

# 私法規律の構造（3）「債権契約の終わり方」の規律 （一）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2015-05-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 伊藤, 進 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/17253">http://hdl.handle.net/10291/17253</a>

【論 説】

## 私法規律の構造 3

### —— 「債権契約の終わり方」の規律 (一) ——

伊 藤 進

#### 目 次

##### 問題意識

- 1 法定解除による契約の終わり方の規律
  - i 法定解除による契約の終わり方の規律構造
  - ii 法定解除による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係
  - iii 法定解除による契約の終わり方と対第三者
  - iv 法定解除による契約の終わり方と片務無償契約
- 2 契約成立後の履行不能による契約の終わり方の規律
  - i 契約成立後の履行不能による契約の終わり方の規律構造
  - ii 契約成立後の履行不能による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係  
(以下次号)

#### 問題意識

「始めれば終わりあり」。これは、世の常である。債権契約についても「契約の始め方」の規律、すなわち契約の成立に係わる規律とともに、「契約の終わり方」の規律、すなわち契約の終了に係わる規律も必須である。そこで、契約法理に係わる議論をながめてみると、「契約の始め方」については契約の成立だけではなく契約締結上の過失や熱度論にみられるような契約交渉過程などについて相当の議論がみられる。これに対して「契約の終り方」については、「正面からのまとまった議論」が見られない。

もっとも、契約の解除については、相当の議論がみられる。石田(稔)も体系書

で解除と契約の解消、清算の関係をやや詳しく論述する<sup>(1)</sup>。このような契約の解除は契約の終わり方の一態様にすぎない。このような解除による契約の終わり方の検討のみでは十分でないことは明らかである。山田は「契約からの脱退」<sup>(2)</sup>の観点から、契約が一たん成立した以上、契約関係からの脱退（離脱）を認めるべきでないと言われてきた。しかし、いかなる契約であれ、契約関係からの脱退を全く認めないとするのがよいかどうかには問題がある。この問題は個々の契約の問題として論ずるだけでなく、契約一般の問題として論じていくことができるし、また論ずる必要があるとして、「きわめて試論的」と断って、議論を展開する。このような「契約からの脱退」の検討は契約の終了の問題にとって極めて重要である。しかし、そこでは、どのような場合に「契約からの脱退」を認めるのかという、契約の終わり方の規律に当たっての要件論の検討の必要性を強調するものにすぎない。そして、このような契約の終わり方についての要件論からの検討は、個別契約については相当論議されてきている。残された課題は、このような個別契約についての契約の終わり方の要件論議を総合的に整序、分析して、その規律方程式を探索することである。

ところで、契約の終わり方の規律方程式の探索に当たっては、どのようにして契約を終らせるかという効果論の検討も不可欠である。これは、契約の始め方における契約交渉過程論や契約効果の熟度論に対比するところの契約終了過程論、あるいは契約効果の衰退論ともいべき検討である。もっとも、かかる契約の終わり方の効果論の観点に立つてみると、契約は債権関係を発生させる法律要件であるとする、契約が成立しその契約内容に対応した契約債権関係が発生すれば、契約は目的を達成したことになる。「契約は、これで終わる」とすれば、「契約の終わり方」について、これ以上に論ずることはない。その後は、契約から生じた債権債務の束としての契約債権関係の問題として規律すればよいことになる。「契約の終わり方」について「正面からのまとまった議論」のないのも、もっともということになる。

しかし、そうであるとしても、継続的契約では、継続的に契約債権関係が存続し続けることが要素とされている。このため、契約が成立したというだけでなく、その契約の目的を達成するために契約が存続していることを観念することが必要である。そうだとすると、この存続する契約の終わりをどうするかという規律が必要になる。民法典では賃貸借（617条）、雇用（627条）、委任（653条）などの継

続的契約では「契約の終了」として規定しているのは、このためであろうか。これに対して、民法典では契約通則では「解除」（540条以下）について、個別契約についてみても一時的契約（民法561条、562条1項、563条2項、566条など）でも、継続的契約（民法607条、610条、612条、625条3項、628条、651条1項など）でも「解除」ないし「解約告知」についても規定する。これも「契約の終わり方」の一態様と思われるが、「契約が成立しその契約内容に対応した契約債権関係が発生すれば、契約は目的を達成して」「契約は終わる」とみることと、どのように関係づければよいのかとの疑問が残る。

