解除は与信契約の解除条件となっているとする（北川善太郎「約款と契約法」NBL242号（1981年）83頁、「立替払契約について」国民生活13巻4号（1983年）12頁）。

9) 以下で見る諸見解のほか、河上正二「複合的給付・複合的契約および多数当事者の契約関係」法教172号（1995年）48頁は、複合的契約関係における問題点の整理と行う。また、松本恒雄「サービス契約の法理と課題」法教181号（1995年）65頁は、サービス契約との関連で契約の複合化を取り上げ、議論の便宜として、「二当事者関係の中でいくつかの典型契約の特徴を部分的に備えた契約が締結されている場合」を「複合的給付契約」、「当事者の数が三ないそれ以上に増え、複数の多面的な契約が結合しているが、顧客からは全体として一個の複合的契約をなしているように見える場合」を「契約結合」と称する。さらに、大村敦志「合意の構造化に向けて—『契約の成立』に関する立法論的考察を機縁として—」『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—（別冊 NBL51号）』（1998年）31頁（とくに46頁以下）は、合意の構造化という視点から、合意を「分節化」したうえで各部分の関係を問うことの必要性を説く。さらに、千葉恵美子「『多数当事者の取引関係』をみる視点—契約構造の法的評価のための新たな枠組み—」椿古稀『現代取引法の基礎的課題』（1999年）161頁、橋本恭宏「システム（ネット）契約論序説—契約の複合化と民法—」椿古稀『現代取引法の基礎的課題』（1999年）317頁、大村敦志『消費者法』（1998年）131頁以下及び190頁以下、本田純一『契約規範の成立と範囲』（1999年）197頁以下なども参照。

10) 山田誠一「『複合契約取引』についての覚書（1）（2）完」NBL485号30頁、486号52頁（1991年）。

た契約形式が当事者が企図した取引の経済的実質から逸脱する場合に、裁判所は、当該契約形式を経済的実質にふさわしい契約形式に組み換えることができ、それにより、複数の契約間の一体性や牽連性という判断を経ることなく、裁判所の判断の基礎を端的に明らかにすることができる¹¹⁾。

上述の契約形式の組み換え論は、当事者が選択した契約形式を裁判官があらためて性質決定することにより、判断枠組みとして不明確な契約の一体性の判断を経ることなく、取引の経済的実質に即した判断が可能となるところに、その独自性が見られる。しかしながら、そのような手法によって、契約の一体性の判断が必要とされないと断ずることができるであろうか。すなわち、契約の性質決定において決定的である当該取引の経済的実質を認定する際に、当該取引における諸給付の関連性・相互依存性の判断がやはり必要であろう。そう考えると、複合的な契約の法的処理を分析する作業においては、契約に含まれる諸給付の一体性や関連性の有無を探る作業と、民法典上の典型契約等との関連で、問題となる契約をいかなる契約類型として性質付けるかという作業との相互に関連しつつも本質的に異なる作業が含まれている。そのような判断構造の中で、契約の個数・契約の一体性の問題がどのように位置付けられ、いかなる意味を有しているかを問題にする必要がある。

(2) 最判平成8年11月12日を契機にした議論

つづいて、最判平成8年11月12日の評釈・解説として現れた見解である。ここでの議論の端緒は、近藤調査官の「契約解除の可否という観点から同一当事者間の債権債務関係を見る場合に、その間の契約の個数が一個であるか二個以上であ

11) 山田・前掲 NBL486号54～55頁。具体的には、売主・買主間に現金払の売買契約、信販会社・買主間に立替払契約があるという契約形式が当事者により選択された割賦購入あっせん取引において、その経済的実質が、信販会社が売主・買主間の売買契約を成立させるために買主の支払能力に着目して信用を供与したというものであった場合には、売主・買主間に代金賦払の売買契約が締結され、売主・信販会社間に売主が有する賦払売買代金債権の売買契約が締結されたという契約形式に組み換えられる。これにより、売主・買主間の契約は割賦販売として割賦販売法の適用を受け、さらに、金融機関が買主から分割支払を受けるのは、売主から買い取った売買代金の支払としてであるから、その代金債務については、買主は信販会社に対して、売買契約上の法律効果を主張しうることになる、とされる(NBL486号57頁)。

るかは、それほど本質的な問題であるとはいえない」との主張である¹²⁾。これに対して、多くの学説は、契約の個数の問題は、議論の枠組みを決める上で有用かつ必要であると主張している。

①金山教授は、契約の単位は実質的な法的財貨単位で考えられねばならず、つまり「何に対して対価が支払われたか」を考慮することである、また、理論構成としては、解除の効果が及ぶ範囲がこのような観点から評価された契約の単位と一致するのが望ましい、とされる¹³⁾。

②大村教授は、契約を一個と見るアプローチ（「総合的アプローチ」）と契約を二個と見るアプローチ（「分析的アプローチ」）のいずれをとるかによって、視野に入れて考えるべき隣接問題が異なり、また一個の見て考えることが許される場合（契約類型としての成熟度が高い場合）と二個として考えなければならない場合（契約類型としての成熟度が低い場合）とでは、そこで用いられる思考様式は同一ではなく、契約構造の理解のためには契約の個数論が必要不可欠であるとされる¹⁴⁾。

③池田教授は、当事者間で同時に複数の契約が結ばれた場合、それらの契約が集合（ひとつのパッケージ）として当事者の企図する契約上の利益を実現する構造

12) 近藤・前注(3) 131頁。同様の考え方を示すものに、道垣内教授の見解がある（道垣内弘人「一部の追認・一部の取消」星野古稀『日本民法学の形成と課題上』（1996年）293頁）。同教授は、一部追認・一部取消との関連で契約の個数の問題を検討し、アメリカ法の議論に示唆を得て、「結局、契約の個数、法律行為の個数、という概念は重要な意味をもっていない。複数の法律行為だと判断されても、相互依存関係があれば、追認・取消の可否は一体として決まる。一つの法律行為だと判断されても、一部が独立した対価関係を形成していれば、その部分だけの追認・取消が可能となる。『一つの契約だから』といった表現は、問題の所在を不明確にするものとして、意識的に避けるべきであろう。」とされる。

13) 金山・前注(3) 115頁。また、水辺＝清水・前注(3) 223頁以下は、契約の個数の評価に際して、形式的単位と実質的単位との二義性を率直に認めるべきであるとし、民法541条の解除の対象たる「契約」は、不履行となった債務によって達成しようとした目的との関連で実質的に一個と見うる「契約」の全体であるという。

14) 大村・前注(3) 69頁以下。また、同『消費者法』（1998年）134頁以下は、取引がいくつの・いかなる契約によって組み立てられるかによって、トラブルが生じた場合に影響が及ぶ範囲が左右されるのであるから、一見すると単一の契約であるか疑わしい契約を、どのような契約ユニットに還元するかは、契約当事者にとって重要な意味を持つという。

になっており、その意味でその一個が機能しなければ他を契約した意味がなくなる（一個だけならば契約しないと考えられる）という関係にある契約類型を「複合契約」、さらには「ハイブリッド契約」と称される¹⁵⁾。これは従来の混合契約の発想とは異なる特性を有する。このような契約類型の場合には、個別当事者の主観的意思が不明であっても、全体の集合した契約の内容・構造から当事者の実現しようと企図する利用価値や経済的利益等が外形的・客観的に判断しうる。また、複合された契約集合はそれぞれ一個の契約として分解しうるものではあるが、そのいずれかが不履行となったために全体としての「付加価値」がなくなるのであれば、その不履行を理由に契約の全体を解除しうる。

④河上教授によると、契約の個数は、目的物の性質のほか当事者意思や契約目的に基づく債務内容の解釈によって定まるものであり、とりわけ契約の成否や弁済提供、解消の局面などで「ひとまとまり」のものとして運命を共にすべきものの範囲についての判断と同時並行的に定まるとされる¹⁶⁾。すなわち、契約の個数は、具体的な効果論をにらみながら、当該部分だけを切り取ってもなお、当事者が独立的な対価的計算関係を形成していると評価できるかどうかによる。同教授は、さらに、複合的役務の商品化や複雑化した現代の取引ネットワークを分析する一つの手法として、「枠契約」と「支分的契約」の枠構造を想定するのが有益ではないかとされ、そのような構造に基づいた複眼的な視座が必要であるとされる¹⁷⁾。

⑤宮本教授は、契約が一個か二個かを混合契約と複合契約との分岐点とされた上で、混合契約の解除の問題と複合契約の解除の問題を分けて、とくに債務の態様・構造に着目した解釈論を展開されている¹⁸⁾。混合契約の解除の問題について

15) 池田・前注(3)66頁以下、同・『複合契約』あるいは『ハイブリッド契約論』NBL633号(1998年)6頁以下。

16) 河上・前注(3)判評470号177頁以下。

17) 河上・前注(9)法教172号49頁にも同様の理解が示されている。すなわち、複合的な取引関係の理解においては、個々の契約関係の「分析的把握」と、全体としての契約関係の「総合的把握」が必要であるとされる。また、有料老人ホーム契約の構造理解において「枠契約」の発想を取り入れる河上「ホーム契約と約款の諸問題」下森編『有料老人ホーム契約』(1995年)170頁以下も参照。

18) 宮本健蔵「混合契約および複合契約と契約の解除」法学志林99巻1号(2001年)3頁以下。

ては、基本的債務の不履行の場合と、当事者の特約（付随的約款）により新たな債務が基本的債務に追加された場合とを区別した上で解除の要件を検討し、後者の場合については、さらに、基本的債務と追加された債務との関係に応じて、並列型・主従型・対向型の区別を認める。他方、複合契約の場合においては、契約条項などから複数の契約間に相互依存性が認められる場合を除いて、一方の契約の不履行を理由に他方の契約を解除することはできないが、契約当事者は契約目的の実現を妨げないように配慮すべき義務や給付目的物の価値を減少させないように配慮すべき義務を信義則上の付随義務として負っており、かかる付随義務違反が認められ、契約関係の維持を期待しないと判断される場合には、他方の契約をも解除することができる、とされる。

II 契約結合をめぐる議論の状況

1 混合契約論の展開と契約結合問題

(1) 契約結合問題の理論的位置

外形的に連立している複数の契約がいかなる場合に一体のものみなされるかという問題は、その処理のあり方に違いはあれ、いかなる法体系の下でも生じうるものであろう。本稿が考察の対象とするドイツ法でも、比較的古くからこの問題が論じられている。とりわけ、20世紀初頭に芽生えた「混合契約 (gemischte Verträge)」論の中で、複数の契約の一体性ないし契約の個数の問題が取り上げられ、しばしば「契約結合 (Vertragsverbindungen)」の問題と称されている¹⁹⁾。

19) 歴史的に、混合契約をめぐる議論はローマ法にまで遡るとされるが、BGB 制定後の議論においては、おもに、吸収理論 (Absorptionstheorie)、結合理論 (Kombinationstheorie)、類推適用理論 (Theorie der analogen Rechtsanwendung) の三つのアプローチがある。吸収理論とは、混合契約の構成要素のうちで最も主要なものを決定し、その構成要素が含まれる典型契約の規定を適用するという考え方である。これは、一定の形式と類型の契約のみに訴権が認められるローマ法 (閉じられた契約体系) において支配的な発想であったとともに、BGB の立法者も、製造物供給契約の規定 (BGB651条) 等において、この考え方を採用していたとも言われている。ロットマル (Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Bd.1, 1902, S.176ff.) がその代表的論者である。次に、結合理論は、各種の典型契約に関する規定を分解して典型契約の個々

まず、契約結合問題との関連でしばしば取り上げられる、ローマ法における「物の数、対価の数に応じた数の問答契約が存在する (quot res, quot summae, tot stipulationes)」の原則に触れておきたい。ローマ法においても、いくつかの法文で、問答契約 (stipulatio) の個数についての決定が見られる²⁰⁾。その際、給付内容とされた物 (res) 及び対価 (summa) の数に応じて、問答契約の個数が定められ、それに対応した問答行為が必要とされるのが原則である。問答契約は、当事者が特定の問答をなすことによって、問答をなす原因とは独立に債権債務関係を発生させるものであり、このような言語契約の抽象的性格が、契約の個数の基準を形式的な物や対価の数に結び付けている。もっとも、ここでいう物や対価は、より実体的に理解されることもあり、たとえば、学説彙纂 (Digesta) 45.1.29では、集合体としての金銭 (pecunia quae in conspectu est)、たい積した金銭 (acervus pecuniae)、四頭立ての馬車 (quadrigae)、複数人の籠かき (lecticarii)、複数の遺産 (plura legata) の場合には、外形的に給付の内容が複数であっても、単一の問答契約の存在が認められている²¹⁾。

以上のローマ法における観点は現行法の下では維持されえず、契約の個数という問題に対して新たな観点から考察が行われたのが、20世紀初頭の混合契約論においてである。

の構成要素に関する規定を発見し、これを結合して混合契約に適用しようとする考え方であり、ヘニガー (Hoeniger, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, 1906; ders., *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, 1910; ders., *Das Problem der gemischten Verträgen*, DJZ 1913, 263 ff.) がその先駆者とされる。第三の類推適用理論は、以上の吸収理論及び結合理論に対する批判の上に、シュライバー (Schreiber, *Gemischte Verträge im Reichschuldrecht*, Jher.Jb. Bd.60(1912), 106ff.) によって提唱されたものであり、混合契約の解決を「法的構造の外に」求め、各典型契約の諸規定を類推適用することで具体的に問題を処理しようとする。混合契約論の展開につき、まとまったものとして、Charmatz, *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge*, 1937, Nachdr. 1968, S.294ff.、また最近では、Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I, 1991, S.19ff.

