

神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

双務契約における両当事者の責に帰すべき事由による履行不能：ドイツ法における効果論の一考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-03-23 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 坂口, 甲, Sakaguchi, Kou メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/1403

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



双務契約における 両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能 ——ドイツ法における効果論の一考察——

坂 口 甲

目 次

- 第1章 日本法の現状と問題の所在
- 第2章 ドイツにおける判例の展開
 - 第1節 戦前の判例
 - 第2節 戦後の判例
 - 第3節 判例法理の整理と分析
- 第3章 ドイツにおける学説の展開と債務法改正
 - 第1節 債務法改正前の議論状況
 - 1. 優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解
 - 2. 優越的な帰責性がない当事者の帰責性も考慮する見解
 - ①積極的契約侵害構成肯定説
 - ②積極的契約侵害構成否定説
 - i) 縮減否定説
 - ii) 縮減肯定説
 - 3. 小括
 - 第2節 債務法改正
 - 第3節 債務法改正後の議論状況
 - 1. 契約分割肯定説
 - 2. 契約分割否定説
 - ①反対給付請求権脱落説（保護義務違反構成）
 - ②反対給付請求権存続説
 - i) 縮減肯定説
 - ii) 縮減否定説
 - iii) 選択的縮減説
 - ③区分説
- 第4章 ドイツ法のまとめと検討
 - 第1節 ドイツ法の展開の整理
 - 第2節 法的効果の検討——日本法への示唆
 - 1. 反対給付請求権の存否と解除権への影響
 - 2. 債務者に有利な契約利益の法的処理
 - 3. 反対給付が不可分である場合の法的効果
 - 第3節 残された課題

第1章 日本法の現状と問題の所在

双務契約において債務者の債務の履行が後発的に不能となった場合の法的効果については、従来、次のように考えられてきた¹。両当事者の責めに帰することができない事由による履行不能の場合には、危険負担の問題となり、原則として、債権者は反対給付の義務を免れる（民法536条1項）。債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合は、危険負担の問題となるものの、債権者は、反対給付の義務を負い続ける（民法534条、536条2項）。債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には、債務は消滅せず、危険負担の問題にはならない。この場合、債権者は、損害賠償を請求するとともに（民法415条）、契約を解除することができる（民法543条）。そして、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には、危険負担の問題にはならず、債権者は損害賠償を請求することができ（民法415条）、この損害賠償請求に過失相殺の規定（民法418条）が適用される。

本稿は、この最後の障害類型、つまり、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能において、いかなる法的効果が認められるべきかを検討するものである。そこで、まず、この点に関する日本法の学説の展開を概観する。

1. 日本における学説の展開

双務契約において両当事者の責めに帰すべき事由により債務者の債務の履行が不能となった場合の法的効果をめぐるわが国の学説は、次のように展開してきた。

①伝統的見解

i) 通説——独自性否定説

伝統的な通説によれば、両当事者の責めに帰すべき事由による不能は、債務

1 たとえば、我妻栄『民法講義V 債権各論上巻』（岩波書店・1954年）100頁以下を参照。

者の責めに帰すべき事由による不能の一種として理解される。本稿では、このような立場を両当事者の責めに帰すべき事由による不能の障害類型としての独自性を認めないという意味で、独自性否定説とよぶ。具体的には、その効果は次のようになる。債権者は、債務者に対して債務不履行にもとづく損害賠償を請求することができるとともに(民法415条)、契約を解除することができる(民法543条)。債権者の損害賠償請求権は、民法418条により過失相殺される。不能における填補賠償請求権の性質理解については、代償説と差額説との対立があるところ(その意味については本章4で後述する。)、通説は、代償説をもって正当とする。また、債権者が契約を解除した場合を除いて、債権者の給付請求権の不能は、債務者の債権者に対する反対給付請求権に影響を与えない^{2 3}。

2 末弘嚴太郎『債権各論』(有斐閣・1918年)179頁以下(初出は「双務契約不履行不能(4・完)」法学協会雑誌34巻6号1045頁[1916年])、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論上巻』(岩波書店・1924年)137頁以下、磯谷幸次郎『債権法論各論(上巻)』(巖松堂書店・1926年)182頁以下、岡村玄治『債権法各論』(巖松堂・1929年)94頁以下、三浦信三『契約法』(日本評論社・1937年)64頁、末川博『契約法上(総論)』(岩波書店・1958年)106頁以下。

3 代償説(交換説ともよばれる。)と差額説については、勝本正見『債権総論中巻之二』(巖松堂書店・1936年)315頁以下のほか、岡松参太郎「双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償」内外論叢5巻3号143頁以下、5巻4号131頁以下(1906年)、石坂音四郎「双務契約ニ於ケル給付不能ニ基ク損害賠償」同『改纂民法研究下巻』(有斐閣・1920年)598頁以下(初出は法学新報26巻3号〜7号[1916年])、川添清吉「双務契約上の債務の履行不能による損害賠償(1)(2・完)」法律論叢12巻6号24頁以下、12巻7号1頁以下(1933年)、北村実「解除と損害賠償との関係に関するBGBのEntweder-Oder主義——解除効果論研究ノートの一齣」天理大学学报105輯75頁以下(1976年)、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(2・完)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商法雑誌110巻4=5号859頁以下(1994年)を参照。

伝統的通説は、不能を理由とする填補賠償について代償説を支持するものの、解除とともにする填補賠償の性質については、債務が履行されていればあったであろう利益から反対給付請求権の価額を——鳩山博士によれば、損益相殺により——控除した差額であるとする(岡松・前掲論文5巻4号151頁以下、末弘・前掲書(前注2)269頁、鳩山・前掲書(前注2)243頁以下など)。また、売主の履行不能にもとづく解除とともにする填補賠償について、最判昭和63年11月25日判時1301号95頁も同様に判示する(この点については、平野裕之「契約解除と損害賠償義務(2)——売買契約をめぐる各論的考察をかねて」法律論叢69巻6号59頁以下[1997年]も参照)。

反対給付が金銭給付でない場合を除いて、填補賠償の性質が代償なのか差額なのかをめぐる議論に必ずしも意味を見出さない見解も有力である(我妻・前掲書(前注1)135頁)。しかし、采女・後掲論文(後注6)79頁以下も指摘するように、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の法的処理に際しては、代償説と差額説とで大きな違いが生じる点に留意する必要がある。たとえば、売主S、買主G、不能となった給付の価値が100、反対給付の価値が80、各当事者の過失割合が2分の1ずつである事例を想定した場合、Gが解除をせずに代償説による損害賠償を請求すれば、Gの損害賠償請求権は50(100×1/2)、Sの反対給付請求権は80となり、相殺によりSがGに対して30の支払いを請求することができる。これに対して、Gが解除とともに差額説による損害賠償を請求すれば、GがSに対して10の支払いを請求することができる。なぜなら、Sの反対給付請求権は解除によって脱落する一方、Gの損害賠償請求権は、(100 - 80) × 1/2 = 10となるからである。

ii) 少数説

伝統的な見解の中には、いま述べた見解と重要な点において異なる少数説もみられる。1つは、債務者の反対給付請求権も、民法418条の準用により、債権者の損害賠償請求権と同様に縮減されるとする見解である⁴。通説によれば、反対給付請求権は全部存続するところ、この見解によれば、反対給付請求権が債務者の過失割合の分だけ縮減されることになる。もう1つは、契約が解除された場合に、債務者の債権者に対する損害賠償請求権が考慮されうるとする見解である⁵。通説にしたがって債権者が契約を解除できるとすると、反対給付請求権が全部脱落する。このため、契約が解除できる場合とそうでない場合とでは、具体的な帰結に大きな違いが生じる。この点、契約が解除された場合に債務者が債権者に対して損害賠償を請求できるとするならば、この損害賠償請求権が、解除によって脱落する反対給付請求権の代わりとなる可能性がある。

②近時の見解——独自性肯定説

以上の伝統的な見解に対して、現在では、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の履行障害類型としての独自性を強調する見解が主張されるに至っている⁶。本稿では、これを独自性肯定説とよぶ。この見解によれば、当事者双方に履行不能について過失または帰責事由がある以上、当事者の利益調整の際には常に双方の過失が共に斟酌されえなければならないという。とくに、債権者にも帰責事由があるにもかかわらず、債務者のみに帰責事由がある場合とまったく同様に債権者に契約を解除する特権を与えることは、公平な利益調整という観点に照らして問題があるとする。つまり、債務者が反対給付請求権を獲得する利益が尊重されなければならないという。このような基本的な観点から、

4 石坂音四郎『日本民法第3編債権総論下巻』(有斐閣・1921年)2146頁以下(初出は1916年)。

5 小池隆一『債権法各論新稿(上巻)』(清水書店・1939年)157頁。ただし、損害賠償請求権の法的基礎は明らかにされていない。なお、小池博士は、債権者の受領義務を肯定する論者の1人である(同「受領遅滞と債権者の受領義務」法学研究14巻1号39頁〔1935年〕)。

6 采女博文「双務契約における当事者双方の責に帰すべき事由による履行不能」九大法学42号75頁以下(1981年)。これを支持する見解として、原島重義「債務の一部不履行と債権者の反対給付義務」法政研究49巻1=2=3号306頁以下(1982年)(同「市民法の理論」(創文社・2011年)所収)。

以下の解釈論が提示される。第1に、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能に関する民法536条2項と、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能に関する民法415条とを共に適用したうえで、代償説にもとづく損害賠償請求権を債権者の過失割合に応じて過失相殺する（民法418条）。第2に、債務者の反対給付請求権は、民法536条2項但書に該当する場合を除いて、全部存続させる。第3に、過失相殺された損害賠償額が反対給付の価値と同じであるかそれを下回る場合には、債権者は、契約を解除することができない。つまり、債権者の損害賠償請求権の額が債務者の反対給付請求権の額を上回る時にのみ、解除が許される。この結果、給付の価値が反対給付の価値を大きく上回る場合や、不能となった給付の価値以外にも大きな損害が生じる場合——つまり、債権者の損害額が膨らむ場合——を度外視すれば、ほとんどの場合に、債権者の解除権行使が制限されることになる⁷。

2. 問題の所在

以上のように、従来の日本法では、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の効果論に関して、一定程度の議論の蓄積がみられる。そこでは、債権者の填補賠償請求権が過失相殺によって縮減される点については異論がない。これに対して、債務者の反対給付請求権が過失相殺規定の準用によって縮減されるのかどうか、債権者が契約を解除できるのかどうか、解除できるとして、債務者の債権者に対する損害賠償請求が認められるのかどうかについて、議論

7 このほか、両当事者の責めに帰すべき事由による不能を債権者有責不能または債務者有責不能として処理する方向を示唆する見解も主張されている。この見解によれば、債務者有責不能を出発点とした場合に債権者の損害賠償請求権が過失相殺されるのと同様に、債権者有責不能を出発点とする場合にも反対給付請求権を過失相殺すべきであるとする（民法418条類推適用）（小野秀誠『反対給付論の展開』（信山社・1996年）282頁、288頁、307頁（以上の初出は1987年）、350頁（以上の初出は1996年））。さらに、債権者が契約を解除した場合には、債権者が積極的契約侵害を理由に賠償義務を負担するか、あるいは、解除による反対給付義務の免除の効力を制限すべきだという（小野秀誠『危険負担の判例総合解説』（信山社・2005年）60頁以下）。

また、解除権にかぎっていえば、民法536条2項の趣旨から、債権者の側に圧倒的な帰責性が存在する債務不履行の場合に、債権者が契約を解除できないとする見解が主張されている（潮見佳男『債権総論Ⅰ（第2版）』（信山社・2003年）436頁以下）。

があった。しかしながら、それぞれの問題点も十分に吟味されてきたわけではなく、また、それぞれの問題点同士の関連性も明らかであるとはいいがたい。

そこで、本稿では、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能において、いかなる法的効果が認められるべきかについて、検討する。これはまた、債権者側の事情によって債務者の履行障害が生じた場合における履行障害体系を構想するうえで必要な準備的考察の一環を形成するものでもある。

3. 検討の対象と叙述の順序等

検討にあたっては、ドイツ法を比較法の素材とする。この問題に関する日本法の議論が、これまでドイツ法の影響を受けて形成されてきたことはもちろん、ドイツにおいては、ここ約40年にわたって、この問題が比較的活発に議論され続けており、豊富な議論の蓄積があるからである。とりわけ、この問題を立法的に解決しようとしたドイツ債務法改正時の議論と債務法改正前後以降の議論の深化は、法的効果を検討するうえで興味深い。その意味で、ドイツ法を検討する意義が認められると考えられる。

叙述の順序は、以下のとおりである。まず、ドイツ法の検討に入る前に、次の4において、債務法改正前のドイツ民法典の規律内容を簡単に述べる（債務法改正後の規律内容は、第3章第2節7で概説する。）。これに引き続き、第2章において、ライヒ裁判所および連邦通常裁判所の判例を概観する。第3章では、ドイツにおける学説の展開と債務法改正の議論状況を取り上げる。第4章では、ドイツ法の展開をまとめた後、法的効果をめぐるドイツ法の議論を整理・分析し、日本法への示唆を検討する。

本論に入る前に、本稿での用語法・訳語について一言しておく。まず、本稿における不能は、原則として、双務契約における後発的不能を指す。また、「債権者」と「債務者」は、断りのないかぎり、履行不能となった債務の債権者と債務者を指す。次に、「優越的な」とは、„überwiegend“の翻訳であり、半分を超えた状態を指す。これに対して、「軽微な (geringfügig)」が半分に満たない状

態を指す。たとえば、優越的な有責性とは有責性が5割を超えることを意味し、軽微な有責性とは有責性が5割に満たないことを意味する。さらに、原則として、„Vertretenmüssen“は、「帰責事由」、„zu vertreten haben“は、「責めに帰すべき事由がある」、„Verantwortung“と„verantwortlich“は、それぞれ、「帰責性」、「帰責性のある」、„Verschulden“は、「有責性」、„schuldig“は、「有責な」と訳出する。これらについては、必要に応じて、あらためて原語を付した箇所もある。

4. ドイツ民法典の規律内容——債務法改正前⁸

債務法が現代化される前のドイツ民法典では、双務契約における後発的・客観的不能に関する規律は、次のようになっていた。不能について債務者に責めに帰すべき事由がなければ、債務者は、給付義務から解放される（BGB旧275条1項）。そして、債権者にも不能について責めに帰すべき事由がなければ、債務者は、反対給付請求権を失う（BGB旧323条1項1文）。不能について債権者に責めに帰すべき事由があれば、債務者は、反対給付請求権を失わない（BGB旧324条1項1文）。以上に対して、債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合には、債権者は、不履行にもとづく損害賠償を請求し、または、契約を解除することができる（BGB旧325条1項1文・2文）。さらに、それらに代えて、債権者は、代償の引渡しを請求して反対給付義務を負い続けるか（BGB旧325条1項3文、旧323条2項、旧281条）、あるいは、解除の表示をせずに反対給付義務から解放されたうえで、場合によっては反対給付として給付したものの返還を請求することができる（BGB旧325条1項3文、旧323条1項、旧323条3項）。BGB旧323条1項と結びついたBGB旧325条1項3文によって債権者に与えられたこの選択権は、契約からの離脱（AbstandnahmeまたはAbstehen）とよばれる。債権者がこの手段を選択する場合には、BGB旧325条1項3文により、異論もあったものの、契約から離脱する意思がある（vom Vertrage Abstand

8 債務法改正後の規律内容については、第3章第2節7を参照。

nehmen wollen) という旨の表示をする必要があると考えられていた。⁹

さらに、給付に代わる損害賠償(填補賠償)に関して、主として2つの理解が唱えられてきた。¹⁰1つは、代償説(Surrogationstheorie〔交換説Austauschtheorieともよばれる。])であり、もう1つは、差額説(Differenztheorie)である。代償説によれば、債権者の反対給付義務は存続し、債務者の給付の代わりにその価値が「代償(Surrogat)」となる。債権者は、この価値を反対給付と交換に損害賠償請求権として請求することができる。債権者が反対給付として金銭債務を負担しているときは、両当事者は相殺することができ、そうすることによって、給付交換を消滅させることができる。これに対して、差額説によれば、債権者の反対給付義務は脱落する。損害は、債務者の給付の価値(および場合によっては生じる結果損害)と債権者が免れた反対給付との差である。この差額説では、代償説とは異なり、あたかも債権者が契約を解除したかのように、債権者の反対給付義務が脱落する点が重要である。

以下に、本稿で必要となる範囲で、ドイツ民法典(本稿ではこれをBGBと略称することがある。)の条文をまとめて抜粋する。債務法改正前の条文を引用する際には、「旧」を付すこととする。ただし、改正により変更されていない条文は、債務法改正前の条文であっても、「旧」を付さない。また、債務法改正後の条文を引用する際には、何も付さない。

《旧法——債務法改正前の条文・抜粋》

・旧122条

1項 意思表示が118条により無効であるとき、または、119条、120条にもとづき

9 Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 336ff.; Dieter Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2000, S. 233ff.

10 Palandt/Helmut Heinrichs, BGB, 60. Aufl., 2001, § 325 Rn. 10. 代償説と差額説をめぐる学説史については、Ulrich Manthe, Der Schatten, oder: Die Differenztheorie, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak, 2004, S. 337ff.を参照。債務法改正前の判例の状況については、Dagmar Kaiser, Rückkehr zur strengen Differenzmethode beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung?, NJW 2001, S. 2425ff.を参照。

取り消されるときは、表意者は、表示が相手方に対してされなければならなかったときは、相手方に対して、そうでないときは、第三者に対して、その相手方または第三者が表示の有効であることを信頼することによって被った損害を賠償しなければならない、ただし、相手方または第三者が表示の有効であることに対して有している利益の額を超えることはできない。

2項 被害者が無効事由または取消事由を知っているとき、または、過失によって知らなかった(知るべきであった)ときは、損害賠償義務は生じない。

・旧157条 契約は、取引慣行を顧慮しつつ信義誠実の要請するところに従って解釈しなければならない。

・旧179条

1項 代理人として契約を締結した者は、本人が契約の追認を拒絶するときは、自己の代理権を証明しないかぎり、相手方に対して、相手方の選択にもとづき、履行または損害賠償を義務づけられる。

2項 代理人が代理権の瑕疵を知らなかったときは、代理人は、相手方が代理権を信頼することによって被った損害の賠償のみを義務づけられる、ただし、相手方が契約の有効であることに対して有している利益の額を超えることはできない。

3項 代理人は、相手方が代理権の瑕疵を知りまたは知るべきであったときは、責任を負わない。代理人は、行為能力を制限されていたときも責任を負わない、ただし、法定代理人の同意を得て行為したときは、このかぎりでない。

・旧242条 債務者は、取引慣行を顧慮して信義誠実が要請するところに従い給付を実現する義務を負う。

・旧249条 損害賠償の義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったとすればあったであろう状態を回復しなければならない。人の侵害または物の損傷により損害賠償を給付しなければならないときは、債権者は、回復に代えてそのために必要な金額を請求することができる。

・旧254条

1項 被害者の有責性 (Verschulden) が損害の発生に協働するときは、賠償義務お

よび給付されるべき賠償範囲は、諸事情、とくにどの程度損害が主としていずれの当事者によって惹起されたのかに応じて決まる。

2項 債務者が知らず知る必要もなかった異常に高い損害の危険を債務者に注意することを被害者が怠ったこと、または、損害の回避もしくは軽減を被害者が怠ったことに被害者の有責性が限定されるときも、同様とする。278条の規定は、準用する。

・旧275条

1項 債務者の責めに帰することのできない事情が債務関係の成立後に生じ、その事情により給付が不能となるかぎり、債務者は給付義務から解放される。

・旧276条

1項 債務者は、別段の定めがないかぎり、故意および過失について責任を負う。社会生活上必要とされる注意を欠く者の行為には過失がある。827条、828条の規定は適用される。

・旧280条

1項 給付が債務者の責めに帰すべき事由により不能となるかぎりにおいて、債務者は、債権者に対して、不履行によって生じた損害を賠償しなければならない。

2項 一部不能の場合において、一部の履行では債権者に利益がないときは、債権者は、まだ履行することが可能な部分の給付を拒絶して、すべての債務の不履行を理由とする損害賠償を請求することができる。約定解除権に適用される346条から356条の規定は、準用される。

・旧281条

1項 給付が不能となった事情により債務者が債務として負担した目的物の代わりに代償または代償請求権を獲得するときは、債権者は、代償として受け取られるものの引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求することができる。

2項 債権者が不履行にもとづく損害賠償を請求する場合において、1項に定められた権利を行使するときは、債権者に給付されるべき損害賠償は、獲得した代償または代償請求権の価値の分だけ縮減される。

・旧287条 債務者は、遅滞中あらゆる過失について責めを負う。債務者は、遅滞中

に偶発的事情によって生じた給付の不能についても責任がある（verantwortlich）、ただし、適時に給付されていても生じたであろう損害については、このかぎりでない。

・旧300条

1項 債務者は、債権者の遅滞中、故意および重大な過失について責めを負う。

・旧307条1項

1項 不能な給付に向けられた契約を締結する際に給付の不能を知りまたは知らなければならぬ者は、相手方が契約の有効であることを信頼することによって被った損害の賠償を義務づけられる、ただし、相手方が契約の有効であることに対して有している利益の額を超えることはできない。相手方が不能を知りまたは知らなければならぬときは、賠償義務は生じない。

・旧323条

1項 双務契約により一方当事者が債務として負担した給付が両当事者の責めに帰することができない事情により不能となるときは、その当事者は反対給付請求権を失う。一部不能のときは、反対給付は、472条、473条の基準に従って縮減される。

2項 相手方が、281条にもとづき、債務として負担した目的物の代わりに獲得した代償の引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求するときは、相手方は反対給付を義務づけられる。この反対給付は、472条、473条の基準に従って、代償または代償請求権の価値が債務として負担された給付の価値を下回るかぎりでは縮減される。

3項 前2項の規定により債務として負担されない反対給付が実現されるときは、不当利得の返還に関する規定にもとづき、給付されたものの返還を請求することができる。

・旧324条

1項 双務契約により一方当事者が債務として負担した給付が相手方の責めに帰すべき事由により不能となるときは、その当事者は反対給付請求権を失わない。債務者は、給付からの解放によって節約したもの、または、自らの労働力を他に利用

して獲得もしくは獲得するのを悪意で怠ったものが控除されることを甘受しなければならない。

2項 一方当事者が債務として負担した給付が、相手方が受領遅滞にある間に、その当事者の責めに帰することができない事情により不能となるときも、同様とする。

・旧325条

1項 双務契約により一方当事者が債務として負担した給付がその者の責めに帰すべき事情により不能となるときは、相手方は、不履行による損害賠償を請求するか、または、契約を解除することができる。一部が不能である場合において、契約の一部履行が相手方にとって利益とならないときは、相手方は、280条2項の基準にもとづいて全債務の不履行を理由とする損害賠償を請求し、または、契約の全部を解除することができる。損害賠償請求権および解除権に代えて、相手方は、323条の事例のために定められた権利を行使することができる。

・旧326条

1項 双務契約において、一方当事者が債務として負担した給付が遅滞にあるときは、相手方は、給付の実現を求めて、期間が経過した後に給付の受領を拒絶するという表示とともに相当な期間を決めることができる。給付が適時に行われない場合には、期間が経過した後、相手方は、不履行にもとづく損害賠償または契約の解除をすることができる；履行請求権は排除される。期間が徒過するまでに給付が部分的に実現されないときは、325条1項2文の規定が準用される。

・旧347条 損傷、滅失にもとづく、または、その他事由から生じる返還不能にもとづく損害賠償請求権は、解除の事例においては、給付を受領した時から、所有権にもとづく請求権が訴訟係属した時以降に所有者と占有者との間の関係に適用される規定に従って定まる。収益の返還または補償請求権および費用償還請求権についても同様とする。金銭には、受領の時から利息を付さなければならない。

・旧351条 解除権者が、受け取った目的物の著しい損傷、滅失またはその他の方法による返還の不能について有責であるときは、解除は排除される。重要な部分の滅失は、目的物の著しい損傷と同視し、解除権者が278条により責めを負うべき他

人の有責性は、解除権者自身の有責性と同視する。

・旧440条

1項 売主が433条ないし437条、439条によって負う義務づけを履行しないときは、買主の権利は、320条ないし327条の規定によって定まる。

2項 動産が売却され、所有権移転のために買主に引き渡されたときは、買主は、第三者がその物を占有する権利を有していることを理由として、その者の権利を考慮してその物を第三者に返還したときもしくはその物が売主に返還されるとき、または、その物が滅失したときにかぎり、不履行にもとづく損害賠償を請求することができる。

・旧460条 買主が売買契約締結の際に瑕疵を知るときは、売主は、売却した物の瑕疵について責任を負わない。買主が459条1項で定められた種類の瑕疵を重大な過失により知らずにいたときは、売主は、瑕疵が存在しないことを保証しなかったかぎりにおいて、瑕疵を知りながら告げなかったときにのみ責任を負う。

・旧471条 一括代金と引き換えに複数の物が売却された場合において、個別の物のみを考慮に入れて瑕疵担保解除が行われるときは、売買代金は、売却の時に、瑕疵がない状態におけるそれらの物の全価値が瑕疵担保解除の対象ではない物の価値に対して有する割合において、縮減されなければならない。

・旧472条

1項 減額の際には、売買代金は、売却の時に瑕疵がなければあったであろう物の価値と実際の価値との割合で縮減されなければならない。

2項 一括代金と引き換えに複数の物が売却された場合において、一部の物のためにのみ減額が行われるときは、代金の縮減の際にすべての物の全価値が基礎に置かれなければならない。

・旧473条 金銭で定められた売買代金とならんで不代替物を目的とする給付が義務づけられるときは、この給付は、471条、472条の事例において、売却時の価値に従って金銭で評価されなければならない。買主の反対給付の縮減は、金銭で定められた代金について行われる：代金が縮減されるべき額よりも小さいときは、売主は、

超過額を買主に補償しなければならない。

- ・旧539条 賃借人は、契約締結の際に賃貸目的物の瑕疵を知るときは、537条、538条に定められた権利を有しない。賃借人が537条1項に定められた種類の瑕疵を重大な過失により知らずにいたとき、または、瑕疵があることを知りながら瑕疵ある物を受領するときは、賃借人は、460条、464条にもとづき瑕疵ある物の買主に対して担保されるべきときの要件のもとでのみ、これらの権利を行使することができる。
- ・旧554a条 部屋の使用賃貸借契約は、一方当事者が使用賃貸借関係の存続を相手方に期待することができないほどに有責に義務に違反するとき、とくに、住居の平穏を持続的に妨げるときは、解約告知期間を遵守することなく、解約告知することができる。これに反する合意は、無効である。
- ・旧628条
1項 労務給付の開始後に労務関係が626条または627条にもとづき解約告知されるときは、労務給付義務者は、これまでの給付に相当する部分の報酬を請求することができる。解約告知が相手方の契約に違反した行為によって惹き起こされたのではないとき、または、義務者自身の契約に違反した行為によって相手方の解約告知を惹き起こすときは、義務者は、解約告知によりこれまでの給付に相手方が利益を有しないかぎり、報酬請求権を有しない。後の時期の報酬が事前に支払われるときは、義務者は、347条の基準にもとづき、または、解約告知が義務者の責めに帰すことのできない事情により行われるときは、不当利得の返還に関する規定にもとづき、返還しなければならない。
2項 相手方の契約に違反した行為によって解約告知が惹き起こされるときは、相手方は、労務関係の解消によって生じる損害の賠償を義務づけられる。

《新法——債務法改正後の条文・抜粋》

- ・122条(取消者の損害賠償義務)(本条は、旧122条と同じである。)

- ・ 157条(契約の解釈)(本条は、旧157条と同じである。)
- ・ 179条(無権代理人の責任)(本条は、旧179条と同じである。)
- ・ 242条(信義誠実にもとづく給付)(本条は、旧242条と同じである。)
- ・ 249条(損害賠償の方法と範囲)
 - 1項 損害賠償の義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったとすればあったであろう状態を回復しなければならない。
 - 2項 人の侵害または物の損傷により損害賠償を給付しなければならないときは、債権者は、回復に代えてそのために必要な金額を請求することができる。物の損傷において、売上税が実際に生じたときは、そのかぎりでのみ、1項にもとづく必要な金額に売上税が含まれる。
- ・ 251条(期間設定を要しない金銭による損害賠償)
 - 1項 回復が不可能であるとき、または、債権者の損害填補にとって不十分であるときにかぎり、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならない。
 - 2項 回復に過分の費用がかかるときは、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償することができる。傷害を負った動物から生じる費用は、その費用が当該動物の価値を著しく上回るというだけでは、過分ではない。
- ・ 254条(協働有責性)(本条は、旧254条と同じである。)
- ・ 275条(給付義務の排除)
 - 1項 給付が債務者またはだれにとっても不能であるときは、給付請求権は排除される。
 - 2項 債務者が給付を行うにあたって、債務関係の内容と信義則とにかんがみ、債権者の給付利益との間に著しい不均衡を生じさせる費用を要するときは、債務者は、その給付を拒絶することができる。債務者に期待すべき努力を決定する際には、債務者が給付障害について責めに帰すべき事由があったかどうかとも考慮されなければならない。
 - 3項 債務者は、給付を自ら履行しなければならない場合において、給付の妨げとなる障害と債権者の給付利益とを衡量して、債務者に給付を期待することができないときも、給付を拒絶することができる。

4項 債権者の権利は、280条、283条から285条、311a条および326条により定まる。

・276条(債務者の帰責性)

1項 責任の加重または軽減が定められておらず、債務関係のその他の内容、とくに保証の引受けまたは調達危険の引受けからも読み取ることができないときは、債務者は、故意または過失について責任を負う。827条および828条の規定は準用される。

2項 社会生活上必要とされる注意を欠いた者の行為には過失がある。

・280条(義務違反にもとづく損害賠償)

1項 債務者が債務関係にもとづく義務に違反したときは、債権者は、このことによつて生じる損害の賠償を請求することができる。このことは、債務者に義務違反について責めに帰すべき事情がないときは、適用されない。

3項 債権者は、給付に代わる損害賠償を281条、282条または283条の付加的な要件のもとでのみ請求することができる。

・281条(給付が履行されないことまたは債務として負担された通りに履行されないことにもとづく給付に代わる損害賠償)

1項 債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、または、債務として負担したとおりに履行しない場合において、債権者が債務者に対して給付または追履行のための相当の期間を設定し、この期間が徒過したときは、債権者は、281条の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が一部給付を行ったときは、債権者は、一部給付の利益を有しないときのみ全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付を債務として負担したとおりに行わなかった場合において、義務違反が軽微であるときは、債権者は、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

4項 債権者が給付の代わりに損害賠償を請求したときは、ただちに給付請求権が排除される。

・283条(給付義務が排除される場合における給付に代わる損害賠償) 債務者が275条1項から3項により給付を要しないときは、債権者は、280条1項の要件のもとで給

付に代わる損害賠償を請求することができる。281条1項2文および3項、5項は、準用される。

・285条(代償の引渡し)