さらには、このような「解除」ないし「解約告知」による「契約の終わり方」は民法典で規定されている「契約の終了」と異なるものなのかについての疑問も残る。末川によれば、ローマ法では「契約の廃棄」は認められていなかったが、後期ローマ法では「無名契約として、不履行の場合に債権者たる当事者が契約を廃棄し得る旨を約する従たる契約」が行われることによって発達したとされている<sup>(3)</sup>。ドイツ普通法でも、解除の制度は広汎には認められず、ローマ法から伝えられた失権約款が認められていた程度といわれている<sup>(4)</sup>。このように、今日では、「契約の終わり方」に係わる最も重要な制度とみられている「解除」ないし「解約告知」は、近代民法に至って導入されたようであるが、特に「法律事実としての契約の目的の達成」や民法典で規定している「契約の終了」との関係はどのように整理されたものであったのかも問題となる。

なおさらに、契約の取消が観念されている。契約は成立し契約債権関係は発生することを前提とした上で、「契約債権関係が遡及的に消滅する」とするのではなく、民法121条は「初めから無効であったものとみなす」と定め、「契約の効力が遡及的になかったことになる」とするものようである。そして、このような「契約の成立自体の欠陥や事情」による場合の規律としては、契約の成立のところで規律するだけで済みそうである。現に、わが民法は、法律行為の成立に関する規律のところで規定を設けている。しかし、これも、現象的には、契約の終らせ方の一態様ともみることができる。このことからすると、「契約の終わり方」としての視点に立ってみた場合、取消は「契約の法律要件レベルの欠缺」に注目した契約の終わり方の規律とすることができる。そこで、このような場合と「解除」ないし「解約告知」、あるいは「契約の終了」と、どのような関係にあるのかが問題となる<sup>(5)</sup>。

契約理論では、契約が成立して、契約内容に対応した契約債権関係が発生して、契約の目的が達成されたようにみえる後も、「契約の拘束力」が観念されている。この「契約の拘束力」の根拠についてはいろいろと議論されている<sup>(6)</sup>。ここでは、その議論に踏み込むことを留保するが、山本は、その機能について、国家が『契約をした以上、それを守らなければならない』というルールを承認して、契約に法的な拘束力を認めるのは、契約を強制的に実現するためである」とみる<sup>(7)</sup>。このようにみると、契約は、契約の目的の実現のため、その手段として、その内容に適合した契約債権関係を発生させるだけでは終わるものではなく、その契約の目的を実現させるところまで保障するという法制度ということになる。そうだとすると、この「契約の目的を実現させるところまで保障する力」の終了、すなわち「契約の拘束力の終了」を観念することが必要になる。この「契約の拘束力の終了」は、「解除」ないし「解約告知」、あるいは「契約の終了」とは、どのような関係にあるのか、これで「契約は終わる」とみるのかも問題となる。なお、山田は、「契約からの脱退」の問題は「契約の拘束力」をウラからみたもので、いかなる契約の履行を強制するかが契約法の中心課題とされているのと同様に意義のあるものである<sup>(8)</sup>と捉えている。そして、山田は、ギルモア<sup>(9)</sup>の「契約の成立が自由で安易（イージー）なアプローチ（easy-in）は、明らかに契約解消ないし免除について自由で、安易（イージー）なアプローチ（easy-out）と手をとりあっている-逆もまた真なり（注・成立が厳格であれば契約解消ないし免除も厳格=hard-in/hard-out）」との言葉を紹介し、この方式で日本法についてみると「わが国では一般に契約の拘束力が弱いとされ、契約からの脱退は、それほど難しいとは考えられていなかった」関係にあったと指摘する<sup>(10)</sup>。たしかに、山田がいうように、契約の終らせ方は当該「契約の拘束力」をどこまで認めるかの問題として捉える必要のあることは確かである。しかし、契約の終わり方の検討に当っては、これまでもみてきたように、もう一方の規律の側面である契約債権関係の消滅をも視野に入れることも必要である。