20) しばしば引用される法文として、学説彙纂 (Digesta) 45.1.29; 45.1.75.9; 45.1.86。

21) リーベ (Liebe, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, 1840, Nachdr. 1970, S.159) は、ここでの res は個々の物ではなく、契約上の給付の総体として理解されるべきものであるという。

まず、ドイツ民法典施行後まもない1904年には、レーゲルスベルガー (Ferdinand Regelsberger) が「まとめられた内容を伴う契約か、あるいは複数の契約か」という表題の論文を著し、この問題を論じている²²⁾。本論文は、当時注目され始めた混合契約の問題を念頭に書かれたものであるが、混合契約論の主たる課題である典型契約規定の適用の問題については吸収 (Absorption) か結合 (Kombination) のいずれかが適切であると述べるにとどまり、明確な立場は示されていない²³⁾。レーゲルスベルガーの問題関心は、もっぱら契約の個数の問題に向けられている。そこでは、複数の契約が存在するのか単一の契約が存在するのかは事実問題 (quaestio facti) であり、それを判断する一般的な基準を求めることはできないこと、その基準として当事者の意思のみによるべきではなく、給付間に主物・従物関係 (Zubehöreigenschaft) に類似した経済的な牽連性があるか否かをも考慮すべきであることが説かれている。その内容は抽象的一般的なものとどまるが、この時期にすでに、しばしば現代的といわれる契約の一体性や契約の個数の問題が論じられていることは注目されるべきである。また、当事者意思の解釈のみならず、給付の主従性に契約の個数問題の足がかりを求めた点も重要である。

次に、混合契約の基本形態の分類をはじめて本格的に試み、いわゆる結合理論を唱えたヘニガー (Heinrich Hoeniger) は、混合契約の法的処理として累積 (Kumulation) ・吸収 (Absorption) ・結合 (Kombination) の三つの方法がありうるとしたロットマル (Philipp Lotmar) の見解²⁴⁾に対して、「契約の累積 (Kumulation der Verträge)」の問題と「法的効果の吸収又は結合 (Absorp-

22) Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?, Jher.Jb. Bd.48(1904), 453ff.

23) a.a.O., S.464. そのため、混合契約論をめぐっては、その後登場した見解 (ヘニガー、シュライバー) がとくに注目されてきた。しかしながら、レーゲルスベルガーが契約の個数の問題を指摘した意義は小さくないと思われる。Vgl. Char-matz, a.a.O., S.296.

24) Lotmar, a.a.O., S.176ff. ここで、ロットマルは、BGB651条、675条等の諸規定について考察した上で、「諸給付が並存して定められたとしても、各給付が他の給付に対して独立性を保持している場合には、それらは特別の契約の対象を形成する。そうでない場合には、吸収が行われる」と述べ、いわゆる吸収理論を採用する。

tion oder Kombination der Rechtsfolgen)」の問題とはそれぞれ別の局面の問題であると主張した²⁵⁾。すなわち、まずはじめに、契約の累積が存在するのか、一体的な契約が存在するのかという問題が打ち立てられ、この選択において後者といえる場合にはじめて、法的効果の吸収と結合のいずれがよいのかという問題が生じうる。つまり、民法典上のいずれの典型契約規定が適用されるべきかという法適用の問題に先行する問題として、契約の一体性の問題が位置付けられている²⁶⁾。

このような問題の位置付けは、その後に登場したシュライバー (Otto Schreiber) の見解に至っても維持されている。シュライバーは、混合契約に対する法適用の問題を論じるに先立ち、契約の一体性の問題 (混合契約の独自の契約との関係、混合契約と契約の複数性との関係) を取り上げ、複数の契約が連立しているのか一つの一体的な契約が存在しているのかの判断は、もっぱら当事者意思の解釈によると主張する²⁷⁾。そして、上述のレーゲルスベルガーが主張する給付間の経済的な牽連性という観点は、当事者が契約の一体性につき利益を有しているかという観点に還元され、このことも意思解釈の内容として顧慮されるという。

また、エンネクチェルス (Ludwig Enneccerus) も、その体系書の「契約結合、結合的契約及び混合契約 (Vertragsverbindungen, Kombinations- und gemischte Verträge)」という章で、混合契約の問題では相互に結び付いた複数の契約ではなく、一つの一体的な契約 (ein einheitlicher Vertrag) が問題となると述べて、混合契約の問題に先立ち、契約結合の問題を扱っている²⁸⁾。

25) Hoeniger, a.a.O., 1910, S.364ff.

26) より古い文献では、このような問題の分離は徹底されていない。例えば、エンデマンは、売買に類似した契約に関する箇所では、「契約結合 (Vertragskoppelungen)」の問題を取り上げているが、そこでは契約の一体性に関わる問題と法適用に関わる問題とが混在している (Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 9.Aufl. 1903, S.1017ff.,1022f.)。

27) Schreiber, a.a.O., S.112-117.

28) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerliche Rechts, 4-5.Aufl. 1910, Bd.1 Abt.2, § 323 (S.283ff.)。エンネクチェルスは、混合契約の問題に関し、多様な混合契約の態様を大きく「広義の混合契約」と「従属的な別態様の給付を伴う典型契約 (typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen)」とに分けた上で、前者の類型を、さらに「結合的契約 (Kombinationsvertrag) (又は

以上のことから、契約の個数・契約の一体性の問題は、20世紀初頭に芽生えた混合契約論において、明確に意識されていることが示される。もっとも、そこで議論は、契約の一体性を判断する基準の明確化を企図していたわけではなく、混合契約概念の確定及び混合契約の類型化を通じて、典型契約規定の適用問題を解決するという彼らの課題にとって、必要不可欠な前提作業であったにすぎない。つまり、多様な態様で生じる混合契約の法適用問題を論じるために、その問題対象を一つの一体的な契約に限定する必要があったのである。

(2) 契約結合の態様・分類

上述のように契約結合の問題を狭義の混合契約問題の先決問題として位置付けることは、その後の学説にも基本的に引き継がれている²⁹⁾³⁰⁾。その上で、契約結合の態様の分類が図られている。

たとえば、古くは、エンネクチェルスが、契約結合の態様を以下の三つに分類している³¹⁾。

①単なる外形上の結合 (die nur äußerliche Verbindungen)。これは、複数の契約が完全に独立しており、その間に相互依存性が認められない場合である。

双生的契約 Zwillingsvertrag)」、「狭義の混合契約」、「二重定型契約 (doppeltypische Verträge) (又は両性的契約 Zwitterverträge)」に分けて、典型契約規定の適用問題を論じる。Vgl. auch Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl. 1958, Bd.2, S.393ff.

- 29) 例えば、メディクスによると、まずはじめに複数の合意が複数の契約を形成するのか、一つの独自の契約を形成するのかが問題となり、後者の場合に、もう一つの問題である混合契約問題が生じると説明され、「混合契約」に関する節の前で「契約の一体性」が扱われている (Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 8. Aufl. 1997, § 120 I und II)。これに対して、ラレンツは、混合契約に関する箇所において、契約結合の問題を取り上げていない (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.2 Besonderer Teil, 1981, § 62, S.422ff.)。なお、カナリスによる改訂版では、混合契約問題と契約結合問題との限界付けが必要であるとして、契約の一体性に関する記述が補充されている (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.2 Besonderer Teil, § 63 I 1 c, S.43)。
- 30) ドイツ法の議論を検討する嚆道・前注(1) 京都法学雑誌10巻10号26頁以下も、単一の契約か否かの問題は「当該法律行為ノ解釈問題」であり、「混合契約ノ問題ハ此ノ法律行為ノ解釈ヲ終リ法定典型契約ノ何レニモ的確ニ嵌入セラレス而モ之ニ類同スル契約ノ成立カ確メラレタル以後ニ生スル法律適用ノ問題ナリ」という。また、この指摘に、河上・前注(2) 425頁及び大村・前注(2) 32頁以下も注目する。
- 31) Enneccerus, a.a.O., § 323.

②相互的又は一方的な牽連性を伴う結合 (Verbindung mit gegenseitiger Abhängigkeit)。これは、複数の契約が相互に独立しておらず、むしろ分離されない全体としてみなされる場合である。③選択的結合 (alternative Verbindung)。これは、ある条件が発生するか否かによって、複数の契約のうちの一つが効力を生じる場合である³²⁾。このような分類は、複数の連立する契約がどのような態様で牽連性を有するかという点を重視したものである。

より近時の文献では、上の分類における①及び③の態様にはとくに触れずに、②の態様を契約の牽連性の程度や法律構成の相違から以下の二つの態様に分けた上で、説明が加えられている³³⁾。

(a) 複合契約類型

その一つは、それ自体独立して存在しうる複数の契約が、法律行為の一部無効規定 (BGB139条) の適用を介して、法的に一体と認められる場合である。このような契約結合の類型は、しばしば「複合契約 (zusammengesetzte Verträge)」と称される³⁴⁾。2. 以下で詳しく見るように、BGB139条は、法律行為の一部に無効原因がある場合に当該行為の全部が無効となることを原則として定めており、当該行為の一部についての無効・取消・解除等の効果を当該行為全体に波及させる法的根拠となっている。本条適用のためには、問題となる行為が

32) エンネクチェルスの分類に従うフィクテンチャーは、選択的結合の例として、期限付き売買と結び付いた使用賃貸借契約 (Mietkauf) の場合を挙げている (Fikentscher, Schuldrecht, 9.Aufl. 1997, § 65, S.405)。

33) 契約結合の態様として、「条件 (Bedingung)」論による契約結合、「枠契約 (Ramenvertrag)」、「ネット契約 (Netzverträge)」などが付け加えられることがあるが、ここでは立ち入らない。ドイツにおける枠契約の紹介として、中田裕康「枠契約の概念の普遍性」好美古稀『現代契約法の課題』(2000年) 69頁以下、寺川永「Ramenvertrag <枠契約>の史的変遷とその現代的意義に関する一考察」一橋法学1巻1号 (2002年) 225頁以下がある。また、ネット契約については、橋本恭宏「システム (ネット) 契約論序説—契約の複合化と民法—」椿古稀『現代取引法の基礎的課題』(1999年) 317頁以下を参照。

34) Soergel/Wolf, 12.Aufl. 1990, § 305 Rdn.36; RGRK/Ballhaus, 12.Aufl. 1978, Vor § 305 Rdn.27ff.; Staudinger/Löwisch, 13.Aufl. 1995, § 305 Rdn.44; Ermann/Battes, 9.Aufl. 1993, Einl. § 305 Rdn.18; Dellios, Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei "gemischten" Verträgen, 1981, S.63; Droste, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung, 1991, S.25ff; Palandt/Heinrichs, 58.Aufl. 1998, Einl. § 305 Rdn.16ff.

可分であるとともに一体的でなければならないとされる。すなわち、それ自体独立して存在する複数の契約が「一体的な法律行為」を形成している場合には、BGB139条の適用の下で、かかる行為全体が一体的に処理されることとなる。

なお、「複合契約」とされるためには、一部無効規定を適用する前提として当該契約の可分性が必要となるが、そのような分割が困難であるため一部無効規定の適用が問題にならず、はじめから一体として取り扱われる契約結合の態様が考えられる。このような態様に対する学説での言及は少ないが、近時のある見解は、据付け義務を伴う物品の供給契約をその一例としつつ、このような契約結合の態様を混合典型契約 (gemischttypische Verträge) と称している³⁵⁾。

(β) 相関契約類型

他方、もう一つの契約結合の態様として、複数の契約間に法的一体性は認められないが、経済的・事実的な牽連性が認められることから、一方の契約が他方の契約の行為基礎を形成し、一方の脱落により他方も脱落するという場合がある。この類型は、しばしば「相関契約 (zusammenhängende Verträge)」と称される³⁶⁾。

この類型が問題となった裁判例は複合契約と比べ僅かであるが、その一例として、BGH1970年5月22日判決 (DNotZ 1970,540) が挙げられる。そこでは、不動産売買契約が締結された後に建築監理・設計契約が締結され、後者の契約が錯誤を理由に取り消されたという事案で、「監理・設計契約は、売買契約の内容とされたというべきであり、よって、これらの契約の成立及び有効性は売買契約の行為基礎となっている」とする原判決を正当なものとし、建築監理・設計契約の取消により売買契約も無効となるとされた。また、第三者与信取引における抗弁対抗をめぐる判例・学説³⁷⁾及びその立法化としての消費者信用法9条における

35) Droste, a.a.O., S.29ff.

36) RGRK/Ballhaus, a.a.O., Vor § 305 Rdn.33; Dellios, a.a.O., S.63; Droste, a.a.O., S.24.