1項 債務者が275条1項から3項により給付を要しない事情によって、債務として負担した目的物の代わりに代償または代償請求権を獲得するときは、債権者は、代償として受け取られるものの引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求することができる。

2項 債権者が給付の代わりに損害賠償を請求する場合において、1項に定められた権利を行使するときは、獲得した代償または代償請求権の価値の分だけ損害賠償が縮減される。

・287条(遅滞中の責任〔Verantwortlichkeit〕) 債務者は、遅滞中あらゆる過失について責めを負う。債務者は、偶発的事情についても給付に関して責任を負う、ただし、適時に給付されていても生じたであろう損害については、このかぎりでない。

・323条(給付がないことまたは給付が契約通りに履行されないことにもとづく解除)

6項 解除を正当化すべき事情について債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるとき、または、債権者が受領遅滞にある間に債務者の責めに帰することのできない事情が生じたときは、解除は排除される。

・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解放および解除)

1項 債務者が275条1項から3項により給付を要しないときは、債務者は反対給付請求権を失う；一部給付の場合には、441条3項が準用される。契約に適合した給付がされない場合において、債務者が275条1項から3項にもとづき追履行をする必要がないときは、第1文は適用されない。

2項 債務者が275条1項から3項により給付を要しない事情について、債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるとき、または、債権者が受領遅滞にある間に債務者の責めに帰することができない事情が生じたときは、債務者は反対給付請求権を失わない。債務者は、給付からの解放によって節約したもの、または、自らの労働力を他に利用して獲得しもしくは獲得するのを悪意で怠ったものが控除される

ことを甘受しなければならない。

3項 債権者が、285条にもとづき、債務として負担した反対給付に代わる代償の引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求するときは、そのまま反対給付を義務づけられる。ただし、この反対給付は、441条3項の基準に従い、代償または代償請求権の価値が債務として負担された給付の価値よりも低いかぎりでは縮減される。

4項 本条の規定にもとづき、反対給付が債務として負担されていないにもかかわらず実現されたときは、給付されたものは346条から348条にもとづき返還を請求することができる。

5項 債務者が275条1項から3項により給付を要しないときは、債権者は解除することができる。解除には、期間設定が不要であるという基準とともに、323条が準用される。

第2章 ドイツにおける判例の展開

本章では、両当事者の責めに帰すべき事由による不能が問題となったとされるドイツの事件を戦前のライヒ裁判所 (RG) の判例 (第1節) と戦後の連邦通常裁判所 (BGH) の判例 (第2節) とに分けて概観する。第3節では、学説による判例法理の整理をまとめたうえで、若干の分析を試みる。

第1節 戦前の判例

【1】事件 (RG 21. 5. 1909 RGZ 71, 187)

〈事実〉Xは、甲地上の印刷所を設備とともにYに売却し、代金が完済されるまで設備の所有権を留保した。Xは、第三者Gから甲土地を賃借しており、これをYに適法に転貸した。Yは、XにもGにも賃料を支払わなかった。XとYに対する債務名義にもとづくGの請求により設備が差押えのうえ競売され、Xは、Yに設備の所有権を移転することができなくなった。Xが売買代金の支払い等を求めて訴えを提起したのに対して、Yは、BGB旧325条にもとづき売買契約

を解除した。第一次上告審では、Yに解除権があると判断した第一次控訴審の判断が覆され、事件は原審に差し戻された(RG 4. 10. 1907 RGZ 66, 344)。

差し戻審において、裁判所は、Yに所有権を取得させる義務がXにとって不能となったことについて、XだけでなくYにも責めに帰すべき事由があると判断した。すなわち、所有権留保を放棄しなかったXは、取引上必要な注意をしていれば、差押えと競売によって設備の所有権を移転できなくなることを予見できたはずである。また、Yは、Xの代わりにGに賃料を支払う義務があったにもかかわらず、これを履行しなかったためにGのXに対する強制執行を招いたのであり、Yに所有権を取得させることがXにとって不能となったことについて、Yに責めに帰すべき事由がある。原審は、解除権にはBGB254条が適用されないなどとして、結論においてYの解除権を認めた。X上告。

〈判旨〉損害賠償ではなくYの解除権が問題となっているがゆえにBGB254条を本件に適用することはできないという原審の考えもまた、法的にみて異議が申し立てられるべきである。なぜなら、この考えの基礎にある法的見解には賛同できないからである。それは、まさに損害賠償請求権が訴訟物を構成する場合にのみ、BGB254条から出てくる法原則が適用可能だという法的見解である。たしかに、BGB254条は、その文言上、損害賠償義務の事例にのみかかわっている。しかし、そこに内包される法原則にはこの事例を超える意味が付与されなければならない。なぜなら、BGB254条によって、一般的に妥当する法思想が表現されているからである。その法思想は、2人以上の法的に考慮される有責性が存在するという問題が法律上の特別な規定によって規律されていない場合には、他の法領域でも注目に値する。なぜなら、その法思想によってのみ、そもそもまたいかなる範囲で1人または複数の相手方当事者の協働有責性にもかかわらず一方当事者が自らの有責性について責任を負い (verantwortlich sein)、そこから生じる不利益を自ら負担しなければならないのかに関して、個別事例の様々な内容形成に適合し一般的な法原則とともに衡平にもかなった判断に到達することができるからである。この法的見解にもとづき、ライヒ裁判所は、

BGB254条の規定を解除請求権 (Wandelungsanspruch) が問題となる事例にすでに繰り返し類推適用してきた。その際には、売却された物の返還の不能に関する一方または相手方当事者の有責性が問題となった。

この判例と一致するのは……Xの給付の不能について一部でXに一部でYに責めに帰すべき事由がある本件事例においても、だれの有責性が法適用を左右する有責性とみられるべきか、また、これによりBGB旧325条の規定の全部または一部の適用が正当化されるかどうかという問題が、BGB254条から出てくる一般的法原則にしたがって判断される場合である。このことは、BGB旧324条または旧325条の適用の問題に関して存在する困難を事物適合的にとりわけ公平にかなった形で解決する他の方法が利用できない以上、本件事例においてよりいっそう要請される。この問題を判断する際にBGB254条の原則をこのように考慮することは、BGB旧324条および旧325条の内容とも相容れないものではない。むしろ、原審が主張する法的見解によれば、給付の不能について一部で一方当事者に一部で他方当事者に責めに帰すべき事由がある事例において、自分の有責性が——とくに優越的である場合には——いずれにせよ同様に考慮されるべきであるにもかかわらず、当該給付を債務として負担している当事者に対してBGB旧325条により不履行にもとづく損害賠償を請求するのか、それとも、契約を解除するのかに応じて、BGB254条の原則の適用が左右されるというのは、内的な理由によって正当化することができない結論であろう。

【2】事件 (RG 16. 9. 1910 JW 1910, 936 (Nr. 8))

〈事実〉Fは、Yから道路の舗装を請け負い、舗装に必要な石材はYが供給することとされた。Fは営業資金の不足、つまり、Fの責めに帰すべき事由のために仕事を停止した。その一方で、Yは、石材がないことなどを理由に舗装を続行するのを取りやめるよう表示したため、この時から、Fの給付は不能となった。Fの報酬請求権を譲り受けたXが、Yに対して報酬の支払いを求めた。

〈判旨〉請負人の給付は、各契約当事者にそれぞれ責めに帰すべき事由のある

2つの事情により不能となった。しかし、この事例は、民法典の認識可能な意図にしたいがい、いずれの当事者にも責めに帰すべき事由がない事情により給付が不能となった事例と等置することができる。というのは、そのような事例においては、いわゆる有責性の相殺 (Kompensation des Verschuldens) が認められうるからである。それゆえに、本件では、BGB旧323条が類推適用されるべきである。

【3】事件 (RG 22. 11. 1918 RGZ 94, 140)

〈事実〉Xは、馬や荷車等とともに運送事業をYに売却した。Xが売買代金の支払いと引き換えに繰り返し履行の提供をしたのに対して、Yは受領を拒絶したため、債権者遅滞に陥った。その後、Xの履行は不能となった。Xが未払いの売買代金の支払いを求めて訴えを提起したのに対して、Yは、契約の成立を争い、既払いの売買代金の返還を求める反訴を提起した。

〈判旨〉Xの有責性とならんでYの有責性もXの主観的不能と協働の因果関係がなかったのかどうか、また、それが肯定されるとして、この主観的不能について一方当事者または割合的に両当事者に責めに帰すべき事由があるのかどうかを吟味するために必要であったにもかかわらず、Xが、1915年12月1日まで輸送事業を個人的にこれまで通り続けており、それゆえに、Yの契約違反の態度にもかかわらず、少なくとも、訴えが提起された1914年4月から20か月の間履行する用意と能力とがあったということが原審において考慮されなかった。そのような事例では、BGB旧324条または旧325条の全部または一部の適用がBGB254条の原則に依拠して決定されるということが、【1】事件判決において示されている。この判断は維持されるべきである。なぜなら、このようにしてのみ、BGB旧324条、旧325条の内容と目的にしたがった非難の余地のない判断の基礎を見出すことができるからである。立法者は、一方当事者の後発的な主観的履行不能に両契約当事者が有責に (schuldhaf) 協働する事例を取り扱わなかった。しかし、立法者は、以下の理由からもそれを必要としなかった。す

なわち、BGB254条で具体化された一般的法思想は、両当事者の行為が給付の不能に与えた影響を正しく衡量し、個別事例の全事情ならびに取引の要請および必要性に応じた責任負担 (Vertretungspflicht) を規律する可能性を付与するからである。

[4] 事件 (RG 14. 2. 1919 JW 1919, 308 (Nr. 9))

〈事実〉破産債務者Sは、1914年秋に、商品をYに売却のうえ引き渡し、Yから売買代金を受け取った。同年12月に、SとYは売買契約の解消を合意し、商品と代金は返還されることとされた。Sは、一部を現金で返還し、残部については、引受手形を振り出したものの、この手形は不渡りとなった。既判力のある敗訴判決を受けたにもかかわらず、Sは残部を支払わなかった。契約によれば、Yは、手形が支払われた後にはじめて商品を返還しなければならなかった。破産手続の開始後に、X(破産管財人)は、Yに対して、商品の返還等を請求した。Xは、未払い金の弁済をしなかった。Yは、商品を市場で転売したため、Yの給付は不能となった。Xは、BGB旧325条にもとづく損害賠償の請求をした。

〈判旨〉不能がYの有責性にもとづいている (BGB旧325条) という点においても、原審に賛同することができる。なぜなら、Yには市場で商品を譲渡する権利はなかったからである。……ライヒ裁判所が繰り返し判示しているように(**[1]** 事件判決、**[3]** 事件判決)、BGB旧325条にもとづく損害賠償請求権にも被侵害者自身の有責性の影響に関する原則 (BGB254条) を適用することができ、それゆえに、一方当事者の給付の不能について相手方の有責性も協働で因果関係があるかどうか、および、この事例において給付の不能につき一方当事者にのみまたは割合的に両当事者に責めに帰すべき事由があるかどうかについて審理されなければならない。……Yは、手形の支払いがされた後に初めて商品を返還する義務を負っていた。つまり、Xは、手形の支払いを先給付しなければならなかった。しかし、Yが手形の支払いについて既判力ある判決を獲得したにもかかわらず、Sは、この支払いについて遅滞に陥り、遅滞の状況が続いた。X

も……支払いを行わなかった。したがって、真剣な努力にもかかわらず、先に満足を受けるべき債権の実現はYにとって成功しなかった。障害事由は、Xの支払遅滞、つまり、Xが責めを負うべき有責性であった。

[5] 事件 (RG 2. 4. 1924 Deutsche Richterzeitung 1924, Sp. 255)

〈事実〉事実不詳。Xが売買代金の支払いを求めて訴えを提起したと推測される。
〈判旨〉Xは、オランダから商品をYに売却した。商品は輸入許可がなかったためにドイツ国境で差し押さえられ、国への帰属が宣言された。原審は、売買代金の半分を認容した。原審は、履行が差押えと帰属宣言によって不能となったと認め、不能について各当事者にいかなる範囲で責めに帰すべき事由があるかどうかを検討し、BGB旧324条、同254条により、各当事者に同程度に原因となる有責性が認められると判断した。法的な疑念は存在しない(【1】事件判決、【3】事件判決)。両当事者の合意が欠けている場合には、外国にいるXではなく、Yが輸入許可を取得すべきであるけれども、輸入許可が出たことを確認するまでXが商品を発送すべきではなかったとする点も正しい。Xは、商品を差押えの危険にさらしてはならなかった。Xは、許可が遅れることを覚悟していなければならず、万一の場合にはオランダで商品を別途用意する手段をYのために確保しておかなければならなかった。たしかに、[Xは、]Yの代理業者によって、輸入許可がすでに下りているという誤った信頼をする立場に置かれた。[しかし、]Xは、この誤解について自ら責めに帰すべき事由があった。

[6] 事件 (RG 3. 1. 1925 Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1925, 230)

〈事実〉1919年10月に、Yは、ライヒ換価庁 (Reichsverwaltungsamt) から1万個の包帯用ガーゼを1個30マルクで購入した。同年12月に、Yは、この中から1750個を50マルク(後に45マルク)でXに売却した。Xは、玩具工場Bにこれを売却した。Bは、ガーゼを人形の服に加工するつもりであった。1920年に、XがBにガーゼを発送したところ、途中で当局によってガーゼが差し押さえられた。

Yの代表者は、ガーゼの値段を過度に引き上げたことを理由に刑事事件手続において有罪判決を受け、ガーゼも没収された。Bから損害賠償を請求されたXは、Yに対して、Yに有責な権利の瑕疵を理由に損害賠償を請求した(BGB旧440条、旧325条1項)。

〈判旨〉双務契約上の一方当事者は、自らが債務として負担した給付が自らの責めに帰すべき事情によって不能となるときは、BGB旧325条にもとづく請求権を主張する相手方に対して、場合によっては存在する〔相手方〕自身の有責性を主張することができる。その場合には、BGB254条から出てくる一般原則にもとづき、BGB旧325条または旧324条が、全部または一部適用されるのかどうか判断されなければならない。つまり、没収が主としてXとYのいずれによって惹起されたのかが探求されなければならないだろう。したがって、損害は両当事者で分割されるか、あるいは、一方が全部負担することになるだろう。しかし、BGB254条をそのように解するためには、常にXに有責性のあることが前提となるだろう。そして、それは、原審とは異なり、否定されなければならない。Xが玩具工場Bに包帯用ガーゼを転売した時に、Xの行動には過失も悪意(Arglist)もなく、ましてや、不道徳性もなかった。決定的なのは、包帯用ガーゼを輸出用の人形のシャツに加工することが法的に禁止されていなかったということである。

【7】事件 (RG 19. 3. 1926 Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen 1926 Nr. 180)

〈事実〉1924年3月に、Yは、Xから、木板を購入した。積荷は、同年4月にS港に到着したものの、Yは、商品が契約に適合していないと主張し、木板を倉庫に入れることを拒絶した。木板を運搬した船会社は、S港で商品を運送取扱人の倉庫に移した。X・Yのいずれも、はじめのうちは商品に関心を寄せなかった。1925年2月になってようやく、Xは、完全に傷んだ木材を競売させた。競落金は、競売の費用にすら満たなかった。Xは、売買代金、保管費用、競売費用などの

支払いを求めて訴えを提起した。

原審は、主として次のように判断した。すなわち、商品は契約に適合した状態で提供されており、Yは、理由なく受領を拒絶したために受領遅滞に陥った。Yは、ドイツ商法典379条¹¹により、商品を一時的に保管するように配慮する義務を負っていたにもかかわらず、この義務に違反し、商品の腐敗を有責に協働惹起した。また、Xは、Yの受領拒絶を認識した後で、商品の所在を問い合わせる義務を負っていた。そうしていれば、Xは、木材が不適切に保管されていることを知り、木材の腐敗を防止するために手段を講ずる必要に迫られたであろう。しかし、Xは、木材の所在の問い合わせを怠ったがために劣悪な保管に対してなんらの手段も講じなかった。

X上告。

〈判旨〉原審は、両当事者がXの給付の不能について責めに帰すべき事由があるという事実に直面した。このような事件は、民法典に明確には規律されていない。上告は、原審が到達した帰結を認めることができるかどうかについてよく審理するように求めた。

BGB旧324条および旧325条では、両当事者の一方に給付の不能について完全に帰責事由がある事例のみが規律されている。両当事者が責めを負うべきである(vertretungspflichtig)場合には、ライヒ裁判所の判例(【1】事件判決、【3】事件判決)によれば、BGB254条を援用し、各当事者が給付の不能に与えた影響を衡量する必要がある。それから、事例の全事情および取引上の要求にしたがって、責任負担(Vertretungspflicht)が規律されなければならない。原審は、そのようにした。原審は、旧324条を適用し、売買代金の——端数の切上げにより——6分の1を支払うように命じた。なぜなら、Yは、木材の引渡し of 不能について、およそ6分の1だけ、責めに帰すべき事由があるからである……。

11 ドイツ商法典(HGB)379条

1項 売買が両当事者のために商行為である場合において、買主が他の場所から送付された物品に異議を唱えるときは、それを一時的に保管する義務を負う。

2項 物品が腐敗の危険にさらされ、遅滞の危険があるときは、買主は、373条の規定を遵守したうえで、その物品を売却させることができる。

原審の法的な誤りは、見出すことができない。

【8】事件 (RG 18. 9. 1937 JW 1937, 3029(Nr.14))

〈事実〉事実不詳。

〈判旨〉XとYは売却された土地の競売に賛同し、これによって、所有権譲渡について売主Yの主観的不能を有責に惹起した。このような場合、BGB旧324条からも旧325条からもそれだけからは免責を読み取ることができない。むしろ、解除の事例においても、BGB254条を援用することが必要である。それにしたがって衡量する際に、一方当事者の因果的に影響する有責性 (das ursächlich wirkende Verschulden) が他方のそれを完全に上回っているときには、——事情に応じて——BGB旧324条または旧325条が適用されるべきである。しかし、その他の事例〔つまり、解除以外の事例〕においても、BGB254条で具体化された一般的法思想によって、両当事者の行為が契約により債務として負担された給付の後発的な主観的不能に及ぼした影響を正しく衡量するとともに、当該事例の全事情にしたがった責任負担 (Vertretungspflicht) を法取引上要請されるべきところに応じて秩序づけることができる (【1】事件判決、【3】事件判決)。

第2節 戦後の判例

【9】事件 (BGH 16. 2. 1956 LM § 324 Nr. 1)

〈事実〉B会社は、別の会社と提携して開発した統一メーターを基礎として、水道メーターを製造・販売している。この水道メーターについて、法律上の知的財産権は存在しなかったし、現在でも存在していない。Xは、1949年以来、同様に、統一メーターのタイプにもとづく水道メーターを販売・製造している。Xのメーターは、外見上、色とラベルがB会社のメーターとは異なっているものの、形の点では異ならない。どちらのメーターも、内部にある駆動装置は、重要な点で一致している。Xは、1949年10月に、Yに対して、1000個のメーター

の製造を注文した。1950年6月に、B会社は、Yに対して、駆動装置の製造を即刻中止するように要求した。Yは、このことをXに知らせ、装置の製造を中止した。その後、Xは、駆動装置の製造の継続とB会社との話し合いによる決着とが自己の利益であることを表明した。1950年12月に、B会社の差止請求の訴状がYに送達された。1951年2月、Xは、Yに対して、X自身は訴訟に関わるつもりがないことを書面で伝えた。1952年にY敗訴の判決が言い渡された。Yは、この別件訴訟のために、あわせて約1600マルクを費やした。

XのYに対する本訴請求の内容は不詳である。Yは、反訴により、調達費用(Anschaffungskosten)および訴訟費用の支払いを請求した。原審は、Xに有責性がなくてもXがBGB旧324条の意味において生じた不能について責めに帰すべき事由があり、しかも、それは、XY間の製作物供給契約に黙示に含まれているとみられる保証約束(Garantieverprechen)にもとづくという結論に至った。X上告。

〈判旨〉連邦通常裁判所は、結論において、第三者がYの契約の履行を正当に妨げることに對する危険をXが引き受けていたことを認めたくえて、大要次のように判示する。

Xは、危険の引受けに対する異議申立てが貫徹されないであろう場合に備えて、Yに協働有責性があると主張した。すなわち、別件訴訟の結果、したがってまた、不能の発生は、Yの協働有責性と因果関係があるという。BGB旧324条の事例においてBGB254条にあらわれた法思想がそもそもまたいかなる効果のもとで適用されるのかを判断する必要はない。たとえ、ライヒ裁判所の判例を維持しつつ(【1】事件判決、【3】事件判決、【8】事件判決)、一方当事者の有責性が制定法により相手方が負担すべき営業危険(Betriebsgefahr)と対置される事例のように本件事件を扱おうとしても、Yの一定の行為に有責性(schuldhaft)と因果関係があったことの確認が必要とされ、さらに、BGB254条の原則にもとづいて因果関係を考慮する際にYの負担において分割がされるべきかどうかをさらに検討することが必要とされるだろう。そのような確認を原審は行って

いないが、しかし、いずれにせよ、結果として、その点にXの不利益に影響する法的錯誤は存在しない。

【10】事件 (BGH 4. 6. 1969 NJW 1969, 1845)

〈事実〉事実不詳。賃借人Yが、使用貸借契約を無催告で解約告知した(BGB旧554a条)。賃貸人Xは、Yに対して、損害賠償を請求した。この事件では、使用貸借契約の当事者間の信頼関係の破壊について両当事者が有責である場合において、解約告知者が解約告知権を行使したときに、解約告知を受けた相手方による損害賠償請求が認められないのかどうか問題となった。

〈判旨〉両契約当事者が有責に信頼関係を破壊し、これによって、契約の終了を惹起した場合には、解約告知者の相手方も、契約の消滅によって損害を受けたかぎりにおいて、解約告知者に対し、——BGB254条1項の制限に服するとしても——損害賠償を請求することができないとする理由は見出せない。同様に、ライヒ裁判所は、給付が両当事者の有責性によって不能になった場合において、双務契約から生じる反対給付請求権について判断を下すときに、BGB254条の規定を適用した(【3】事件判決、【1】事件判決、【8】事件判決)。同じ考えは、BGB628条2項にもとづく解約告知者の損害賠償請求権について、被解約告知者による契約に違反した行為に解約告知者の行為が協働する場合に、損害賠償請求権の縮減が〔ライヒ裁判所によって〕認められている点に表れている。

【11】事件 (BGH 11./12. 5. 1971 WM 1971, 892)

〈事実〉Yは、Xとの契約において、格子レンガの生産を1966年4月18日以降停止する義務を負い、Xは、その反対給付として、20万マルクの補償金を支払う義務を負った。それにもかかわらず、Yは、同年4月21日の書面で、本件契約が競争制限禁止法に違反していると主張し、停止義務を履行しなかった。これに対して、Xは、同年5月9日の書面で、Yの履行遅滞および積極的契約

侵害を理由に、BGB旧326条により不履行にもとづく損害賠償等を請求した。原審は、Yの不作为義務は履行不能になったと判断し、債務者の責めに帰すべき事由による不能にもとづく損害賠償(BGB旧325条)を認めた。Y上告。

〈判旨〉連邦通常裁判所は、Yの不作为義務が全部履行不能になったかどうかについて、原審の審理には不十分な点があると判断した。そして、本件契約が競争制限禁止法に違反しているというのは法的な錯誤にあたり、Yには、不作为義務を守らなかった点に帰責事由があるとしたうえで、大要次のように判示した。

Yが1966年5月9日のXの書面にもかかわらず生産を中止しなければならず、かつ、そうしなかったことについてYにだけ有責性があるとの立場をXがとるならば、Xは、自らの先行行為、すなわち、1966年5月9日の書面の中で表明された〔反対給付の〕履行拒絶に、信義則に反する形で矛盾していないのかが別途問題となる。原審は、場合によっては、この問題を改めて審理しなければならないだろう。1966年5月9日の書面が到達して以降に生じた不能に関して両当事者に有責性があるとの結論に至るとするならば、BGB254条がXの損害賠償請求権に直接適用されなければならないだろう。これに対して、解除から生じる権利など損害賠償請求権以外の請求権についてはその類推適用が考慮されるだろう(【1】事件判決、【3】事件判決、【8】事件判決)。

【12】事件(BGH 8. 12. 1980 VersR 1981, 426 (= MDR 1981, 562))

〈事実〉Yは、1974年9月中旬に、鉄道橋を建設するための作業台および輸送のために、フェリーをXから使用賃借した。10月18日に、フェリーは川の右岸から橋脚へ移動された。Yの従業員は、船首と船尾をそれぞれ2本のワイヤーロープで橋脚に結びつけ、フェリーを係留した。Yの従業員は、週末の間建設現場を離れた。10月21日の朝にYの従業員が戻ってみると、川の氾濫によりフェリーは傾いており、翌日沈没した。Yは、潜水事業者の助けを借りて、11月中にフェリーを引き揚げた。Xは、10月16日以降の賃料の支払いと沈没したフェリーを引き

揚げるためにクレーン船等を曳航したことに対する報酬の支払いとをYに請求した。これに対して、Yは、フェリーの沈没と故障から生じる全損害についてXに賠償義務があることの確認を求める反訴を提起した。

〈判旨〉双務契約において債権者と債務者に給付の不能について責めに帰すべき事由があり、その結果、BGB旧324条の構成要件も旧325条の構成要件も完全には満たされないときは、BGB254条の諸原則にもとづく調整 (Ausgleich) が探求されなければならない ([11] 事件判決、[3] 事件判決など)。このことから、本件事案においては、結果として、Xの賃料債権は、履行障害に対して自己が有責である割合に応じて縮減される。それゆえに、原審は、Xが1974年10月21日から11月27日までの期間の賃料をYに対して全額請求することはできないことを出発点とした。しかし、この点について、原審の説明が法的にみて不完全であるのは、Xにつき3分の1、Yにつき3分の2の割合での「責め」 („Vertreten“) に関して、Xもフェリーを十分に固定していなかったことに責任があるということを原審が考慮しなかったかぎりにおいてである。……比較衡量により、1974年10月21日から11月27日までの期間のXの賃料請求権は、5分の1分だけ縮減されなければならない。この点について決定的なのは、フェリーをしっかりと固定するのを両当事者が怠ったこと、しかし、Yは、フェリーを何日もの間監視をしないまま放置していた点で非難されること、および、この懈怠には係船場の特別な事情のゆえにフェリーの借主としての保護義務に対する重大な違反を見出すことができることである。

フェリーの引揚げ等にかかった費用は、事柄の性質上、契約上の安全義務および監視義務の違反によって両当事者により有責に惹起された損害の結果を除去するための費用である。それ自身が、フェリーの滅失に対する両当事者の有責性および寄与に応じて、BGB254条にもとづき縮減されなければならない。つまり、Xの曳航報酬は5分の1だけ、Yの請求権は5分の4だけ縮減されなければならない。

【13】事件 (BGH 26. 6. 1990 NJW 1991, 166)

〈事実〉農家を営むXと改良品種された豚の生産および商品化に従事するYは、1985年6月に契約を結んだ。Xは、品種改良に適した若豚 (Jungeber) を手に入れるために、Yから約120匹の繁殖用雌豚 (Zuchtsauen) と4匹の種豚 (Zuchteber) を取得した。Xのところで繁殖した若豚のうち、Yは、品種改良に適した豚 (Eber) を各800マルクの単価で引き取る義務を負った。しかし、Xのところで繁殖した若豚が鼻の病気 (委縮性鼻炎) にかかっていることが明らかとなった。このため、Yは、7匹の若豚しか引き取らず、10月には、鼻の病気の発生を理由にこれ以上豚 (Eber) を引き取らないことをXに通知した。そこで、Xは、Yに約21万マルクの損害賠償を求める訴えを提起した。

原審は、Xが生じた損害を協働惹起しており、それゆえに、半分しか損害賠償を請求することができないと判断した。これに対して、X上告。

〈判旨〉連邦通常裁判所は、次のように判示し、不十分な換気が病気を惹き起こす協働原因であったかどうかを確認されていないなどとして、事件を原審に差し戻した。

原審が認定したところによれば、病気は2つの原因が協働して発生した。1つは、動物がYの責めに帰すべき事由により伝染病にかかっていたことであり、もう1つは、Xの責めに帰すべき事由によって換気が十分にされていなかったことである。損害が一部は被侵害者、一部は損害賠償を請求する者の責めに帰すべき事由による複数の原因をもつ場合には、原則として、BGB254条により損害の分割が行われる。……場合によっては、BGB旧324条の要件と旧325条の要件がともに満たされるときに、XおよびYが鼻の病気の発生に及ぼした「実際の寄与」 („tatsächliche Beiträge“) に応じて、上述の規定が重疊的に適用されるのか択一的に適用されるのかを判断しなければならないだろう。

第3節 判例法理の整理と分析

1. 効果論の検討

①学説による判例法理の整理

i) 伝統的な判例理解

ライヒ裁判所時代の判例法理は、従来、学説によって次のように理解されてきた。¹² 両当事者の責めに帰すべき事由による不能の問題は、BGB254条にもとづいて解決されなければならない。そこには、両当事者の有責性を扱うための一般に妥当する複数の法思想が表現されている（【1】事件判決）。これらの法原則にもとづいて、個別の事例につき、BGB旧325条が全部もしくは一部適用されるのがよいのか、または、BGB旧324条が全部もしくは一部適用されるのがよいのか具体的に判断されなければならない。つまり、ライヒ裁判所は、第1に、不能についていずれの当事者に優越的に責めに帰すべき事由があるのかに応じて、基準となる不能規範を決定する。それにもとづき、ライヒ裁判所は、BGB旧324条または旧325条を適用した。そして、ライヒ裁判所は、それぞれの規範を適用する際に、もう一度BGB254条に依拠して、より小さな帰責性割合を考慮した。ライヒ裁判所は、解除には同254条を適用できないとする原審の考えを退け、債権者が損害賠償を選択するのか解除を選択するのかによって同254条の二度目の適用が左右されてはならないこと、つまり、同254条の二度目の適用が解除の事例にもあてはまることを明確に確認した。たしかに、この解決モデルと相容れない判断も示されている（【2】、【5】、【7】事件判決）。しかし、多数の判決では、【1】事件判決が繰り返されている（【3】、【4】、【6】、【8】事件判決）。

これに対して、連邦通常裁判所の立場は、はっきりしないとされる。¹³ 当初、連邦通常裁判所は、ライヒ裁判所の判例を維持するかどうかを留保した（【9】

12 Thorsten Reinhard, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im Synallagma [Dissertation Münster], 1998, S. 94f. このほか、Soergel/Herbert Wiedemann, BGB, 12. Aufl., 1990, Vor § 323 Rn. 152; MünchKomm/Volker Emmerich, BGB, 4. Aufl., 2001, § 324 Rn. 39も基本的に同様である。

13 Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 96.