このようにみえてくると、「契約の終わり方」の規律にあったては、法律要件としての「契約」の消滅、解消の規律（「契約の消滅、解消型」規律と呼ぶ）と、それに伴う契約から発生した「契約債権関係の消滅」についての規律（「債権関係の消滅、解消型」規律と呼ぶ）と「契約の目的を実現させるところまで保障する力」の観点に立っての「契約の拘束力からの解放、離脱」についての規律（「契約の拘束力か

らの解放、離脱型」規律と呼ぶ) という規律の三重構造が浮かび上がってくる。

なお、「契約の終わり方」の典型とみられる契約の解除についてみると、我妻は「契約が締結された後に、その一方の当事者の意思表示によって、契約関係を遡及的に解消し、まだ履行されていない債務は履行する必要がないものとし、すでに履行されたものがあるときは、お互いに返還することにして、法律関係を清算することである」<sup>(11)</sup>、「解除によって、契約ははじめから存在しなかったと同様の効果を生ずる。すなわち、契約は遡及的に法律要件たる効力を失う」<sup>(12)</sup>とし、山下は「契約当事者に認められた解除権の行使によって、契約の法律要件としての価値を失わせ、契約がはじめから締結されなかったのと同様な状態を回復せしめるものである」<sup>(13)</sup>とし、石田（穰）は「契約関係を解消し契約がなかったことにする契約の清算制度である」<sup>(14)</sup>としているように、「契約自体が存在しなかったと同様に清算する法制度と解しているのが一般的である。また伊藤は、「解除は契約がはじめから為されなかったのと同じ効果を生ぜしめる」としながら、やや観点を改めて「すなわち契約締結以前の状態に当事者の関係を復帰させることであると一般に解されているが、このことは契約が債権関係を発生させる原因—すなわち法律要件—として有していた法律上の価値を法律上遡及的に失しなわしめるというのであって、一旦成立した契約という現象及びそれに伴って生じた財産上の変動などを一挙に抹消し去るというのではない」とみる<sup>(15)</sup>。さらに、山下は「解除は双務有償契約における債務不履行責任の追及手段として原契約関係をまきもどし（Rückabwicklung）、契約が成されなかった原状を回復するものである」<sup>(16)</sup>とみる。これらは、解除による契約の終わり方に当っての効果論に係わる議論であるが、そこでの議論は、解除を、法律要件としての契約の消滅、解消として規律する（「契約の消滅・解消型」規律と称する）か、それとも契約から発生した「契約債権関係の消滅」として規律（「契約債権関係の消滅・変換型」規律と称する）するのかの議論に帰着する。そうだとすると、これらの議論は、取消のような「契約の法律事実レベルでの欠缺」による契約の終わり方としての規律（「法律事実の欠缺型」規律と称する）、あるいは「契約の拘束力からの解放・離脱」としての規律（「契約の拘束力の解放・離脱型」と称する）とは、どのように関係するのかが問題となる。