37) 消費者信用法制定までの判例・学説については、さしあたり、小林資郎「西ドイツ割賦金融会社をめぐる法的問題の所在(1)(2)完」北法22巻3号250頁、23巻1号88頁、千葉恵美子「ローン提携販売の法的構造に関する一考察(1~3)」北法30巻2号1頁、3号1頁、3・4号111頁、半田吉信「ローン提携販売と抗弁権の切斷条項(上)(下)―西ドイツ法を手がかりとして―」判タ724号48頁、725

「結合取引 (verbundene Geschäfte)」(BGB 新法358・359条では、名称が「結合契約 (verbundene Verträge)」に変更されている)の概念³⁸⁾は、信用供与契約と売買契約との法的な一体性は否定しつつも(分離理論 Trennungstheorie)、それらの契約間の目的上の結合と経済的な一体性を基礎にしている³⁹⁾。その意味で、これらも「関連契約」の延長に存在するものと見ることができよう。

以上の二つの契約結合態様の具体的内容は、一部無効論あるいは行為基礎論にゆだねられるのであり、上のような概念的な定義付けは必ずしも厳密に行われているとはいえない。また、本来は異なる局面の問題として位置付けられる契約結合の問題と狭義の混合契約の問題との分離も不明確にされていることもある。たとえば、「複合契約」と「混合契約」とは、前者が複数の独立しうる契約の結合であり、後者は一つの一体の契約である点で異なるとの指摘がしばしば見られるが⁴⁰⁾、そもそも両者は異なる局面において生じる概念であり、概念的な相違は当然のことである。また、複合契約と混合契約との限界付けは「流動的」であ

号15頁(1990年)、泉圭子「ドイツ第三者与信型信用取引に関する一考察(1~6)完」同志社法学232号135頁、233号105頁、234号103頁、235号67頁、236号169頁、237号105頁(1993~94年)等。

- 38) 消費者信用法の概要については、さしあたり、泉圭子「ドイツ消費者信用法(1990年)について(1~3)完」民商107巻4・5号717頁、108巻1号25頁、2号252頁(1993年)、円谷峻「ドイツの消費者信用法—ECにおける消費者保護の進展—」横浜国際経済法学1巻1号(1993年)99頁等参照。「結合取引」に関する最近の文献として、渡辺達徳「金銭消費貸借契約による第三者与信と抗弁の対抗—ドイツ消費者信用法における『結合取引』からの示唆—」好美古稀『現代契約法の展開』(2000年)337頁。
- 39) もっとも、消費者信用法制定前には、信用供与契約と売買契約との法的一体性まで肯定する見解も有力に主張された(Vgl. Gernhuber, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftliche Verbund—Zur Lehre von den Vertragsverbindungen—, in: FS Larenz zum 70.Geburtstag, 1973, S.455ff.; Vollkommer, Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des “Finanzierten Abzahlungskauf”, in: FS Larenz, 1973, S.703ff.; von Marschall, Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufs, 1978)。なお、BGHの裁判例の中には、信用供与契約と売買契約との(BGB139条を介した)法的一体性が認められる場合もあろうとするものがある。それによると、契約締結時に当事者の一体性に向けられた意思が認められることが必要とされる(BGH NJW-RR 1990,442 (443))。
- 40) RGRK/Ballhaus, a.a.O., Vor § 305 Rdn.35; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einf. § 305 BGB Rdn.19; Staudinger/Löwisch, a.a.O., § 305 Rdn.44.

る⁴¹⁾とか、契約結合から混合契約へは「漸次的に」移行する⁴²⁾と言われることがあるが、そのような表現がはたして適切であるかは疑わしい。

2 複合契約類型と一部無効規定との関連

(1) 一部無効規定 (BGB139条)

様々な契約結合の態様のうちで判例に最も多く現れるのが、それ自体独立して存在しうる複数の契約が、法律行為の一部無効規定 (BGB139条) の適用によって、法的に一体と認められる「複合契約」の場合である。BGB139条は、法律行為の一部に無効原因がある場合、原則として当該行為が全部無効となると定める⁴³⁾。行為の一部の無効が行為全体に波及するという原則は、一方の契約上の瑕疵の効果を他方の契約にも及ぼせる格好の法的根拠を提供している。このように全部無効原則を定めた規定は比較法的に見て稀であり⁴⁴⁾、それがどのように契約結合問題と関連しているかを以下で考察したい。

ドイツ民法典における規律とは異なり、19世紀普通法学では一部無効・残部有効の原則が普及しており⁴⁵⁾、また当時の諸法もそのような原則を採用していた

41) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd.1, 8.Aufl. 1995, S.215; Staudinger/Wufka, a. a.O., § 313 Rdn.158.

42) Droste, a.a.O., S.22.

43) BGB139条の訳は前注(5)を参照。なお、遺言の一部無効については、相続編に特別規定が置かれ、一部無効・残部有効が原則とされている (BGB2085条)。

44) 今日の立法例を見ると、当該行為の一部のみが無効であり残部に影響を与えないという一部無効原則が広く採用されている。そのような例として、オーストリア一般民法典878条2文、スイス債務法20条2項、イタリア民法典1419条、ギリシア民法典181条、オランダ(新)民法典第3編141条、中国契約法56条2文のほか、一部取消の原則を採用するユニドロワ国際商事契約原則3・16条、ヨーロッパ契約法原則4・116条がある。これに対して、BGB139条と同様に全部無効原則を定めるものとしては、ドイツ法の影響の強い韓国民法典137条や台湾民法典111条が見られるにすぎない。また、一部無効問題について明文規定を有さない国においても、例えば、フランスでは民法典1172条の解釈等を通じて (Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, thèse, LGDJ, 1969; B. Teyssié, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D.1976. Chr. p.281)、英米法ではいわゆる「分離 (severability; divisibility)」の理論を通じて (Treitel, The Law of Contract, 9th ed. 1995, pp.459; Beatson, Anson's Law of Contract, 27th ed. 1998, pp.398)、一部無効・残部有効の原則が確立している。

45) Wächter, Pandekten I, 1880, § 84IV; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Abt.2,

(バーデン・ラント法6m条・6n条、ザクセン民法典103条・797条・1058条・2083条、ドレスデン債務法草案30条・137条)。これは、中世において一般化された「有効なものは無効なものにより害されない (utile per inutile non vitiatur)」の原則を継受したものであった⁴⁶⁾。そのような歴史的な経緯にもかかわらず、何故、ドイツ民法典は全部無効原則を採るに至ったのか⁴⁷⁾。

全部無効原則への転換は一部錯誤・一部不合致の問題をめぐる部分草案の審議過程において生じたが、全部無効原則を採用した積極的理由については、第一草案理由書(第一草案114条⁴⁸⁾)が明らかにしている⁴⁹⁾。そこでの理由付けはこう

1860, § 377 I 3 und II 2; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1, 9.Aufl. 1906, § 82 Anm.12; Regelsberger, Pandekten, Bd.1, 1893, § 175 II.

- 46) *utile per inutile non vitiatur*の原則については、Seiler, *Utile per inutile non vitiatur: Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht*, in: FS Kaser, 1976, S.127ff.; Mayer-Maly, *Über die Teilobligation*, in: GS Gschnitzer, 1969, S.265ff.; Zimmermann, *The Law of Obligation*, 1990, p.75. とくにグロッサトーレン及びコメンタトーレンの注釈については、Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 1959, pag.49-52に詳しい。
- 47) BGB139条の制定過程に関する緻密な分析を行うものとして、鹿野菜穂子「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」石部編『ドイツ民法典の編纂と法学』(1999年)319頁がある。また、ドイツにおける一部無効論については、石外克喜「一部無効に関する一考察」民商49巻6号(1964年)12頁、奥田昌道『註釈民法(4)総則(4)』(1967年)223頁以下、山本敬三「一部無効の判断構造(1)(2)一契約における法律行為確定過程の構造化に向けて一」法叢127巻4、6号(1990年)、大久保憲章「裁判官による契約への介入(1)~(4)完」佐賀大学経済論集27巻2号、3号、29巻1・2号、5号(1994年~1996年)、原田昌和「一部無効の論理—高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開—」甲南法学42巻3・4号(2002年)197頁のほか、拙稿「契約内容規制の効果と一般予防原理(1)(2)完」一橋研究26巻2号、4号(2001~02年)参照。
- 48) 第一草案114条「無効(Ungültigkeit)の原因が法律行為の一部のみに存する場合には、無効な条項(Bestimmung)がなくても当該法律行為が意図されていたであろうことが明らかでない限り、法律行為全部が無効となる。」この規定を現行139条との比較で見ると、Nichtigkeitではなく、その上位概念であるUngültigkeitが用いられていること、全部無効原則の例外が認められるための要件がより主観的に定立されていることなどの違いがあるが、基本的な考え方に変更はないと考えられている(E. Lang, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1926, S.41)。
- 49) *Motive*, Bd.1, 1888, S.222=Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.1(zitiert: Mugdan I), 1899, S. 475.

である。法律行為の一部無効規定の適用は「一体的なものとして示される法律行為 (eine als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäfte)」の一部に無効原因がある場合に問題となり、その場合に残部にいかなる影響を与えるかは、ひとまず、当事者意思により判断される。しかし、通常は、一つの法律行為の中に「複数の相関連する意思表示の結合 (die Verbindungen von mehreren, zusammenhängenden Willenserklärungen)」が認められ、それが行為の「内的関連性 (innere Zusammengehörigkeit)」を示すため、そこから行為を全部無効とさせる当事者意思が引き出される。すなわち、行為の一体性ないし内的関連性と当事者意思とを結び付けて全部無効原則を正当化するのである⁵⁰⁾。

このような理論的背景を有する BGB139条は、その後、全部無効原則適用の実際上の不都合から、雇用契約・会社契約などの領域では適用範囲が縮小され、同条が適用されることなく、その領域独自の理論に基づいて、一部無効が原則とされている⁵¹⁾。また、例外として一部無効が認められるための当事者意思の判断をより客観的な評価 (Wertung) と理解することで⁵²⁾、原則と例外の事実上の逆転現象が生じているといわれる。さらに、法実務上は、しばしば、契約の一部が無効となっても残部の契約は維持される旨の定め (いわゆる救済条項 (salvatorische Klauseln)) が契約に組み込まれ、BGB139条適用が回避されることも

50) BGB 制定後まもない時期の判例には、「一体的、包括的な法律効果の実現を意図していた当事者に、かれらの意思に反して、契約意図の部分的実現を強制してはならない」というものが見られる (RG JW 1908,445)。ランゲ (Heinrich Lange) は、意思自治を強調して、「BGB は表意者の意思の支配を前提にする。意図されたものの一部が挫折した場合、その自体もともと意図されていない一部を維持するよりも、すべてを無効にさせる方が、より良い」という (ders., BGB Allgemeiner Teil, 2.Aufl. 1955, S.307)。

51) 他の無効規範により一部無効・残部有効が要請される場合には、そのような無効規範が BGB139条に優先することについては争いが無い。また、約款法の領域では、BGB139条の適用を排除する学説・判例の見解に依拠して、1976年に成立した約款規制法 6 条が約款条項が無効であっても原則として残部の契約は維持される旨定めている。現代国家の下で法の役割が増大し強化されるとともに、法の規制対象たる社会領域が広がるにつれて、BGB139条の適用領域は小さくなる。その意味で、同条は補充的性質 (Subsidiarität) を有するにすぎない。

52) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 4.Aufl. 1992, § 32, 4; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl. 1997, § 45 Rdn.28.

ある⁵³⁾。したがって、法文上の原則・例外の違いは、結果的には、さほど大きいものではない。しかしながら、契約の一体性が問題になる場面では、本条の全部無効原則は、なお適用領域を保持している⁵⁴⁾。では、いかなる要件の下で、BGB139条適用による契約の結合が認められるのが問題となる。

(2) 一体性要件の内容

BGB139条適用の要件として、まず、第一草案理由書も示すように、行為の一体性 (Einheitlichkeit) が必要である。そして、それに加え、一部の無効が問題となることから、行為の可分性 (Teilbarkeit) が必要とされる⁵⁵⁾。複数の契約間の結合が問題となる場合には、可分性の要件が充たされるのは当然であるから、より重要なのが一体性の要件である。契約の一体性の徴憑となる事情として、一般に、契約締結の同時性、単一の契約書面の存在、一括対価の存在などが指摘されるが⁵⁶⁾、この要件の存否は契約解釈につきるので、結局のところ、個々の事案における諸般の事情によることとなる。この点をめぐる裁判例は古くから数多く存在しており、以下のような諸原則が形成されている⁵⁷⁾。

-
- 53) 救済条項の約款法問題については、vgl. Baumann, NJW 1978,1953; Garn, JA 1981,151; Baur, Salvatorische Klauseln, in: FS Vieregge, 1995, S.31ff.
 - 54) BGB139条の適用範囲が拡張されている面もある。一方の契約に無効事由がある場合のみならず、取消、解除、告知事由がある場合も、本条の適用範囲に含まれる。また、物権行為の無因性の原則 (Abstraktionsprinzip; Trennungsprinzip) が本条の適用を介して克服されることが判例・学説で認められている (もともと、有力な反対説もある)。原因行為と処分行為との一体性をめぐる議論については、vgl. Schlüter, JuS 1969,10ff.; Eisenhart, JZ 1991,27ff.
 - 55) 可分性要件をめぐっては、とりわけ、給付内容がある制限を数量的に超過している場合に当該給付を分割することができるか (量的可分性) という問題が、暴利行為の場合などをめぐって争われている。この問題については、能見能久「違約金・損害賠償額の予定とその規制 (5)」法協103巻6号 (1986年) 59頁以下、原田・前庄 (47) 論文、拙稿・前注 (47) 一橋研究26巻2号31頁以下参照。
 - 56) Hoeniger, a.a.O., 1910, S.327 (さらに契約期間の同一性も挙げる); Enneccerus/Lehmann, a.a.O., § 100 Fn.1; Dellios, a.a.O., S.62; Medicus, a.a.O., § 120 II.
 - 57) BGB139条による契約の一体性の問題は、外形的に複数の契約の一つに無効・取消・解除事由があるという場合のほか、契約の成立に必要な方式の要求が当該取引のいかなる範囲に及ぶかという形でしばしば現れる。すなわち、外形的に別個の行為が行われ、一部の行為についてのみ方式が遵守されているという場合に、それらの行為が BGB139条の意味において一体とみなされれば、当該行為全体が方式欠缺として無効となる (BGB125条)。不動産譲渡・取得に関する契約の方式との関連で多くの裁判例がある (RGRK/Ballhaus, a.a.O., § 313 Rdn.65ff.; Staudinger/Wufka, a.a.O., § 313 Rdn.158ff.)。

まず、一体性判断の基準となるのは、当事者双方の意思である。当事者双方の意思により、複数の合意が「同時に存立し消滅する (gemeinsam miteinander stellen und fallen)」ものとされている場合に、一体性が認められる。このような複数の合意間の牽連性は法的なものでなければならず、単なる経済的な関連性だけでは足りない⁵⁸⁾。具体的な事案においては、複数の合意間の関連性が法的なものにまで高められているか、単に経済的な観点から結び付けられているにすぎないのかが問題とされる⁵⁹⁾。また、ここで言う法的一体性は、条件 (停止条件、解除条件) とされている必要はない⁶⁰⁾。さらに、一方当事者のみの一体性に向けられた意思が明らかである場合であっても、かかる意思が他方当事者に承認された又は少なくとも引き受けられたといえる場合には、一体性が肯定される⁶¹⁾。

次に、当事者の異なる複数の契約の間にも BGB139条による一体性が認められるかが問題である。判例は、複数の法律行為に異なる当事者が関与していることにより、BGB139条による行為の一体性が妨げられることはないとする⁶²⁾。もっとも、この点について、学説では消極的な理解もある。それによると、複数の当事者間の行為に対しては BGB139条は適用されず、複合契約とは異なる契約結合の形態の問題になるにすぎない。すなわち、一方の行為の有効性が他方の行為の行為基礎または条件 (Bedingung) となることはありうるとされる⁶³⁾。

58) RGZ 61,267; 97,221; 103,298; BGHZ 50,8; BGH WM 1966,899; NJW 1976,1931.