事件判決)。その後、同裁判所は、ライヒ裁判所と類似の解決を示し（【10事件判決】）、さらに、明示的にライヒ裁判所の判例に連結するに至った（【11事件判決】）。しかし、最近の判決では、BGB旧324条1項と旧325条とが重畳適用されたり（【12事件判決】、あるいは、両方の規定の択一的または重畳的な適用の可能性が認められたりしている（【13事件判決】）。

ii) 新たな判例理解の試み

以上のような——とりわけライヒ裁判所についてみられる——伝統的な判例理解に異論を唱えたのが、フーバー（Ulrich Huber）である。すなわち、実務で圧倒的に多くみられる事例は、債務者が反対給付を訴求し、これに対して、債権者が損害賠償を請求せずに訴えの棄却を主張する事例である（たとえば、【5】事件）。そのような事例において、裁判所は、BGB254条により、原告の協働有責性の割合の分だけ縮減されたBGB旧324条1項の請求権を認める。当然のことながら、債権者の反対請求には立ち入る必要がない¹⁴。つまり、ライヒ裁判所が、BGB254条のもとで、債務者に優越的な協働有責性があればBGB旧325条を適用し、債権者に優越的な協働有責性があればBGB旧324条を適用しているのだという伝統的な判例理解は、各当事者の請求にまで目を向けてみると、正しくないというわけである。

フーバーのこの主張を受けて、オットー（Hansjörg Otto）は、フーバーの理解を次のように敷衍する。【1】事件判決で示唆された処理方法は、その後のライヒ裁判所および連邦通常裁判所の判決のなかで、せいぜいのところ限定的にしか反映されていない。判例を分析するのが困難なのは、とりわけ、実務で判断が下されている事例が以下のものに限られているからである。すなわち、債務者が反対給付を請求し、債権者が訴えの棄却を求めた事例、あるいは、債務者の異議に対して債権者が旧325条にもとづく権利を主張した事例である。【12】事件でのみ、債務者が反対給付を請求し、債権者が同時に損害賠償を請求した。しかし、この事件では、直接損害（unmittelbarer Schaden）の賠償ではなく、——双務

14 Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 743.

性の外にある——結果損害 (Folgeschaden) の賠償が問題となったので、この判断には間接的な影響しかない。したがって、判例が優越的な有責性に応じて BGB 旧 324 条または旧 325 条のみを適用したと確認することを維持することはできない。むしろ、判例は、一方で、債権者が損害賠償を請求した場合、または、債権者が解除を選択した場合に、BGB 旧 325 条にもとづく権利を認め、他方で、訴えの申立てが反対給付に向けられた場合には、反対給付請求権を認めている。ただし、それらの請求権は、有責性の割合に応じて縮減される。したがって、出発点とされなければならないのは、裁判所が、BGB 旧 324 条または旧 325 条が適用されるべきか否かを実際には訴えの申立てにしたがって判断したということである。¹⁵

② 若干の分析

学説における判例理解のこのような現在の到達点は、基本的に支持することができる。すなわち、後の判決で頻繁に引用される【1】および【3】事件判決が、当事者の有責性の大きさに応じて BGB 旧 324 条または旧 325 条を択一的に適用するという基本的な立場を示した。その後、原告 (債務者) による反対給付を求める訴えに対して、被告 (債権者) が損害賠償請求も解除も選択しなかった【5】、【7】事件では、BGB 旧 324 条および 254 条により、縮減された反対給付請求権が認められた。これに対して、原告 (債権者) が損害賠償を請求し、被告 (債務者) が反対給付を請求しなかった【4】、【6】、【10】、【11】事件をみても、【4】、【11】事件が、債務者の責めに帰すべき事由による不能として処理されている。【10】事件は、使用賃貸借が被告である賃借人によってすでに解約告知されていたケースであり、解約告知事由について協働で有責であった原告たる賃貸人の損害賠償請求がそもそもまたいかなる範囲で認められるかが問題とされた。【6】事件は、結論として原告である債権者の協働有責性が否定されたものであり、BGB 旧 324 条または旧 325 条の択一的適用を判示する部分は、傍論である。

以上とは異なり、【12】事件では、フェリーの使用賃貸借において、賃貸人で

15 Staudinger/Hansjörg Otto, BGB, 2009, § 326 Rn. C80.

ある原告が賃料の支払いを求めたのに対して、賃借人である被告がフェリーを使用できなかったことによる直接損害ではなく、フェリーの沈没によって生じた結果損害の賠償を求めた。この事件において、連邦通常裁判所は、【3】および【11】事件判決を引用しながら、BGB254条を通じてBGB旧324条と旧325条をはじめと重疊的に適用し、そのうえで、債務者の反対給付請求権と債権者の損害賠償請求権をBGB254条により各当事者の有責性の割合に応じて縮減した。そして、両条を重疊的に適用するという立場は、【13】事件判決でも一般論として承認されている。

2. 補論——他の履行障害類型との線引問題

両当事者の責めに帰すべき事由による不能が、債務者のみまたは債権者のみの責めに帰すべき事由による不能あるいは債権者遅滞（受領遅滞）などいかにして区別されるのが問題となる。効果論の検討を目的としている本稿では、この点に関するドイツ法の議論——効果論に比べてその議論は低調である——を詳細に紹介し分析することはできない¹⁶。しかし、すでに紹介した13件の事件から、さしあたり3つの事例群を抽出することができる¹⁷。

①原因競合による履行不能の惹起

両当事者の責めに帰すべき事由による不能のもっとも単純な事例群が、原因競合による履行不能の惹起である。これは、各当事者の関与がそれぞれ給付障害と「あれなければこれなし (*conditio sine qua non*)」の関係に立つ¹⁸。

【12】事件では、フェリーの使用賃貸借の貸主（債務者）と借主（債権者）が双方ともフェリーをしっかりと固定しなかったことなどの帰責事由により、フェリー

16 この問題については、Gunther Teubner, *Gegenseitige Vertragsuntreue*, 1975; Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 20ff. が詳しい。邦語文献では、采女博文「双務契約における当事者双方の契約違反について——トイブナーの学説の検討」九大法学43号1頁以下(1981年)を参照。

17 事実が詳らかでない【5】事件、【8】事件、【10】事件、結論において一方当事者の責めに帰すべき事由による不能が認められている【6】事件、【9】事件、結論において両当事者の責めに帰すべき事由による不能かどうか明らかにならなかった【11】事件は、事例群の抽出対象から外した。

18 Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 21.

が沈没し、貸主の債務が履行不能となった。また、【13】事件では、豚の生産と商品化を目的とする請負契約において、債権者である注文者の持ち込んだ豚が伝染病にかかっており、債務者である請負人が十分な換気を怠ったために、生産した豚に伝染病が広がった。ただし、この事件では、請負人の債務が不能であるとまでは判断されていない。

②履行遅滞中の履行不能

ドイツ民法典によると、債務者は、遅滞中に偶発的事情によって生じた給付不能についても責任を負わなければならない(BGB287条 [旧287条も同様である。])。そうすると、債務者の履行遅滞中に債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能が発生した場合は、債権者のみの責めに帰すべき事由による不能として処理されるのか、それとも、両当事者の責めに帰すべき事由による不能として扱われるのかが問題となる。この点、【2】事件では、債務者たる請負人が仕事を停止した後で、債権者たる注文者が材料を供給できなくなり、請負人の仕事の続行が不能となった場合に、両当事者の責めに帰すべき事由による不能が認められた。請負人の責めに帰すべき事由は、請負人の営業資金が枯渇した点に求められているのに対して、注文者の責めに帰すべき事由は、材料の不足から仕事の続行の取りやめを表示した点にあると推測される。

さらに、債権者が反対給付について履行遅滞に陥っている間に、債務者の履行が不能となったケースでも、両当事者の責めに帰すべき事由による不能が認められている。【1】事件では、土地上の施設の買主である債権者が、同土地の転借人として賃料を支払わなかった後で、このことが売主の責めに帰すべき事由と協働して、土地上の施設の所有権を移転することが不能となった。売主の責めに帰すべき事由は、取引上必要な注意をしていれば所有権留保を放棄して所有権を移転できたはずであるという点に求められていると考えられる。また、【4】事件では、債権者である売主が売買契約の合意解消から生じた代金返還債務について履行遅滞に陥った後に、債務者である買主が引き渡されていた売買目的物を他に転売し、目的物の返還債務が履行不能となった。この事件では、買主

が商品を転売した点、売主が支払いを遅滞した点にそれぞれ帰責事由が認められている。

③債権者遅滞(受領遅滞)中の履行不能

さらに、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能に関する事例として紹介した事案のなかには、債権者遅滞中に債務者の責めに帰すべき事由により履行不能が生じたケースが2つ含まれている。

【3】事件では、営業譲渡において、債権者である被告が給付の受領を拒絶して債権者遅滞に陥った後に、債務者である原告の給付が不能となった。ここでは、債権者の有責性は、債権者が債務者と拘束力ある合意をしたことを断固として争ったという態度が契約に違反している点に求められている。これに対して、債務者の責任は、債権者遅滞の間、故意および重大な過失に制限される(BGB300条1項)。そして、この事件では、原審がこの点に配慮した判断を示していないとして、事件が原審に差し戻されている。

また、【7】事件では、売買契約において、目的物の送付を受けた買主である被告が目的物の受領を拒絶したために、債権者遅滞に陥った。その後、目的物が適切に保管されなかったために朽廃し、債務者である売主の給付が不能となった。送付された物品についてドイツ商法典379条1項により異議を申し立てた買主は、一時的に物品を保管する義務を負うところ、本事件の買主がこの義務に違反した点に買主の有責性が認められている。他方、債権者遅滞中の責任が軽減される売主の有責性は、送付した目的物の所在を問い合わせなかった点に求められている。そして、債権者である買主に6分の1、債務者である売主に6分の5の帰責事由があると判断された。

第3章 ドイツにおける学説の展開と債務法改正

本章では、ドイツにおける学説の展開を中心に取り上げる。債務法改正を挟んで議論状況が大きく変わるため、第1節で債務法改正前の議論、第3節で改正後の議論を検討し、その間の第2節で債務法改正の経緯を一瞥する。

第1節 債務法改正前の議論状況¹⁹

債務法改正前の学説は、優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解と、優越的な帰責性がない当事者の帰責性をも考慮する見解の2つに大

19 以下で取り上げる諸見解とは異なり、両当事者の責めに帰すべき事由による不能を解決するための適切な規律を補充的契約解釈から見出すとする見解も1998年に発表された。ラインハルト(Thorsten Reinhard)の見解がそれである(Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 148ff.)。

彼によると、まず、補充的契約解釈と任意法規範との優先関係が問題になるころ、任意法の不能規範は、この問題の規律を準備していない。そこで、BGB242条(信義則)にもとづく法の継続形成との優先関係が問題になる。この点、欠缺補充への衝動(Implus)は、契約を出発点とするから、補充的契約解釈が優先する。というのも、当該契約は、補充がなければ、つまり、「考え抜か」(„Zu-Ende-Denken“)なければ規律目的を達せず、それゆえに、趣旨に反した(sinnwidrig)ものになってしまうからである。

補充的契約解釈においては、取引慣行、信義誠実という規範的・客観的基準(BGB157条)と、当事者が契約締結時に表明した観念(Vorstellung)や契約の内容といった個別的な基準とがある。しかし、この問題について、取引慣行を確認することはできないし、個別的な基準も機能しないのが通常である。その結果、ここでは、信義誠実が補充的契約解釈の唯一の基準となる。そうすると、BGB242条により不能規範を継続形成する場合とBGB242条により補充的契約解釈を行う場合とにおいて、内容面に着目すると、それぞれの法的効果は異ならないという。

そして、ここでの補充的契約解釈における基準となる信義誠実を具体化するには、衡量思考のほか、BGB旧324条1項および旧325条において具体化された立法者の評価が有益である。その評価によって、両当事者の責めに帰すべき事由による不能のための規律枠組みの輪郭が決まる。

このことから、債権者には、BGB旧325条に掲げられたすべての権利が原則として認められるのに対して、債務者は、反対給付義務の現実履行を請求することができる。それぞれの権利および請求権は、不能と結びついた不利益が各当事者の帰責性割合に応じて両当事者に分割されるように調整される。反対給付が不可分であるときは、金銭による補償請求権によって調整される。たとえば、第1に、債権者は、代償説または差額説による給付に代わる損害賠償を請求することができる。差額説によるときは、債務者に補償請求権が付与され、債権者の損害賠償請求により脱落していた反対給付請求権が復活する。この反対給付請求権は、帰責性割合に応じて縮減される。それが不可分であるときは、債権者は、反対給付を全部履行しなければならない。なぜなら、損害賠償を請求する債権者の主たる利益が債務からの解放ではなく損害賠償に向けられているからである。第2に、債権者は、両当事者の帰責性割合に応じた一部解除を選択することができる。反対給付が不可分であるときは、まず、債務者に優越的な帰責性があれば、解除は認められない。そして、両当事者の帰責性が同じ程度であるときは、債務者の請求が優先されることが、契約締結の論理必然の帰結(Logik des Vertragsschlusses)であるという。

抽象的考察によって獲得された以上の衡平な規律は、繰り返し適用されることによって、(最上級審の)判例として確立する可能性がある。それには、慣習法としての性格が付与される。このようにして、今度は、それが、任意法規範それ自体、つまり、不能法の現行の体系を拡張するだろうという。

以上のラインハルトの見解は、現在に至るまでまったく支持されていない(支持しないことのみを明確に表明するものとして、Staudinger/Hansjörg Otto, BGB, 2000, § 324 Rn. 59)。

きく分けられる。

1. 優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解

①内容

両当事者の責めに帰すべき事由による不能という問題がドイツにおいて注目を集め、盛んに論じられるようになったのは、ハディング (Walther Hadding) の後出論文が発表された1968年以降である。

1968年以前の学説において、通説的見解を占めていたのは、履行不能について帰責事由がある当事者のうち優越的な帰責性がある当事者の帰責性だけを考慮する見解であった。²⁰ ハディングによれば、その見解は、次のようにまとめられる。すなわち、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例には、BGB254条が類推適用される。BGB254条に含まれる衡量基準にもとづき、だれの協働帰責性が優越的であるかが確認されなければならない。債権者に優越的な帰責事由があるときは、BGB旧324条が基準となる。この場合、債務者は、給付義務から解放され (BGB旧275条)、反対給付請求権を失わない (BGB旧324条)。これに対して、不能につき債務者に優越的な帰責事由があるときは、BGB旧325条が適用されなければならない。この場合、債権者はBGB旧325条に用意された諸々の権利を制限されることなく有する。そして、この通説的見解の内部において、BGB旧324条や旧325条が適用される場合に、反対給付請求権や損害賠償請求権がBGB254条 (の類推適用) によって縮減されるかどうか²¹が争われた。

②批判

優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解に対しては、ハディングをはじめとして、多くの論者が批判を投げかけた。

i) 不能規範の択一的選択に対する批判

まず、適用されるべき不能規範がBGB254条によって択一的に決定されるこ

20 Walther Hadding, Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, AcP 168, 1968, S. 154ff.

21 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 154ff.

とに対して、批判が浴びせられた。その内容は、次のとおりである。

第1に、BGB254条の基本的な考え方が考慮されていないのは、問題である。なぜなら、BGB254条1項によれば、両当事者の側で損害の発生に協働したすべての事情が、惹起 (Verursachung) と有責性 (過失) を主として衡量して両当事者間の適切な調整が達成されるように、考慮されなければならないからである。つまり、優越的でない協働帰責性も BGB254条により結果に影響を与えなければならない。しかし、BGB旧324条と旧325条のうちのいずれかしか適用されないという解決では、このことが妨げられてしまう。²²

第2に、BGB254条が請求権を基礎づける規律になるのは、方法論的にみて問題がある。BGB254条は、民法典中の体系上の位置づけによれば、他の規定によって生じた請求権の履行方法や範囲だけを規律する BGB旧249条以下の実質的關係のなかに位置づけられなければならない。²³

第3に、両当事者の有責性が同程度である場合に、どのように判断すればよいか問題となる。²⁴

ii) 請求権の縮減に対する批判

次に、通説的見解の内部に位置づけられる1つの立場、つまり、BGB254条を類推適用して適用されるべき不能規範を択一的に決定したうえで、その不能規範によって認められる反対給付請求権 (BGB旧324条) または損害賠償請求権 (BGB旧325条) を BGB254条により縮減するという立場は、以下の点で批判された。

第1に、反対給付が金銭の場合はよいとして、交換契約のように反対給付が金銭給付でない場合には、どのように非金銭給付を縮減すればよいのかが問題

22 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 155. このほか、Detlef Karl-Heinz Seichter, Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag [Dissertation Hamburg], 1971, S. 33ff.; Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 63; Dirk Looschelders, Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit — OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 435, JuS 1999, S. 950も同様である。

23 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 155. このほか、Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 35; Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 63も同様である。

24 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 155. このほか、Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 33; Looschelders, a. a. O. (Fn. 22), S. 950も同様である。

となる。債務者は、自らの協働の帰責事由に相応する一定額の支払いと引き換えにのみ、反対給付を請求することができるのだろうか。そうだとすれば、ここでも、BGB254条が、直接的に、それまで存在していない反対請求権のための請求権の基礎となってしまうだろう。²⁵

第2に、たとえば、BGB254条により債務者に有利にBGB旧324条が適用されると判断された場合には、BGB254条が法的効果の修正のためにさらに援用される場合であっても、BGB旧325条1項にもとづくすべての権利は、最初から債権者から奪われる。場合によっては、債権者は、BGB旧324条により履行されるべき反対給付の一部縮減を請求することはできる。しかし、債権者が——ことによるとほんのわずかに——優越的な協働帰責性を負うというだけでは、ただちにそのような極端な帰結を正当化することはできない。²⁶

第3に、逆に、BGB254条による衡量にもとづき債務者の側の帰責事由が優越的であるとみられる事例を考えた場合、BGB旧325条1項が援用されることになるだろう。しかし、債権者が旧325条1項1文により解除権を選択したり、旧325条1項3文により旧323条1項・3項の手段を選択したりした場合に、債権者の協働帰責性は、法的効果に関してBGB254条によりどのように考慮されるべきだろうか。どちらの事例においても、BGB254条により債権者の協働帰責事由がどのように影響するのかがはっきりしないまま、債務者の反対給付請求権が消滅してしまう。²⁷

第4に、ドイツ民法典が履行請求権に関してBGB254条に相応する利益衡量を定めていないのと同様に、ドイツ民法典は、オプリーゲンハイト(Obliegenheit)違反の場合に、通常は、BGB254条による利益衡量を明示的に排除している。まさにこのことがとりわけ重要となるのは、民法典がオプリーゲンハイト違反の場合に有責性(Verschulden)の問題を考慮しているからである(たとえば、BGB122条2項、179条3項、旧307条1項2文、旧460条、旧539条)。BGB旧

25 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 157. このほか、Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 37も同様である。

26 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 157.

27 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 157f.

324条1項においても、とりもなおさずオプリーゲンハイト違反が問題となっている。つまり、BGB254条を同旧324条に適用することは、制定法に違反しているように思われる。なぜなら、民法典は、オプリーゲンハイト違反の場合に、通常、BGB254条による不利益の分割を拒絶しているからである^{28 29}。

2. 優越的な帰責性がない当事者の帰責性も考慮する見解

以上の批判を受けて、優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解は、その後の学説から姿を消していった³⁰。この見解に代わって支持を集めたのは、優越的な帰責性がない当事者の帰責性も考慮する見解である。この見解は、両当事者の帰責性をその程度に応じて両方とも法的効果に反映させようとする点で一致する。しかし、それをどのように反映させるのかをめぐって争いがある。この争いの出発点は、債権者が解除などを選択することにより、債務者の反対給付義務が脱落した後に、積極的契約侵害にもとづく損害賠償請求権を債務者に認めるかどうかである。

①積極的契約侵害構成肯定説

まず、債権者の選択により反対給付義務が脱落することを認め、それが脱落

28 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 36f.

29 オプリーゲンハイトについては、石田満『保険契約法の基本問題』（一粒社・1977年）61頁以下（初出は1966年）、生田敏康「ドイツ法におけるオプリーゲンハイトについて——民法を中心に」早稲田法学会誌41号1頁以下（1991年）、坂口光男「保険契約法における義務の義務的性格——ドイツの学説を中心として」法律論叢64巻1号59頁以下（1991年）、金元奎「保険契約法における告知・通知義務に関する研究(1)」上智法学論集39巻1号80頁以下（1995年）、辻博明「わが国における義務研究の到達点——オプリーゲンハイト(Obliegenheit)を中心に」名城法学53巻4号1頁以下（2004年）、石川博康『再交渉義務の理論』（有斐閣・2011年）39頁以下、150頁以下（初出は2001年）などを参照。

30 ハディングらによって徹底的な批判が行われた後の学説においても、優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮する見解を基本的に支持するのは、ホンゼル（Thomas Honsell）である。すなわち、不能への債務者の関与（Beitrag）が優越的である場合には、BGB旧325条が適用され、債権者の関与が優越的である場合には、BGB旧324条が適用される。債権者と債務者のどちらに帰責すべきかを判断しかねる場合——たとえば、両当事者の関与が同じ程度であるとき——には、両当事者の責めに帰することのできない事由による不能に関するBGB旧323条が類推適用される。BGB旧324条や旧325条が適用される場合には、反対給付請求権や損害賠償請求権は、BGB254条（の類推適用）によって縮減されない（Thomas Honsell, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag, JuS 1979, S. 84ff.）。

する場合には、積極的契約侵害にもとづき債務者の債権者に対する損害賠償請求権を認める考え方が主張された。本稿では、これを積極的契約侵害構成肯定説とよぶ。

i) ハディングの見解

この見解を主張したハディングによれば、その内容は次のとおりである。

a) 法的効果の基礎としてのBGB旧325条

まず、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例では、債務者の責めに帰すべき事由による不能について定めるBGB旧325条が発点とされなければならない。その理由は、2点ある。第1に、実際の訴訟を想定すると、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例では、必ず、BGB旧325条1項が援用されるからである。たとえば、債権者は、不能となった債務の債務者から反対給付の履行を請求された場合、BGB旧325条1項により契約を解除したり、差額説による損害賠償を請求したりするだろう。債権者が差額説による損害計算を選択すると、反対給付義務から解放されるからである。このように、債務者が反対給付の履行を請求するとき、BGB旧325条1項は、債権者にとって権利不存在の抗弁 (rechtsvernichtender Einwand) として機能する。第2に、民法典の体系からみると、BGB旧325条1項が反対給付請求権の運命を決める基準となるからである。つまり、BGB旧323条と旧324条は、同旧275条を補充している。それゆえに、BGB旧323条と旧324条が適用可能なのは、給付の不能について債務者にまったく責めに帰すべき事由がない場合だけである。なぜなら、債務者は、この要件のもとで給付義務から解放され、かつ、BGB旧323条、旧324条の法的効果は、もっぱらこのことを基礎にしているからである。これに対して、債務者、または、それに加えて債権者にも給付の不能について責めに帰すべき事由がある事例については、BGB旧280条が基本的な規定である。ただし、双務契約の場合には、BGB旧280条の代わりに、同旧325条1項³¹の規定だけが適用される。

b) 債務者の損害賠償請求権

31 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 162ff.

次に、このようにBGB旧325条1項が出発点とされると、反対給付義務が存続するかどうかは、債権者の選択に左右される。たとえば、BGB旧325条1項により、債権者が契約を解除したり、あるいは、差額説のもとで不履行にもとづく損害賠償を選択したりするならば、債権者の反対給付義務は脱落する。この場合には、債権者の帰責事由の協働を考慮して両当事者の公平が正しく図られるように、BGB旧325条1項を補充することが重要である。債権者が自らの有責な行為によって債務者の給付の不能を助長した場合には、債権者は、債務関係にもとづき債権者が負担する義務——債務者によって契約が約定通りに履行されること (die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages) を妨げてはならない義務——に違反している。債権者は、債務関係の枠内で、債務者によって履行される給付を不能にさせてはならない義務を負う (BGB242条)。問題となっているのは、債権者の付随義務である。債権者の有責な違反は、——BGB旧324条が適用されないかぎり——積極的契約侵害とみることができる。つまり、債務者は、反対給付請求権の喪失によって生じる損害の賠償請求権を取得する。なぜなら、BGB旧325条1項では、債権者自身が、債務者にとって不利な法的効果を債権者に認める構成要件について協働で責任を負わなければならない (zu verantworten haben) にもかかわらず、債権者の選択によって債務者の反対給付請求権が消滅するのだから、反対給付請求権の喪失という損害を填補しなければ、債権者は、BGB旧325条1項の法的効果を選択することはできないからである。³²

c) まとめ

ハディングの見解の結論のみを要約すれば、次のとおりである。債権者は、債務者が有責な事情の効果として、BGB旧325条1項にもとづく権利を有する。債権者が、代償説の意味で不履行にもとづく損害賠償請求権または代償引渡請求権を選択すれば、債権者は、反対給付義務を負い続ける。給付の不能に関する協働帰責性は、場合によっては、BGB254条により、それらの請求権を協働帰責性の範囲で縮減する。これに対して、債権者が差額説の意味で不履行にも

32 Hadding, a. a. O. (Fn. 20), S. 166ff.

とづく損害賠償請求権を選択するか、あるいは、契約の解除またはBGB旧323条1項・3項による解消権（契約離脱権）を選択するならば、それによって、債権者は、債務者の反対給付請求権を消滅させることができる。ただし、債務者は、これらの事例において、不能についての債権者の協働帰責性にもとづき、積極的契約侵害にもとづき債権者に対する損害賠償請求権を有する。

ii) ハディングの見解に対する批判

ここまで述べてきた積極的契約侵害構成肯定説は、不能法に関する規律(BGB旧324条)を積極的契約侵害という補充的な制度によって修正することは許されないという鋭い批判³³にさらされ、少数説の地位に甘んじた。この批判を敷衍すれば、次のとおりである。

第1に、債権者の責めに帰すべき事由による (zu vertreten haben) 不能について定めるBGB旧324条は、真正な義務違反の事例だけでなく、オプリーゲンハイト (Obliegenheit) 違反の事例にも適用される。オプリーゲンハイト違反では、積極的契約侵害にもとづく損害賠償の請求は認められないから、債権者のオプリーゲンハイト違反が問題となる事例では、債権者に一方的に有利となる。なぜなら、債権者の選択によって反対給付義務が脱落するにもかかわらず、それに代わる損害賠償義務は出てこないからである。³⁴

第2に、仮に、オプリーゲンハイト違反を理由に積極的契約侵害にもとづく損害賠償を認めたとすると、これは、民法典の体系と相容れない。債務者によって履行される給付を不能にさせてはならないというオプリーゲンハイト違反を理由に積極的契約侵害にもとづく損害賠償を認めると、損害賠償という法的効果を予定していないBGB旧324条のすべての事例が、同時に積極的契約侵害と評価されるからである。³⁵

第3に、民法典の不能に関する規定が積極的契約侵害の特殊事例であると解する場合、特権を与えることが意図されないのであれば、その特殊事例には一般的な規律よりも強力な法的効果が付与されるのであって、それよりも弱い法

33 Soergel/Beate Gsell, BGB, 13. Aufl., 2005, § 326 Rn. 85.

34 Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 65.

35 Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 65f.; Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 58f.

的效果が付与されるのではないということが容易に推測されるだろう。しかし、BGB旧324条に関しては、まったく逆である。それゆえに、むしろ、別の推論が可能である。すなわち、BGB旧324条が債権者だけに帰責事由(Vertretenmüssen)のある事例で債務者に損害賠償請求権を与えていないのだから、両当事者に帰責事由がある事例ではますます債務者に損害賠償請求権は認められない。³⁶

②積極的契約侵害構成否定説

債務法改正前に通説的地位を占めたのは、積極的契約侵害構成を否定する見解である。本稿では、これを積極的契約侵害構成否定説とよんでおく。この見解では、論者によってその程度はさまざまであるものの、債務者の反対給付請求権を存続させる努力が払われる。そのうえで、存続する反対給付請求権の割合的な縮減を認めるのかどうかにより、考え方は、さらに2つに分かれる。

i) 縮減否定説

学説の多数を占めたのは、債務者の反対給付請求権の割合的な縮減を認めない考え方である。³⁷ この見解を縮減否定説とよぶことにする。細かな点でこの説も多岐に分かれるが、ここでは代表的論者であるトイプナーの見解を中心として、主要な見解をいくつか取り上げる。

a) トイプナーの見解

トイプナー (Gunther Teubner) は、以下のように主張する。³⁸

(1) 適切な解決に必要なとされる条件

まず、適切な解決のためには、次の3つの条件を満たしている必要がある。第1に、それは、どこにも不連続性がなく、請求権と反対請求権を有責性の割合に応じて階段状にならずに (stufenlos) 規律する滑らかな基準 (gleitender

36 Soergel/Wiedemann, a. a. O. (Fn. 12), Vor § 323 Rn. 155.

37 本文であげる論者のほかに、結論において縮減否定説と同様の方向を示すのは、反対給付と損害賠償に関して、Klaus Schreiber, Die Unmöglichkeit der Leistung, Jura 1995, S. 535f.; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., 1997, Rn. 351; Erman/Robert Battes, BGB, Bd. 1, 10. Aufl., 2000, Vor § 323 Rn. 5; Palandt/Heinrichs, a. a. O. (Fn. 10), Vor § 323, Rn. 5; Staudinger/Otto, a. a. O. (Rn. 19), § 324 Rn. 58ff. などである。ただし、バttes (Robert Battes) は、解除についてはヴィーデマンの見解とハディングの見解を両方認める (Erman/Battes, a. a. O.)。

38 Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 62ff. トイプナーの見解については、采女・前掲論文(前注6) 103頁以下のほか、采女・前掲論文(前注16) 1頁以下も参照。

Maßstab) を提供しなければならない。つまり、法的効果が有責性の段階——債務者の優越的な有責性、両当事者の同程度の有責性、債権者の優越的な有責性、債権者の排他的な有責性——に柔軟に適合しなければならない。第2に、それは、最終的に、両当事者の有責性の各状況について、また、できるだけ各清算方式についても、双方の請求権の契約上の価値関係 (Wertverhältnis) を——協働有責性のそれぞれの関係において——反映しなければならない。第3に、それは、できるだけ体系適合的でなければならない。つまり、給付障害準則の体系に円滑に組み入れられなければならない。

(2) 損害賠償請求権と反対給付請求権の存続

そして、以上の3つの条件を満たす解決にとって決定的な視点は、債務者だけが有責な不能に関する BGB 旧325条の評価と、債権者だけが有責な不能に関する BGB 旧324条との間の修正 (Interpolation) から出てくる。両方の事例で、債務者の反対給付請求権は、完全に存続する。債権者の損害賠償請求権だけが評価0%から100%の間で変化する。このことから必然的に出てくるのは、これらの極端な評価の中間領域、つまり、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の領域では、債権者の損害賠償請求権だけが BGB 254条を通じて縮減される。しかし、同時に BGB 旧324条にもとづいて根拠づけられる債務者の反対給付請求権は、縮減されない。

このことがそのままあてはまるのは、債権者の債務者に対する損害賠償請求権の損害が代償説によって計算される場合だけである。それが差額説によって計算される場合には、差額説を次のように修正する。すなわち、差額は、BGB 254条を通じて縮減された債権者の損害賠償請求権と債務者の反対給付請求権との間の差額として把握される。この差額が債権者にとってマイナスとなる場合には、BGB 旧324条により基礎づけられる補償請求権 (Ausgleichanspruch)³⁹ が債務者に認められる。

39 たとえば、売買契約において、物の価値が100、代金が80、売主 (S) と買主 (G) の責任割合が5割ずつである事例を想定すると、次のようになる。差額は、2分の1だけ縮減されたGの損害賠償請求権50とSの反対給付請求権80との間の差額30である。ただし、これはGにとってマイナスとなるため、Sに30の補償請求権が与えられる。この経済的結果は、代償説における経済的結果とまったく同じとなる。

(3) 一部解除等

それでは、債権者がBGB旧325条にもとづき契約の解除または契約からの離脱(Abstandnehmen)を選択する場合には、どうなるだろうか。トイプナーは、債務関係の分割という構成を用いて次のように述べる。債務者が不能について有責である範囲で、債権者は解除をすることができ、債権者が不能について有責である範囲で、債務者には補償(Ausgleich)として反対給付請求権がBGB旧324条を通じて維持される。

同じ構成をBGB旧325条の残りの選択肢のために利用することができる。債権者は、自らの協働有責性にもかかわらず、契約から離脱したり代償を請求したりすることができる。ただし、契約上の価値補償(Wertausgleich)のために、協働有責性の割合に応じて、BGB旧324条の類推を通じて根拠づけられる債務者の反対請求権が配慮される。

b) ザイヒターの見解

ザイヒター(Detlef Karl-Heinz Seichter)は、以下のように主張する。

(1) 損害賠償請求権と反対給付請求権の帰趨

まず、債権者は、BGB旧325条1項の類推適用にもとづき、代償説の意味で不履行にもとづく損害賠償を請求することができる。この損害賠償請求権は、BGB254条1項により縮減される。差額説の意味で不履行にもとづく損害賠償が請求される場合には、差額を次のように把握する。すなわち、差額とは、BGB254条1項により縮減された損害賠償請求権から全反対給付請求権を引いた差額である。このように通常の差額説とは異なる方法で差額を把握するのは、反対給付請求権を維持しながら損害賠償を認めることが利益適合的だからである。つまり、差額説による結果は、プラスの差額が出るかぎり代償説による結果と同じとなる。これに対して、債権者にとって差額がマイナスとなる場合には、代償説の場合よりも債権者に有利となる。この点で、差額がマイナスとなる場合にBGB旧324条を通じて債務者に補償請求権を認めるトイプナーの見解と結論が異なる。⁴⁰ 反対給付請求権の存続について、トイプナーがBGB旧324条を援用するのに対して、ザイヒターは同条を援用しない。その結果、ザイヒター

40 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 39ff.