さらには、石田（穰）は、起草者は、清算にも便利であることと第三者の保護にも役立つとの理由から、解除により契約関係が当然かつ遡及的に消滅するのではな

く、解除の時点で当事者が原状回復の債権法上の義務を負担すると考えていたようである<sup>(17)</sup>と指摘した上で、「原状回復の債権法上の義務を認め、発生・変更・消滅した権利が当事者の行為によってはじめて元に復帰するとか未履行債務が同様にしてはじめて消滅するとかいうのは迂遠であり、多くの場合、当事者間の清算の便利とはいえない。解除の結果当然に権利が元に復帰するとするか未履行債務が消滅するとした方が多くの場合当事者間の清算に便利であり」、「第三者の保護と当事者間の法律関係をどうするかは別の問題である」して反論されている<sup>(18)</sup>。この対立は、当事者の清算の便利や第三者の保護の議論に歪曲されるべき問題ではない。解除によって「契約を終らせる」場合の規律の仕方に係わる根本的問題とみるべきである。起草者の立場は、起草者自身、それを認識していたかどうかは定かではないが、法定解除による「契約の終わり方」としては「契約の拘束力からの開放・離脱型」として規律するのが妥当とするのに対して、石田（穰）をはじめ通説的見解は「契約の消滅・解消型」として規律するのが妥当とするものではないかと思われる。これに対して、解除によって契約が消滅、解消するのではなく、新しい原状回復が生ずるとする間接効果説や折衷説、契約から生じた契約関係が原状回復債権関係に変換するとする債権関係変換説は、解除を契約自体に影響を与えるものとして規律するのは適切でないとするものと思われる。そうだとすると、このような「契約債権関係」にのみ注目することと、契約の終らせ方の規律とはどのように関係するのか問題となる。また、双務契約における履行不能の場合を危険負担として規律する場合、さらには契約債権関係から生ずる債務の消滅について規定する消滅時効などの諸制度も「契約債権関係」のみに注目したものであることからすると、同様の問題が生ずる。そこで、契約の終わり方の規律について検討する場合、このような「契約債権関係の変換、消滅」にのみ注目した規律（「契約債権関係の変換・消滅型」規律と呼ぶ）をも視野に入れて検討する必要があるものと思われる。

本稿では以上のような問題意識の下で、「法律要件としての契約の消滅、解消」に係わるとされる法制度、「契約の拘束力からの解放、離脱」に係わるとされる法制度、及び「契約から生じた契約債権関係の変換、消滅」に係わるとされる法制度を、「契約の終わり方」の視点から概観し、「契約の終わり方」の規律についての課題をみることにする。とくに、契約の終わり方の要件論を視野に入れながら、これまで余り視野に入れなかったと思われる効果論に重点を置きながら検討する。か

かる検討は、これまで解除の法的構成につき「木をみて森をみない」かのような解釈論争、その結果においては実務上、何ら異ならないような解釈論争<sup>(19)</sup>に一石を投げかけるものではないかと思われる。さらに、このような「契約の終わり方」の規律の準則、あるいは方程式を探究することによって、従来の「契約の終わり方」の解釈論に留まらず、民法（債権関係）改正の議論において、無効、取消、解除を既履行給付の巻き戻しとしては基本的には異なるものではないとして規律するとの提案（要綱仮案第5—1）<sup>(20)</sup>、危険負担制度を廃止し契約解除に一元化するとの提案（要綱仮案第13—1、2）<sup>(21)</sup>、債務者の帰責事由を必要とすることなく債務不履行（給付障害）のみで法定解除を認めるとの提案（要綱仮案第12—1）<sup>(22)</sup>、買戻し特約による解除では返還しなければならない金銭の範囲を当事者の合意で定めることができるとする提案（要綱仮案第30—11）<sup>(23)</sup>など「契約の終わり方」の規律につきかなり大きな改正提案がなされている時期において、それらの提案は「契約の終わり方」の規律として妥当なものであるのかどうかを検討するための物差しを提供できるものと考えている。

なお、本稿の掲載に当っては、民法（債権関係）改正の要綱仮案が公表されこともあって、契約の終わり方の規律に当って重要と思われる要綱仮案に関係するものから掲載することにした。このため、若干、検討の順序としては、順不同になっていることをお許し願いたい。

#### 注

- (1) 石田穰・民法V（契約法）（青林書院新社・1982年）94頁以下。
- (2) 山田卓生「契約からの脱退」遠藤浩・林良平・水本浩監修・現代契約法大系第2巻（有斐閣・1984年）198頁以下。
- (3) 末川博・契約総論（弘文堂書房・1932年）191頁。
- (4) 末川・前掲書191頁。なお、末川は、この失権約款を約定解除権とみている。
- (5) 取消と解除の関係につき検討したものとして、山下末人「取消・解除に於ける原状回復義務」法学論叢61巻5号99頁以下がある。
- (6) 石田喜久夫「契約の拘束力」遠藤浩・林良平・水本浩監修・現代契約法大系第1巻（有斐閣・1983年）88頁、星野英一「現代における契約」民法論集第三巻（有斐閣・1981年）20頁以下、来栖三郎・契約法（有斐閣・1977年）9頁、49頁。
- (7) 山本敬三・民法講義IV-1（契約）（有斐閣・2005年）15頁
- (8) 山田・前掲199頁、220頁。
- (9) G. Girmor, *The Death of Contract* p.48 1974（山田・前掲220頁参照）。
- (10) 山田・前掲220頁。
- (11) 我妻栄・債権各論上巻（岩波書店・1954年）129頁。