59) もっとも、法的一体性と経済的一体性との区別は流動的である。

60) BGH MDR 1966,749; NJW 1976,1931.

61) BGH MDR 1971,468; NJW 1976,1931; BGHZ 112,376.

62) RG SeuffA 74 Nr.26; BGH NJW 1955,297; MDR 1966,749; NJW 1976,1931.

しばしば、「主観的可分性 (subjektive Teilbarkeit)」という分類の下で論じられる。この点に関する文献として、Oertmann, Subjektive Teilnichtigkeit, ZHR 101(1935),119。また、ある法律行為の当事者の一方が複数人であったとしても (例えば、複数人による解除権の行使)、BGB139条による一体性の承認が妨げられることはない。

63) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7.Aufl. 1997, Rdn.502f. Vgl. auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 4.Aufl. 1992,S.572. また、メディクスは、債務法教科書の中で、混合契約問題が生じるためには一個の契約が存在しなければならず、複数人の中で各合意がされた場合には、このことが欠けるとし、その例として第三者融資付き売買を挙げる。さらに、第三者融資付き売買については、契約の一体性に関わる節とは別の節を設けて、「結合的契

さらに、BGB139条との関連で、契約書の個数に応じて契約の一体性に関する当事者の意思を推定する原則が確立している。この原則は、BGB139条に関する判例理論の中でもっとも重要かつ特徴的である。すなわち、複数の定めが一つの契約書面にまとめられている場合には、契約の一体性に向けられた当事者意思の存在が推定され、契約の独立性を求める側はその推定を覆さねばならない⁶⁴⁾。逆に、複数の定めが別個の契約書面で規定されている場合には、契約の独立性に向けられた当事者意思が推定され、契約の一体性を求める側がその推定を覆さねばならない。なお、一方の契約の覆滅が他方の契約に影響するのを阻止する意図で、しばしば、契約間の独立性を定める条項（いわゆる分離条項（Trennungsklauseln））が契約に含まれることがある。このような条項の有効性については約款法上の問題が生じ、諸般の事情から一体性に向けられた当事者意思が認められる場合には、かかる個別取決めが分離条項に優先し、あるいは不意打ち条項としてその効力が否定される可能性などが考えられる⁶⁵⁾。

以上の諸原則に基づき契約の法的一体性が認められ、BGB139条が適用されることになると、条文の構成上は、無効な部分があっても当該行為を行っていたであろうかという仮定的当事者意思の判断により、無効の範囲が決せられる。しかしながら、契約の結合が問題になる場合には、かかる仮定的当事者意思の判断で顧慮される事情と契約の一体性に向けられた当事者意思の判断で顧慮された事情とは重なるところが多いので、実際の事案では、仮定的当事者意思は問題にされないことが多い。すなわち、複数の契約の結合が問題となる場合には、無効範囲の確定に際し、契約の一体性に向けられた当事者意思の有無が決定的なものとなり、単一の契約の一部に無効原因があるという場合には、契約の可分性及び仮定的当事者意思の判断が決定的なものとなる。

約（verbundene Verträge）]として取り扱っている（Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 8.Aufl. 1997, §120 II und §94）。

64) BGHZ 54,71; BGH NJW-RR 1988,348.

65) 不意打ち条項の問題とする見解に Heussen, NJW 1988,2441 (2444)、一般条項の問題とする見解に von Westphalen, CR 1987,477 (484) ; Zahrnt, BB 1988,1687 (1690)、個別取決めの優先の問題とする見解に von Westphalen, a.a. O.; Hager, AcP 190(1990),325 (355) がある。

3 一部解除問題との関連

外形的には複数の契約いずれかに解除事由があり、かつそれらの契約間に上述の意味での法的一体性が認められる場合、法的に一個の契約の一部に解除事由が存在すると考えられることとなるが、その場合に一部解除に関する規定はどのように適用されるのか。契約の個数の判定と契約解除の範囲の判断とが調和すべきかを考えるにあたって、一部解除問題に関するドイツ法の状況にも考察を要しよう⁶⁶⁾。BGB 上の一部解除に関する規定としては、双務契約の一部不能・一部遅滞に関する BGB (旧) 325条1項2文・326条1項3文、目的物の一部瑕疵に関する (旧) 469条以下がある。2001年債務法現代化法に基づく新法の下では、これらの規定が323条5項に統合されている⁶⁷⁾。2001年改正により、不能・遅滞・積極的契約侵害の区分の廃止、契約解除のための債務者の帰責性要件の除去、解除 (Rücktritt) と瑕疵担保解除 (Wandelung) の一元化など、BGB の給付障害法は大きく改正されたが⁶⁸⁾、一部不履行の場合における解除の範囲の問題に関しては、売買法上の一部瑕疵に関する規定が (解除の一元化に伴い) 削除された点は別にして、旧法の考え方が基本的に維持されている。そこで、以下では、旧法下での議論を中心に考察する。

-
- 66) 主たる義務 (Hauptpflicht) ・従たる義務 (Nebentpflicht) をめぐる議論も重要と思われるが、ここでは立ち入らない。これについての近時の文献として、vgl. Kriechbaum, JZ 1993,642; Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 44 (S. 388ff.) .
- 67) 新法323条5項「債務者が給付の一部のみ履行する場合、債権者は給付の一部につき利益を有しないときに限り、契約の全部を解除することができる。債務者が契約に適った給付を履行しない場合において、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。」
- 68) 債務法現代化法について、岡孝編『契約法における現代化の課題』(2002年) が現れた。また、草案段階での紹介として、小野秀誠「ドイツの2001年債務法現代化法～給付障害と消費者保護～(上・下)」国際商事法務29巻7号809頁、8号924頁(2001年)、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題(1)(2)完」民商124巻3号1頁、4・5号623頁(2001年)、岡孝＝青野博之＝渡辺達徳＝錢偉榮「ドイツ債務法現代化法案(民法改正部分)試訳」学習院法学会雑誌37巻1号(2001年)129頁。インゴ・ゼンガー(福田清明訳)「ドイツの私法および消費者保護法における現在の発展状況」明治学院大学法律科学研究所年報17号(2001年)5頁、池田清治「消費者契約法とドイツ法」ジュリスト1200号(2001年)122頁がある。また、近時の給付障害法の動向については、小野秀誠「不完全履行と積極的契約侵害—現代の展開—」一橋論叢126巻1号(2001年)1頁も参照。

(1) 一部不能・一部遅滞に関する規律

一部解除をめぐる問題の前に、一部不能・一部遅滞に関する給付障害法の状況を確認しておく。旧法下で、給付の後発的な一部不能に関しては4箇所で規律されている⁶⁹⁾。まず、債務関係の一般規定に含まれる275条1項は、債務者の責めに帰すべからざる不能の場合における給付義務の消滅を定める。本条の文言上、一部不能の取り扱いについては必ずしも明らかでないが、「…不能となる限りにおいて (soweit…)」という文言から、給付義務の消滅は不能となった部分に制限されると解されている⁷⁰⁾。また、280条は債務者の責めに帰すべき不能の場合における損害賠償を定める。本条2項は一部不能の場合を規定し、一部の履行が債権者にとって利益を有さない場合(利益欠落 *Interessewegfall*)には、債権者は、可能な一部給付を拒絶し債務全部の不履行に基づく損害賠償を請求するとされる。さらに、双務契約に関しては、323条と325条に特別の規定を有する。前者は、当事者双方の責めに帰すべからざる不能の場合における反対給付請求権の消滅を定め、一部不能の場合には、売主の担保責任としての代金減額の規定に従って、反対給付が縮減される(323条1項後段)。后者は、債務者の責めに帰すべき不能の場合における履行に代わる損害賠償、解除、又は323条に定める救済手段を定め、一部不能の場合には、280条2項におけると同じく利益欠落が認められれば、契約全部に関して救済手段を行使するとされる(325条1項2文)。給付の一部遅滞の場合については、326条1項3文で325条1項2文が準用され、利益欠落の有無により契約全部についての救済が認められるかが定まる⁷¹⁾。

69) 民法典制定当時において、給付の一部不能に関する規律は、質的な一部不能(qualitative Teilunmöglichkeit)である不完全履行を規律するという重要な意義を有していた。しかしながら、その後、積極的契約侵害(positive Vertragsverletzung)の理論の展開により、不能と遅滞の二分体系が修正され、今日における一部不能に関する規定の存在意義は小さくなった(Emmerich, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, 4.Aufl. 1994, § 9 I; Staudinger/Emmerich, 3.Aufl. 1994, § 325 Rdn.5)。

70) MünchKomm/Emmerich, a.a.O., § 275 Rdn.57; Staudinger/Löwisch, *Neubearbeitung* 2001, § 275 Rdn.42.

71) ここでの給付の一部遅滞には、一部給付の時点が猶予期間の設定の前か後かで異なる二つのケースが含まれる。すなわち、一方で、債務者が何らの給付もせずに、給付全部につき遅滞に陥り、債権者が猶予期間を設定した後に、債務者が給付の一部のみを履行したという場合、他方で、債務者が給付の一部のみを履行し、債

上記の諸規定の適用は、当然ながら、給付の可分性を前提とする⁷²⁾。この点につき、給付の不可分を広く認め、一部不能の概念を限定的に捉えるのが判例・多数説である(「準全部不能 (Quasi-Vollunmöglichkeit)」、「特別な一部不履行 (qualifizierte Teilnichterfüllung)」)⁷³⁾。すなわち、技術的には給付の可分性が認められるにもかかわらず、「契約の内容・目的から全部履行のみに利益がある (nur an der vollständigen Erfüllung ein Interesse besteht)」と認められる場合には、当該給付は全部不能として扱われる⁷⁴⁾。また、判例は、しばしば、給付の可分・不可分を契約締結時の当事者双方の意思によらしめ、その際、上述した BGB139条の意味における一体性の判断枠組みを用いて、可分な給付を法的に一体とみなすことを認めている。このように給付の不可分を広く認めることは、上記の一部不能・一部遅滞に関する規定のうち、とくに債務者無責の一部不能の場合 (275条1項、323条1項後段) に意味を有する。この場合、その法的効果は給付の縮減のみとされており、債務者の有責の一部不能の場合のように、例外として給付全部について権利行使しうることが予定されていないからである。これに対して、債務者有責の一部不能・一部遅滞の場合には、債権者側の利益欠落を要件として、給付全部について権利行使が認められているので、上のような概念操作は不要である。しかしながら、判例は、債務者有責の一部不能・一部遅

権者が残余の給付の履行を求めて猶予期間を設定したが、その残余の履行がされなかったという場合である (Staudinger/Otto, Neubearbeitung 2001, § 326 Rdn.183f.; 後者の事例として RGZ 50,138,140ff.)。

- 72) 双務契約の場合、債務者の給付が可分であることだけでなく、債権者の反対給付も可分であることを要する。反対給付が金銭給付である場合、可分と認められる。
- 73) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem Bürgerlichen Recht, 1900, S.48ff.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, S.161; Coing, SJZ 1949,534ff.; Weimar, MDR 1976,550ff.; Scherner, JZ 1971,533ff.; 判例については Staudinger/Löwisch, a.a.O., § 275 Rdn.43で挙げられているものを参照。
- 74) このような構成は、280条2項・325条1項2項の利益脱落の基準を給付の可分・不可分の判断に転用することと基本的に変わりはない。なお、給付全部についての権利行使が認められていない債務者無責の一部不能の場合に280条2項・325条1項2文の類推適用を認める見解 (van den Daele, Problem des gegenseitigen Vertrag, 1968, S.54, 66ff.) もあるが、少数説である (批判として Staudinger/Otto, a.a.O., § 323 Rdn.40; Soergel/Wiedemann, 12.Aufl. 1987, § 323 Rdn.58)。

滞の場合にも、当事者意思による給付の不可分性を広く認めている⁷⁵⁾。

このような傾向（とくに当事者意思による給付の不可分）に対しては、近時、フーバー（Ulrich Huber）による批判が見られる⁷⁶⁾。フーバーは、当事者意思による給付の不可分を認める裁判例を考察しつつ、そこでの当事者意思の考慮が、債権者側の利益のためではなく、債務者側の利益のために行われており、そのことは一部不能規定の基本思想に反すると主張する。すなわち、債権者が債務者から受けた一部給付に利益を有しており、自らの権利の行使を不能・遅滞となっている部分に制限しようとしているにもかかわらず、債務者が契約を分割しないことに利益を有しているという場合に、判例は、債務者を保護する形で、当事者意思による給付の不可分性を援用して、債権者の全部解除の主張を制限している。一部不履行による契約解除の可否の判断においては、契約違反時における債権者側の利益のみが考慮されるべきであるという。

(2) 解除範囲の判断基準：利益欠落の有無

一部不履行の場合における解除範囲の問題に移ろう。上で見たとおり、双務契約における給付の一部が債務者の責めに帰すべき事由により不能・遅滞となる場合において、債権者が契約全部を解除しうるかは、債権者が不能・遅滞にかかわらない給付の一部に利益を有しているか否か（債権者の利益欠落の有無）による（BGB（旧）325条1項2文・326条1項3文⁷⁷⁾）。

この利益欠落要件は、民法典の一部解除以外の箇所にも見られ（BGB（旧）280条2項・286条2項・326条2項等）、その淵源は普通法及び19世紀諸法に遡る⁷⁸⁾。その当時、不履行による契約解除及び損害賠償の要件として、不履行の結果、給付が債権者にとって利益を有さないことや債権者が契約目的を達成し得

75) RGZ 67,101; RG Warn 1909 Nr.288; BGH NJW 1976,1931; NJW 1990,3011.

76) Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 I 2 c (S.416ff.)

77) 不履行に基づく契約解除の要件として利益欠落要件の果たす意義を重視する見解に、Kriechbaum, JZ 1993,642ff.がある。これについては、下森・岡編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（1996年）80頁以下〔平野裕之〕に簡単な紹介がある。

78) 銭偉栄「履行遅滞の場合における即時解除の要件についての一考察」岡編『契約法における現代化の課題』（2002年）79頁以下が、履行遅滞に基づく即時解除（BGB（旧）326条2項）のための利益欠落要件について、詳しい分析を行っている。また、Huber, a.a.O., § 48（利益欠落要件の箇所）も参照。

ないことが要求されていた⁷⁹⁾。BGB 第一草案では、利益欠落要件が一部不能に基づく契約解除及び遅滞に基づく契約解除の要件とされた (369条)。その後、第二委員会により、遅滞に基づく契約解除に猶予期間の設定が要求される (277条 1項) とともに、利益欠落要件は、即時解除の要件として (277条 2項)、また一部不能・一部遅滞による契約全部解除の要件 (276条 1項 2文・277条 1項 3文)) として採用され、若干の字句の修正を経て、今日に至っている。

解除範囲を決する利益欠落の有無は、債権者の個々の契約関係を下に、客観的な観点から、具体的な目標として定められた契約目的が一部給付によってもなお実現されるかによる。個々の具体的な契約目的との関連で利益の有無が決せられるのであるから、一部給付それ自体が債権者にとって価値があるかは重要ではない⁸⁰⁾。また、債権者側の利益が考慮されるのであり、債務者の側が契約目的を認識していたか認識可能であったか、債権者の利益欠落につき予見可能であったかは基本的に考慮されない⁸¹⁾。具体的に利益欠落が認められる場合として、契約目的の挫折のほか、一部給付を維持させることを債権者に期待しえない場合 (期待不可能性 *Unzumutbarkeit*)、債権者が他の者から填補行為 (*Deckungs-*

79) Mommsen, Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, 1855, S.258 (債務目的が債権者にとり無益 nutzlos となったこと); Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8.Aufl. 1900, § 280 Nr.1 (給付されるべきものが債権者にとり無益 unbrauchbar となったこと); ドレスデン債務法草案305条; スイス債務法122条; ドレスデン債務法草案305条; バイエルン民法草案第2章138条。また、バイエルン民法草案第2章120条3項は、これらと若干異なり、債務者無責の一部不能の場合における契約からの離脱につき、契約締結時における債権者の仮定的意思を基準とする。

80) わが国でも、一部不履行に基づく解除範囲の判断基準として、契約目的の不達成が採用されているが、建築請負契約においては、一部不履行 (仕事の中途終了) に基づく解除の可否・範囲の判断に際して、判例は、通常の一部不履行の場合よりも、契約の全部解除を制限する傾向にある。すなわち、すでに施工された部分は、たとえ契約目的を達成しなくても、当事者にとってそれ自体価値があるといふ社会経済的な観点を重視して、解除範囲の判断基準としても、具体的な契約目的とは無関係に、当事者の一部給付に対する利益が重視されている (内山尚三・判評236号30頁。また、請負契約の中途終了の場合の清算については、小野秀誠「請負契約の中途終了と清算」商学論集 (福島大学) 55巻4号 (1987年) (同『反対給付論の展開』(1996年) 279頁以下所収) も参照)。

81) MünchKomm/Emmerich, a.a.O., § 325 Rdn.144. Vgl. auch RGZ 94,326 (遅滞に基づく即時解除の利益欠落要件に関して債務者側の予見可能性を不要とする)。

geschäft) を行わざるをえない場合が挙げられる⁸²⁾。

以上の通説的理解と異なり、給付の一部履行による解除範囲の判断に際し債務者側の予見可能性を考慮するフーバーの1981年公表の鑑定意見をここで参照したい⁸³⁾。フーバーは、上述のとおり、最近の文献において、利益欠落の判断に際し債権者側の利益のみを考慮しているようであるが、その鑑定意見においては、給付の一部不履行に基づいて契約を全部解除するための要件として、債権者利益の欠落だけでなく、債務者の予見可能性を要求している⁸⁴⁾ (もとより、前者は解釈論、後者は立法論という違いがある。)。フーバーの改正提案326c条1項によると、給付の一部不履行の場合における原則的救済は代金減額である。これは一部解除と異なるところはないという。そして、一部不履行が重大な契約違反(wesentliche Vertragsverletzung)を示す場合には、債権者に契約解除権が認められる。この重大な契約違反の概念は、フーバー改正提案326a条2項によると、「契約違反の結果、契約の履行に対する債権者の利益が欠落し、かつ債務者が契約締結時にそのような結果を予見していた又は予見しえた場合には、その契約違反は重大である。」とされ、これを一部不履行の場合に敷衍すると、債権者が一部給付につき利益を有さず、かつ債務者が契約締結時にそのことを予見しうる場合に限り、契約の全部解除が可能とされる⁸⁵⁾。すなわち、不履行時の債権者の利益状況と契約締結時の債務者の予見可能性という当事者双方の利益が考慮されている。

さて、以上の議論状況から、契約の個数の判定と契約解除の範囲の判断との関係を確認しておきたい。たしかに、一部不履行に関する規定の適用要件である給

82) MünchKomm/Emmerich, a.a.O., § 325 Rdn.145, § 326 Rdn.140; Soergel/Wiedemann, 12.Aufl. 1990, § 325 Rdn.82.

83) Huber, Leistungsstörungen, in: hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 647ff. フーバーの鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築—ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見—」法学志林80巻3・4号(1983年)、小林一俊「西ドイツ債権法改正案における原始的不能法無用論—フーバーとメディクスの所見—」法学志林85巻2号(1988年)(ともに下森他『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(1988年)に所収)。

84) Huber, a.a.O., S.839ff.

85) 1964年ハーグ統一法45条・10条参照。また、国連統一売買法51条・25条も参照。

付の可分性の判断の局面で、契約締結時の当事者双方の意思を考慮することは、さらに前の段階の (BGB139条に基づく当事者双方の意思に依拠した) 契約の個数の判定との調和をもたらさしめるであろう。しかし、後発的な一部不履行による解除の範囲を決する際には、フーバーが主張するように不履行時の利益状況が中心となろうし⁸⁶⁾、また、契約解除制度を債権者保護のためのものと解する場合には、債権者側の利益が優先的に考慮されることになろう⁸⁷⁾。そうであれば、契約の個数の判定と解除の範囲とが異なるという判断構造もひとまず考える。もっとも、フーバー改正提案のように、全部解除の可否の判断に際して、契約締結時の債務者の主観的事情をあわせて考慮する場合、その限りで、契約の個数と解除範囲の判断との調和が可能となる。

(3) 目的物の一部瑕疵の場合における契約解除

契約の個数と解除範囲との関係をめぐっては、さらに、法的に一個の契約に含まれる複数の目的物のうちの一部に瑕疵があるという場合の瑕疵担保解除のあり方が問題となる。わが国では、売買法の瑕疵担保解除の要件として契約目的の不達成が要求されており、この要件の下で、一定の場合における解除の制限が引き出され、目的物が数量的に可分であり契約目的の一部によっても達成し得る場合には一部解除のみが可能とされる⁸⁸⁾。これに対して、BGBは(旧)469条以下に細則を置いている⁸⁹⁾。

86) 第一草案理由書によると、「利益欠落は現在 (Gegenwart) について認定されるべきである。けだし、法は現在の事実状況により不利益を受ける債権者を救済しようとしているからである。」とされている (Motive II S.210=Mugdan II S.116)。

87) 帰責性要件を廃し客観的な要件を重視する新法の解除法体系の下でも、給付の一部不履行に基づく契約の全部解除の可否の判断は、債権者の利益に依拠されている (新法323条5項、前注(71)参照)。この点の当否については、さらに一考を要しよう。なお、遅滞における即時解除の要件として、(旧)326条2項は債権者側の利益欠落を要求していたが、新法では、当事者双方の利益の衡量が基準とされている (新法323条2項3号)。

88) 我妻栄『債権各論中巻一』(1957年)290頁。

89) 新法の下では、通常解除と瑕疵担保解除の区別が廃され、後者が前者に統合されたことにより、(旧)469条以下に相当する規定は削除され、給付の一部不履行の問題として処理されることになる (新法323条5項)。(旧)469条以下で考慮される諸基準も基本的に新法の解釈として引き継がれるであろう。もっとも、条文の文言上、旧法では当事者双方の意思・利益が基準とされるが、新法では債権者のみの利益が基準とされており、この点の相違をどう扱うかについては、今後の議論に委ねられる。

これらの規定は、普通法及び当時の諸法の規定にならって、設けられたものである。もっとも、BGBの規定とは異なり、当時の諸法は、買主の反対給付が一括的であるか個別的であるかを解除範囲を決する主要なメルクマールとし、また、集合物（Gesamtsache; Inbegriff）の一部に瑕疵がある場合と複数の物の一つに瑕疵がある場合とを区別して解除範囲の判断基準を定立していた（プロイセン一般ラント法第1章第5節339条以下、ザクセン民法典915条以下、スイス債務法255条、ヘッセン民法草案167条以下、バイエルン民法草案第2章320条以下、ドレスデン債務法草案177条以下）。これに対して、BGBの立法者は、一括代価を定めているか個別代価を定めているかは必ずしも目的物の関連性・解除の一体性に結び付かないこと、集合物であるとの性格付けはしばしば偶然的であることから⁹⁰⁾、それらに代えて、BGB（旧）469条以下において以下のメルクマールを定めた。469条が売買目的物である数個の物のうち個々の物にのみ瑕疵がある場合の契約解除の範囲につき規律し、それを補完する形で470条が数個の目的物が主物・従物関係にある場合を規律する。さらに、471条は、前2条との関連で、解除の範囲が一部解除に制限される場合で、かつ代金が数個の物に対して一括して定められている場合における代金減額の方法を定める⁹¹⁾。

目的物が主物・従物関係にあるときは、471条により、主物の瑕疵に基づく解除は従物に及び、従物にのみ瑕疵がある場合は従物に関してのみ解除が許される。このような関係に立たない場合には、一般規定である469条による。同条は、一つの売買契約の目的物である数個の物のうち個々の物にのみ瑕疵がある場合の個別解除（Einzelwandlung）の原則とその例外について定める。契約の法的一体性は、すでに見た BGB139条による一体性の判断から導かれ、一つの一体的な売買契約についてのみ本条の適用があるとするのが一般的な理解である。もっとも、一部に、法的には複数の独立した契約であるが、経済的に一体である場合（契約結合問題でいう「**相関契約**（*zusammenhängende Verträge*）」類型）にも、

90) Motive II S.235f. = Mugdan II S.130.