は、債権者が差額説の意味で不履行にもとづく損害賠償を請求する場合に、債務者の反対給付請求権が脱落することを認める。ザイヒターがBGB旧324条を持ち出さない理由は、次のとおりである。第1に、BGB旧324条で反対給付請求権が存続することは債権者の有責性とは関係しないので、反対給付請求権をBGB254条によって縮減できないからであり、第2に、反対給付請求権が不可分である事例でも、それをBGB254条によって縮減できないからである。⁴¹

(2) 解除

次に、債権者の解除権について、彼は、次のように言う。両当事者が有責な不能の事例において債権者に解除権が認められるべきところ、体系に適合的な類推を行うためには、解除権は、不能準則の体系性を超えて、民法典によって承認されたその他の法定解除権に相応していなければならない。そして、解除法の史的展開から、法定解除が認められるかどうかの基準は、債権者を契約に拘束しておくことが期待可能かどうかであるという。期待可能かどうかを判断するための利益衡量の中で、債権者が不能を協働惹起したという事情も考慮される。⁴²しかし、給付の不能を債権者が協働惹起したというだけでは、債権者は解除権を失わない。⁴³また、債権者の解除を認めただうえで、消滅する反対給付請求権の代わりに債務者に補償請求権を与えることは認められない。⁴⁴つまり、解除の可否は、BGB旧325条（および旧326条）による解除の要件の問題に帰着する。よって、債権者に協働帰責性があるというだけで解除権が排除されるわけではなく、解除の要件が満たされれば解除が認められるという点では、ザイヒターとトイプナーの見解は一致する。ただし、解除の要件と解除された場合における債務者の補償請求権の有無については、両者で見解を異にする。

41 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 36f.

42 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 66ff.

43 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 82ff.

44 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 111f. 債務者に補償請求権が与えられない理由は、理解しづらいが、(1)で述べた理由が妥当するものと推測されるほか、おそらく次のとおりである。権利は適切に与えられるか、与えられないかのいずれかである。そして、後発的履行不能において、ドイツ民法典は、債権者に対して損害賠償または解除という択一的な法的救済を認めた。立法者は、いずれの権利がより有利であるかを自己責任で決定するように債権者に求めている。債権者が不利なほうを選択しても、債権者に補償請求権は認められない。また、一方当事者に有利すぎる権利が選択される事例は、起こりえない。よって、両当事者が共に有責であることも考慮すると、債務者にのみ補償請求権を与えることは適切でない。

(3) 契約からの離脱・代償請求

最後に、その他の法的効果について(BGB旧325条1項類推と結びつく旧323条)、彼は、次のように述べる。まず、債権者が反対給付義務の脱落を主張すること(BGB旧325条1項類推と結びつく旧323条1項による契約からの離脱)は、債権者が解除できる場合にのみ認められる。なぜなら、BGB旧325条1項は、解除と並んでBGB旧323条の救済手段の主張を認めているからである。

これに対して、代償請求(BGB旧325条1項類推と結びつく旧323条2項)は、いつでも認められる。なぜなら、代償請求は、債権者だけに帰責事由のある不能の事例でも認められるからである。ただし、代償の価値が本来の給付の価値よりも低い場合には、事情が異なる。この場合、不能について債権者にのみ帰責事由があるときは、債務者は全反対給付請求権を失わないのに対して、債務者にのみ帰責事由があるときは、債権者の反対給付義務は、BGB旧472条と旧473条の基準にしたがい縮減される(BGB旧323条2項)。そうすると、両当事者の責めに帰すべき事由による不能では、全反対給付は、債権者の有責性が減少する程度に応じて、BGB旧472条、旧473条により縮減された反対給付の価値を最低限度として縮減されると考えられる。しかし、このように、履行請求権がBGB254条を手がかりとして縮減されることは、民法典と相容れない(この点については、本節2①iiも参照)。また、債務者に帰責事由がない場合を前提としたBGB旧323条にもとづく選択権の効果を両当事者の有責性に応じて修正することも、民法典と相容れない。むしろ、民法典の趣旨に相応するのは、債権者が解除できる場合にのみ、代償請求を認めることである。⁴⁵

c) シュルツェの見解

シュルツェ(Jörg-Martin Schultze)は、次のように主張する。⁴⁶

まず、債務者の反対給付請求権は、BGB旧324条1項により全部存続する。債権者の損害賠償請求権は、その協働有責性を理由にBGB254条1項により縮減される。債権者が差額説による損害賠償を主張する場合であっても、トイプナー

45 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 115ff.

46 Jörg-Martin Schultze, Die Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1987, S. 177ff.

やザイヒターの見解と同様に、実質的には代償説と同じ方法で損害計算が行われるので、反対給付請求権の脱落を考慮する必要はない。

次に、BGB旧325条1項により債権者に与えられる解除権と契約離脱権 (die Rechte zur Abstandnahme vom Vertrag) は、債権者にも協働有責性があるかぎり、認められない。その理由は、次のとおりである。第1に、解除や契約離脱権が行使されることによって反対給付請求権が脱落することは、BGB旧324条1項により反対給付請求権が存続することと相容れない。第2に、債権者が不能について有責である場合には、たとえそれがわずかな程度にすぎなくても、債権者が解除権を行使することによって債務者の契約上の利益がなくなる理由はないからである。

d) バウマンおよびハウトの見解

バウマンとハウト (Horst Baumann/Wolfram Hauth) は、トイプナーの見解が体系適合的であり、他の提案に比べてもっとも説得力のある基礎づけを与えてくれるものであって、結論においても不連続性が広範に回避されているとしつつも、基礎づけと構成になお弱点があるとして、次のように主張する。⁴⁷

第1に、彼らは、債権者と債務者の「武器の対称 (Waffensymmetrie)」を重視する。つまり、債権者には旧325条により複数の「武器」が与えられているのに対して、債務者には旧324条1項で反対給付請求権という1つの「武器」しか与えられていない。そこで、積極的契約侵害の準則によって、債務者の「武器」を補充することが望ましいとする。すなわち、少なくとも債権者の契約目的危殆が肯定される場合には、債務者にも解除や損害賠償といった「武器」が与えられるとする。ただし、ハディングの見解とは異なり、BGB旧324条1項による反対給付請求権に代わって積極的契約侵害にもとづく請求権を肯定するわけではなく、BGB旧324条1項の類推適用も認められる。つまり、積極的契約侵害にもとづく損害賠償請求権が、脱落した反対給付の代わりとなるわけではない。その意味では、この見解を積極的契約侵害構成肯定説に位置づけることはできない。

47 Horst Baumann/Wolfram Hauth, Die rechtliche Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JuS 1983, S. 279f.

第2に、債権者および債務者による解除は、解除の効果に関するBGB旧346条以下に比較的強く準拠した解決が図られる。まず、BGB旧351条の類推適用により、解除権者に優越的な有責性がある場合、要するに、5割以上（ここでは5割ちょうどを含む。）の有責性がある場合には、解除が認められない。つまり、相手方に優越的な有責性があるときにはじめて、解除が許される。トイプナーの見解のように、一般的に解除を認めたとうえで、BGB旧324条1項を通じて債務者に補償請求権を認めるという構成はとらない。なぜなら、解除権とBGB旧324条の類推適用による補償請求権との連結には構成面で疑問符が付けられるのであって、その説得的な解釈論の基礎づけが欠けているからである。そして、解除によって反対給付請求権が脱落するときは、解除権者が受領した目的物を返還することができない場合について規律するBGB旧347条を類推適用することにより、債務者は、損害賠償請求権を取得する。

e) ヴィーデマンの見解

ヴィーデマン (Herbert Wiedemann) は、次のように主張する⁴⁸。

まず、債務者の対価請求権が債権者の選択によって消滅する代わりに、BGB旧324条の類推適用によって、債務者に金銭での補償請求権 (Ausgleichsanspruch) が与えられる。差額説が適用される場合において、債務者の有利に差額が生じるときは、債務者は、補償請求権の形でそれを請求することができる。ただし、不能について債権者の責めに帰すべき事由が優越的である場合、あるいは、債権者が反対給付として物の給付を義務づけられている場合には、債権者は、差額説による損害賠償を選択することができない。

そして、債権者が解除や契約からの離脱を選択する場合には、補償請求権は、一部解除という迂遠な方法で初めて縮減されるのではなく、BGB254条により直接縮減されうる。ただし、債権者は、不能について優越的な帰責事由があったり、反対給付として物の給付を義務づけられていたりするときは、契約を解除したり契約から離脱したりすることができない。

48 Soergel/Wiedemann, a. a. O. (Fn. 12), Vor § 323 Rn. 158.

f) 縮減否定説に対する批判

以上の縮減否定説は、以下の点で批判を受けている。

(1) 債務者に有利な契約利益の法的処理に対する批判

第1に、縮減否定説によると、債権者にとって不利な取引が行われた場合に、債権者が損害賠償を選択すると、不当な結果に至る。つまり、債権者は、不能惹起への関与の大きさに相応するよりも大きな経済的損害を負担しなければならなくなる。たとえば、不能になった給付の価値が600、反対給付の価値が800であると、債務者Sの帰責性割合が4分の1、債権者Gの帰責性割合が4分の3であると仮定すると、Gの縮減された損害賠償請求権は150 ($600 \times 1/4$)、Sの反対給付請求権は800である。差引計算により、SはGに対して650の反対給付を請求することができる。この結果、Gが全損害のうち650、Sが全損害のうち150を負担することになる。つまり、債権者と債務者に割り当てられる損害は、不能惹起へのそれぞれの関与割合と一致しない。これを一般化して言えば、次のようになる。反対給付請求権が損害賠償請求権を上回るかぎりで、債務者の協働帰責性が考慮されていない。つまり、縮減否定説は、経済的な全損害をBGB254条により両当事者の間で分割しているのではなくて、契約の締結から生じる損失をすべて債権者に割り当てているのである。しかしながら、このような帰結は、民法典の評価とは相容れない。なぜなら、BGB旧324条1項と旧325条から読み取ることができるのは、契約から場合によって生じる利益は、不能が債務者の有責性によらないかぎりでのみ債務者の利益となるという評価だからである。⁴⁹

これに対して、縮減否定説を支持する論者は、次のように反論する。すなわち、買主にとって不利な売買契約において、不能について買主にも協働で帰責事由があるにもかかわらず、売買目的物が引き渡されたときよりも買主をよりよい地位に置く根拠はない。損害賠償請求権は、経済的に生じた損害を填補すべきであって、被害者の状態をよりよくすべきではない。⁵⁰

49 Looschelders, a. a. O. (Fn. 22), S. 951f. さらに、Baumann/Hauth, a. a. O. (Fn. 47), S. 279も結論において同様。

50 Schultze, a. a. O. (Fn. 46), S. 180; Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 19), § 324 Rn. 65, 67.

(2) 訴訟上の難点に対する批判

第2に、反対給付の縮減を怠ると、訴訟上も非常に不当な帰結が生じる。なぜなら、実務で多くあるように、債務者が反対給付を請求し債権者がその棄却を求める訴訟では、債務者に優越的な帰責事由があったとしても、裁判所は、反対給付の主張を全部認容せざるを得なくなるからである。⁵¹

(3) 差額説の修正に対する批判

第3に、トイプナー、ザイヒターおよびシュルツェは、不履行にもとづく債権者の損害賠償請求権 (BGB旧325条1項 (論者によってはその類推)) について、代償説だけでなく差額説による計算も認める。しかし、そこでいう差額説は、本来の差額説ではなく、実質的には代償説と同じである。つまり、BGB254条を通じて債権者の請求権を縮減したうえではじめて差額を形成するというのは、差額説の損害概念を無視するものである。差額説の損害概念は、債権者の別個の請求権にはまったく照準をあわせておらず、むしろ、債権者の積極的利益と債権者が履行すべき反対給付の価値との間の差額にもとづいて算出されるのである。⁵²

ii) 縮減肯定説

縮減否定説に対して、債権者の反対給付請求権の割合的な縮減を認める考え方も、有力に主張された。本稿では、この考え方を縮減肯定説とよぶ。細かな点でこの説も多岐に分かれるが、ここでは、この説の主唱者であるフーバーの見解を取り上げる。⁵³

51 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 752.

52 Baumann/Hauth, a. a. O. (Fn. 47), S. 279. なお、ここでいう差額説も、填補賠償請求権の性質に関する差額説であって、損害概念に関する差額説ではない。

53 フーバーのほか、Larenz, a. a. O. (Fn. 9), S. 402; Looschelders, a. a. O. (Fn. 22), S. 951f.; MünchKomm/Emmerich, a. a. O. (Fn. 12), § 324 Rn. 42; Medicus, a. a. O. (Fn. 9), S. 237f. も、反対給付請求権の性質が損害賠償請求権であるという点を除いて、反対給付と損害賠償の効果につき、結論において同様の方向を示す。ただし、エメリッヒ (Volker Emmerich) によれば、フーバーと異なり、旧325条にもとづく債権者の救済手段は損害賠償に制限されるという (MünchKomm/Emmerich, a. a. O., § 324 Rn. 43)。また、ラーレンツ (Karl Larenz) によると、交換契約のように反対給付が不可分である場合において、債務者の帰責性割合が優越するときは、債権者には反対給付を保持する権利が与えられなければならない、債権者がこれを保持するときは、自らの帰責性割合の額において反対給付の価値を金銭で賠償しなければならないという (Larenz, a. a. O., S. 402)。

a) フーバーの見解

フーバー (Ulrich Huber) は、次のように主張する。

(1) 債務者の反対給付請求権

債務者の反対給付請求権は、BGB旧324条1項の類推適用により存続するものの、BGB254条1項の類推適用により債務者の有責性割合の範囲だけ縮減される。このように反対給付請求権の縮減を認めることは、以下の考慮にもとづいている。すなわち、BGB旧324条1項は同日323条を基礎にしており、その結果、給付の不能について債務者に責めに帰すべき事由がない事例を想定している。給付の不能について債権者にのみ責めに帰すべき事由があれば、債権者に損害賠償義務を認めて、BGB旧323条の結論——反対給付請求権の脱落——を修正することが想定されるところ、債務者の損害は、債権者が契約にしたがって行動していれば得られたであろう反対給付をBGB旧323条1項により債務者が失った点にある。そうすると、BGB旧324条1項は、債務者の反対給付請求権を存続させることにより、この損害を債権者に移転していることになる。つまり、BGB旧324条で定められている準則は、とりまなおさず、損害賠償にかかわる。よって、反対給付請求権を縮減することが首尾一貫している⁵⁴。

(2) 債権者の損害賠償請求権

まず、債権者の損害賠償請求権は、債権者の反対給付義務が金銭債務である場合、差額説によって計算されなければならない。差額とは、不能になった給付が債権者にとってもつ価値と、債権者によって履行されない反対給付の価値との差額である。債権者に生じた結果損害も計算に加わる。そうして計算された額が、BGB254条により縮減される。損害が差額説によって計算されなければならない理由は、次のとおりである。債務者の給付が不能となり、債権者がそれを獲得できないことが終局的に確定する場合に、債務者が代償説により存続する反対給付を主張できるとすると、双務的給付約束の基本的な考えと矛盾してしまう。なぜなら、反対給付を獲得するために各当事者が自己の給付を約

54 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 749ff.

束するのが双務契約の基本原則であるところ、一方当事者が給付を履行しないことが終局的に確実であるならば、その当事者は反対給付請求権を失うべきだからである。すなわち、差額説は、双務契約の基本的な考え方から必然的に出てくる実体法上の準則である。⁵⁵

次に、債権者の反対給付義務が金銭債務でない場合には、損害賠償請求権に関して、債権者は、差額説と代償説を選択することができる。なぜなら、債権者は、反対給付を履行して債務として負担された給付の全価値を金銭で清算することに利益を有する場合があるからである。つまり、債権者は、差額説ではなく代償説による清算をすることに利益を有する場合があるからである。ただし、債務者の給付の価値が債権者の反対給付の価値よりも低い場合には、債権者は、代償説を選択しないだろう。⁵⁶

(3) 解除

まず、反対給付が金銭給付のように可分な場合、債権者の解除権（BGB旧325条）は、債務者の協働有責性割合に相応する一部の反対給付に制限される。これに対して、債権者自らの協働有責性がおよぶ範囲では、債権者は、解除によって自らの反対給付義務から逃れることができない。それゆえに、債権者がまだ反対給付を履行していなかったときは、解除には実際上意味がない。なぜなら、債務者は、最初から縮減された反対給付請求権のみを有しているからである。これに対して、債権者が反対給付をすでに履行していたときは、解除により、BGB旧324条1項、254条の類推適用により債務者に帰属すべき額を超える部分の返還を請求することができる。債権者が差額説により損害賠償を請求することによっても、債権者が同じ帰結に至ることができることは、解除が許されることに変更を来さない。⁵⁷

次に、解除に関して、反対給付が金銭給付ではなく、それゆえに不可分であるときは、次のようになる。債権者がまだ反対給付を履行しておらず、かつ、

55 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 184f., S. 656f.

56 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 191f., S. 757f.

57 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 760f.

給付の不能のゆえに反対給付を履行する意思がないときは、債権者は、差額説による損害賠償または解除によってその意思を実現することができる。債権者が不可分の反対給付をすでに履行しており、かつ、給付の不能のゆえに反対給付の返還を望む場合には、債権者は解除によってのみこのことを達成することができる。ここでは、解除は次の効果を有する。すなわち、債権者は、自らの協働有責性がおよぶかぎり、BGB旧324条1項、254条の類推適用により債務者に損害を賠償する(entschädigen)⁵⁸義務を負う。

b) 縮減肯定説に対する批判

フーバーに代表される縮減肯定説に対しては、以下のような批判が浴びせられた。

(1) 反対給付を二重に考慮することに対する批判

第1に、縮減肯定説は、契約上の価値関係を適切に反映することができない。なぜなら、債権者の反対給付が2回評価されるからである。1回目は、反対給付を内在的に考慮するBGB旧325条の枠内で評価される。つまり、代償説によれば反対給付として、差額説によれば差額算出時の計算項目として反対給付が評価される。2回目は、BGB254条により縮減された反対給付請求権を根拠づけるBGB旧324条の枠内で評価される。⁵⁹

これに対して、縮減肯定説を支持する論者は、反対給付請求権は二重に考慮されていないと再反論する。すなわち、縮減肯定説によれば、BGB254条を2回適用することの結果として、各請求権の範囲では請求権の相手方の帰責性割合に相応する部分的な反対給付しか計算に組み入れられないからである。たとえば、売買代金を800、売買目的物の価値を1000とした場合に、売買目的物が完全に滅失してしまったと想定すると、売主と買主は経済的な全損害1000を分担しなければならない(売主800、買主200)。売主の帰責性割合が4分の1、買主のそれが4分の3とすると、縮減肯定説により計算した場合、BGB254条に

58 Huber, a. a. O. (Fn. 14), S. 761.

59 Teubner, a. a. O. (Fn. 16), S. 63, S. 67f. Fn. 127; Baumnn/Hauth, a. a. O. (Fn. 47), S. 278; Palandt/Heinrichs, a. a. O. (Fn. 10), Vor § 323 Rn. 5.

より4分の3縮減された50の額の損害賠償請求権が買主に帰属する。800の反対給付は、ここでは、確かに計算項目である。しかし、結果として、4分の1しか考慮されていない。今度は、旧324条1項にもとづく売主の反対給付請求権を254条の類推適用により4分の1だけ縮減すると、反対給付の残りの4分の3(600)が計算に組み込まれる。結果として、反対給付は1回だけ考慮される。⁶⁰

(2) 反対給付請求権を過失相殺することに対する批判

第2に、債務者の報酬請求権をBGB254条1項により縮減することは認められない。給付障害法の構造のなかで、あらゆる損害賠償請求権が有責性 (Verschulden) を前提としている。しかし、BGB旧324条にもとづく反対給付請求権は、有責性がなくても与えられうる。おそらくBGB旧324条が前提としているのは、債権者が不能について責めに帰すべき事由がある (zu vertreten haben) ということである。しかし、このことは、債権者が必然的に有責 (verschulden) でなければならないということの意味しない。BGB旧324条の構成要件は、有責性がなくても認められうる。すなわち、債権者が受領遅滞に陥っている間に、債務者の給付が債務者の有責性なく不能となる場合である。しかし、受領遅滞は、債権者の有責性がなくても認められうる。このことから出てくるのは、BGB254条——それは、第一次的には、有責性割合にもとづく分割である——の報酬請求権への適用が行われてはならないということである。なぜなら、報酬請求権は、民法により、有責性から独立しているからである。⁶¹

この批判は、受領遅滞による対価危険の移転を定めるBGB旧324条2項とパラレルに同条1項を理解し、1項の責めに帰すべき事由 (zu vertreten haben) の意味内容を有責性 (Verschulden) のそれとは別異に理解することを前提としている。それゆえに、この批判は、そのような前提をとらないフーバーの見解にはただちには妥当しない。なぜなら、フーバーによれば、BGB旧324条1項が損害賠償について定めているのに対して、同条2項は、危険負担について定

60 Looschelders, a. a. O. (Fn. 22), S. 951. 縮減否定説の論者のなかには、この再反論を受け容れる者もあらわれた (Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 19), § 324 Rn. 62)。

61 Seichter, a. a. O. (Fn. 22), S. 62f. BGB254条1項を契約上の履行請求権に適用することができるかどうかについては、争いがある。この点については、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』(東京大学出版会・2010年)260頁以下を参照。

めているからである。⁶²

むしろ、反対給付を縮減することに対する根本的な批判は、BGB旧324条1項の報酬請求権を損害賠償請求権と理解する点に向けられる。すなわち、債権者が給付を失わない場合に、債権者が契約上の双務性にもとづき反対給付を義務づけられることに争いはないだろう。そうすると、債権者が給付の代わりに損害賠償を獲得するならば、双務性にもとづきこの反対給付義務はそのまま残る。債権者は、債権者に帰属すべきものを獲得し、その結果、反対給付を履行しなければならない。よって、債権者が損害賠償を請求するのであれば、反対給付請求権を維持するために、BGB旧324条1項にもとづく必要がないのと同様に、債権者の帰責性（Verantwortung）に依拠する必要もない。反対給付義務が契約上の交換関係にもとづいており、BGB旧324条にもとづいているわけではないとすれば、BGB254条を反対給付義務に類推適用するための規範的根拠が脱落する。なぜなら、その規範的根拠は、BGB旧324条における反対給付義務の維持が債権者の「有責性」（„Verschulden“）を拠り所としている点に認められたからである。⁶³

3. 小括

債務法改正前の学説の展開を小括すれば、次のとおりである。

62 フーバーによれば、受領遅滞の法的効果は、債権者が何らかの意味で誤った行動をした（sich falsch verhalten）から命じられるわけではない。むしろ、そこでは、債権者が——避けることのできない偶発的事情によるにせよ——給付の受領を妨げられる危険をいずれの当事者が負担すべきかが問題となっているのである。ドイツ民法典の立法者は、この危険を債権者が負担することがより適正であると考えた。こうした理由から、双務契約における対価危険が受領遅滞により債権者に移転するのである（BGB旧324条2項）（Ulrich Huber, Leistungsstörungen Bd. 1, 1999, S. 186）。なお、受領遅滞の法的効果に関するこのような理解は、受領遅滞をオブリゲーゲンハイト（Obliegenheit）違反と把握するドイツの通説とは異なる（この点については、拙稿「ドイツにおける債権者遅滞制度と債権者の協力義務（1）」法学論叢165巻4号108頁以下（2009年）を参照）。

63 Roland Schwarze, Die beiderseits zu vertretende Unerbringbarkeit der synallagmatische Leistung—Ein Konvergenzversuch, in: Festschrift für Hansjörg Otto, 2008, S. 506ff. ただし、本文中で旧324条1項としている部分は、原文では改正後の326条2項である。旧324条1項で債権者の「責めに帰すべき事由（zu vertreten haben）」とされていた表現は、改正後の326条2項では、債権者に「帰責性がある（verantwortlich）」という表現へと変更されている。

第1に、いずれの当事者の帰責性が優越的であるのかに応じて、BGB旧324条と旧325条を択一的に適用するという伝統的見解は、ハディング以降の学説によって厳しく批判された。この見解に代えて支配的となった考え方は、優越的な帰責性のある当事者の帰責性だけでなく、軽微な帰責性しかない当事者の帰責性も法的効果に反映しようとする点において共通していた。

第2に、その法的効果に目を向けると、債務者の反対給付請求権の帰趨をめぐる学説は対立した。債務者が有している契約上の利益を確保するためには、債務者の反対給付請求権を存続させる必要があるからである。債権者が差額説による損害賠償、解除、契約からの離脱といった法的救済を選択すると、債務者の反対給付請求権は脱落する。そこで、債権者のこれらの法的救済を一定の形で制限する見解(積極的契約侵害否定説)が主張され、これを制限しない見解(積極的契約侵害肯定説)と対立した。後者の積極的契約侵害肯定説では、これらの法的救済が選択されることによって脱落する反対給付請求権は、積極的契約侵害にもとづく損害賠償として存続する。しかし、このような法的構成は、民法典の体系と矛盾するとして支持されなかった。こうして通説的地位を占めるに至った積極的契約侵害否定説は、債務者の帰責性に応じて反対給付請求権を縮減する見解(縮減肯定説)とこれを縮減しない見解(縮減否定説)とに分かれる。この対立の主たる分岐点は、債権者にとって不利な取引が行われた場合において、債務者にとって有利な契約利益を債務者がすべて獲得することが正当といえるかどうかに関する評価の違いにある。

第3に、積極的契約侵害否定説では、債権者の法的救済をどのように制限するかをめぐる、学説が多岐に分かれていた。差額説による損害賠償と解除についてみるならば、以下のとおりである。

まず、差額説による損害賠償についてみると、縮減否定説では、差額説による損害賠償を認めつつも、差額の計算方法を修正する見解が比較的多い(トイプナー、ザイヒター、シュルツェ)。差額説によれば、本来、給付の価値と反対給付の価値との差が差額となるべきところ、これらの見解では、縮減された給付の価値と反対給付の価値との差が差額とされていた。これは、結局のところ、

代償説におけるのと同じ計算をしていることになる。つまり、この見解は、実質的には、差額説による損害賠償を否定しているのと同じである。これに対して、差額説による損害賠償を認める見解もある。ただし、債権者の帰責性が優越する場合、または、反対給付が不可分である場合には、このかぎりでない(ヴィーデマン)。縮減肯定説では、差額説による損害賠償を認めるものの、BGB旧324条1項および254条1項の類推適用によって、債権者が有責である範囲で、反対給付請求権が復活する(フーバー)。

次に、解除についてみると、①債権者に軽微な帰責性があるだけで、債権者による解除を認めないとする見解(シュルツェ)、②債務者に優越的な帰責性があるときに、債権者による解除を認め、解除が認められるときに債務者の債権者に対する損害賠償請求を認める見解(バウマン・ハウト)、③債権者に優越的な帰責性があるときに、債権者による解除を否定し、解除が認められるときに債務者の補償請求権を肯定する見解(ヴィーデマン)、④債権者の帰責性に相応する部分の解除のみを認める見解(トイプナー、フーバー)、⑤解除の要件を満たすかぎり、債権者による解除を無制限に認める見解(ザイヒター)があった。何らかの形で解除権を制限する①から④の見解は、BGB旧325条1項1文の文言どおり、債務者が不能について責めに帰すべき事由があることを解除の要件としているとみられるのに対して、⑤の見解は、債権者を契約に拘束しておくことが期待できないことを解除の要件としていた。

最後に、反対給付が不可分であるときに解除が認められるかどうかをめぐる争いがあった。反対給付が不可分なときは、契約の一部を解除することができないからである。不可分である場合に解除を否定する見解(ヴィーデマン)と、解除を肯定する見解(フーバー)があった。反対給付が不可分である場合の法的効果については、債務法改正後に、議論がより深まることになる。

第2節 債務法改正

今までみてきた従来の学説の議論と一定の連続性を保ちつつもそれを一変させることになったのが、2002年に施行された債務法現代化法である。本節で

は、債務法の改正過程における議論の状況を時系列的に概観したうえで(1~5)、その内容を小括し(6)、最後に、改正後のドイツ民法典の規律内容の概要を示すこととする(7)。

1. 鑑定意見

1981年に刊行された『債務法改正のための鑑定意見』のなかで、フーバー(Ulrich Huber)は、BGB旧324条を次のように改正する提案を行った^{64 65}。

①旧324条の改正提案

フーバーの提案327c条(債権者の契約違反)

1項 双務契約において、債務者による不履行が債権者の責めに帰すべき事情に起

64 Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 851. フーバーの鑑定意見の全体像については、宮本健蔵「債務不履行体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見」法学志林80巻3=4号97頁以下(1983年)(下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社・1988年)121頁所収)を参照。

65 以下に、フーバーの提案を本稿に必要な範囲でまとめて抜粋する(ただし、本文に掲げたものを除く)。

・275条(債務者の責任)

1項 債務者が、とくに、債務として負担した給付を定められた時期にもしくは債務関係の内容にもとづいて義務づけられた方法で実現せず、または、不作為義務に違反することによって債務を履行しないときは(不履行)、債権者は、履行および自らに生じた損害の賠償を請求することができる。

3項 不履行が債務者の責めに帰することができない事情に起因するときは、債権者は、履行および損害賠償を請求することができない。証明責任は、債務者が負う。債権者の解除権、解約告知権または代金減額権は、影響を受けない。

・281条(代償) 不履行を生じさせた事情によって、債務者が債務として負担した目的物の代わりに、代償または損害賠償請求権を取得するときは、債権者は、履行の代わりに、代償として獲得されたものの引渡しまたは損害賠償請求権の譲渡を請求することができる。

・326条(猶予期間設定後の解除)

1項 双務契約において債務者が給付を定められた時期に実現しなかったときは、債権者は、債務者に対して給付の実現のために猶予期間を設定することができる。給付が猶予期間を経過するまでに実現されないときは、債権者は、契約を解除することができる。

・326a条(契約違反が重大な場合における猶予期間なしの解除権)

1項 双務契約において債務者が給付を定められた時期に実現しなかった場合において、定められた時期における不履行が重大な契約違反にあたる場合は、債権者は、猶予期間を設定することを要せずに、解除権を有する。

・327a条(解除の場合における損害賠償) 326条から326d条により契約を解除または解約告知した債権者は、契約の不履行にもとづく損害賠償を請求することができる。債権者は、解除する代わりに、自己の給付の履行と引き換えに債務者の債務の不履行を理由とする損害賠償も請求することができる。このことは、不履行が債務者の責めに帰することができない事情に起因するときは適用しない。

因するとき、または、債権者が受領遅滞に陥った後に債務者の給付が債務者の責めに帰することのできない事情から不能もしくは著しく履行困難になるときは、債務者は、自己の給付を履行することなく、反対給付を請求することができる；281条が適用される。不能または履行困難が債務者の責めに帰すべき事情に起因するとき、債務者は、一般規定にもとづいて責任を負う。

フーバーによれば、BGB旧324条には、技術的な変更しか加えられておらず、不能がもはや給付障害法の基本カテゴリーとして扱われていないことも、実質的な変更を意図したものではないとされている。そのうえで、提案は、両当事者が債務者の客観的不能または主観的不能について有責である事例、あるいは、それ以外の契約違反について両当事者の責めに帰すべき事由がある事例に対する可能なかぎり単純な解決を1項2文に用意したという。すなわち、債務者が「一般規定にもとづいて責任を負う」というのは、以下のことを意味しているとされる。すなわち、債務者は、履行義務を負い続け、給付がまだ可能なかぎり、それを履行しなければならない。さらに、債権者は、提案326条以下にもとづいて解除または損害賠償の権利を有する。債権者の損害賠償請求権は、場合によっては、BGB254条により縮減され、あるいは、提案281a条2項——債権者に優越的な有責性がある場合——により、そもそも排除される。なお、債権者の契約違反行為を理由として提案275条1項にもとづき損害賠償を請求することは、債務者の任意に委ねられている⁶⁶。

②優越的に損害を惹起した債権者の損害賠償請求権の排除

フーバーが提案する281a条2項は、次のとおりである⁶⁷。

フーバーの提案281a条（損害賠償）

2項 債権者は、損害を回避または軽減するために、事情に応じて適切かつ期待可能な対策および措置をとる義務を負う。債権者が必要な対策および措置を怠ったことが損害を惹起する優越的な原因である（überwiegend verursachen）かぎり、

66 Huber, a. a. O. (Fn. 64), S. 851f.

67 Huber, a. a. O. (Fn. 64), S. 803.

債務者は、損害を賠償する必要がない；254条1項が適用される。

提案281a条2項2文について、フーバーは、次のように説明する。ハーグ統一売買法88条によれば、「契約違反を主張する当事者は、生じた損害を減少させるために相当なあらゆる措置をとる義務を負う。この当事者がこれを怠るときは、相手方は損害賠償の縮減を請求することができる。」と定められているところ、債権者が義務に反して回避しなかった損害について、債務者が第一義的にその分割を請求できるのか、それとも、債権者による引受け(Übernahme)を請求できるのかが完全にははっきりしていない。この点について、ヴァイトナウアー(Hermann Weitnauer)は、分割を請求できるのが通常であり、「損害賠償請求権者の行為に圧倒的に(weit überwiegend)帰責されるべき」損害が例外になるという。これに対して、UNCITRAL草案73条2文(CISG77条2文に相当)は、「軽減されるべきであった」損害の縮減、つまり、債権者への転嫁を定めている。本改正提案は、UNCITRAL草案およびCISGの解決に近い。すなわち、債権者は、提案281a条2項1文にもとづくオプリーゲンハイトの違反によって「優越的に惹起(überwiegend verursachen)」した損害を自ら負担しなければならない(提案281a条2項2文)。これは、ハーグ統一売買法88条2文に関してヴァイトナウアーが要求した「圧倒的な」惹起よりもより緩やか(weniger)であるが、しかし、UNCITRAL草案73条2文よりも柔軟な解決であろう。この規律は、過失の相殺(Culpa-Kompensation)の原理へと移行したのではなく、BGB254条1項の原理と十分に両立する。原因寄与(Verursachungsbeitrag)が同じである場合、または、債務者による惹起が優越である場合には、損害が分割されることに変わりない(BGB254条1項と結びついた提案281a条2項2文後半部分)⁶⁸。

③まとめ

以上を要するに、フーバーの提案では、両当事者の責めに帰すべき事由による義務違反の「可能なぎり単純な解決」が示された。その解決によると、債務者の原因寄与が優越である場合または両当事者の原因寄与が同じである場

68 Huber, a. a. O. (Fn. 64), S. 730.

合には、債権者は、契約を解除せずに自己の給付の履行と引き換えに不履行にもとづく損害賠償を請求するか、あるいは、契約を解除するとともに不履行にもとづく損害賠償を請求することができる（提案275条・327a条）。この場合、債権者の損害賠償請求権は、BGB254条により縮減される。同様の場合、債務者は、債権者が解除を選択すれば反対給付をすべて請求できず、債権者が解除を選択しなければ反対給付をすべて請求できる。債権者に対する損害賠償の請求は、認められない（提案281a条2項）。これに対して、債権者の原因寄与が優越的である場合には、債権者は、損害賠償を請求することができない（提案281a条2項）。債権者の原因寄与を理由に債権者の解除権を制限する準則は、提案されていない。この点は、次の委員会草案で考慮されることになる。債務者は、要件を満たせば、損害賠償を請求することができる（提案275条1項）。

2. 委員会草案

①委員会草案の内容

1991年に公表された債務法改正委員会草案は、BGB旧324条を次のように改正することを提案するとともに、新たに草案323条3項3号を用意した^{69 70}。

69 Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 162, S. 171f. 以下では、本書をAbschlußberichtと略称する。

委員会草案323条3項3号については、小野秀誠「ドイツ債務法改定——解除と危険負担、給付障害論」同『給付障害と危険の法理』（信山社・1996年）405頁以下（とくに411頁以下）、下森定＝岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局・1996年）73頁以下（とくに76頁）（平野裕之）において、すでに簡潔に紹介されている。

70 以下に、委員会草案の規定を本稿に必要な範囲でまとめて抜粋する（ただし、本文に掲げたものを除く）。

- ・ 275条（給付義務の限界） 債務が金銭債務でない場合において、債務者が債務関係の内容と性質にもとづき義務づけられている努力をもってしては給付を実現することができないときは、そのかぎり、債務者は、給付を拒絶することができる。債権者の権利には、323条、280条、281条、283条が適用される。

- ・ 280条（義務違反の場合における損害賠償）

1項 債務者が債務関係にもとづく義務に違反したときは、債権者は、このことから生じる損害の賠償を請求することができる。このことは、義務違反について債務者の責めに帰すべき事情がないときは適用しない。

2項 給付に代わる損害賠償を請求する債権者の権利には、283条の付加的な要件が適用される。債権者が給付の遅延にもとづく損害賠償を請求することができるのは、284条にもとづく遅滞の付加的な要件のもとにおいてのみである。双務契約において、債権者は、解除後に327条によってのみ契約の不実現（Nichtausführung）にもとづく損害賠償を請求することができる。

委員会草案323条(義務違反の場合における解除)

3項 解除は、次の場合に排除される。

3号 義務違反について債権者にのみまたは優越的に帰責性がある (überwiegend verantwortlich) とき。

委員会草案324条(債権者の責めに帰すべき事由による給付障害)

1項 双務契約において、債務者が債務として負担した給付を275条にもとづいて拒絶することができる場合において、債務者にこの権利が認められる事情につき債権者に責めに帰すべき事由があるときは、債務者は、反対給付請求権を失わない。ただし、債務者は、給付からの解放によって節約したもの、または、自らの労働力を他に利用して獲得しもしくは獲得するのを悪意で怠ったものが控除されることを甘受しなければならない。

2項 このことは、債権者が受領遅滞にある間にその抗弁権を基礎づける事情が生じたときに適用する⁷¹。

委員会草案は、323条3項3号について、債権者の協働帰責性 (Mitverantwortung) がどのように影響するののかという現行法上争いのある問題を法律上解決すべきであると説明する。すなわち、現行法において、債務者の給付障害によって被害を受けた債権者は、債務者による給付の不能につき自らに責めに帰すべき事由があるときは、契約に拘束されたままである。草案は、この解決を一般化し拡張している。法律上の規律はもはや不能ではなく義務違反に照準を合わせているのだから、債務者の義務違反について債権者自身に帰責性があるすべての事例において、債権者から解除権を奪い取るべきであるというのが、首尾一貫している。委員会草案は、とりわけ、債権者に協働帰責性があれば債

71 原文では、「このことは……ときに適用しない (Dies gilt nicht, wenn...)」となっている。しかし、委員会草案324条は、受領遅滞によって債権者へ危険が移転するというBGB旧324条の基礎にある評価を変更する趣旨ではないことから (Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 69), S. 172)、„nicht“は、誤植と考えられる (この点については、Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 216 Fn. 19も参照)。

権者のための解除権の成立を妨げるのに十分であるということによって、この準則の適用範囲を拡張している。ただし、義務違反に対する債権者の帰責性が優越である場合にかぎって解除権が妨げられるべきである。協働帰責性が軽微である (geringfügig) 場合には、解除が認められることに変わりない。解除される債務者は、事情によっては、債権者の協働帰責性にもとづいて、委員会草案280条にもとづく損害賠償請求権を有することがある⁷²。この損害賠償請求権は、BGB254条を通じて縮減される⁷³。

②委員会草案に対する批判

委員会草案が提案するこのような解決は、ラインハルト (Thorsten Reinhard) によって詳細に検討されたうえで批判されている⁷⁴。批判の骨子は、次のとおりである。

委員会草案が生み出す法状況を現行法にもとづく状態と比べると、持続的に影響を及ぼす単純化が行われているという印象が刻印される。第1に単純化されているのは、現行法における両当事者の責めに帰すべき事由による不能の検証である。両当事者の帰責事由の法的効果が、委員会草案において、部分的に明示的に確定され (草案323条3項3号)、おまけに、たやすく探り出されている。債権者の選択権と請求権の限界をめぐる問題には、現行法上まったく異なる諸々の回答が見出されるにもかかわらず、法律上の解決が与えられた。第2に、委員会草案は、両当事者の帰責事由の処理を内容面においても単純化している。すなわち、同草案は、この問題を論ずる諸説が支持する衡量による解決 (Abwägungslösung) を前にして、悉無律的な判断 (Alles-oder-Nichts-Entscheidungen) を拡充した。もちろん、両当事者の関与を衡量することが完全に放棄されたわけではない。債権者が損害賠償を選択するときは、今後も衡量が行われる。これによって、両方の解決方法をいかに調和させるのかという問題が生じている⁷⁵。

72 Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 69), S. 170.

73 Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 69), S. 172..

74 Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 207ff..

75 Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 220f.

悉無律的な解決という形での単純化の利点は、明白である。すなわち、そのような単純化によって、一部解除、あるいは、債権者が差額説にもとづく損害賠償を選択した場合における反対給付の一部存続を基礎づけるためには避けられない構成上の困難が克服される。しかし、このような利点と並行して、注目すべき懸念があらわれる。まず、悉無律の二価値構想(zweiwetiges Konzept)は、帰責性が同程度の事例において常に一方当事者が他方当事者に比べて——著しく——不利益を被らざるを得ないというディレンマに直面する。この解決の不十分さは、それにとどまらない。帰責性がより小さな当事者の関与が常に考慮されないからである。⁷⁶

3. 討議草案

① 討議草案の内容

委員会草案を受けて、2000年8月に連邦司法省によって公表された討議草案(Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)は、次のように提案した^{77 78}。

討議草案323条(義務違反の場合における解除)

76 Reinhard, a. a. O. (Fn. 12), S. 222.

77 Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. 22. 以下では、本書をSchuldrechtsmodernisierungと略称する。

78 以下に、討議草案の規定を本稿に必要な範囲でまとめて抜粋する(ただし、本文に掲げたものを除く。)

・275条(給付義務の限界) 債務が金銭債務でない場合において、債務者が債務関係の内容と性質にもとづき義務づけられている努力をもってしては給付を実現することができないときは、そのかぎり、債務者は、給付を拒絶することができる。債権者の権利は、280条から282条および323条にもとづいて定まる。

・280条(義務違反の場合における損害賠償)

1項 債務者が債務関係にもとづく義務に違反したときは、債権者は、このことから生じる損害の賠償を請求することができる。このことは、義務違反について債務者の責めに帰すべき事由がないときは適用しない。

2項 給付に代わる損害賠償を請求する債権者の権利には、282条の付加的な要件が適用される。債権者が給付の遅延にもとづく損害賠償を請求することができるのは、283条にもとづく遅滞の付加的な要件のもとにおいてのみである。双務契約において、債権者は、解除後に325条によってのみ契約の不実現(Nichtausführung)にもとづく損害賠償を請求することができる。

3項 解除は、次の場合に排除される。

3号 義務違反について債権者にのみもしくは優越的に帰責性がある (überwiegend verantwortlich) とき、または、債権者が受領遅滞にある間に、債務者の責めに帰することのできない義務違反が生じたとき。

討議草案324条 (債権者の責めに帰すべき事由による給付障害における反対給付)

323条3項3号の事例において債務者が債務として負担した給付を275条にもとづき拒絶するときは、債務者は、給付からの解放によって節約したもの、または、自らの労働力を他に利用して獲得しもしくは獲得するのを悪意で怠ったものが反対給付請求権から控除されることを甘受しなければならない。

連邦司法省は、討議草案323条3項3号の提案理由を次のように説明する。すなわち、現行法では、債権者が債務者による給付の不能について責めに帰すべき事由がある場合に、債権者は、契約に拘束されつづける (BGB旧324条1項1文)。この草案は、この解決を一般化しかつ拡張するものである。草案の規律は不能ではなく義務違反に照準を合わせているので、債務者の義務違反について債権者自身に帰責性がある (verantwortlich) すべての事例において、債権者から解除権を奪うことが首尾一貫しているだろう。さらに、草案は、とりわけ、債権者に協働帰責性 (Mitverantwortung) があれば解除権の発生を妨げるのに十分であるという形で、この準則の適用範囲を拡張している。こうすることによって、債権者の協働帰責性がどのように影響するのかという現行法上の争点が立法的に解決されることになる。ただし、解除権を妨げるべきなのは、義務違反について債権者に優越的な帰責性 (Verantwortung) がある場合だけである。協働帰責性が軽微である (geringfügig) 場合には、解除はなお可能である。この場合、解除権を行使された債務者は、事情によっては、債権者の協働帰責性にもとづき討議草案280条による損害賠償請求権を有することがある。これは、債務者による給付可能性および給付の履行に関して債権者に義務違反

があることを前提とする。⁷⁹

②討議草案に対する批判

この討議草案を厳しく批判したのは、ほかでもないフーバーである。すなわち、債権者が損害賠償を請求できるかどうかという点に問題はない。損害賠償請求権は、当然に、債権者の原因寄与 (Verursachungsbeitrag) にしたがって縮減されなければならない (BGB254条)。しかも、債権者と債務者の協働有責性のいずれが大きいのかどうかと、場合によっては両方の関与が均衡しているかどうかということ、重要でない。問題となるのは、両当事者に有責性がある場合に、債務者が反対給付請求権を少なくとも部分的に保持するのかどうかである。判例の答えは、一義的に明快である。債務者は、BGB旧324条1項により、反対給付請求権を保持し、この請求権は、BGB254条の類推適用により債務者の協働有責性割合の分だけ縮減される。ここでも、債務者の協働有責性割合が小さいのか大きいのか、あるいは、双方の有責性割合が拮抗しているのかは、まったく関係がない。債権者が解除しようとするならば、部分的にしか解除は認められない。債権者は、解除にもかかわらず、債務者の給付の不能に対する協働有責性に相応する額の反対給付を義務づけられたままである。ここでも、両当事者の協働有責性割合は、完全に無関係である。立法者には、その能力以上のことが要求されるこのかなり錯綜した特殊な問題に口を差し挟む理由がない。⁸⁰草案の作成者がこの問題にあまり習熟していなかったことは、明らかである。

79 Schuldrechtsmodernisierung, a. a. O. (Fn. 77), S. 211. なお、討議草案324条では、委員会草案324条1項1文に相当する条文が削除されている。この点は、次のように説明されている。債務者が一定の事例において義務違反にもかかわらず反対給付請求権を失わないべきであるとするならば、そのためには、解除の排除事由が創設されなければならない。このことは、323条3項3号で行われている。そうすると、債務法委員会によって並行して提案された委員会草案324条1項1文は、必要がない。同じことは、委員会草案324条2項にもあてはまる (Schuldrechtsmodernisierung, a. a. O. (Fn. 77), S. 214)。

80 Ulrich Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 176f.

4. 修正・整理案

その後、給付障害法委員会の提言を取り込んで2001年3月に公表された修正・整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schulrechtsmodernisierungsgesetzes) は、次のように提案した⁸¹。

修正・整理案323条 (給付が履行されないことまたは契約通りに履行されないことにもとづく解除)

6項 解除を正当化すべき事情について債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性がある (weit überwiegend verantwortlich) とし、または、債権者が受領遅滞にある間に債務者の責めに帰することのできない事情が生じたときは、解除は排除される。

修正・整理案326条 (給付義務が排除された場合における反対給付)

2項 債務者が275条1項または2項により給付を要しない事情について、債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性がある (weit überwiegend verantwortlich) とし、または、債権者が受領遅滞にある間に債務者の責めに帰することができない事情が生じたときは、債務者は反対給付請求権を失わない。債務者は、給付からの解放によって節約したもの、または、自らの労働力を他に利用して獲得しもしくは獲得するのを悪意で怠ったものが控除されることを甘受しなければならない。

危険負担の規律を削除して解除法に統合した討議草案とは異なり、修正・整理案では、危険負担と解除の規律の併存が提案されている。しかし、本稿の関心からすれば、両者の決定的な違いは、むしろ、「債権者にのみもしくは優越的に (überwiegend) 帰責性がある」と定められていた部分が、「債権者にのみ

81 Schuldrechtsmodernisierung, a. a. O. (Fn. 77), S. 375f.

82 修正・整理案275条 (給付義務の排除)

1項 給付請求権は、これが債務者にとって不能であるときは、そのかぎり、排除される。
2項 債務関係の内容および信義誠実の要請を考慮したときに債権者の給付利益に比して給付に要する費用が著しく不均衡であるときは、そのかぎり、債務者は、給付を拒絶することができる。その際には、給付障害について債務者の責めに帰すべき事由があるかどうか、および、債務者が債権者に相当な補償を提供するかどうかも考慮されなければならない。

もしくは圧倒的に (weit überwiegend) 帰責性がある」と修正された点にある。この違いは、一見すると些細なことのように思われるものの、この「weit」という一語を挿入することによって、修正・整理案が討議草案の立場を明確に退けた点に注意しなければならない。カナリスは、この点を次のように説明する。⁸³ 討議草案は、両当事者の責めに帰すべき事由による不能という困難で論争の多い問題をいわば奇襲攻撃のような形で一挙に解決してしまおうとしたところ、このような立場とは一線を画そうとする意図が、給付障害法委員会の判断の背後にはある。とくに、BGB254条の法思想による解決からその基礎を奪ってはならない。これに対して、「圧倒的に」 („weit überwiegend“) という言い回しが給付障害法委員会によって選択されたのは、そのような事例においては、BGB254条の枠内で、行為者だけに帰責性があること (Alleinverantwortlichkeit) を前提とするのが常だからである。このことは、その規定の文言のなかで少なくとも暗示的に表現されているので、その解釈にとって次の2点で重要である。第1に、修正・整理案について、両当事者の責めに帰すべき事由による不能がこの規定のなかで規律されているという主張には、根拠がなくなった。第2に、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の問題について BGB254条の法思想による解決が正しいと考えるかぎりにおいて、修正・整理案323条6項、326条2項1文の意味おける協働帰責性 (Mitverantwortung) がBGB254条の枠内においても一方だけの帰責性 (Alleinverantwortung) と等置されるならば、その協働の帰責性を「圧倒的」 („weit überwiegend“) なものとしてみなしなければならない。

5. 政府草案

修正・整理案323条6項および326条2項1文は、実質的な変更を受けずに、

83 Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 511. さらに、Arndt Teichmann, Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 1488も同様である。

2001年5月に連邦議会に提出された政府草案に取り入れられた。⁸⁴ 修正・整理案323条6項に対応する政府草案323条5項について、同草案の理由書は次のように述べる。⁸⁵ 給付に代わる損害賠償では、BGB254条によって〔損害賠償〕請求権を縮減することにより、債権者の協働帰責性を適切に考慮することができる。〔これに対して、〕形成権である「解除」では、容易にはこのような考慮をすることができない。ここに存在する可能性は、解除権をすべて排除し、債権者を契約とともに反対給付の履行義務にも拘束することだけである。政府草案は、委員会草案323条3項3号における債務法委員会の提案とは異なり、債権者の協働帰責性が「優越的」(„überwiegend“)である場合にはこの結果を正当であると考えていない。むしろ、債権者には、解除事由の発生について、少なくとも「圧倒的に」(„weit überwiegend“)協働で帰責性がなければならない。したがって、BGB254条を通じて損害賠償請求権までもが排除されるであろう程度の協働帰責性が規定される必要がある。これにより、この点でも、給付に代わる損害賠償請求権と解除権とは等しく扱われる。

理由書の説明を換言すれば、次のようになるだろう。解除に関して債権者の協働帰責性を考慮するためには、債権者から解除権を奪って債権者を契約に拘束し続けるほかない。そうすると、債権者の協働帰責性が認められる場合のうちどの範囲で債権者の解除権を奪うことが正当化されるのかが問題となる。この点について、政府草案は、BGB254条により損害賠償請求権が排除される程度の協働帰責性、つまり、債権者に圧倒的な帰責性がある場合に解除権も排除されるのが正当であるとする。

この政府草案は、そのまま新法の323条6項および326条2項1文となった。

6. 小括

以上の立法経緯から、以下の3点が明らかとなった。

84 BT-Drucks 14/6040, S. 16.

85 BT-Drucks 14/6040, S. 187. なお、政府草案326条2項は、BGB旧324条を若干修正したものにすぎず、理由書中に特段の説明はない。

第1に、フーバーによる鑑定意見、委員会草案および討議草案の段階では、両当事者の責めに帰すべき事由による不履行または義務違反という問題を立法的に解決することが意図されていた。フーバーによれば、債権者に5割を超える有責性がある場合に、債権者の損害賠償請求権が全部排除される一方で、債権者の解除権は影響を受けないという解決が提案された。この解決は、CISGに関する注釈書で示された解決に着想を得たものである。これに対して、委員会草案および討議草案では、債権者の損害賠償請求権は全部排除されずに帰責性割合に応じて縮減される一方で、債権者に優越的な帰責性がある場合には解除権を排除するという準則が明らかにされた。この準則に対しては、ライヒ裁判所の解決法の明文化であるとの評価もみられる⁸⁶。しかし、委員会草案および討議草案が示した「悉無律的な解決」は、学説の展開をまったく考慮に入れておらず、強い批判を受けた。

第2に、委員会草案および討議草案が意図した立法的な解決は、給付障害法委員会の提言を受けて、土壇場で放棄された。その結果、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の解決は、判例および学説の展開に再び委ねられることとなった⁸⁷。

第3に、改正後のドイツ民法典のもとでは、損害賠償請求権だけでなく解除権もまた、債権者に圧倒的な帰責性がある場合に排除されるという点で、同一に取り扱われることとなった。これは、BGB254条の法思想から出てくる帰結であると説明されている。

7. ドイツ民法典の規律内容——債務法改正後

債務法現代化法によって改正された後の後発的不能に関するドイツ民法典の規律内容は、大要次のとおりである。

86 Claus-Wilhelm Canaris, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, in: Festschrift für Egon Lorenz, 2004, S. 156.

87 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 86; Bamberger/Roth/Helmut Grothe, BGB, 2. Aufl., 2007, § 326 Rn. 24.

給付が不能であるときは、改正後のBGB275条1項から3項により、給付請求権は排除される。BGB旧275条1項と異なり、債務者に責めに帰すべき事由があっても、給付が不能であれば、法文上給付請求権は排除される。債務者がBGB275条1項から3項にもとづき給付を要しないときは、債務者は、反対給付請求権を失う（BGB326条1項1文）。しかし、債務者がBGB275条1項から3項により給付を要しない事由について、債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるときは、債務者は反対給付請求権を失わない（BGB326条2項1文）。

債務者の責めに帰すべき事由により、債務者が債務関係にもとづく義務に違反したときは、債権者は、損害の賠償を請求することができる（BGB280条1項）。債務者がBGB275条1項にもとづき給付を要しないときは、債権者は、BGB280条1項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる（BGB283条）。

債務者がBGB275条1項から3項により給付を要しないときは、債権者は、契約を解除することもできる。この際、期間設定は不要である。また、旧法と異なり、解除事由について債務者の責めに帰すべき事由は不要である（BGB326条5項）。しかし、解除事由について債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるときは、債権者は解除することができない（BGB323条6項）。

債権者は、BGB275条1項から3項により給付を要しない原因である事情の結果として生じた代償を獲得するときは（BGB285条1項）、反対給付を義務づけられる（BGB326条3項）。

旧法のもとでは、債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合、債権者は、契約から離脱する意思がある旨の表示をすることによって、反対給付請求権を免れることができた（第1章4を参照）。しかし、新法のもとでは、前述したように、反対給付請求権は、法上当然に脱落する（BGB326条1項1文）。よって、そのような表示は不要である。BGB326条により反対給付義務から解放された債権者は、解除法の規定にしたがって、既履行の反対給付の返還を請求することができる（BGB326条4項）。

最後に、債権者の圧倒的な帰責性について、付言する。債権者の圧倒的な帰

責性がどの程度の帰責性なのかについては、評価の余地が残る。抽象的には、債務者に割合的な帰責事由があるにもかかわらず、債権者の損害賠償請求が BGB254条により全部排除されなければならないであろう場合にはじめてその程度に達すると考えられている⁸⁸。具体的には、8割から9割とする見解⁸⁹、9割でも不十分であるとする見解⁹⁰もみられるところ、9割が目安となるとする見解が比較的多い^{91 92}。

第3節 債務法改正後の議論状況

本節では、債務法の現代化によって問題の解決が委ねられた後の学説の展開を追うことにする。債務法改正後の学説は、構成面に着目すると、契約分割肯定説と否定説とに大きく分かれる。

1. 契約分割肯定説

契約を各当事者の帰責性への関与に応じて2つの契約に分割し、そのうちの一方を債権者だけに帰責事由がある不能に関する準則にもとづいて清算し、他方を債務者だけに帰責事由がある不能に関する準則にもとづいて清算する見解を本稿では契約分割肯定説とよぶ。

①ファウストの見解

この見解は、その代表的な論者であるファウスト (Florian Faust) によれば、

88 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C6.

89 Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O. (Fn. 87), § 323 Rn. 33; Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C6.

90 Sonja Meier, Neues Leistungsstörungsrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallarbeit, Jura 2002, S. 128.

91 Jan Stoppel, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, Jura 2003, S. 225 Fn. 9; Thomas Rauscher, Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, ZGS 2002, S. 335 Fn. 7; Claus-Wilhelm Canaris, Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in: Festschrift für Eduard Picker, 2010, S. 126.