91) 契約締結時の代価と目的物の価値との関係を一部解除・代金減額によっても維持するための規定である。すなわち、契約締結時を基準に、瑕疵のない状態の物の価格全体（a）と解除されない物の価格（b）との割合に応じて、一括代価（p）を引き下げる。減額された代価を x とすると、計算式は $x = p \times b/a$ となる。

本条の適用を認めようとする見解もある⁹²⁾。本条の適用には、目的物が数個の物であることを要するので、単一物の(本質的・非本質的)構成部分に瑕疵がある場合には、本条による制限なく、全部解除が可能である。目的物が数個の物であるか単一物であるかは、当事者意思ではなく、取引上の見解 (Verkehranschauung) による⁹³⁾。

例外として契約の全部解除が認められるための要件は、個々の物が関連したものであるとして (als zusammengehörend) 売却されたこと (「関連性」の要件)、及び瑕疵ある物と他の物の分離によって当事者が不利益を被ること (「分離による不利益」の要件) である。前者の要件は、当事者意思の解釈から引き出される。よって、ここでは、物と物との技術的な観点からの独立性・一体性は重要ではない⁹⁴⁾。他方、後者の要件は、まず、瑕疵がある物の代替物が市場に存在しないという場合など、代替物の調達が困難である場合に充たされる。したがって、売主が即時に瑕疵なき代替物を給付する場合には、代替物調達の困難性は除去され、買主は全部解除を主張しえない⁹⁵⁾。さらに、この要件は広く解され、瑕疵がある物を他の物から分離することで当事者が経済的な不利益を被る場合であってもよい。すなわち、「代替物の調達によって、もともとの等価性 (ursprüngliche Gleichmäßigkeit) が回復されない場合」である。例えば、複数の物がセットで販売され、それに割引価格が設定されているという場合である。このような観点は、今日、多様な商品がパッケージ化されることにより生じる取引の複合化の現象にとって、有益な視点を提示しているように思われる。

以上の規律と契約の個数論との関連を確認しておく。BGB (旧) 469条の適用を法的に一個の契約のみならず、複数の契約が経済的に関連しているにすぎない場合にも認めようとする一部の学説によると、解除が一体的に行使されるかの判

92) Wellerath, MDR 1970,636; MünchKomm/Westermann, § 469 Rdn.2

93) Soergel/Huber, 12.Aufl. 1991, § 469 Rdn.1; BGH NJW 1972,155.

94) 例えば、碎石機・水準器・パワーショベルの売買において、碎石機に瑕疵があったという事案において、BGHは、関連性要件の判断に際し、水準器・パワーショベルが他の碎石機とともに十分に使用するという事情は重要ではなく、当事者双方の意思及び当事者双方に共通した契約目的が決定的であるとした (BGH DB 1970,341)。

95) Soergel/Huber, a.a.O., § 469 Rdn.7.

断において、契約の個数論はさほど意味をもたない。いずれにせよ、469条以下の個別規定における個々の要件の充足いかんによることになる。これに対して、法的に一個の契約に限って上述の諸規定の適用を認めるという一般的な理解によったとしても、例えば、469条における「分離による不利益」要件で考慮されるファクターのように、必ずしも契約締結時における当事者双方の意思からは引き出しえない事情が、解除の一体的行使の可否の判断に際して考慮されており、そのため、契約の個数と解除範囲の判断とが異なるという事態が考えられる。

Ⅲ コンピュータシステム供給事例の考察

1 考察事例の限定

これまでの考察で見ていたように、ドイツ法において、外形的に複数存在する契約が法的には一体的に処理されるかについては、まず、法律行為の一部に無効原因がある場合における全部無効原則を定めた BGB139条に依拠して、契約締結時の当事者双方の意思を基準に契約の一体性・契約の個数が定まる（「契約結合」問題における「複合契約（zusammengesetzte Verträge）」類型）。もっとも、法的に一個の契約が存在すると評価されたとしても、それにより直ちに契約が一体的に処理されるとは限らない。とりわけ、契約の個数の判断を経た後の契約解除の範囲の判断においては、契約締結時の当事者意思からは引き出しえないファクターが考慮されている。本章では、このような判断構造について、具体的な事例を通して確認的な考察を行う。

考察の対象となりうる事例は様々あるが、ある程度の数の裁判例と学説上の議論の蓄積が見られるコンピュータ・システム供給をめぐる事例を取り上げることとする。コンピュータ・システムを取得するという場合には、ハードウェア、各種ソフトウェア（OSなどの基本ソフトウェア、応用的なアプリケーションソフト等）、その他の周辺機器、それらに対するマニュアル等の付属品が一体的に取引されることが多く、そのような取引の性質上、各給付物が相俟って利用されることで、その利用価値が全うされるという場合が多い。また、ハードウェア等有体物で、ソフトウェアに含まれるプログラムが無体物であるために、前者には売買契約が、後者には使用契約（使用許諾契約、ライセンス契約）が締結され、

外形的に複数の契約形式が用いられることも多い。そのことから、例えば、ハードウェアとソフトウェアとが「単一の目的物」を形成しているか、それらの給付が不可分のものか、ハードウェアに関する契約とソフトウェアに関する契約とが「一体的な契約」を形成しているかなどの問題が生じる⁹⁶⁾。このような複合的な性質を有するコンピュータ・システム供給取引をめぐる議論は、本稿の考察にとって有益な素材を提供しているように思われる。なお、わが国でも、コンピュータの売買契約に際して合意されたプログラム作成債務が履行されなかったという事案で、プログラム作成債務の不履行に基づいて契約全体を解除しうかが問題にされた下級審判決（東京地判昭和59年1月30日判タ523号175頁）がある⁹⁷⁾。ここでは、要素たる債務か付随的債務かという枠組みで契約全体の解除が問題とされたが、契約形式や問題の争われ方だけでは、契約の個数等が問題とされる可能性があった事例である。また、コンピュータのリースにおいては、ソフトウェアとハードウェアとが一体としてリース物件とされる場合が多く、ソフトウェアが未完成のまま納入されない、ソフトウェアに瑕疵（バグ）があるという理由でユーザーがリース料の支払を拒絶するなどの紛争事例が数多く生じているのは周知のとおりである⁹⁸⁾。もっとも、本稿は、コンピュータを取引対象

96) ハードウェア（契約）とソフトウェア（契約）との一体性についてまとめた分析をするものとして、Zahrnt, BB 1984,1007; ders., BB 1988,1687; ders., BB 1993,1670; Pötzsch, CR 1989,1063; ders., Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, 1991がある。

97) 本判決では、本件プログラム作成債務がコンピュータ売買契約の付随的債務にすぎないとの理由で、契約の解除が否定された。その際、次のような事実が認定されている。①本件コンピュータはそれ自体で価値があるもので、他のプログラムによりその利用価値を享受しうるものであること、②本件売買代金はプログラム作成費用を除外して定められたこと、③ユーザーがプログラム未作成にもかかわらず本件コンピュータを長期にわたり使用し続けたこと、④ユーザーは別のプログラムの交付を受けていること、等。本判決の解説として、池田真朗・判タ543号89頁、野口恵三・NBL319号44頁。

98) 数多くの下級審判例があるが、それらについては、手塚宣夫「コンピュータのファイナンス・リース—裁判例を中心にして—」石巻専修大学経営学研究4巻1号（1992年）1頁参照。また、最判平成5年11月25日金法1395号49頁では、ソフトウェア未開発のためリース物件であるコンピュータが納入されていないにもかかわらず、ユーザーが供給者の資金繰りに協力し借受証を交付し、その後二年余りリース料を支払い続けたが、リース業者が供給者の経営不振を理由にリース物件を引き揚げたことから、リース料債務の存否が争われた。最高裁は、リース業者の一方的引揚がリース物件使用不能状態を招来したとして支払拒絶を認めた原

とした場合に生じる特徴的な諸問題にその関心を置くものではないので、わが国における紛争事例の検討はここでは行わない。

以下では、ドイツにおいて、ソフトウェア契約とハードウェア契約の一体性が問題とされた事例を中心に検討しつつ、いわゆる「複合契約」類型の具体的内容を確認したい。

2 判例の状況

まず、ソフトウェア、ハードウェアなどの供給を目的とするコンピュータ・システムの複合的な供給取引において、目的物の一部の給付障害に基づいて当該取引全体が解消されるかが問題となったBGHの裁判例として、以下の三つの判決を取り上げよう⁹⁹⁾。

[1] BGH Urt. v. 1987.3.25 (NJW 1987,2004)

(事案) Xは、コンピュータ会社Yとの間で、コンピュータ機器(汎用ディスクトップコンピュータ、標準ソフトウェア(Standardsoftware))の導入に関する契約を締結した。その際、ソフトウェアとともにハードウェアを同時購入する場合には、「ソフトウェア特別価格」(ソフトウェアのみの場合には10万5千ルク、同時購入の場合には7万マルク)が適用される旨合意された。その後、ソフトウェアの保守をめぐる、XY間で争いが生じた。Yは、保守契約は半年で終了

判決を破棄して、「ユーザーによるリース物件の使用が不可能になったとしても、これがリース業者の責めに帰すべき事由によるものでないときは、ユーザーにおいて月々のリース料の支払を免れるものではないと解すべきである」と判示した。

- 99) そのほか、関連するBGHの裁判例として、ハードウェアとソフトウェアの供給における履行期の定めがそれぞれの給付についてではなく、当該プロジェクトの導入について定められていた点を重視して契約の一体性を認めたBGH Urt. v. 1984.6.20 (NJW 1985,129)、ハードウェアとソフトウェアを同じ供給者から購入することをユーザーがとくに重視していた点から契約の一体性を認めたBGH Urt. v. 1996.1.23 (CR 1996,467)等がある。やや個別的な問題として、ハードウェアやソフトウェアに関するマニュアルなどの付属書類が添付されていない場合、付属書類の給付がそもそも契約上の給付の構成部分になっているかが問題となる。この点につき、BGH Urt. v. 1989.7.5 (NJW 1989,3222)は、契約書にとくに言及がなくても、ハードウェア・ハンドブックはハードウェア給付の本質的な構成部分であり、かつハンドブック給付義務は主たる給付義務(Hauptleistungspflicht)である旨判示する。

し、それと同時にソフトウェアのライセンスも消滅する旨要求したが、Xは、保守契約の終了はライセンスに影響を与えないよう望んだ。Yは、本件ソフトウェアに、一定の期日が経過するとプログラムを低速で稼働させ次第に使用できなくさせる「時間的使用制限 (Sperrung)」¹⁰⁰⁾を付し、これを武器にして自己の保守契約案に従うように迫った。そこで、Xは本件ソフトウェアの瑕疵を理由に本件契約全体を解除し、代金全額の返還を訴求した。原審 (CR 1986,639) は、本件の使用制限は瑕疵ではなく、ライセンス契約の重大な義務違反にあたるとして解除事由を肯定するとともに、①他の製造者のソフトウェアを本件ハードウェアで利用することも可能であるが、XはY製造のソフトウェアの購入を希望していた点、②ソフトウェア特別価格が設定されており、ハードウェアと同時に購入の場合には著しく安い価格が定められている点から、ハードウェア契約とソフトウェア契約の一体性を認めて、Xの請求を認容した。これに対して、Yは、ソフトウェアのみの代金返還で十分であるとして上告 (原判決変更)。

(判旨) Yは、本件の時間的使用制限を付与することにより、当事者間の信頼関係を破壊したとして、ソフトウェア契約の解除 (Rücktritt) ないし告知 (Kündigung) 事由を認めた上で¹⁰¹⁾、ハードウェア契約とソフトウェア契約の一体性

100) 「時間的使用制限 (Sperrung)」とは、本判決が説示するように、予めなされたプログラミングにより、一定の期間の経過後、作動の停止、処理速度の低下などを生じさせるものである。例えば、発売予定のソフトウェアの未完成版 (β -Version) をフリーソフトウェアとして配布するときなどに、しばしばこのような使用制限が付されている。このような使用制限は一般に問題がないが、本件の使用制限は、Yが自己の契約案を押し付ける意図で濫用的に付されたものであり、それがソフトウェアの瑕疵ないし契約違反にあたるかが問題とされた。時間的使用制限の目的の多様性については、vgl. Wuermeling, CR 1994,585f.

101) 時間的使用制限の付与がソフトウェアの瑕疵にあたるかが問題となる。BGH Urte. v. 1981.6.3 (NJW 1981,2684 = WM 1981,964) は、時間的使用制限がつねにソフトウェアの瑕疵とみなされるわけではなく、個々の事案において、当該プログラムの保護が必要か、契約により定められたユーザーの使用が妨げられているかを考慮すべきであるとした上、当該事案での瑕疵性を否定するとともに、賃借物使用の不許与による即時告知 (BGB (旧) 581条2項、542条) の可能性も否定した。この事例は、プログラム使用制限が第三者による無権限でのプログラムの使用からソフトウェア供与者を保護することを目的し、かつ制限機能を排除して障害なきプログラムの稼働を可能にさせるための記憶媒体がソフトウェア・ユーザーに与えられていたというものであった。これに対して、上で扱う BGH Urte. v. 1987.3.25は、プログラム使用制限がユーザーを特定の契約の締結へと仕向ける目的で事後的に設置されたものであった。このような時間的使用制限もソフトウェ

に関して、次のように判示した。両契約の一体性の有無は、従来の判例理論に従い、契約の法的一体性に向けられた契約当事者双方の意思が存在するかにより、決せられる。原審は、本件ソフトウェアのみのために本件ハードウェアを購入したというXの意図を重視しているが、それは「経済的な動機 (wirtschaftliche Motivation)」にすぎず、契約の法的一体性を基礎付けるのに十分ではない。たしかに、本件では契約書が一つであり、契約の法的一体性に向けられた意思が推定されるが、その推定は以下の二つの事情から覆される。第一に、本件ハードウェアは汎用デスクトップコンピュータであり、本件ソフトウェアは標準ソフトウェアであるので、それらは特別に相互調整されたものではなく、それぞれ他の方法でも利用しうるものであった。第二に、当事者双方に二つの合意を相互依存的なものにさせる利益がない。すなわち、Yとしては、経済的な目的としての販売 (Absatz) に関心があったにすぎない。Xは、たしかに本件ハードウェア上で本件ソフトウェアを使用するつもりであったが、このような目的の結び付き (Zweckverbindung) だけでは不十分である。以上の理由から、本件ソフトウェア契約の解除の効力がハードウェア契約に及ぶことはない。

本判決では、まず、買主がソフトウェアの利用のためにハードウェアを購入したという使用目的は「経済的な動機」にすぎず、法的な一体性に向けられた意思ではないとされた。また、従来の判例による判断枠組みに従い、一個の契約書の存在から法的に一個の契約の存在を推定した上で、ハードウェア・ソフトウェア間の技術的な相互調整の欠如、当事者双方の一体性に向けられた利益の欠如という事情からその推定を覆している。この点の判断について、学説には、技術的な相互調整の欠如を重視して、肯定的な向きをするものもあるが¹⁰²⁾、原判決では

アの瑕疵ではないとされたが、YがXに対して「突如通告されるプログラム破壊に基づく最終的な圧迫 (ultimativen, auf die kurzfristig angekündigte Programmzerstörung gestützten Druck)」を行使することで、当事者間の信頼関係を破壊したとして、積極的契約侵害に基づいて契約の解除又は告知が認められた。時間的使用制限の付与の瑕疵性をめぐる議論については、Vgl. Köhler, CR 1987,827 (831ff.) ; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 1991, Rdn.777; Juncker/Benecke, Computerrecht, 2.Aufl. 2000, Rdn.290ff.