92 ただし、債権者の責任割合が9割だとしても、経済的な損害額が大きい場合には、それをすべて債権者に負担させることはできないことが指摘されている (Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C 6; Canaris, a. a. O. (Fn. 91), S. 126)。

次のとおりである。⁹³

i) 契約の分割

BGB旧324条1項と旧325条1項を選択的に適用しては、その都度法的効果を修正したとしても適切な結論に至ることはできない。BGB旧325条は、債権者の様々な法的救済手段から出発し、BGB旧324条1項は、債務者の履行請求権から出発する。この両極の中道を見出すことができるのは、両当事者の権利が基本的に相互に認められる場合だけである。そのようにしてのみ、債務者だけに帰責事由がある場合から債権者だけに帰責事由がある場合までを段差なくつなぐことができる。容易に想像できるのは、債権者の権利をBGB旧325条1項から、債務者の権利をBGB旧324条1項からというように、相手方だけに帰責事由がある場合の法的地位を規律する規定から各当事者の権利を引き出すことである。BGB旧324条1項と旧325条1項の互いに矛盾する法的効果を調整することができるのは、各規定の要件が存在する場合にのみ各規定が適用されることによってである。すなわち、BGB旧324条1項が適用されるのは、債権者に不能について帰責事由がある場合にかぎられ、BGB旧325条1項が適用されるのは、債務者に不能について帰責事由がある場合にかぎられる。そこで、どの範囲で各当事者に不能について帰責事由があるかが探求されなければならない。その際には、BGB254条1項について展開された原則に依拠することができる。次に、契約全体がこの割合にもとづいて2つに分割されなければならない。その範囲内で、双務性がそれぞれ維持される。債権者の原因割合(Verursachungsquote)に相当する部分は、BGB旧324条1項によって処理され、債務者の原因割合に相当する部分は、BGB旧325条1項によって処理される。

ii) 解除

契約の分割は、解除についても、事態適合的な解決をもたらす。なぜなら、債務者は、BGB旧324条1項により、いずれにせよ、債権者の原因寄与(Ver-

93 Florian Faust, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, S. 135ff. なお、ファウストによって示される解決は、旧法を前提としているものの、新法に転用可能であるという(Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 222f.(Faust)).

ursachungsbeitrag) に相当する部分の反対給付請求権を保持するからである。債権者は、債務者の原因寄与がおよぶかぎり、BGB旧325条1項により債権者にとって不利な契約を解消することができる。つまり、解釈論的には、債務者の原因寄与の範囲での一部解除となる。かような一部解除は、民法典に馴染まない解釈論上の構成ではない。むしろ、BGB旧325条1項2文は、一部不能の場合に、原理的に一部解除が可能であることを前提としているのである。

iii) 反対給付が不可分である場合の法的処理

容易に想像されるように、契約の分割を肯定するこの考え方を前提とすると、反対給付が分割できない場合に、深刻な問題が生じる。この点について、ファウストは、次のような解釈論を提示する。まず、この問題は、3つの方法で解決することができるという。第1に、不可分の反対給付を縮減せざるをえない法的救済手段の選択肢が債権者に与えられないという解決が考えられる。第2に、不可分の反対給付を現実に履行するように債権者に義務付け、余剰を調整するために債務者に対する金銭請求権を債権者に与えることができる。第3に、債権者は、現実の反対給付の代わりに金銭給付を義務づけられうる。この場合、債権者は、債務者に対して、反対給付の負担部分の価値を賠償しなければならない。このうち、第1の方法は、債権者の権利を著しく制限するので、他に解決方法があるかぎり、支持できない。そこで、後二者についてみると、問題は、2つの事例であられうる。第1に、債権者が反対給付を保持する意思があるのに対して、債務者が価値補償 (Wertausgleich) と引き換えに反対給付を獲得する意思がある場合である。第2に、債権者が反対給付を価値補償と引き換えに現実に履行する意思があるのに対して、債務者が価値補償を給付する意思がない場合である。

これらの問題事例は、以下の2つの評価により解決することができるという。

第1の評価は、矛盾行為禁止の評価である。BGB旧325条1項により法的救済手段の選択肢を有する債権者は、選択した法的救済手段が反対給付に与える効果をも引き受けなければならない。つまり、債権者が、反対給付義務からの

解放を含む救済手段（差額説による損害賠償、解除、契約からの無方式の離脱（formloses Abstandnahmen）（BGB旧325条1項3文、旧323条1項・3項））を選択する場合には、不可分の反対給付を履行することができず、かつ、反対給付のうち義務として負担する部分を金銭で補償しなければならない。逆に、債権者が代償の請求を選択する場合には、不可分の反対給付を保持しようとすることは同時にはできない。したがって、注目すべきは、次の利益衝突だけである。1つは、代償引渡しの範囲内で、債権者が不可分の反対給付を履行する意思があるのに対して、債務者が補償を給付するつもりがない場合であり、もう1つは、解除、契約からの無方式の離脱または差額説による損害賠償により債権者が反対給付を免れようとするのに対して、債務者が価値補償と引き換えに反対給付を獲得しようとする場合である。この利益衝突は、第2の評価によって解消することができる。

第2の評価は、BGB旧473条2文後半部分から出てくる。旧473条2文後半部分において、立法者が出発点としたのは、広義の給付障害について「責めに帰すべき事由のある」（„zu vertreten [haben]“）当事者が負担を負うべきだということである。その理由は、おそらく、不能になった給付の債務者が常に債権者よりも給付障害の「より近くに」（„näher dran“）いるからであろう。つまり、債務者の責めに帰すべき事由による不能または両当事者の責めに帰することができない不能の場合には、債権者の利益が貫徹されなければならない。両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例について、このことが意味しているのは、債務者に優越的な原因寄与がある場合、または、両当事者に不能について同程度に責めに帰すべき事由がある場合には、債権者の利益が優先されるべきであるということである。この場合、代償の引渡しを求める債権者は、反対給付を履行し、債務者が価値補償を給付する。また、差額説による損害賠償、解除、契約からの無方式の離脱を債権者が選択する場合には、債権者が債務者を金銭で満足させる。これに対して、債権者の原因寄与が優越である場合には、債務者の利益が保護されなければならない。それゆえに、債務者は、自分

が価値補償を給付したくなければ、代償の引渡しを請求する債権者に対して金銭で自らを満足させるよう請求することができる。逆に、差額説による損害賠償、解除、契約からの無方式の離脱を債権者が選択する場合であっても、債務者が望むならば、旧473条2文後半部分の類推により、債権者は、債務者の価値賠償と引き換えに現実の給付を義務づけられる。

iv) 代償請求

最後に、債権者は、いかなる場合でも、代償全部の引渡しを請求することができる。なぜなら、BGB旧281条1項によれば、債権者にのみ帰責事由がある場合にすら債権者に代償請求権が維持されるからである。

②ファウストの見解に対する批判

新法においても、反対給付が可分である場合を念頭に置きつつ、ファウストのこの見解を基本的に支持する見解⁹⁴があるものの、契約を分割するという構成については、賛同を得られていない。この見解に対する批判としては、主として、以下の2点をあげることができる。

第1に、反対給付が可分である場合に、債務法現代化法のもとで解除の要件が帰責事由と連結していないにもかかわらず、給付の不能について債務者に責めに帰すべき事由があるかぎりでのみ解除が許されるということが、評価矛盾をきたすおそれが指摘されるかもしれない。しかし、このような批判を想定したうえで、契約分割説を支持する論者は、次のように反論する。すなわち、この解決は、解除権が原則として債務者の有責性 (Verschulden) にかかわりなく債権者に認められることと矛盾しない。なぜなら、BGB323条6項においても、債権者の帰責性 (Verantwortlichkeit) は、解除を正当化する事情について考慮⁹⁵されるからである。

94 Stoppel, a. a. O. (Fn. 91), S. 227ff.; Helmut Rüßmann, Die vom Gäubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, in: Liber Amicorum Eike Schmidt, 2005, S. 292ff. が契約分割肯定説を支持する。シュトッペル (Jan Stoppel) がこの考え方を支持するのは、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の場合に、BGB326条1項を修正して、債務者の反対給付請求権を維持するためである。

95 Stoppel, a. a. O. (Fn. 91), S. 228.

第2に、契約分割肯定説は、反対給付が不可分である場合に、債権者が反対給付を保持することができるかどうか、あるいは、債務者が反対給付の受領を拒絶することができるかどうかについて、BGB旧473条2文後半部分を類推して解決を試みる。しかし、新法にはこの規定を補完する規定がもはやなく、この論拠を認めることができない。たしかに、代金減額の場合には、BGB242条にもとづいて、いずれにせよ同じ趣旨で判断されうるかもしれない。しかし、このことは、両当事者の責めに帰すべき事由による不能に転用できない。なぜなら、代金減額の場合、瑕疵は売主の領域にのみ由来し、したがって、売主のみ帰責できるからである。ファウストは、BGB旧323条が旧473条2項後半部分の参照を指示していることを利用して、この反論を取り除くことを意図していた。しかし、この参照指示は、実定法上の偶然事であり、その結果、それが脱落することによって、その論証状況は、今日この点で決定的に変化している⁹⁶のである。

2. 契約分割否定説

債務法改正後の学説において支配的なのは、契約分割を否定する見解である。この見解は、反対給付請求権が存続するのか脱落するのかをめぐって、大きく2つに分かれる(①・②)。さらに、反対給付請求権が脱落する場合としない場合とを区別する見解も主張されており、最後に、この見解を一瞥する(③)。

①反対給付請求権脱落説(保護義務違反構成)

債務法現代化法では、旧法下におけるのとは異なり、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能によって債務者の給付義務が排除されれば、BGB326条1項により反対給付請求権が脱落すると理解することができる。それは、こういうことである。債務者がBGB275条1項から3項により給付を要しない事由について、債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるときは、債務者は反対給付請求権を失わない(BGB326条2項1文)。それ以外の場合、つまり、「債

96 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 177 Fn. 87.

権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるとき」以外には、BGB326条1項1文が適用されると解されうる。同条1項1文によれば、債務者がBGB275条1項から3項にもとづき給付を要しないときは、債務者は反対給付請求権を失う。

BGB326条1項・2項をこのように理解して、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例で、債務者の反対給付請求権の脱落を前提とする見解を、本稿では、反対給付請求権脱落説とよぶ。債務法改正後に多数説を形成しているのが、この見解である。この見解によれば、両当事者の責めに帰すべき事由による不能は、債権者による保護義務違反であるという。そこで、この見解を本稿では保護義務違反構成とよぶことにする。この説の代表的な論者であるカナリス (Claus-Wilhelm Canaris) によれば、次のとおりである。⁹⁷

i) 保護義務違反構成——カナリスの見解

a) 主観的等価性の尊重

発生した損害を契約当事者間でどうやって分けるのかが、ここでの中心的な問題である。直感的には、当事者間で、その帰責性割合に応じて損害を負担すればよい。このような解決の説得力は、自己責任原理と実定法上の拠り所——少なくともBGB254条の法思想——にもとづいている。しかし、債権者に有利な取引や債務者に有利な取引を考えると、帰責性割合に応じて負担すべき損害がどこにあるのかが問題となる。つまり、契約から場合によっては生じる利益が、損害賠償法による清算の際に除去されるべきなのか、維持されるべきなのか、それとも、縮減されるべきなのか問題となる。この問題の答えは、自己責任原理から得ることはできないし、それゆえに、損害の分割負担の思想(Gedanke

97 反対給付請求権の脱落を承認したうえで、債務者の債権者に対する保護義務違反の損害賠償請求権を肯定する見解として、Meier, a. a. O. (Fn. 90), S. 128; Rauscher, a. a. O. (Fn. 91), S. 335ff.; Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, S. 222f.; Anwalt-kommentar/Barbara Dauner-Lieb, BGB, 2005, § 326 Rn. 19; Dieter Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2005, Rn. 503g; Stephan Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung-Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Egon Lorenz(Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 80f.; HandKomm/Reiner Schulze; BGB, 6. Aufl., 2009, Vor. § § 323-326 Rn. 3; Jauernig/As-trid Stadler, BGB, 13. Aufl., 2009, § 326 Rn. 22; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2010, Rn. 730f.; Palandt/Christian Grüneberg, BGB, 70. Aufl., 2011, § 326 Rn. 15.

der anteiligen Schadenstragung) をただちに拠り所とすることもできない。むしろ、契約から生じる利益の法的運命を決する評価基準となるのが、等価性原理 (Äquivalenzprinzip) である。そうすると、両当事者に帰責性のある不能の発生によって、法秩序が両当事者によって設定された給付と反対給付との間の価値関係 (Wertrelation) に介入することが正当化できるかが問題となる。主観的等価性は私的自治による判断の表明と異ならないのであるから、そのような介入は、私的自治の原理に対する違反となるだろう。そこには、給付と反対給付との間の価値関係の変更に対する重要度の高い論拠がある。⁹⁸

b) 損害賠償

債権者の主たる給付請求権は、BGB275条により排除される。その代わりに、BGB280条3項、283条にもとづき、債権者は、給付に代わる損害賠償請求権を有する。これは、BGB254条により、協働帰責性割合の分だけ縮減されなければならない。これに対して、債務者は、BGB326条1項により反対給付請求権を失う。その代わりに、債務者は、BGB241条2項の保護義務——相手方の給付能力を侵害しないようにする義務——の違反を理由に、BGB280条1項にもとづき債権者に対して損害賠償請求権を有する。損害は、BGB326条1項により反対給付請求権が失われた点に求められる。⁹⁹ なお、債権者がBGB326条5項にもとづき契約を解除したとしても、法律状態に変更はない。¹⁰⁰

c) 債権者に有利な契約

債権者に利益をもたらす契約の場合には、以下の2つの要請が満たされなければならない。第1に、割合的な協働帰責性の原理 (Prinzip der anteiligen

98 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 148ff.

99 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 157ff. なお、債務者の損害賠償請求権の基礎をBGB280条1項・3項、283条 (またはその類推適用) に求める見解もある。その理由は、BGB326条1項にもとづく債権者の解放が、同時に、——間接的にはあるが——BGB275条に依拠しているからであり (Rauscher, a. a. O. (Fn. 91), S. 336)、あるいは、BGB280条3項の意味における給付に代わる損害賠償の問題かどうかの線引きにとって決定的なのは、履行利益が請求されているかどうかだけだからである (Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O. (Fn. 87), § 326 Rn. 26)。しかし、カナリスは、このような見解に反対する。なぜなら、ここでは、給付に代わる損害賠償が問題となっているわけではないからである (Canaris, a. a. O. S. 160f.)。

100 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 161f.

Mitverantwortung) により、各当事者は、生じた損害を帰責性寄与 (Verantwortungsbeitrag) の基準により負担しなければならない。第2に、債権者だけが有責であった場合よりも不利な立場に債権者がおかれてはならない。つまり、契約利益 (Vertragsgewinn) が債権者にとって有利でなければならない。たとえば、売買契約において、物の価値が12、代金が10であるとし、協働有責性の大きさが同じであるとするなら、買主 (債権者) は、売主 (債務者) に対して、4の損害賠償を支払わなければならない。これにより、買主は、売主に4を支払い、契約利益2を失う結果、6の損害を負担する。売主は、10の代わりに4を受け取る結果、6の損害を負担する。つまり、第1の要請が満たされる。そして、買主に有利な契約利益2のうち協働有責性の割合に応じた1が買主に有利となる。なぜなら、買主は、売買代金の半額である5ではなく、4だけを売主に支払えば済むからである。つまり、第2の要請も満たされる。¹⁰¹

d) 債務者に有利な契約

債務者に利益をもたらす契約の場合には、損害の計算方法によって、異なる結論が生じる (注102を参照)。この結論を代償説や差額説といった差引計算の方法に左右させることは許されない。この点で重要な役割を果たすのが、対称論拠 (Symmetrieargument) である。すなわち、債権者の契約利益が損害の割合的な分割の中へ組み込まれるのだから、債務者の契約利益についても、同じことが妥当しなくてはならない。よって、債務者の契約利益は、債務者に割合的にのみ与えられなければならない。この対称論拠は、前述した2つの原理——割合的な協働帰責性の思想と等価性維持 (Äquivalenzwahrung) の思想——

101 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 162ff.

差額説によれば、次のようになる。買主の損害額は、 $(12 - 10) \times 1/2 = 1$ である。売主の損害額は、 $10 \times 1/2 = 5$ である。差引計算により、売主は、買主に対して、4を支払わなければならない。

代償説によれば、次のようになる。買主の損害額は、 $12 \times 1/2 = 6$ である。売主の損害額は、10である。ここで、売主の損害額を割合的に縮減することは許されない。なぜなら、反対給付の価値 (10) が給付の価値 (12) から控除されなかったので、給付の価値を計算する際に、割合的に債権者の有利に働いたからである。その結果、反対給付請求権を縮減することによって、債権者を二重に利得することは許されないのである。そして、この場合にも、差引計算により、売主は、買主に対して、4を支払わなければならない。

一にも相応する。たとえば、売買契約において、物の価値が10、代金が12であるとし、協働有責性の大きさが同じであるとすれば、買主（債権者）は、売主（債務者）に対して、6の損害賠償を支払わなければならない。これにより、買主は、目的物を取得できないにもかかわらず6を支払わなければならないので、6の損害を負担する。売主は、12の代わりに6だけを受け取る結果、6の損害を負担する。両当事者は、全損害12のうち半分ずつを負担しており、割合的な協働帰責性の原理が満たされる。また、各自が負担する6の内訳は、不能になった給付の価値5と債務者の契約利益1であるから、売主には、契約利益2のうち半分の1だけが残る。よって、等価性維持の原理も満たされる。¹⁰²

e) 反対給付が非金銭債務である場合の法的処理

最後に、反対給付が金銭ではない場合には、2つの問題が生じる。

第1に、債権者は、自己の反対給付を履行しなければならないのかどうかである。この点、債務者は、反対給付請求権を失う（BGB326条1項1文）。すでに債務者が反対給付を保持しているときは、それを返還しなければならない（BGB346条1項と結びついた326条4項）。債権者が、BGB326条5項により解除した場合も同様である。この帰結は、利益状況と主観的等価性原理に相応するので、法発展による修正を試みる契機はまったく存在しない。すなわち、債

102 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 169ff.

差額説によれば、次のようになる。売主の損害は、 $12 \times 1/2 = 6$ である。買主の損害は、 $(10 - 12) \times 1/2 = -1$ である。このマイナス分をどうするかがここでの問題である。このマイナス分を考慮して、売主の買主に対する補償請求権を認めると、売主は6の損害賠償請求権のほか、1の補償請求権をもち、買主は売主に対してなんらの請求権をもたない。その結果、買主は、売主に対して、7を支払わなければならない。つまり、買主が全損害のうち7を負担し、売主が全損害うち5を負担することになる。こうすると、売主の契約利益2はすべて売主が保持することになり、対称論拠と矛盾し、分割協働責任の原理とも等価性維持の原理とも相容れない。よって、前述のマイナス分は考慮すべきでなく、売主の買主に対する補償請求権を認めるべきでない。

次に、代償説によれば、以下のとおりである。売主の損害は12、買主の損害は、 $10 \times 1/2 = 5$ である。差引計算により、買主は、売主に対して、7を支払わなければならない。この結果は、差額説のところで検討したように正しくない。このような正しくない結論が生じるのは、債務者に有利な取引の場合だけである。そこで、この場合には、代償説による計算を修正する必要がある。つまり、売主の損害を計算する際に、反対給付の価値と契約利益とを分け、契約利益のみを縮減する。その結果、売主の損害は、 $10 + (12 - 10) \times 1/2 = 11$ 。買主の損害5との差引計算により、買主は、売主に対して、6を支払わなければならない。

権者が反対給付の引渡しを約束したのは、それと引き換えに、金銭ではない完全に確定した給付 (eine ganz bestimmte Leistung) を獲得するためのみである。それゆえに、金銭の支払いでは、原則としてその代償となりえない。たとえば、絵画を別の絵画と交換する者、あるいは、種馬を競走馬と交換する者は、反対給付の代わりに金銭を取得しても、契約上の特定の交換利益の点で通常満足しない。なぜなら、そのような取引が締結される際に典型的に中心的役割を果たすのは、両給付の間の経済的な価値関係に関する両当事者の考慮を除けば、精神的な観点——絵が気に入ったとか特定の競走馬への期待など——だからである。このような利益もまた、原則として、主観的等価性原理 (das subjektive Äquivalenzprinzip) によって保護される。なぜなら、主観的等価性原理は、給付間の経済的価値関係に制限されるものではなく、むしろ、両当事者が契約中に目的を設定したかぎり、両当事者の目的設定 (Zwecksetzungen) をも包含するからである。というのは、給付が他の給付のために約束されたということがとりもなおさず意味するのは、約束者が反対給付を約束された形で、つまり、現実に手に入れることを意図しているということだからである。以上のことから、債権者には、自己の反対給付を保持することと、履行済みの場合にその返還を請求することが許される。法発展による仕上げが必要なのは、BGB280条1項にもとづく債務者の損害賠償請求権の枠内で、原状回復が排除されなければならない点である。なぜなら、原状回復を認めれば、BGB249条1項を通じて、間接的に反対給付請求権を復活させ、それにより、BGB326条1項1文および4項¹⁰³の解決を不合理な形で妨げるだろうからである。

第2に、債権者が反対給付を提供した場合に、債務者は、反対給付を受領して、かつ、金銭で補償しなければならないのかどうか問題となる。債務者がそうしなければならないとすれば、債務者は、反対給付の代わりに金銭ではなくてもう一方の給付を引き渡すつもりであったにもかかわらず、反対給付の代わりに金銭を支払うことを余儀なくされる。これを肯定することは、利益状況に合

103 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 154, S. 175f.

致しない。なぜなら、反対給付の目的物の保持者である債権者のほうが、典型的にみて、利用の可能性を相手方よりもよりよく知っており、相手方より容易に収益することができるからである。もちろん、この場合、債権者は、買主が見つからない危険、あるいは、不能になった給付の価値を著しく下回る収益しか手に入れられない危険を負うことになる。しかし、相手方は、この危険を債権者から契約で引き受けていない。なぜなら、相手方は、目的物と引き換えに金銭ではなく他の目的物を引き渡すことを意図していたからである。そして、それゆえに、そのかぎりにおいて、相手方の利益は、主観的等価性原理によってカバーされる。たしかに、以上のような好ましくない状況を妥協において調整し、割合的帰責性 (anteilige Verantwortung) の思想によって解決を探ることは容易に考えつく。しかし、このことは、実定法上受け入れることができない。その理由は、次のとおりである。まず、債務者の側には、債権者に反対給付を実現させる手段がない。両当事者の救済手段の非対称性について、十分に理由のある目的的な論拠が明白でない。次に、債権者が代償説にもとづく給付に代わる損害賠償の請求を選択すると、債務者に過剰な負担が生じ、それゆえに、割合的協働帰責性の原理に反する。つまり、債務者は、自分が有責な損害部分だけでなく、不能になった給付全部を金銭で清算しなければならないだろう。もしもこうなれば、結果として、交換が売買に変わってしまい、おまけに、債務者は、反対給付を利用する際に生じる損失の危険を全額負担することになってしまう。債権者の協働帰責性が著しく大きいときは、このことは、とくに問題である。さらに、たしかに、債務者だけが不能を惹起した場合に、債権者が BGB249条・251条にもとづいて全額金銭賠償を請求することができ、その際、債権者は、債務者に反対給付を損害賠償法上の利得禁止にもとづいて提供しなければならないということによって、代償説の適用が正当化されるかもしれない。しかし、ここでは、このことはあてはまらない。なぜなら、ここでは、債権者の単に割合的な賠償請求権に完全な反対給付が対置されており、そのことによ

て、それに応じて高められた差額が債務者の¹⁰⁴有利に生じるからである。したがって、反対給付が金銭でない場合、債権者は、代償説によって反対給付を清算することができず、むしろ、それをその他の方法で利用した場合に被る損失を割合的に債務者に賠償請求することができるのみである。¹⁰⁵

ii) 反対給付請求権脱落説(保護義務違反構成)に対する批判

反対給付請求権の代わりに債務者の債権者に対する損害賠償請求権を認めることに對して、次の批判が投げかけられている。

a) ゲゼルの批判

保護義務違反構成を詳細に批判するゲゼル(Beate Gsell)は、次のように言う。

たしかに、対抗的な損害賠償請求権を認めようとする試みに対してかねてより提起されてきた批判は、新法の適用下ではもはや維持されえない。なぜなら、保護義務違反の場合における損害賠償責任がいまでは民法典の条文中に入っているからである(BGB280条1項、241条2項)。債権者に協働帰責性がある事例の大多数が、BGB241条2項の意味における義務違反を伴うであろうことも認めなければならない。債務者の保護に値する財産的利益には、反対給付の実現によって手に入れる利益も含まれる。したがって、債務者の対抗的な損害賠償請求権の可能性を承認することは正しい。

しかしながら、BGB280条1項、241条2項の要件は、BGB326条2項1文の意味で債権者に協働帰責性が考えられるあらゆる事例で充足されるわけではない。このことは、BGB326条2項1文が義務違反にもとづく責任を規定しているのではなく、危険負担に関する規律であることに関係している。債権者は、義務違反から生じる損害について、BGB276条から278条の基準にしたがってのみ責任を負わなければならないのに対して、BGB326条2項による反対給付の存続は、BGB276条から278条とは関係のないオプリーゲンハイト違反の結果として生じる。受領遅滞の規律およびBGB326条2項1文第1選択肢と第2選択肢

104 原文では債権者となっているが、債務者の誤りだと考えられる。

105 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 155, S. 176ff.

との体系的同列性から出てくるのは、BGB326条2項1文第1選択肢にもとづく帰責性 (Verantwortung) を基礎づけるのに、協力オプリーゲンハイトに違反する (Verstoß gegen die Mitwirkungsobliegenheit) だけで十分であって、債権者の注意違反 (Sorgfaltsverstoß) は必要ないということである。したがって、ただちに考えられるのは、たしかに、BGB326条2項1文第1選択肢または第2選択肢の意味における帰責性 (Verantwortlichkeit) は肯定されるけれども、債権者の有責性 (Verschulden) は肯定されえない場合があるということである。契約相手方の利益と財産への必要な配慮に関していえば、各当事者は債務者であり、それゆえに、滅失した給付の債権者には、BGB276条1項1文前半部分により、有責性原則 (Verschuldensgrundsatz) が適用される。BGB276条1項1文後半部分からも、通常何ら異なることは出てこない。両契約当事者が例外的に特別な合意をしていなかったかぎりでは、BGB326条2項だけが、BGB276条1項1文前半部分にもとづく有責性原則とは異なる責任基準のための手がかりを提供することができるだろう。しかし、BGB326条2項は、対価危険の規律に尽くされているのであって、それを超える債権者の保証義務 (Einstandspflicht) を規律しているわけではない。要するに、債務者の対抗的な損害賠償請求権を承認しても、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例を満足のいく形で解決するには十分でないことに留意しなければならない。なぜなら、損害賠償責任の要件の充足が完全には確保されていないからである。¹⁰⁶

ゲゼルの批判は、BGB326条2項の意味における債権者の「帰責性 (Verantwortung)」が、BGB280条1項2文の意味における「責めに帰すべき事由 (zu vertreten haben)」よりも広いということを前提としているところ、他の論者の同様の批判もこのことを前提としている。¹⁰⁷

b) 保護義務違反構成の前提

¹⁰⁶ Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 90ff.

¹⁰⁷ Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O. (Fn. 87), § 326 Rn. 27; Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 502; Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 Rn. C89; Dagmer Kaiser, in: Staudinger/Eckfeiler, 2011, I. Rn. 77; Erman/Harm Peter Westermann, BGB, 13. Aufl., 2011, § 326 Rn. 13.

この点について、保護義務違反構成を支持するラウシャー (Thomas Rauscher) は、次のように述べる。BGB326条2項に関して、BGB旧324条で主張された「帰責性 (Verantwortlichkeit)」の理解に従うのならば、「帰責性」には、BGB旧276条以下の意味における有責性のほかに、とりわけ、生じた給付障害に関する危険の引受けの事例が含まれる。そして、この事例は、BGB276条1項1文の「保証または調達危険の引受け」のもとに包摂されうる。¹⁰⁸ また、カナリスは、債権者が違反について責めに帰すべき事由がある (zu vertreten haben) ことは、両当事者の責めに帰すべき事由による不能 (die beiderseits vertretende Unmöglichkeit) の場合には、前提から出てくると述べたうえで、次のように指摘する。BGB276条以下は、不能について債権者に帰責性 (Verantwortlichkeit) があるという枠内において、類推適用されるべきであろう。債権者の帰責性 (Gläubigerverantwortlichkeit) という独立の概念が必要とされるかぎりにおいて、その概念の基礎にあるのは、契約上の危険配分の優先を確保しようとする努力である。この努力によって目指されている目的は、いまでは、BGB276条1項1文後半部分によって、さらに、276条以下のなかでも考慮されている。その結果、債権者の帰責性 (Gläubigerverantwortlichkeit) という独立の概念を用いる理由はなくなった。債権者の義務は訴求できないからといって、それが単にオプリーゲンハイトとして性質決定されなければならないわけではなく、むしろ、まさに保護義務 (BGB241条2項) の性質を有するに至る。¹⁰⁹

c) 対立点のまとめ

要するに、この論争の背後には、BGB326条2項1文第1選択肢における債権者の帰責性 (Verantwortlichkeit) が債務者の責めに帰すべき事由 (zu vertreten haben) と同じ基準で判断されるのか、それとも、債務者の場合とは異なる基準で判断されるのかというBGB326条2項1文の解釈をめぐる対立があると理解することができる。

②反対給付請求権存続説

108 Rauscher, a. a. O. (Fn. 91), S. 337.

109 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 160. BGB326条2項1文第1選択肢における帰責性の意味については、Canaris, a. a. O. (Fn. 91), S. 113ff. も参照。

多数説を形成している反対給付請求権脱落説に対して、旧法下において BGB旧324条を適用または類推適用する場合と同様に、新法下においても債務者の反対給付請求権が存続するとする見解が主張されている。本稿では、この見解を反対給付請求権存続説とよぶことにする。この反対給付請求権存続説は、債権者の選択のいかんにかかわらず反対給付請求権の縮減を肯定する見解（これを縮減肯定説とよぶ。）、縮減を否定する見解（これを縮減否定説とよぶ。）、債権者の選択によって縮減の有無が変わるとする見解（これを選択的縮減説とよぶ。）の3つに分かれる。

i) 縮減肯定説

債務法改正後に縮減肯定説を唱える代表的な論者であるゲゼル（Beate Gsell）は、次のように述べる。¹¹⁰

a) BGB326条2項の類推適用による反対給付請求権の存続

両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例は、債務者の損害賠償責任（BGB254条と結びついたBGB280条1項3項、283条または311a条2項）を反対給付の維持（BGB326条2項1文の類推適用）と結びつけることによって解決されるべきである。同じくBGB254条の類推適用を通じて、BGB326条2項1文は、債権者に障害について帰責性がある（verantwortlich）範囲でのみ類推適用される。たしかに、BGB326条2項1文は、明確に、両当事者に帰責事由（Vertretenmüssen）がある問題の一局面だけを規律している。しかし、だからといって、BGB326条1項1文の基本原則にもとづき反対給付が（完全に）脱落することを維持しなければならないという帰結を導くことはできない。むしろ、対抗的な損害賠償責任が例外なく認められるわけではないという背景のもとでは、BGB326条2項には欠缺があるように思われる。BGB326条2項が基礎にしている評価——それによれば、債権者の帰責性（Gläubigerverantwortlichkeit）が、BGB326条1項1文の原則から離れることを要請する——は、債権者の帰責性寄与（Verantwortungsbeiträge）が圧倒的な帰責性という基準に満たない事例に関しても正しくかつ妥当である。それゆえに、BGB326条2項の基礎に

110 ほかに縮減肯定説を支持するものとして、Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 253; Kaiser, a. a. O. (Fn. 107), I. Rn. 76がある。

ある評価は、類推の方法でこの事例に拡張されなければならない。なぜなら、ここでも、反対給付義務の完全な（代償なき）脱落を維持しえないからである。債権者が給付の実現を有責に挫折させる範囲で、債権者を自らの契約上の約束への拘束から解き放つことの正当性はまったく欠けており、したがって、合意遵守原則 (*pacta sunt servanda*) が維持されなければならない。民法典に完結的な規律が欠如していることを考慮すれば、このことは、反制定法的な法の発展的形成にはあたらない¹¹¹。

b) 代償説と差額説による結論の違いとその修正の要否

たとえば、いま、債権者の獲得する給付の価値が1600、債務者の獲得する反対給付の価値が2000とし、債権者の帰責性が1/4、債務者のそれが3/4であるとすると、次のようになる。まず、債権者が（全部の）反対給付を履行すると表示した場合、つまり、代償説を選択するならば、債権者の損害は、 $1600 \times 3/4 = 1200$ となり、反対給付（2000）は全部存続する。これに対して、債権者が差額説を選択するならば、債権者の損害は0である。債務者の反対給付は、 $2000 \times 1/4 = 500$ に縮減される。

このように、差額説で計算した結果は、代償説で計算した結果と異なる。つまり、代償説では、差引計算により、債権者は、債務者に対して、800を支払わなければならないのに対して、差額説では、債権者は、債務者に対して、500を支払えば済む。たしかに、債権者は、もともと400だけ不利であったのだから、代償説によると、新たに400の損失（Verlust）を負担し、債務者は1200の損失を負担する。この結果は、各当事者の帰責性寄与割合に合致するように見える。これに対して、差額説の結果は、一見すると、これにまったく合致しないように見える。しかし、だからといって、代償説の結論と一致させるために、差額説で計算した場合に、債務者の債権者に対する補償請求権を認める必要はない。なぜなら、差額説と代償説とで結論が変わることは、当然のことだからである。すなわち、代償説による損害計算の場合には契約が維持されるのに対して、差額説は、両方の給付交換を解消する（stornieren）のであり、

111 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 94.