102) Megede, NJW 1989,2586 (本件のハードウェアとソフトウェアの関係を、レコー

考慮された「ソフトウェア特別価格」の存在が重視されていない (BGH はそれを売主の経済的な販売目的にすぎないとした) 点に対する批判的な評価が多く見られる¹⁰³⁾。価格形成の態様をどこまで重視するかに応じた相違であろう。

[2] BGH Urt. v. 1987.11.4 (BGHZ 102,135=NJW 1988,406)

(事案) ソフトウェア開発及びコンピュータ販売を営む Y は、顧客に販売する目的で、別のコンピュータ販売業者 X から、ハードウェアとソフトウェア (Basic Compiler, Basic Interpreter)¹⁰⁴⁾ から成るコンピュータ機器を購入した。Y は、自ら開発したソフトウェアとともに当該コンピュータ機器を自己の顧客に販売したが、Y から購入したソフトウェアの機能不全が原因でシステム障害が生じた。そこで、Y は、X に対して、瑕疵の除去を求めるとともに、瑕疵が除去されなければ本件売買契約を解除する旨主張した。しかし、X は、この求めに応じることなく、本件のハードウェアとソフトウェアの代金の支払を訴求した。原審は、契約の一体性を肯定するとともに、「当事者間に、単一物つまりハードウェアとソフトウェアの全体の売買に向けられた意思の合致があった」として、目的物の一体性も肯定し、Y の契約全部解除の主張を容れ、X の請求を棄却した。これに対して、X は、ハードウェアに関する代金請求は認められるとして、上告 (破棄差戻)。

(判旨) 本件のソフトウェア交付には少なくとも売買契約における物の瑕疵担保責任規定が準用 (entsprechende Anwendung) され、本件の瑕疵担保解除が

ドプレイヤーとレコードの関係になぞらえている。)。

103) Zahrt, BB 1988,1689; Lehmann, CR 1987,358; Köhler, CR 1987,832; Junker, JZ 1988,466.

104) 本件のソフトウェアは、プログラム言語をコンピュータ機器上で解読しうる機械プログラムへ翻訳する、いわゆる「翻訳ソフトウェア」である。これはシステムの稼動に必要なシステム・ソフトウェア (Betriebssystem-Software) であり (Lexikon Computer und Recht "Begriff und Wesen der Betriebssystem-Software", CR 1986,522)、個別の情報処理作業のために作られた応用ソフトウェア (Anwendung-Software) と比べ、ハードウェアとの一体性が肯定されやすい (Vgl. Moritz/Tybusseck, Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2.Aufl. 1992, Rdn.18ff.)。システム・ソフトウェアに属するいわゆる OS がハードウェアと一体を成すかをめぐっては、争いがある (後述)。

それらの規定に基づき認められるとした上で¹⁰⁵⁾、ソフトウェア契約の解除の効力がハードウェア契約にも及ぶかについて、次のように判示した。Yの全部解除権の要件として、まず第一に、ハードウェアとソフトウェアとを含む一体的な契約が存在したことが必要である。この点を肯定した原審の判断は正当である。もっとも、先のBGH判決〔1〕では契約の一体性が否定されており、それとの関係が問題となる。判決〔1〕が契約の一体性を否定したのは、事案の特殊性に基づくことであり、本件ではそのような特殊性は存在しない。全部解除が認められる第二の要件として、目的物が単一であることが必要である。原審は目的物の単一性を当事者の意思を基準に決しているが、当事者意思はBGB469条2文の物の「関連性」に関して考慮されるのであって、目的物の単一性は「取引上の見解(Verkehrsanschauung)」により判断されるべきである。この点の判断のない原判決は破棄差戻せざるを得ないが、取引上の見解の判断に際しては、近年、ハードウェア、ソフトウェアそれぞれの市場の独立性が大きくなっていることに配慮すべきである。

105) 標準ソフトウェア交付への民法上の典型契約規定の適用をめぐることは、ソフトウェアが「物」であるか、その交付をいかに法性決定するのかが判例・学説上争われてきた。コンピュータ・プログラムは、たしかに有体的な記憶媒体に記憶され交付されるが、実際の経済的価値は、その内容である精神的給付(geistige Leistung)・情報財(informationelles Gut)といった無体財産にあるのであり、「物」の売買に関する規定が適用されてよいのかが問題となる(物概念をめぐる問題については、さしあたり、Vgl. P.Bydlinski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 198(1998),287ff.)。また、標準ソフトウェア交付及びそれに伴うライセンス契約が、売買であるか、(使用又は用益)賃貸借であるのか、独自の種類の契約であるのかも問題となる(なお、個別ソフトウェアの製造が「請負」にあたることについては、争いが少ない)。本判決は、この点に関して次のように判示した。「ソフトウェア交付の法性決定に際しては、まず一方で、特別の個別ソフトウェア(Individualsoftware)の(請負契約的な)製造が問題となっているか、既製の標準ソフトウェア(Standardsoftware)の交付が問題となっているかという点、他方で、交付が継続的債務関係の枠組で生じるのか、一回の対価に対する一回の取得行為の形式で生じるのかという点が重要である。本件の場合のように、一回の対価と引き換えになされる(gegen einmaliges Entgelt)、自由な処分に向けられた(zu freier Verfügung)、…標準ソフトウェアの取得が問題となっている場合には、売買契約と認めることが少なくとも妥当」であり、本件でも売買契約における物の瑕疵担保責任規定であるBGB459条以下が「少なくとも準用」される。この点に関するドイツ法の議論状況について、山田憲一「コンピュータ・プログラムの瑕疵と使用許諾契約(1)(2・完)」民商112巻1号46頁、2号67頁(1995年)が詳細な紹介と検討を行っている。

本判決では、契約の一体性に関する原審の判断を妥当なものと認めているので、この問題に関する説示はとくにない。目的物の単一性に関して、この点の判断を当事者意思によった原判決を不当とし、取引上の見解によるとしている。また、ハードウェア市場、ソフトウェア市場の独立性の増大に言及している点が注目される。

[3] BGH Urt. v. 1990.3.7 (NJW 1990,3011)

(事案) X は、Y の製造・販売するコンピュータ機器を導入するにあたり、リース会社 A との間で、ハードウェア、標準ソフトウェア、特別ソフトウェアのリース契約を締結した。その際、A は自己が Y に対して有する瑕疵担保請求権のすべてを X に譲渡し、同時に X の自己に対する瑕疵担保請求権及び損害賠償請求権をすべて排除する旨合意された。Y は、いまだ製造されていない特別ソフトウェアを除くその他のリース物件を X に引き渡し、X は、特別ソフトウェアをも含んだリース物件全部の引渡があった旨の受領確認を A に対して行った。それに基づき A は Y に代金を支払い、X からリース料の支払を受けていた。その後、特別ソフトウェアの内容を変更するため、XYA 間で交渉が行われ、そこで、ひとまずはソフトウェアの一部を引き渡すこととなり、Y は X にそれを引き渡した。しかし、それには瑕疵があったので、X は、修補期間を定め、修補されない場合には損害賠償又は契約解除をする旨主張したが、最終的に修補は行われなかった。そこで、X は、本件リース契約全体の解除を理由に、代金全額の返還を訴求した。原審は、特別ソフトウェアに関してのみ X の請求を認容。X が上告 (棄却)。

(判旨) 契約の一体性の判断において、給付が「技術的に不可分」であるか、及び「当事者の意思により不可分」とされるかが問題となる。まず、前者の判断においては、客観的な事情のみが考慮され、本件では「供給された部分を単独で使用しうる」ので、技術的に不可分ではない。後者の判断につき、本件では当事者間での明示的な合意はなく、黙示的な合意の有無が問題となる。ここで BGB139 条の一体性をめぐる判断枠組みが適用され、その際、次の三つのファクターが考慮される。すなわち、①ハードウェアとソフトウェア不可分的な供給によっての

み、システムに期待した仕事が達成されるか。ユーザーが全体的な処理（Gesamtlösung）を重視したか。②システムの稼動に障害が生じた場合、複数の異なる供給者と争う必要がないというユーザーの利益が認められるか。③ユーザーが、供給されたソフトウェアを同じ製造者のハードウェア上でのみ使用しなければならぬという義務を負うか、である。

本件では、契約書の個数から契約の一体性が推定されるが、リース契約後にソフトウェアの内容が変更されたという事情から覆される。契約締結後の行為によって契約締結時の意思を逆推知（Rückschlüsse）し、給付の不可分性を事後的に解くことができる。このようにして契約の一体性が否定される場合であっても、「326条1項3文の拡張解釈」の下、一部履行が債権者にとって利益がない場合には、契約の全部解除が可能である。本件では、基準となる債権者とはリース業者Aであり、Aには利益脱落は認められない。また、リース契約はユーザーの物件利用に向けられているので、Xの事情も顧慮される。ここでは、上記で考慮された事情は除かれ、「必要とされる特別ソフトウェアの代替物を調達するのが困難である」という事情のみが考慮される。本件で、Xは、「特別ソフトウェアを他の製造者から、より迅速にかつ安価で入手した」ので、かかる事情も利益脱落を基礎付けない。

本判決は、契約の一体性の判断を、給付の技術的な不可分性、当事者意思による不可分性という二つの観点から行っている。後者において、従来のBGB139条に関する判断枠組みが用いられ、そこで顧慮される三つの事情が列挙されている点が注目される（もっとも、それらの事情の本件における具体的な検討はされていない）。すなわち、①特定の仕事を達成する上でのソフトウェアとハードウェアとの相互依存性、②コンピュータ障害を一括的に処理することへのユーザーの利益、③ソフトウェア利用上のユーザーの義務である。次に、本判決は、一つの契約書の存在から法的に一個の契約の存在を推定した上で、契約締結後の交渉により給付の内容が変更されたという事情から、ソフトウェア契約とハードウェア契約との独立性を認めている。本来、契約の一体性を判断する基準時は契約締結時であるが、本件のような事案では、契約締結後の事情から契約締結時の意思が

「逆推知」されているのである。さらに、契約の一体性が否定される場合であっても、なお当該取引全体の解除が可能となる途を認めている。すなわち、双務契約の一部遅滞に関する BGB326条 1 項 3 文 (325条 1 項 2 文準用) を拡張適用して、債権者側の一部給付への利益が欠けている場合には、当該取引全体の解除が可能とされる。契約締結時の当事者双方の意思からは契約の一体性が認められないが、不履行時の債権者側の利益状況から一体的処理が望ましいという場合に意味をもつであろう。

さらに、コンピュータ・システム供給をめぐる、契約の一体的処理の可能性が問題となった下級審の裁判例は多数あるが、契約の一体性を否定した上記 BGH [1] [3] 判決とは対照的に、より緩やかに契約の一体性を認める傾向が見られる¹⁰⁶⁾。とりわけ上記 BGH [3] 判決の出現以降、[3] 判決が提示した三つのファクター (①特定の仕事を達成する上でのソフトウェアとハードウェアとの相互依存性、②コンピュータ障害を一括的に処理することへのユーザーの利益、③ソフトウェア利用上のユーザーの義務) が考慮され、契約の一体性が認められている¹⁰⁷⁾。

3 学説の指摘

(1) 外形上の契約形態と当事者意思との関係

これまで見てきたように、判例は、BGB139条に基づく契約の一体性の判断をめぐる、外形上の契約形態である契約書の個数から法的な契約の個数を推定するという原則を認めている。かかる原則は、ハードウェア契約とソフトウェア契約の一体性の関連でも、しばしば用いられている。もっとも、先の BGH 判決 [1] [3] のように、この推定原則は契約を取り巻く諸般の事情から覆されることが多い。そこで、学説でも、この推定原則を制限する方向での指摘が見られる。

106) 下級審判例の状況については、Junker, NJW 1990,1575; ders., NJW 1992,1733; ders., NJW 1993,824.

107) OLG Koblenz BB 1992,4; OLG München NJW-RR 1992,1269; OLG Köln NJW-RR 1992,1328; OLG Hamm CR 1995,341.