実質的に契約の解消 (Auflösung) を意味している。それゆえに、差額説が、契約が実現されていれば被ったであろう債権者の損失を免れさせるのに対して、代償説は、債権者にとって不利な場合にも債権者をその給付約束に拘束することによって、契約上の損失割当てに影響を与えない。

しかし、債権者が約束された給付を獲得しないにもかかわらず、給付と反対給付との間の債権者にとって不利な価値関係に債権者を拘束することがどこまで正当化されるのかという問題は残る。この問題に対する答えは、一方で、債務者だけの責めに帰すべき事由による不能、または、両当事者の責めに帰することができない事由による不能、他方で、債権者だけに帰責されるべき (zu verantwortend) 不能の規律から導くことができる。前者では、債務者は、BGB326条1項1文または326条5項、323条、346条により、ただちに、反対給付請求権を失うだろう。この場合、債務者は、債権者が契約の解消 (Stornierung) により免れた不利益 (上の例でいえば、債務者にとって不利益となる400) の補償を求められないだろう。逆に、後者では、BGB326条2項1文により反対給付義務は完全に存続する。この場合には、契約上の給付義務が両方履行された場合と同様に、債権者が給付と反対給付の不利な価値関係から出てくる不利益を被らなければならないだろう。このことから、両当事者に帰責性がある場合には、次のように推論することができる。すなわち、給付の不能について債務者に責めに帰すべき事由があるかぎり、債務者は、反対給付の剰余に向けられた請求権を失い、債権者は、契約の実現と結びついた相応の損失を免れる。逆に、債権者は、自らの帰責性割合の範囲で、この不利益を自ら負担しなければならない。この結論とぴったりと相応するのが、差額説による損害計算の際に得られた解決である。つまり、債務者によって負担されるべき1500の不利益は、以下のように分けられる。給付の価値損失の4分の3 (1200) と反対給付の剰余の4分の3 (300)。逆に、債権者がまだ履行しなければならない割合的な反対給付の価値に隠れているのは、給付の価値損失の4分の1 (400) と反対給付の剰余の4分の1 (100) である。そうすると、代償説による損害計算を修正する必要がないのかが問題となりうる。これは、必要がないと解すべきである。

なぜなら、代償説と差額説の選択の自由によって、債権者が不当な目にあうことはないからである。むしろ、債権者が契約の履行に拘束されないことと同時に、契約で確定された等価性 (Äquivalenz) を (割合的に) 放棄できることが、首尾一貫しているように思われる。債権者は、自分にとって、現実の反対給付から免れる利益が、給付と反対給付の差額価値の負担と釣り合うかどうかを衡量するだろう。しかも、反対給付は通常いずれにせよ金銭であり、それゆえに、債権者は、債務者の帰責性割合の範囲で BGB326 条 1 項 1 文により生じる割合的な反対給付義務の脱落を回避することができない¹¹²。

c) 反対給付が不可分である場合の法的処理

反対給付が不可分である場合には、2つの問題が区別されなければならない。

第1に、不可分な反対給付をなお履行すると主張することが債権者に許されるのかどうかである。この点について、債権者は、給付からの解放をもたらした事情について両当事者に帰責性がある場合、つねに債務者に完全な反対給付を押し付けることができる。反対給付が可分な場合と異なるところはない。この場合、債権者の割合的な損害賠償請求権は、代償説によって計算される。このことは、債権者の帰責性割合が優越的である場合にさえあてはまる。なぜなら、その場合にも、反対給付の全部の存続がつねに債務者の帰責性割合の範囲内でしか損害を増加させる影響を有していないことに変わりはないからである。

第2に、不可分な反対給付を履行せずに、その代わりに、BGB326 条 2 項 1 文 (の類推) により存続する割合的な反対給付を金銭で債務者に補償する権利を債権者が有するかどうかの問題となる。このことは、原則として肯定されなければならない。給付の代償としてのみ反対給付を約束した債権者は、自己の帰責性割合を超えて、給付が実現されないにもかかわらず契約の完遂に強制的に引き留められてはならないのが原則である。BGB326 条 1 項・5 項、323 条が、このことをまさに示している。場合によっては、BGB242 条により、これとは多少異なることが認められるだろう。それは、債務者の帰責性割合が債権者のそれよりもきわめて明白に小さい場合である。たとえば、債権者に不能について 85% の帰責性がある場合に、債権者が債務者に金銭補償を受け入れるように

112 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 98ff.

請求することは、おそらく権利の濫用にあたるだろう。¹¹³

d) 解除

さらに、解除について、彼女は次のように述べる。債務法現代化法のもとでは、反対給付の法上当然の脱落と同様に、反対給付の解除による消滅は、損害賠償の請求を妨げない。さらに、BGB326条1項は、反対給付の自動的な脱落（給付のない場合（1文））を解除にもとづいてのみ生じる解放（不完全給付の場合（2文））に對置する。これらのことから、次のことが明らかとなる。法上当然の解放、あるいは、形成権にもとづく脱落という反対給付を消滅させる法律技術は、そもそもまたいかなる範囲で消滅が正当化されるのかという実質的な問題の基準となりえない。このことから、両当事者の責めに帰すべき事由による不能については、以下のことが出てくる。すなわち、反対給付の消滅する範囲は、反対給付が脱落する構造とは独立していなければならない。換言すれば、BGB326条1項1文と異なり、債権者の協働帰責性にもとづき反対給付からの完全な解放が生じず、むしろ、BGB326条2項2文、254条の類推適用により、債権者の帰責性割合にしたがって反対給付が割合的に存続するならば、このことは、債権者が解除する場合にも妥当しなければならない。ただし、反対給付が不可分である事例で、債務者にわずかな協働帰責性しかない場合には、例外的に、BGB242条により、債権者は、債務者が反対給付の現実の履行を受けることを妨げることができない。¹¹⁴

e) 代償請求

最後に、債権者は、帰責性割合の大きさにかかわらず、BGB285条の要件のもとで、給付の代わりとなる代償の引渡しを請求することができる。なぜなら、BGB285条により、債権者だけが不能について責任を負うべき（zu verantworten haben）場合でさえも、債権者にはこの権利が帰属するからである。¹¹⁵

f) 批判

縮減肯定説に対する批判は、債務法改正前に加えられたものと同じであるか

113 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 105ff.

114 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 108.

115 Soergel/Gsell, a. a. O. (Fn. 33), § 326 Rn. 104.

ら、ここでは、繰り返さない。

ii) 縮減否定説

a) オットーの見解

この見解の主唱者であるオットー (Hansjörg Otto) は、次のように主張する。¹¹⁶

(1) BGB326条2項の準用による反対給付請求権の存続

まず、BGB326条2項1文からは、BGB326条1項1文の必然的な適用が帰結されるという推論を引き出すことはできない。たしかに、BGB326条1項1文は、契約当事者の帰責性とは無関係に反対給付義務からの解放を規律しており、そのかぎりでは、厳密にいえば、構成要件的にも適用可能だろう。しかし、反対給付義務の脱落という硬直した法的効果と、BGB326条2項1文を同時に適用することができないことにかんがみれば、債権者の割合的な有責性がどのように考慮されるべきなのかという問題が依然として残される。さらに、BGB326条1項1文を厳格に適用すれば、代償説による損害賠償処理の基礎が失われてしまうだろう。それゆえに、BGB326条1項1文は、給付義務が両当事者の責めに帰すべき事由により排除される問題の包括的な解決を提供しているわけではない。解決の道は、依然として開かれている。少なくとも拒絶されるべきでないのは、BGB326条2項が両当事者の協働帰責性を考慮する際の鍵となりうるだろうという点である。¹¹⁷

決定的に重要なのは、債務者だけに責めに帰すべき事由がある不能の場合でさえも、反対給付が實際上 (代償説) または計算上 (差額説) 完全に考慮されることである。BGB326条1項1文と異なり反対給付をその完全な価値で考慮することは、評価的考慮の際にも正当化される。なぜなら、債務者は、すでに給付危険を負担しているからである。それゆえに、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の場合、債権者の損害賠償債権と無関係に反対給付請求権が

116 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C74ff. 細部では異なるが、縮減否定説を基本的に支持する見解として、Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 351; Urs Peter Gruber, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002—Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2002, S. 1068ff.; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 428ff.

117 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C74.

縮減されることは、排除されなければならない。したがって、もっとも説得力があるのは、トイプナーの解決である。すなわち、この解決は、原則として、BGB326条2項の準用による債権者の完全な反対給付義務を出発点とする。そして、この請求権は、BGB280条1項・3項、283条により根拠づけられた損害賠償請求権——これはBGB254条によって算定される——の分だけ、縮減される。その際、損害賠償請求権は、代償説によって確定される。なぜなら、債務者の反対給付請求権は、当然に存続するからである。

(2) 一方当事者のみが救済手段を主張した場合における裁判所の釈明義務

BGB326条2項および280条1項・3項、283条の重畳適用は、狭い意味で行われなければならない。その結果、これらの規定は、訴えの申立てとは無関係に一般に考慮されなければならない。このことは、以下のことを意味する。すなわち、裁判官は、この見解を基礎に置く場合、——少なくとも直接損害に関しては——債権者の有責性割合に応じて縮減された債権者の損害賠償請求権(BGB280条1項・3項、283条)を縮減されていない反対給付請求権から計算項目として控除しなければならないだろう。債務者が反対給付を請求し、被告である債権者が単に訴えの棄却を求めている場合でさえそうである。債権者たる被告が直接損害について何も主張していない場合、ドイツ民事訴訟法139条

118 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C83.

119 ドイツ民事訴訟法(ZPO)139条(実質的な訴訟指揮)

1項 裁判所は、必要なかぎりにおいて、両当事者とともに事実に関する側面および法的側面から事実関係および紛争関係を審理し質問をしなければならない。裁判所は、両当事者が適時にかつ完全にすべての重要な事実について説明し、とくに、主張されている事実に関する不十分な陳述を補充し、証拠方法を示し、かつ、適切な申立てをするように努力しなければならない。

2項 一方当事者が見落としたことが認識可能である観点または重要でないと考えた観点が、附帯請求にのみ関係するのではないかぎりにおいて、裁判所は、そのことを指摘しかつそのことについて発言する機会を与えたときのみ、その観点にもとづいて判断することが許される。裁判所が両当事者とは異なる仕方で行う判断の観点についても同様とする。

3項 裁判所は、職権にもとづき考慮すべき観点に関して存する疑念を指摘しなければならない。

4項 本条にもとづく指摘は、可能なかぎり早期に行われなければならない。かつ、文書でされなければならない。

5項 一方当事者が裁判所の指摘に対して即時に説明することができないときは、裁判所は、当該当事者の申立てにもとづき、当該当事者が説明のための書面を後から提出することができる期間を定めなければならない。

により釈明義務が問題となる。したがって、裁判所がそのような事例で「無慈悲に」 („erbarmungslos“) 完全な反対給付請求権を債権者に命ずるという想定は、ここで主張される見解と相容れない¹²⁰。

(3) 解除

解除権について、オットーは、次のように述べる。債務者が保持すべき約定の利益は、債権者の有責性の割合がBGB323条6項の限界を少しだけ下回るといっただけで失われてはならない。さもなければ、債権者の帰責性が少し変わるだけで、場合によっては、債務者の負担にかなり大きな影響を与えることになる。滑らかな移行 (ein fließender Übergang) がもっとも容易に達成されるのは、債権者がBGB275条の給付障害について優越的にまたは半分だけ責めに帰すべきである場合には解除権が排除され、債権者の帰責性割合が半分よりも小さい場合には解除権が認められることによってである。債務者に優越的な有責性がある場合には、債権者は契約を解除することが許される。ただし、解除権の効果は修正されなければならない。経済的にみれば、債権者の解除権は、債務者の有責性割合に相応する反対給付の一部に制限されなければならない。自らの有責性の割合の大きさだけ、債権者は、BGB326条2項1文の類推適用にもとづき自らの義務づけに拘束され続ける。反対給付が可分である場合には、債権者の有責性に対応する部分の額だけ反対給付債務が残る。反対給付が不可分である場合には、債務者の債権者に対する——債権者の有責性の割合に相応する——金銭債権によって埋め合わせられなければならない¹²¹。

b) オットーの見解に対する批判

オットーが主張するこの縮減否定説に対しては、以下の問題点が指摘されている。

まず、オットーによれば、反対給付を訴求する債務者は、反対給付請求権か

120 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C83. このようにオットーが釈明義務を持ち出すのは、実際の訴訟において、債務者からの反対給付の請求と債権者からの損害賠償の請求とが併存するケースが少ないという認識が背景にあるからである (第2章第3節1 ①を参照)。

121 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C93f.

ら、債権者の損害賠償請求権 (BGB280条、283条) の控除を受けなければならないという。しかし、これは、疑わしい方法である。なぜなら、第1に、損害賠償請求権が、債権者の意思によらず、あるいは、債権者の意思に反して、したがってまた、給付障害法上の基本的評価と矛盾する形で構成されなければならないからである。第2に、このことは、債権者の不利に影響しうるからである。というのは、債権者にとって非常に不利な契約の場合、縮減された反対給付請求権を維持して損害賠償請求権を行使しないことのほうが債権者にとってより有利だからである。事柄の性質上債権者により有利な権利を行使することは、債務者の利益が保護されるかぎり、制定法によって債権者に認められた権能 (Befugnis) である。体系適合的な方法は、BGB254条の類推により反対給付義務を縮減することである。¹²²

次に、不能について債務者に5割以上の責めに帰すべき事由があるときに、債務者が契約上の利益をすべて獲得できることは、正しいとは言いがたい。たとえば、Vが20000ユーロの価値の自動車を22000ユーロでKに売り、引渡し前に、V 6割、K 4割の有責性割合で自動車が滅失したとする。この場合、Kの損害賠償請求権は、12000ユーロ (20000×0.6) となるのに対して、売買代金請求権は22000ユーロである。そうすると、債務者であるVには、5割以上の責めに帰すべき事由があるにもかかわらず、契約上の利益2000ユーロをすべて手に入れることができる。¹²³

この批判に対して、オッターは、債権者にとって不利な契約を念頭におきつつ、不能が生じていなかったならば債権者が置かれたであろうよりも、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例で債権者がより有利な立場に置かれる理由は存在しないという論理によって、反対給付請求権の縮減否定を正当化する。¹²⁴しかし、契約が実現されたという仮定的状態と実現されていない現実の状態とをこのように比較するオッターの見解に対して、カナーリスは、次の

122 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 512.

123 Rauscher, a. a. O. (Fn. 91), S. 334.

124 Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 C87.

疑問を提起する。すなわち、契約が実現される場合、債権者は、当然のことながら契約上の給付を現実に獲得するのであって、ここでそうであるようにその等価物を金銭で獲得するだけではない。したがって、双方の事例状況は、互いに比較不能である。¹²⁵この疑問は、契約当事者が反対給付を現実に手に入れることと引き換えに給付することが約束されたことを尊重しなければならないという意味での主観的等価性原理を基礎に置いている。しかし、カナリスのこの疑問に対しては、反対給付請求権の基礎づけを双務契約の双務性に求める立場から、次の批判が提起されている。すなわち、債務者だけが有責な場合において、債権者が損害賠償を選択し、したがってまた、現実の給付の代わりに相応する金銭賠償を獲得するときは、債権者が反対給付を全部義務づけられる。金銭賠償がここで反対給付を縮減する理由でないならば、両当事者有責の場合にも同様にそれは理由でありえない。つまり、完全な反対給付義務にととの決定的な論拠が、債権者に当然帰属すべきものを債権者が金銭賠償の形で獲得することであるという点は、カナリスによって論駁されていない。¹²⁶換言すれば、契約が実現された仮定的な状態と実現されていない現実の状態とが比較不能であるとしても、損害賠償の形で債権者が自己に当然帰属すべきものを獲得するのであれば、双務契約の双務性にもとづき、反対給付請求権が全部存続するというわけである。もっとも、オッターが反対給付請求権のこのような基礎づけを承認しているわけではない。これは、次にみるシュヴァルツェの見解である。

iii) 選択的縮減説

a) シュヴァルツェの見解

縮減肯定説と否定説との収斂を意図して、選択的縮減説を主張するのが、シュヴァルツェ (Roland Schwarze) である。彼の主張は、以下のとおりである。

(1) 債権者が損害賠償を請求する場合——双務性を基礎とした反対給付請求権の存続

債権者が給付を失わない場合に、債権者が契約上の双務性にもとづき反対給

125 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 171.

126 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 507 Fn. 18.

付を義務づけられることに争いはないだろう。いま、債権者が給付の代わりに損害賠償を獲得するならば、双務性にもとづきこの反対給付義務はそのまま残る。債権者に協働有責性がある場合に、反対給付義務が縮減されないことに何ら変更はありえない。「もっぱら有責な」 („allein schuldig“) 債務者でさえ完全な反対給付請求権を有するのだから、「協働で有責」 („mitschuldig“) でしかない債務者にはますます完全な反対給付請求権が帰属すべきである。こうすることによって、両当事者によって合意された双務性が守られる。このことは、次のように構成される。給付障害の発生により、給付義務が排除されると (BGB275条)、BGB326条1項により法上当然に反対給付義務が脱落する。債権者が債務者に給付に代わる損害賠償を請求すると、反対給付義務は、代償説によれば本物の請求権として、あるいは、差額説によれば損害計算の枠内で少なくとも計算項目として、ただちに復活する。その結果、債権者が損害賠償を請求する場合には、BGB326条2項 (の類推) にもとづき反対給付請求権を維持する必要はない。実際、BGB326条2項は、債権者が給付を獲得しないにもかかわらず、債権者に反対給付を義務付けている。つまり、構成要件的および実質的にみて (der Sache nach)、債権者が自らに当然帰属すべきものを現実にはまたは金銭賠償として獲得するときは、BGB326条2項を適用することができない。このように、反対給付義務が契約上の交換関係にもとづいており、BGB326条2項にもとづいているわけではないとすれば、BGB254条を反対給付義務に類推適用するための規範的根拠が脱落する。なぜなら、それは、BGB326条2項における反対給付義務の維持が債権者の「有責性 (Verschulden)」を拠り所としている点に認められたからである。¹²⁷ なお、シュヴァルツェは、オットーと異なり、差額説による損害計算も認めるものの、そこでいう差額説は、トイプナーらと同様に、一般的な差額説ではない。¹²⁸

(2) 債権者が損害賠償を請求しない場合——有責性を基礎とした反対給付請求

127 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 507f.; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 38 Rn. 15, 18.

128 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 504, 513; Schwarze, a. a. O. (Fn. 127), § 38 Rn. 16.

権の存続

以上に対して、債権者が損害賠償請求権の行使を思いとどまる場合には、事情が異なる。この場合には、債務者の報酬請求権は、契約上の交換関係から直接出てくるわけではなく、債権者の有責性に依拠して出てくる。ここでは、BGB326条1項による反対給付請求権の脱落は、BGB326条2項によってのみ妨げられる。たしかに、協働有責性が存在するにすぎない。しかし、このことは、少なくとも、BGB326条2項の類推適用を正当化する。債権者が損害賠償を請求せずに契約から離脱 (Abstandnahme) する場合には、債務者の有責性が二重に考慮されてはならないという縮減否定説の論拠は、妥当しない。したがって、反対給付請求権の計算にあたっては、債務者の協働有責性がBGB254条の類推により縮減的に考慮されなければならない。¹²⁹

(3) 債権者に損害賠償請求権の行使を強制することに対する疑問

以上のように、債権者は、自らにとってその都度より有利な道を選択することができ、選択した法規範に応じて、反対給付請求権が縮減されるかどうかが決まる。債権者に反対給付義務の履行を強制して損害賠償請求権をその意思に反して押し付ける合理的な理由は存在しない。なぜなら、債務者の利益は、いずれの場合にも守られているからである。BGB326条6項でも、解除権すら、債権者に圧倒的な有責性がなければ債権者から奪われないのである。¹³⁰

(4) 解除

最後に、解除権について、彼は次のように言う。債権者が解除によって契約上の責任 (Verantwortung) から逃れうることは、許されない。債権者が給付に代わる損害賠償を請求しない場合は、債権者に向けられた最低限度の責任 (Mindestverantwortung) は、BGB326条2項1文の類推による弁済義務のなかにある (反対給付請求権が債務者の協働有責性の分だけ縮減される。)¹³¹。この弁済義務は、^{131a}反対給付が可分である場合、解除権の排除によって、債権者の帰責性に相当する部分の^{131b}反対給付について認めることができる。反対給付が不可分

129 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 511f.; Schwarze, a. a. O. (Fn. 127), § 38 Rn. 19.

130 Schwarze, a. a. O. (Fn. 63), S. 510.

131 原文では債務者ではなく、債権者となっている。

131a 原文では反対給付ではなく、給付となっている。

131b 原文では反対給付ではなく、給付となっている。

である場合には、解除権は、債権者の有責性が優越的である場合に、BGB323条6項の類推により排除されなければならない。有責性の割合が同じ場合、または、債務者が優越的に有責である場合には、解除権は排除されない。ただし、債権者の最低限の弁済義務は維持される。¹³²

b) シュヴァルトツェの見解に対する批判

選択的縮減説によれば、債権者に不利な取引において、債権者が損害賠償を請求せず、契約から離脱することができる。たとえば、売買目的物の価値が100、代金が150、売主Vと買主Kの帰責性割合が2対8である場合には、Kは、損害賠償を選択するよりも、契約から離脱するほうが有利である。損害賠償を選択すると、KのVに対する損害賠償請求権の価値は20、VのKに対する反対給付請求権の価値は150であり、差し引きでKが130を負担するのに対して、契約から離脱すると、VのKに対する反対給付請求権の価値が120となり、Kの負担は120にとどまるからである。この点について、債権者に協働帰責性があるにもかかわらず、債権者にとって「離脱」が有利な場合に、縮減された損害賠償債権を計算に組み込まないという選択肢を選ぶ権利を債権者がなぜ有するのかという疑問が呈されている。¹³³

③区分説

両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例で、状況により、反対給付請求権の脱落と存続を区分する見解が少数ながら主張されている。本稿では、この見解を区分説とよぶ。ヴェスターマン (Harm Peter Westermann) とグローテ (Helmut Grothe) の見解がこれにあたる。彼らは、債権者の協働有責性 (Mitverschulden) が債権者の側の義務違反と評価できる場合には、反対給付請求権が脱落することを認めるのに対して、債権者の協働有責性が単なるオプリーゲンハイト違反としか評価できない場合には、反対給付請求権の存続を認める。¹³⁴ すなわち、付随義務違反などの義務違反が債権者にある場合には、

¹³² Schwarze, a. a. O. (Fn. 127), § 38 Rn. 21.

¹³³ Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 Rn. C84.

¹³⁴ Erman/Westermann, a. a. O. (Fn. 107), § 326 Rn. 12; Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O. (Fn. 87), § 326 Rn. 25ff.

債務者の債権者に対する損害賠償請求権が認められる¹³⁵。これは、BGB254条1項により債務者の協働有責性割合の分だけ縮減される。これに対して、債権者にオプリーゲンハイト違反があるにすぎない場合には、債務者の損害賠償請求権は認められない。この場合、債権者は、オプリーゲンハイト違反のゆえに、BGB254条1項の類推適用により、自己の協働有責性の大きさにおいて反対給付請求権からの解放を主張することができない。つまり、債権者は、自己の帰責性割合の範囲内で、反対給付義務を免れないとする。

第4章 ドイツ法のまとめと検討

第1節 ドイツ法の展開の整理

両契約当事者の責めに帰すべき事由により債務者の債務の履行が不能となった場合における法的処理のあり方をめぐって展開されてきたドイツ法上の議論を整理すれば、次のとおりである。

1. 判例の展開

ライヒ裁判所は、BGB254条を二度適用する解決モデルを示した。まず、不能についていずれの当事者に優越的に責めに帰すべき事由があるのかに応じて、254条にもとづき、基準となるべき不能規範として、BGB旧324条または旧325条を適用した。次に、ライヒ裁判所は、それぞれの規範を適用する際に、もう一度254条に依拠して、適用された不能規範から出てくる請求権を請求権者の有責性割合の分だけ縮減した。これに対して、戦後の連邦通常裁判所の立場は明確でない。しかし、学説において従来から行われてきたこのような判例理解は、現在では、不十分であると考えられている。すなわち、当事者の請求と判決内容を子細にみても、債権者が損害賠償を請求し債務者がこれの棄

135 ヴェスターマンは、BGB281条を請求権の基礎とするのに対して、グローテは、BGB280条1項・3項と283条の類推適用を請求権の基礎とする

却を求めた事件においてBGB旧325条が適用され、債務者が反対給付を請求し債権者がこれの棄却を求めた事件においてBGB旧324条が適用されているのであって、帰責性の大小を基準として適用されるべき不能規範が決定されるという判例理解は、維持することができない。また、このような視点に立つと、連邦通常裁判所がBGB旧325条と旧324条とを重疊的に適用する方向性を示していることも、従来判例と整合的に理解することができる。というのは、そのような方向性を示す事件では、債権者が損害賠償を請求するとともに、債務者が反対給付を請求しているからである。

2. 学説の展開——債務法改正前

両当事者の責めに帰すべき事由による不能をめぐる議論の画期点となったハディングの論文が発表された1968年以前の通説的見解は、優越的な帰責性がある当事者の帰責性のみを考慮して、BGB旧324条または旧325条を適用する解決を採用していた。これは、ライヒ裁判所の判例法理に対する従前の理解と一致する。

しかしながら、このような解決では、両当事者の有責性割合を法的効果に正確に反映することができないことから、両当事者の有責性を両方とも考慮に入れる見解が、その後の通説となった。この見解も多岐に分かれる。

まず、かつての通説的見解を批判して鮮烈に登場したのが、積極的契約侵害構成肯定説である。これは、債権者による法的救済の選択により場合によっては債務者の反対給付請求権が脱落することを認め、それが脱落する場合には、積極的契約侵害にもとづき債務者の債権者に対する損害賠償請求権を認める考え方である。しかし、この考え方は、不能法に関する規律を積極的契約侵害という補充的な制度によって修正することは許されないという批判にさらされ、支持されなかった。

これに対して、学説の主流を占めたのが、積極的契約侵害構成否定説である。これは、債務者の反対給付請求権をできるだけ存続させようとする見解である。

これも、存続した反対給付請求権を債務者の有責性割合を考慮して縮減するのかどうかをめぐり、2つに分かれる。この縮減肯定説と否定説との論争における最大の争点は、給付と反対給付の価値関係が債権者にとって不利な場合、たとえば、売買契約において目的物の価値よりも代金額が高い場合の法的処理のあり方である。この点については、本章第2節2で分析する。

3. 債務法改正

両当事者の責めに帰すべき事由による義務違反に関する委員会草案および討議草案の提案内容は、フーバーがCISGの規律と解釈論に影響を受けつつ債務法改正鑑定意見において提案した規律とは大きく異なるものだった。それにもかかわらず、これらの提案とフーバーの提案は、損害発生への原因寄与あるいは義務違反についての帰責性が相手方のそれよりも優越する当事者の損害賠償または解除を否定する点において、共通していた。たしかに、このような解決は、解除などの法的救済が反対給付を脱落させてしまう場合における法的効果の修正を必要とせず、単純で分かりやすい。しかし、このような悉無律的な解決は、有責性の軽微な当事者の有責性をも法的効果に反映させようと努力していた債務法改正前の学説の展開を無視するものであり、支持することができないものであった。こうして、両当事者の責めに帰すべき事由による不能を悉無律的な解決によって立法的に解決することは、修正・整理案によって退けられ、この問題の解決は、判例および学説の展開に委ねられた。そして、以下に述べるように、この債務法改正は、旧法のもとで展開した学説の議論状況を一変させることになった。

4. 学説の展開——債務法改正後

まず、債務法改正の直前に新たに登場し、債務法改正後も少数ながら一定の支持を集めているのが、契約分割肯定説である。この見解によれば、契約は、帰責性への関与に応じて2つの契約に分割され、そのうちの一方は、債権者だ

けに帰責事由がある不能に関する準則にもとづいて清算され、他方は、債務者だけに帰責事由がある不能に関する準則にもとづいて清算される。この見解の発想は、たしかに、債権者の解除の効果を制限して一部解除を認める見解（トイプナーなど）にすでにあらわれていたものの、これをより明確な形ですべての救済手段に及ぼした点にこの見解の特徴がある。とくにこの考え方では、反対給付が不可分である場合に契約を分割できないことが明らかであるから、その場合における法的処理のあり方が詳しく検討された。この点については、次の第2節3で分析する。

これに対して、学説の主流を占めているのは、契約分割否定説である。これも多岐に分かれるものの、多数説を占めているのが反対給付請求権脱落説（保護義務違反構成）である。債務法改正前は、両当事者の責めに帰することができない事由による不能の場合には反対給付請求権が失われ、債権者の責めに帰すべき不能の場合には反対給付請求権が失われないものと規律されていた（BGB旧323条1項、旧324条1項）。これに対して、債務法現代化法のもとでは、BGB326条1項により、債務者が給付義務から解放されるときに、反対給付請求権を失うことが定められ、続く2項によって、「債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性がある」ときは、債務者が反対給付請求権を失わないと定められたために、「債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性がある」とき以外は、債務者の反対給付請求権は脱落するという理解が、広く受け入れられることになった。しかし、このような解釈を前提とすると、債務者が反対給付を受ける利益を法的効果に反映することができなくなるため、反対給付請求権を補完する必要が生じる。そこで、債務者の給付能力を侵害しないようにする保護義務に債権者が違反したことを理由として、債務者の債権者に対する損害賠償請求権が広く承認されるに至った（BGB241条2項、280条1項）。この見解では、反対給付請求権の脱落が前提となるので、反対給付請求権に影響を与える債権者の法的救済（解除や差額説による給付に代わる損害賠償）の成立要件や法的効果に修正や制限を加える必要がない。また、BGB254条にもとづき反対給付請求権を過