例えば、ツァーントは、複数の給付が一つの契約書の中にまとめられている場合には外形上の契約形態に当事者意思の徴憑作用と認めるが、逆に、分離された契約書が使用されているという事情は契約の一体性の評価に際して重要ではないという¹⁰⁸⁾。また、ペッツシュは、契約の一体性の判断に際し、外形上の契約形態を重視せず、より具体的な当事者意思の評価に重点をおき、当事者意思の徴憑となる個別的なファクターを挙げている¹⁰⁹⁾。①合意間の時間的隔たり¹¹⁰⁾、②包括的表示の有無¹¹¹⁾、③履行期の定めの様態、④目的物の使用目的、⑤価格形成の様態¹¹²⁾、⑥技術的調整などその他の客観的要素である。さらに、ホイセンは、複数の契約書に諸給付が分割されているという事情やどのような価格形成がされているかという事情は、当事者意思の徴憑としてほとんど意味をもっておらず、最終的に決定的な事情は「適合する代替給付がないこと (Fehlen einer kompatiblen Ersatzleistung)」であるとする¹¹³⁾。

-
- 108) Zahrnt, DV-Verträge: Gestaltung durch den Anwender mit Vertragsmuster für den Einkauf von DV-Leistungen, 1987, S.121f. 同旨 Hager, AcP 190 (1990), 354.
- 109) Pötzsch, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, 1991, S.68-81.
- 110) 二つの契約の間に大きな時間的隔たりがある場合には、後発の契約により先の契約が拡張・変更されるときに限り、契約の一体性が認められる。また、時間的隔たりの大きさは当該取引の大きさにより定まる。既製品の売買の場合 (例: パソコンと標準応用ソフトウェアをコンピュータショップで30マルクで購入する場合) には、1日の時間的隔たりですでに契約の独立性が承認されうる。これに対して、様々な個別のプログラミングが行われるネットワークの構築など大型コンピュータの導入の場合には、契約交渉の進捗によって個々の合意の間に数日の時間的隔たりが生じて、それは大きなものとは評価されない (Pötzsch, aa.O., S.72)。
- 111) 例えば、「システム全体 (Gesamtsystem)」、「全体的な構想 (Gesamtkonzeption)」、「一括処理 (Paketlösung)」、「統合的処理 (Organisationslösung)」等。また、個々の合意の中に目的物相互の関連付け (とりわけ、ソフトウェアをもつばら同じ製造者のハードウェア上で使用しなければならないというユーザーの義務を含んだ合意) が存在する場合には、契約の一体性が認められる (Pötzsch, a. a.O., S.72f.)。
- 112) 一括価格を定めているか個別価格を定めているかは重要ではない。これに対して、一括購入の場合の価格割引 (Preisnachlässen) が認められている場合には、供給者の側に一体性に向けられた意思が認められるし、ユーザーの側も契約の一体性につき利益を有している (Pötzsch, aa.O., S.74)。
- 113) Heussen, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, 1990, Kap. 24 Rdn.30,33-36.

(2) 目的物の単一性をめぐる問題

目的物が単一か複数かは、BGB469条の適用要件との関連で、「取引上の見解 (Verkehrsanschauung)」によるとするのが一般的な理解であるが、ハードウェアとソフトウェアとの関係でもそのことに変わりはない¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾。もっとも、ハードウェアとソフトウェアとの一体性をめぐっては、先に考察したBGH判決 [3] も示すとおり、ハードウェア、ソフトウェアそれぞれの市場が1970年以降徐々に独立性を増してきたことに配慮すべきである（「一括販売 (Bundling) から分離販売 (Unbundling) へ」)¹¹⁶⁾。

やや個別的な問題として、OS などのようなハードウェアの稼動に必要なソフトウェア (Betriebssystem-Software) の交付の場合に、ハードウェアとの一体性が肯定されるべきかについて、学説上、諸々の見方がある。

肯定説によると、OS は、独立した契約目的ではなく、売買目的物であるコンピュータに統合された一部にすぎないとされる¹¹⁷⁾。これに対して、否定説は、カメラとフィルム、レコードプレイヤーとレコードの関係と同様、二つの製品が同時に利用されるという事情はそれらの技術的一体性を正当化しないこと、ハードウェアと OS とではその製造過程で海賊版の危険 (Gefährdung durch Produktpiraterie) の度合いが異なること、ハードウェアとソフトウェアとの技術的な違い、それらを分離して販売しようとする製造者の営業政策 (Unbundling-Vertriebspolitik) などを根拠としている¹¹⁸⁾。

114) Junker, Computerrecht, 1988, Rdn.394. また、ソフトウェアを有体物と見る近時の学説は、目的物の単一性の判断をBGB総則の「物」に関する章に含まれる93条（「物の構成部分は、その一部の分離により、いずれかの部分を毀損するとき、又はその本質を変ずるとき（本質的構成部分）は、これを特別の権利の対象とすることができない。」）によらしめているが（Pötzsch, a.a.O., S.59ff.,88）、基本的な理解に変わりはなからう。

115) 一部には、目的物の単一性の局面で、当事者自治に傾く見解も見られる。ツァーンントは、ハードウェアとソフトウェアとが単一物であるかは、取引上の見解のみによって評価されるべきではなく、「私的自治の枠内では、当事者に委ねられねばならない」という（Zahrt, BB 1988,1688f.; ders., IuR 1988,23）。

116) ヨーロッパにおけるコンピュータ市場の統計的資料も含め、Moritz/Tybussek, Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2.Aufl. 1992, S.13 ff. 参照。

117) Brandi-Dohrn, CR 1986,84.

118) Kindermann, CR 1986,446; Müller-Hengstenberg, CR 1986,442f.

この点、両者の中間的な見解が比較的多数を占めているようである。例えば、ツァーントは、製造者が特別に製造した OS の場合には目的物の単一性を肯定するが、既製品の OS の場合には給付の独立性を認める¹¹⁹⁾。また、シュナイダーは、著作権法上の差止の対象の問題に関してではあるが、次のように主張する¹²⁰⁾。まず、当該 OS がハードウェアの ROM に統合された構成部分として組み込まれている場合 (“Firmware”; “Software im Gehäuse”) には、技術的な機能上の結び付きが認められる。これに対して、当該 OS が独立した情報記憶媒体で交付される場合には、同時に提供されたハードウェア上で他の OS を使用することが許容されているか、当該 OS を他のハードウェア上で使用することが許容されているかという製造者の営業政策を考慮して、目的物の一体性を決すべきであるという。さらに、ホイセンは、技術的な機能上の結び付きがある場合に加えて、当該ハードウェアに適合する代用のソフトウェアがない場合にも、つねに技術的な必然的結び付き (technisch zwingende Verbindung) が認められるとする¹²¹⁾。

IV 検討

以上、ドイツ法における契約結合問題の状況を考察してきた。以下では、契約の個数論の有する意義、契約の個数と解除範囲との関係に関して、若干の検討を行う。

1 契約の個数論の意義

まず、ドイツ法においては、混合契約論の中で契約の個数・契約の一体性の問題が論じられる。混合契約論の主たる関心は、民法典に規律のない新たな契約に対して、民法典上の典型契約規定をどのように適用するかを明らかにすることに

119) Zahrnt, BB 1988,1688 Fn.4.

120) Schneider, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1988, S.138ff. また、Ruppelt, Die Überlassung von Computerprogrammen: Vertragstypenzuordnung und besondere Formen der Gewährleistung, 1990, S.96f. もほぼ同旨。

121) Heussen, NJW 1988,2443f.

向けられてきたが、問題の対象を一個の契約に限定するための前提作業として、契約の個数や契約の一体性の問題が論じられている。すなわち、契約の個数の問題は、法適用の問題に先行する契約解釈の問題として位置付けられているのである。

この点に関して、わが国では、契約の個数・契約の一体性に関する問題と、契約がいかなる典型契約上の構成分子から成り（契約の性質決定）、それにいかなる典型契約規定が適用されるべきかの問題とが連続的ながらも、なお区別されるものであることが十分に意識されることなく、新種の契約の法的処理のあり方が論じられている観がある¹²²⁾。ドイツの混合契約論をわが国に受容するにあたって、前者の問題が注目されることなく、後者の問題のみが中心的に論じられたことが、その要因の一つであろう。いわゆる混合契約と複合契約とは、契約の個数の相違に基づいた異なる概念ではなく、同じ契約現象をめぐって、異なる局面の問題で、その契約構造が論じられているにすぎない。契約の個数・契約の一体性の問題と契約の性質決定・法適用の問題とを段階的に区別することにより、複合的な契約の法的処理をめぐる諸問題により適切にアプローチしうるのでなかろうか。

次に、ドイツ法における契約結合論では、契約の個数・契約の法的一体性は、一部無効規定である BGB139条における一体性要件の下で、契約締結時における当事者双方の意思の解釈により定まるとされる。契約自由の原則の下では、契約の内容とともに契約形式の選択も当事者に委ねられるのが原則であり、契約の個

122) 契約形式の組み換えにより契約の一体性の判断を経ることなく取引の実体に即した法的解決が可能であり裁判所の判断の基礎を明確にさせようという発想は、上の二つの問題が段階的に区別されつつも連続的なものであることの認識を欠いている観が否めない。また、混合契約は一個の契約の問題で、複合契約は複数の契約の問題であるという前提に立った議論が見られるが、後者の場合であっても、契約の個数・契約の一体性の判断を経た後に法的に一個の契約とされるのであるから、外形的な契約の個数に着目した区別は、複合的な契約関係の問題に対する分析手法として適切であるとは思われない。もっとも、ドイツ法においても、混合契約と複合契約 (zusammengesetzte Verträge) とを同一平面の概念と捉え、両者の相違が指摘されることが少なからず見られ、必ずしも、契約の個数・契約の一体性の問題と契約の性質決定・法適用の問題との段階的な理解が確立しているとはいえない。

数の問題は契約締結時における当事者意思の探求により解決されるべき問題である。もっとも、契約の履行に一定の期間を要する場合には、契約締結後の交渉などを通じて、契約の一体的処理に対する当事者の見解が変容することがありうるが、その場合には、契約締結後の当事者意思をあらためて探求する必要がある(BGH [3] 判決参照)。また、判例の準則によると、契約書の個数に応じて法的な契約の個数が推定される。このことは、学説でも一般論としては承認されている。しかしながら、個別的な事例においては、そのような推定が必ずしも実質的な契約関係を反映しないことがしばしばである(例えば、BGH [1] [3] 判決)。したがって、契約書の個数という一つの外形的事実のみから法的な契約の個数を推定することに問題がないとはいえない¹²³⁾、少なくとも、このような推定原則が、契約の一体性・独立性についての立証責任を分配する機能を有していることは確かである。もっとも、外形的な契約形式は、もっぱら契約に際してイニシアティブを有する者により選択されることがありうるので、かかる推定原則を認めるとしても、推定原則を用いる基礎を欠いていないか、外形的な契約形式が当事者双方の意思の発現であるかを精査する必要がある。

2 契約の個数と解除範囲

双務契約に基づく給付と反対給付は発生・存続・消滅の各段階で相互に牽連性を有するのが原則であるから、法的に一体的に処理されるひとまとまりの契約の判定は、契約の成立・履行・消滅の各段階で妥当し得るものであるのが望ましい。ドイツ法の契約結合論では、契約の個数は契約締結時の当事者双方の意思によるのが原則であるが、法的に一個の契約が存在すると評価されたとしても、それにより直ちに契約が一体的に処理されるとは限らない。たとえば、契約の個数の判断を経た後の契約解除の範囲の判断においては、契約締結時の当事者意思からは引き出しえないファクターが考慮されている。また、法的に二個の契約が存在す

123) たしかに、複数の給付が一つの契約書にまとめられていることは契約を一体的に処理しようとする当事者意思の徴憑と評価しうることが多かるうが、複数の給付が複数の契約書に分割されていることは、契約作成の技術的必要性に起因していることが多いので、当事者意思の徴憑作用は小さいように思われる(上記Ⅲ 3 (1) のツァーントの見解参照)。

ると評価されたとしても、BGH [3] 判決が示唆するように、一部解除規定の拡張的な適用などを通じて、不履行時における債権者の利益状況から、契約を一体的に処理することが望ましいとされる可能性もある。そのため、具体的な結論との関連で契約の個数論が果たす役割は、それほど大きくはなく、契約の個数の判定と契約解除の範囲とが必ずしも調和するわけではない。

このように考えてくると、契約の個数論により決定的な内容を与えるためには、契約の成立・履行・消滅の各段階で考慮される諸ファクターを分析して、それを契約の個数論に汲み上げるという作業が必要であろう。もっとも、わが国では、一部無効問題、一部解除問題などを見ても、いまだ十分な議論の蓄積があるとはいえず、さらなる検討を要する。

3 結語

わが国で近時しばしば論じられる契約の個数・契約の一体性の問題は、ドイツ法でも、理論的な基盤の違いこそあれ、契約内容・契約形式の複合化という傾向の下で、重要な意義を有している。もっとも、契約の個数論それ自体には、複合的な契約の分析枠組みを決定するという契約構造分析の第一次的作業としての意義は認められるが、そのような契約関係から生じる具体的な諸問題の解決にあたっては、一部無効、一部解除といった具体的な効果論の確立が必要である。その際には、具体的な事例考察を下に、契約の一体的処理の可否にとって決定的な諸ファクターの析出が求められよう。本稿では、そのようなファクターの析出のための準備的考察を、ドイツにおけるコンピュータ・システムの供給事例といったやや特殊な領域の素材を用いて行ったが、そこで示されたいくつかの視点を一般化するには不十分である。また、本稿では、契約の成立・履行段階における問題にも立ち入っていない。これらの点も含め、今後の課題としたい。