失相殺することが許されないのではないかという懸念をする必要もない。

しかし、学説では、この反対給付請求権脱落説に対する有力な反論も主張されている(反対給付請求権存続説)。ここでは、主として、次の2つの点が問題とされている。

第1に、債権者に帰責性のある(verantwortlich)事例のすべてで債権者の保護義務違反が認められるわけではなく、債権者のオプリーゲンハイト違反が認められるにすぎない場合があるという点に批判が向けられている。オプリーゲンハイト違反を理由としては損害賠償が認められないことから、保護義務違反構成を前提とすると、BGB326条1項により脱落する反対給付請求権を補完できなくなってしまうというわけである。この点に関する対立は、BGB326条2項によって認められる反対給付請求権の性質理解に関わっている。保護義務違反構成の代表的論者であるカナーリスは、「債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるとき」に存続する反対給付請求権と債権者が受領遅滞にあるときに存続する反対給付請求権との基礎づけを区別し、前者の法的性質を損害賠償請求権と位置づけるのに対して、後者を危険負担制度に位置づける。そして、BGB326条1項における債権者の「帰責性(Verantwortung)」は、債務者の「責めに帰すべき事由(zu vertreten haben)」(BGB280条1項2文)と同じだというわけである。これに対して、反対給付請求権存続説を支持するグゼルらは、「債権者にのみもしくは圧倒的に帰責性があるとき」の不能と、債権者の有責性を要件としない受領遅滞にあるときの不能とがBGB326条2項に並立して規律されていることから、債権者の「帰責性」は、債務者の「責めに帰すべき事由」よりも広く、オプリーゲンハイト違反を含むと理解している。そして、反対給付請求権存続説の代表的論者の多く(グゼル、オットー、ヴェスターマン、グローテなど)がこのような理解を前提としている。

第2に、反対給付請求権脱落説は、債務者の債権者に対する損害賠償請求権を債務者の有責性割合に応じて縮減するところ、このような縮減は、給付と反対給付との間の価値移転を正当に評価することができないと批判されている。この点は、反対給付請求権存続説の内部でも対立があるところであり、節を改

めて検討する(本章第2節2を参照)。

第2節 法的効果の検討——日本法への示唆

双務契約において両当事者の責めに帰すべき事由により債務者の債務の履行が不能となった場合の法的効果については、債務者の責めに帰すべき事由による不能に関する法的処理を基礎として、債権者の損害賠償請求権を過失相殺によって縮減すれば足りるという考え方がわが国では一般的であった(第1章1①iを参照)。しかし、ドイツ法における議論は、そのような法的処理が事態適合的ではないことを端的に示している。そこで、本節では、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の法的効果を論ずる際に考慮すべき点について、ドイツ法の分析から日本法への示唆を得ることを試みる。

1. 反対給付請求権の存否と解除権への影響

①反対給付請求権の存続の必要性

ドイツ法の検討から明らかとなったように、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の法的効果にとって決定的なのは、反対給付請求権の存否である。債権者の損害賠償請求権は、履行不能によって債権者に生じた損害——主として給付を獲得する利益——しか考慮しておらず、債務者が反対給付を獲得する利益をカバーすることができない。そこで、債務者のこの利益を考慮するためには、反対給付請求権を存続させることが必要となる。この点は、わが国において、独自性肯定説が強調しているとおりである(第1章1②を参照)。

②反対給付請求権の脱落と解除権

このため、反対給付請求権の脱落を認める見解は、脱落した反対給付請求権の補完物をいかなる法的構成のもとに導き出すかという問いを突き付けられることになる。この点で、ドイツにおける現在の多数説が債権者の保護義務違反という構成のもとに損害賠償請求権を承認していることは、前述したとおりである。この構成のもとでは、債権者の解除権を制約する必要が出てこない。債

権者の解除権が債務者の損害賠償請求権に影響を与えることはないからである。

③解除権を制約する必要性

これに対して、反対給付請求権の存続を肯定するのであれば、債権者による解除権の選択を制限すべきかどうかが課題として浮上する。無制限に解除を認めると、債権者による解除によって反対給付請求権が消滅してしまうからである。¹³⁶このことは、解除の成立要件と効果に影響を及ぼす。この点について、ドイツでは、債権者の有責性割合が優越的であるか否かにかかわらず解除することができるとしつつも、債権者の有責性割合に相応する契約の解除を制限し、債務者の有責性割合に相応した契約の一部解除を認める見解が、反対給付請求権を存続させる見解の中で多数を占めているとみることができる(トイブナー、フーバー、ファウスト、グゼル、シュヴァルツェなど)¹³⁷。

④一部解除と解除制度の存在意義との関係

このように債務者の有責性に相応する範囲に解除権を制限するという考え方は、解除制度の存在意義に関わる。これを日本法の文脈に即してみれば、伝統的には、次のように考えられてきたとされる。すなわち、契約が解除されると、不履行債務者は反対給付請求権を失うという不利益を受ける。債務不履行の責任として、このような不利益を債務者に負わせるのが、解除制度の存在意義である。¹³⁸こうした制度理解を前提とすると、そのような不利益を債務者に課すことを正当化する理由が必要となる。これが、債務者の帰責事由である。つまり、解除の要件として、債務者の帰責事由が要求される。そして、このような理解

136 債務法改正後は、両当事者の責めに帰すべき事由による不能において、解除するまでもなくBGB326条1項により反対給付請求権が脱落すると考えるのが多数説である(反対給付請求権脱落説)。しかし、BGB326条2項の類推適用などにより、反対給付請求権が脱落しないとみる見解も少なくない(反対給付請求権存続説)。ここでは、後者の見解が前提とされる。

137 解除権の制約の仕方としては、このほかに、(1)債権者に帰責事由があれば、債権者は解除権を失うとする見解(シュルツェ)、(2)債権者に半分だけまたは優越的な帰責事由がある場合、つまり、その有責性割合が5割以上の場合には、債権者が解除権を失うとする見解(バウマン・ハウト、ヴェーデマン。委員会草案および討議草案もこの見解に属する。)、(3)債権者の有責性割合が5割以上の場合には、債権者は解除権を失い、それを下回る場合には、債権者の有責性割合に応じた一部解除を肯定する見解(オッター)などがある。

138 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号90頁以下(2006年)および同論文に掲げられた文献を参照。

と整合的であるのが、債務者に帰責事由がある範囲でしか債権者による契約の解除を認めないという形で解除権を制約する考え方である。これに対して、わが国で近時有力な考え方によれば、解除制度の存在意義は、次のように理解される。すなわち、契約当事者が契約を締結するのは、一定の利益や価値を取得するためである。契約に拘束力が認められるのも、そのような利益や価値の取得を保障するためである。そうすると、そのような利益や価値の取得がもはや望めなくなる場合にまで、契約の拘束力は及ばない。このような場合に、契約の拘束力が認められないことを確定するための手段が、契約解除である。¹³⁹こうした制度理解を前提とすると、そのような場合には、本来、契約の拘束力が及んでいないのだから、債権者による解除によって、債務者が有すべき債権が実質的に奪われるわけではない。よって、一定の不利益を債務者に課すことを正当化する事由としての帰責事由は不要となる。そうすると、債務者に帰責事由がある範囲に解除権を制限する考え方は、このような理解とは整合しない。むしろ、このような理解と整合的なのは、そのような形で解除権を制限しない考え方、つまり、反対給付請求権脱落説である。

⑤「債権法改正の基本方針」¹⁴⁰

139 山本・前掲論文(前注138)94頁以下および同論文に掲げられた文献を参照。

140 以下に、基本方針の提案を本稿に必要な範囲でまとめて抜粋する(民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針(別冊NBL126号)』(商事法務・2009年)による)。

- ・【3.1.1.77】(解除権の発生要件)
 - <1> 契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。
- ・【3.1.1.78】(解除権の障害要件)
 - <2> 契約の重大な不履行が【3.1.1.88】の定める債権者の義務の違反によって生じた場合には、債権者は解除することができない。
- ・【3.1.1.85】(危険負担制度の廃止)
 - 現民法534条・535条・536条1項は廃止する。
- ・【3.1.1.86】(債権者に義務違反がある場合の反対給付請求権)
 - 【3.1.1.78】<2>の場合に債務者は、反対給付を請求することができる。ただしこの場合において契約の履行を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。
- ・【3.1.1.88】(債権者の義務違反を理由とする損害賠償と解除)
 - 債権者が受領義務その他信義に従い誠実に行動する義務を負う場合において、債権者がこの義務に違反したとき、債務者は、債務不履行に関する規律に従い、債権者に対して損害賠償を請求することができ、また、債務を発生させた契約を解除することができる。

2009年に発表された「債権法改正の基本方針」(以下では、基本方針とよぶ。)は、解除制度の存在意義に関する近時有力な見解に影響を受けて、解除の要件から帰責事由を要件を放逐した(基本方針【3.1.1.77】<1>)。民法543条の履行不能による解除は、重大な不履行による解除へと解消される¹⁴¹。さらに、基本方針は、このことから生じる危険負担との法規範の部分的な競合を解消するため、危険負担制度を廃止することを提案する(同【3.1.1.85】¹⁴²)。もっとも、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能について債権者の反対給付請求権の存続を定める民法536条2項の規律の趣旨は、「物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合」にまで射程を拡張して維持される(同【3.1.1.86】)。しかし、民法536条2項と要件は異なる。すなわち、契約の重大な不履行が債権者の義務の違反によって生じたときは、債務者は、反対給付を請求することができる(同【3.1.1.86】、【3.1.1.78】<2>¹⁴³)。そして、契約の重大な不履行が債権者の義務の違反によって生じたときは、債権者の解除権が排除される(同【3.1.1.78】)。基本方針の解説によれば、その理由は、契約上の義務違反のあった債権者に解除権の行使を認め、反対給付の債務を免れさせるのは不当だからであり、あるいは、非難可能性のある債権者に解除権を行使させるのは適切でないからである¹⁴⁴。

遅滞や不能といった履行障害類型を基軸とした履行障害体系を採用しないことを意図する基本方針の構想のもとでは¹⁴⁵、両当事者の責めに帰すべき事由による「履行不能」という範疇は適切でない。これとカバーする範囲が完全に一致するものではないものの、仮にこの事例群を両当事の責めに帰すべき事由による重大不履行とよぶならば、このような重大不履行において、債権者の解除権がそもそもまたいかなる範囲で認められるのかは、基本方針からは、明らかでない。しかし、少なくとも、債務者の帰責事由に相応する範囲で契約の一部

141 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』(商事法務・2009年)313頁以下、299頁。以下では、本書を『基本方針Ⅱ』と略称する。

142 『基本方針Ⅱ』(前注141)351頁以下。

143 『基本方針Ⅱ』(前注141)317頁、356頁以下、361頁以下。

144 『基本方針Ⅱ』(前注141)316頁、361頁。この点については、杉本好央「民法改正論における賃金債権と危険負担」労働法律旬報1728号6頁以下(2010年)を参照。

145 債務不履行による損害賠償について、『基本方針Ⅱ』(前注141)243頁。解除について、『基本方針Ⅱ』(前注141)299頁。

解除を認めることは、帰責事由と連結しない解除法の規律提案と適合しないと
いえるだろう。¹⁴⁶

⑥結論

わが国の現行法上は、履行不能による解除は、債務者の責めに帰すべき事由を要件としており（民法543条）、少なくとも履行不能という障害類型にかぎれば、債務者の帰責事由の割合に相応した一部解除を認めることができる。

しかしながら、解除制度の存在意義に関する近時有力な見解や「債権法改正の基本方針」における解除法の規律に照らすと、そのような形での一部解除は、解除制度の趣旨と相容れるものではない。そうすると、債権者は、履行不能あるいは重大な不履行の発生に協働で責めに帰すべき事由があっても、解除の要件が満たされていれば、契約を全部解除できると考えるべきである。債権者が解除権を選択するときは、解除によって脱落する反対給付請求権を他の法制度を通じて補完する必要があるところ、ドイツ法のもとでは、相手方の給付能力を侵害しないようにする保護義務違反にもとづく損害賠償請求権によって反対給付請求権を代替することが主張されている。この見解の前提には、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能において、反対給付請求権が法上当然に脱落する（BGB326条1項）というドイツ法に特有の事情があった。つまり、保護義務違反にもとづく損害賠償請求権の損害は、BGB326条1項により反対給付請求権が脱落する点に求められているわけである。そうすると、現行の解除法の規律が改正され、解除と帰責事由との連結が完全に切り離された場合には、¹⁴⁷ドイツ民法との規律内容の異同に注意しつつ、上記のような法律構成も

146 本文では、公表されている資料の豊富さから、「債権法改正の基本方針」を中心に取り上げた。これに対して、民法改正研究会が公表している仮案のうち正案においては、債務不履行による解除権は、債務者の帰責事由と完全には切り離されていない。正案483条2項は、契約既履行の場合に、解除を債務者の帰責事由と結びつける。これに対して、副案483条以下においては、解除が債務者の帰責事由と切り離されている（民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・学会・法曹有志案 仮案の提示』（日本評論社・2009年）195頁、235頁。解除法の提案要旨については、加藤雅信「日本民法典財産法改正試案——『日本民法改正試案・仮案（平成21年1月1日案）』の提示」判例タイムズ1281号33頁以下（2009年）に説明がある。）。

147 法制審議会民法（債権関係）部会が2009年11月から債権法改正を審議してきたいわゆる「第一読会」の成果が、2011年6月に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」として公表された。そこでは、解除の要件として帰責事由が必要とされるかどうかは、危険負担制度の存廃問題とともに、まだ同部会のコンセンサスが得られた状況にないことが示されている（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務・2011年）45頁以下、52頁以下）。

視野に入れつつ、解除によって脱落する反対給付請求権を補完するための法的構成をさらに検討する必要がある。¹⁴⁸

2. 債務者に有利な契約利益の法的処理

①対立の図式

ドイツ法においては、反対給付の価値が給付の価値を上回るときに、債務者に有利な契約利益を各当事者の有責性割合に応じて分割すべきかどうかが一貫して問題となってきた。このことは、反対給付請求権の存続を肯定する見解(債務法改正前の積極的契約侵害構成否定説および改正後の反対給付請求権存続説)において、反対給付を縮減するかどうかをめぐる対立としてあらわれてきた。これに対して、反対給付請求権脱落説においては、保護義務違反にもとづく債務者の損害賠償請求権を債務者の有責性割合に応じて縮減することが広く支持されてきた。その結果、ここでは、反対給付請求権の存続を肯定する見解における縮減肯定説と同じ帰結が生じる。縮減否定説を支持する論者は、このことを反対給付請求権脱落説が支持できない理由の1つとしてあげている。それゆえに、債務者に有利な契約利益を分割すべきかどうかをめぐることは、主として縮減肯定説および反対給付請求権脱落説が分割を支持し(以下では、これを契約利益分割肯定説とよぶ)、縮減否定説が分割を支持しない(以下では、これ

148 近時わが国で主張されている独自性肯定説によれば、債権者の損害賠償請求権の額が債務者の反対給付請求権の額を超えるときにのみ解除が許される(第1章1②を参照)。このような解除制限の考え方が両当事者の責めに帰すべき事由による不能以外の障害類型にも妥当するならば、債権者に不利な契約においては、債権者に帰責事由があろうとなかろうと、解除が認められないことになるだろう。たとえば、給付の価値が100、反対給付の価値が120の場合において、債務者の責めに帰すべき事由により給付の履行が不能となったときは、債権者の損害が120を超えないかぎり、解除が許されない結果となる。しかし、独自性肯定説の眼目は、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の独自性を肯定し、その場合にのみ債務者が反対給付を獲得する利益を確保するという点にあるから、この障害類型以外で同様の解除制限を認める趣旨ではないと解される。そうだとすると、独自性肯定説は、不能の発生について債権者に帰責事由があることを理由に債権者の解除権を全部排除する見解の一種であると位置づけることができる。たしかに、この見解は、解除の可否を債務者の帰責事由と連結させているわけではない。しかし、軽微な帰責事由しかない債権者の解除権をこのように広範に排除することが十分に正当化されうかが別途問題となるだろう。

を契約利益分割否定説とよぶ。)という対立が生じている。

②主観的等価性の尊重

債務者に有利な契約利益の法的処理に際して、両当事者の合意にもとづいて交換される双方の給付の間の価値関係を法的効果に精確に反映すべきであることが主張されている。これは、カナーリスによれば、給付と反対給付との間の主観的等価性を尊重する私的自治の要請するところである。しかし、この意味における主観的等価性を法的効果に精確に反映するための方法をめぐって、対立が生じている。また、この対立は、債務者に有利な契約利益が、両当事者がその有責性割合に応じて負担すべき損害にあたるのかをめぐるといえる対立であるといえることもできる。

契約利益分割否定説は、債務者にとって有利な契約利益を債務者がすべて獲得することが正当であるという。シュルツェやオットーによれば、債権者にも責めに帰すべき事由がある以上、契約が約定通りに実現された場合よりも債権者がより有利な立場に置かれる理由は存在しないからである。これに対して、カナーリスは、契約が実現されて債権者が現実の給付を獲得する場合とそうでない場合とを比較して、いずれが有利かを判断することはできないと反論する。

契約利益分割肯定説は、債務者にとって有利な契約利益を各当事者の有責性割合にしたがって分割すべきであるという。なぜなら、カナーリスによれば、債権者に有利な契約利益が分割されるのだから、債務者のそれも同様に扱われるべきだからである。

③債務者の請求権の基礎づけとの関係

債務者に有利な契約利益の法的処理は、反対給付請求権またはそれに代わる債務者の損害賠償請求権の基礎づけとも関わる。

シュヴァルツェによれば、債権者に帰属すべきものを債権者が損害賠償の形ですべて獲得するときは、反対給付の全部の存続が双務契約における双務性によって基礎づけられるという。債務者にのみ責めに帰すべき事由がある場合においても、債権者に当然帰属すべきものが損害賠償により債権者に与えられる

ときは、反対給付請求権が全部存続するからである。これに対して、債権者が自己に帰属すべきものを獲得しないときは、債務者の反対給付請求権は、債権者の有責性によって基礎づけられ(BGB326条2項類推)、その反対給付請求権は縮減される(BGB254条1項)。前者の場合には、債務者に有利な契約利益は分割されず、後者の場合には、それが分割される結果となる。

契約利益分割説を主張するフーバーは、債務者の反対給付請求権の法的性質を損害賠償請求権とみており、それを債権者の有責性によって基礎づけているといえる。また、同様に契約利益分割説を主張するカナリスは、債務者の保護義務違反による損害賠償請求権を債権者の責めに帰すべき事由によって基礎づけていると考えられる。これらの見解では、債務者の請求権が損害賠償請求権であることから、BGB254条によるその縮減が導かれ、債務者に有利な契約利益の分割が肯定される結果になっている。

④給付に代わる損害賠償請求権の性質との関係

さらに、ここでの対立は、給付に代わる損害賠償請求権に関する代償説と差額説の違いにも関係している。つまり、契約利益分割否定説が代償説と整合的であるのに対して、契約利益分割肯定説は、差額説と整合的である¹⁴⁹。

契約利益分割肯定説を支持するフーバーは、反対給付が金銭債務である場合、差額説によらなければならないとする。なぜなら、反対給付を獲得するために自己の給付を約束するという双務契約の基本原則に照らすと、債務者が給付を履行しないときは、反対給付請求権を脱落させるべきだからである。ここでは、差額説は、双務契約の基本原則から必然的に出てくる実体法上の準則であって、損害計算のための技術的な準則ではないと考えられている。

これに対して、同じく契約利益分割肯定説を支持するカナリスは、次のように主張する。すなわち、代償説によると契約利益が分割されず、差額説によると契約利益が分割される結果が生じるところ、彼は、この結果の違いを「代償説や差額説といった差引計算の方法に左右させることは許されない」と述べる。

149 具体的な計算結果は、前注102を参照。

そのうえで、カナーリスは、代償説による計算に修正を加える。ここでは、代償説や差額説が、損害計算のための技術的な準則を出ないものであると考えられていることが窺われる。

このように代償説と差額説との結論を一致させようとするカナーリスの立場とは異なり、グゼルは、代償説と差額説とで結論が変わるのは当然のことであり、その結論を修正する必要はないと主張する。これによると、債権者の選択により、債務者に有利な契約利益が分割されたりされなかったりすることになる。グゼルは、その違いを次のように正当化する。すなわち、債権者が差額説による損害賠償請求権を選択するということは、債権者が契約を解消するということを意味するのであり、こうすることによって、債権者は、契約が実現されていれば被ったであろう不利益を免れることができる。これに対して、債権者が代償説による損害賠償請求権を選択する場合には、債権者は、不利な給付交換に拘束され続けるのである。ここでは、代償説と差額説は、単なる技術的な準則ではなく、給付交換を維持するのか解消するのかにかかわる実体法上の準則だと理解されていると考えられる。

⑤結論

以上のように、債務者に有利な契約利益を分割すべきかどうかについて、3つの対立が交錯していた。第1に、給付と反対給付との間の主観的等価性を尊重した法的効果を導出するためには、契約が実現された場合とそうでない場合との債権者の利益状態を比較すべきなのか、それとも、債権者に有利な契約と債務者に有利な契約との利益状態を比較すべきなのかであり、第2に、債務者の債権者に対する請求権が債権者の帰責事由によって基礎づけられるのか、そうではなく、双務契約における双務性によって基礎づけられるのかであり、第3に、代償説と差額説との対立を単なる技術的な準則とみるのか、それとも、技術的な準則にとどまらない実体法上の準則とみるのかである。

翻って、日本法についてみると、填補賠償請求権については、代償説が通説と目されるところ（第1章1① i および前注3を参照）、代償説によれば、債務

者に有利な契約利益は分割されない結果となる。これに対して、債権者が契約を解除するとともに填補賠償を請求すれば、差額説によらざるを得ないから¹⁵⁰、債務者に有利な契約利益は分割される結果となるはずである。また、両当事者の責めに帰すべき事由による不能について近時主張されている独自性肯定説(第1章1②を参照)によれば、民法536条2項により反対給付請求権の存続が主張されているところ、同項の反対給付請求権の基礎づけは、論じられていない。わが国においても、債務者に有利な契約利益の法的処理については、債務者の請求権の基礎づけ、債権者の填補賠償請求権の性質をも考慮に入れつつ、いずれの結論を正当とみるか、正当でないと考えられた結論を修正すべきかどうかの問題となりうる。

3. 反対給付が不可分である場合の法的効果

①問題の所在

ドイツ法の検討から、反対給付が不可分である場合には、次の2点が問題となることが明らかとなった。1つは、債務者が反対給付の履行を求める場合に、債権者が反対給付を履行せずに保持することが許されるかどうかであり、もう1つは、債権者が反対給付の履行を望む場合に、債務者が反対給付の受領を拒絶することが許されるかどうかである。

②債権者が反対給付を保持することの可否

債権者が反対給付を保持できるかどうかは、次のような形で問題となる。まず、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能において反対給付請求権が存続するという立場では、債務者が反対給付の履行を求めるのに対して債権者が反対給付の履行を望まない場合に、債権者が契約を解除したり差額説による

150 代償説による填補賠償請求権を認めると、解除によって脱落したはずの反対給付請求権が復活してしまい、2つの法的救済が矛盾する。よって、解除と代償説による填補賠償請求は、相容れないと考えられる(日本の学説および判例については、前注3を参照)。ドイツでも、これが現在の通説であると目される(Beate Gsell, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, S. 645; MünchKomm/Wolfgang Ernst, BGB, 5. Aufl., 2007, § 325 Rn. 6; Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), Rn. 25ff.)。

損害賠償を請求したりして、反対給付請求権を脱落させることができるかどうか問題となる。反対給付が不可分であるときは、一部解除は不可能であるから、ここでの解除は、契約全部の解除である。これに対して、反対給付請求権が脱落するという立場では、いずれにせよ債務者が反対給付の履行を求めることはできず、債権者が反対給付を保持できる結果になる。この立場では、この結果が正当かどうか、つまり、場合によっては、債務者が金銭による補償と引き換えに債権者に対して反対給付の履行を求めることが認められないかが問題となる。

この点について、ドイツでは、2つの見解が存在する。

第1の見解によれば、債権者に優越的な有責性があるときは、債権者が反対給付を保持する利益よりも、債務者の利益が保護されなければならない。よって、債務者が反対給付の履行を求めるならば、債権者は、反対給付を履行しなければならない。ただし、債務者は、自らの有責性割合に相応する反対給付の価値を金銭で債権者に填補しなければならない。これに対して、債務者に優越的な有責性があるとき、または、両当事者の有責性が同程度であるときは、債権者が反対給付を保持する利益が保護されなければならない。ただし、債権者は、自らの有責性割合に対応する反対給付の価値を債務者に対して金銭で填補しなければならない。ファウストやシュヴァルツェがこのような方向を支持する。これは、割合的な解決が難しい場面において、有責性の大小に応じて法的効果を決定する単純な解決である。

第2の見解によれば、債権者と債務者の有責性の大きさは関係なく、債権者は、常に反対給付を全部保持することができる。ただし、債権者は、自己の有責性に対応する反対給付の価値を金銭で補償しなければならない。カナーリスやグゼルは、このような結論を、次のように正当化する。すなわち、債権者は、もともと金銭ではない給付と引き換えに特定の反対給付を約束した以上、債権者のその主観的等価性を維持するためには、反対給付を保持する利益を債権者のために保護する必要がある。ここでの主観的等価性原理は、給付と反対

給付との間の価値関係が尊重されなければならないという意味ではなく、各当事者が給付を約束した目的、つまり、反対給付を現実手に入れることと引き換えに給付を約束したことが尊重されなければならないという意味で使われている。カナリスは、前者の意味での主観的等価性原理をその変形 (Abwandlung) であるとして等価性維持原理 (Prinzip der Äquivalenzwahrung) とよび、後者の意味でのそれを主観的等価性原理の第一義的な発現形態 (primäre Erscheinungsform) であるとする。¹⁵¹そこで、以下では、後者を第一義的な主観的等価性原理とよぶことにする。

③債務者が反対給付の受領を拒絶することの可否

債務者が反対給付の受領を拒絶できるかどうかは、次のような形で問題となる。すなわち、債権者が反対給付の履行を望んでいるのに対して、債務者がそれを受領して自己の有責性割合に相応する価値賠償を債権者にすることを望んでいないときに、債権者が代償説にもとづく損害賠償を請求できるかどうかである。代償説によるときは、反対給付請求権が維持されるからである。¹⁵²

この点について、ドイツでは、考え方が3つに分かれている。

第1は、反対給付が不可分であるがゆえに割合的な調整が不可能であるため、いずれの当事者の有責性が優越的であるのかに応じて、代償説による損害賠償の可否を決定する見解である。ファウストがこの見解を支持する。これによれば、

151 Canaris, a. a. O. (Fn. 86), S. 154.

152 BGB326条1項により反対給付請求権が脱落するという立場においては、そもそも代償説による損害賠償が認められるかどうかの問題となる。というのは、代償説によると、BGB326条1項により脱落したはずの反対給付請求権が復活する結果となるからである。この点について、反対給付請求権脱落説を主張するカナリスが代償説による損害賠償を認めていることは、前述したとおりである。

さらに、両当事者の責めに帰すべき事由による不能以外でBGB326条1項が適用される一般的な場合についてみると、学説は分かれている (代償説による損害賠償を否定する見解として、MünchKomm/Ernst, a. a. O. (Fn. 150), § 326 Rn. 14; Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O. (Fn. 87), § 325 Rn. 6など。肯定する見解として、AnwaltKommentar/Dauner-Lieb, a. a. O. (Fn. 97), § 283 Rn. 15; Staudinger/Otto, a. a. O. (Fn. 15), § 326 Rn. B6など)。代償説による損害賠償を肯定する見解が多数説と目される。

この問題は、給付に代わる損害賠償と解除との併存を認めるBGB325条との関係もあり、債務法改正後の解釈論上の争点の1つを形成している。よって、詳細な検討が必要であり、本稿では、この問題にこれ以上立ち入ることができない。

債務者の有責性が優越するとき、または、両当事者の有責性の程度が同じときは、債権者が反対給付を履行する利益が保護されなければならない、代償説による損害賠償が肯定される。債権者の有責性が優越するときは、債務者が反対給付の履行を受けない利益が保護されなければならない、それが否定される。いずれの場合にも、反対給付を取得する当事者は、相手方に対して、自己の有責性割合に対応する価値を金銭で補償しなければならない。

第2は、代償説による損害賠償を肯定する見解である。反対給付の受領を拒絶できない債務者は、反対給付を受領したうえで、自己の有責性に相応する価値を金銭で補償しなければならない。フーバーやグゼルがこの方向を支持する。その理由について、フーバーは、債権者には反対給付を履行することに利益がある場合が存在し、かつ、債権者に選択権を与えたとしても、債務者のすべき金銭補償は、債務者の責任割合の範囲に限られるから、債務者にとって不当でないとする。

第3は、代償説による損害賠償を否定する見解である。反対給付を保持する債権者は、自己の有責性に対応する部分の価値を金銭で補償しなければならない。カナリスは、ここでも第一義的な主観的等価性を援用し、反対給付を獲得することと引き換えに金銭でない他の目的物を引き渡すことを意図していた債務者の主観的等価性を尊重すべきであるとする。

④結論

以上のように、反対給付が不可分であるときは、債権者が反対給付を保持することの可否および債務者が反対給付の受領を拒絶することの可否が問題となる。前者は、反対給付請求権の「債権者」がどこまで履行請求権を貫徹できるのかという履行請求権の限界の問題として位置づけることができ、後者は、反対給付請求権の「債務者」がどこまで債務の現実の履行に固執できるのかという問題とみることができる。

この問題について、管見のかぎり、日本法ではこれまで議論されていない。ドイツにおいては、(1) 両当事者の有責性の大小に着目する見解、(2) 金銭的

補償による割合的解決に着目する見解、(3) 第一義的な主観的等価性に着目する見解の3つがあり、それぞれに結論が異なる。また、不能の範疇を度外視すれば、(1) と (2) の見解は、反対給付が不可分であるときに常に妥当しうののに対して、(3) の見解は、交換契約のように、双務契約上の両給付が金銭債務でないときに常に妥当しう。この点に関するドイツ法の議論は、それぞれの正当化理論が日本法に適合的かどうかをさらに検討する必要があるものの、日本法の解釈論を組み立てる際に、考慮に入れられるべきだろう。

第3節 残された課題

ここまで、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能においていかなる法的効果が認められるべきかについて、ドイツ法を比較法の素材としながら、検討してきた。本稿に残された課題は少なくない。まず、両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能という障害類型がいかなる場合に認められるのかは、十分に明らかとはいえない。本稿では、そのような障害類型があることを前提として、その法的効果に焦点をあててきた。この問題は、債権者の責めに帰すべき事由の意味や過失相殺における過失の意味とも関連していると推測される所であり、さらに検討する必要がある。次に、履行不能以外の不履行における法的効果についても、検討する必要がある。たしかに、本稿の検討結果は、不能以外の不履行の法的効果を検討する際にも、一定の視点を提供するはずである。しかし、とりわけ、近時の契約責任学説が、不能や遅滞といった障害類型を前面に押し出した履行障害体系よりも本旨不履行という統一的な履行障害体系の優位性を強調している点を考慮すれば、その点を検討する必要性は残されているといえる。さらに、債権者側の事情による債務者の履行障害の横断的考察という観点からは、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能という隣接領域について、そこにおける債権者の帰責事由の意味と法的効果の基礎づけを中心に、日本法およびドイツ法の立法過程にまで遡った検討を進める必要があるだろう。

* 本研究は、科学研究費補助金(課題番号20508402)の成果の一部である。