- (12) 我妻・前掲書（上巻）146 頁、188 頁。
- (13) 谷口知平＝五十嵐清編・補訂版新版注釈民法(3)（有斐閣・2006 年）872 頁（山下末人）。
- (14) 石田（穰）・前掲書 75 頁。
- (15) 伊藤律男「解除の効力一週及効・原状回復義務・損害賠償一」松阪佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生記念論文（有斐閣・1962 年）350 頁。
- (16) 山下末人「契約解除における原状回復義務と不当利得」谷口知平教授還暦記念（有斐閣・1971 年）139 頁。
- (17) 法典調査会・民法議事速記録 25 巻 108 頁以下、民法修正案理由書 544 条。
- (18) 石田（穰）・前掲書 95 頁。
- (19) 山中は、直接効果説、間接効果説、折衷説の解除の理論構成において、これほどへだたりがあるにもかかわらず、解除により原状回復の債権関係が発生することなどに関しては、三説の間に異論がない（山中康雄「解除論（一）」法学志林 48 巻 2 号 5 頁）としている。
- (20) 民法（債権関係）部会資料 66A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1) 36 頁。
- (21) 民法（債権関係）部会資料 68B・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のとりまとめに向けた検討(5) 1 頁以下。
- (22) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(3) 20 頁以下。
- (23) 民法（債権関係）部会資料 75A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(9) 32 頁。

## 1 法定解除による契約の終わり方の規律

### i 法定解除による契約の終わり方の規律構造

契約成立後、当該契約に基づいて形成された契約債権関係に債務不履行があった場合、民法は債務不履行責任としての損害賠償請求を認める（民法 415 条）一方で、債務不履行を理由として契約を解除できると法定（法定解除）している（541 条、542 条、543 条）。民法（債権関係）改正要綱仮案では、法定解除＝債務不履行解除とみているようである（第 12—1）<sup>(1)</sup>。このことから、法定解除は債務不履行を理由とする契約の終わり方の規律とみることができる。そして、今日では、契約の終わり方の規律としては、この法定解除が主要な役割を果たしていることは周知のところである。なお、この法定解除の効果としては、相手方が原状回復義務を負い（545 条 1 項本文）、損害賠償請求も妨げない（545 条 3 項）と定める。このことから法定解除は、どのような規律構成になっているのか、それは原状回復義

務や損害賠償請求を根拠づけることになるのかにつき従来から議論されてきている。これを概説すると以下のようである。

直接効果説は「契約の遡及的消滅・契約債権関係の遡及的消滅・未履行債務当然消滅・既履行債務は不当利得返還・その返還範囲は原状回復に拡張」と構成するものである。すなわち、解除によって契約は当初からなされなかったのと同様の効果が生じ、契約に基づく債権関係は遡及的に消滅し、その結果、未履行債務は当然に消滅し、既履行債務は目的消滅により不当利得として返還請求できるが、その範囲は原状回復に拡張されているとみる<sup>(2)</sup>。この直接効果説は、ドイツ民法第一草案427条で「契約当事者が相互に契約が締結されなかった場合のように権利を得、義務を負う」と規定し、その理由書で契約債権関係を消滅させることに直接向けられているのではなく、契約上の債権関係は消滅しないとしていた<sup>(3)</sup>のに対して、エルトマンが解除権を約定し実際意思表示した者は、例外なく、それによって契約から脱しようとの観念を持つ、当事者意思を正しく評価していない<sup>(4)</sup>として批判して展開し、ドイツで支配的見解となった直接効果説に依拠するものであるといわれている。そして、わが国でも、この直接効果説が、これまでは支配的見解<sup>(5)</sup>とされ、また判例も、これに依拠している。この直接効果説は、法定解除を「契約の消滅、解消型」として規律するのが妥当とするものといえる。

間接効果説は「契約不消滅・契約債権関係存続・原状回復債権関係発生し併存・既履行債務原状回復・未履行債務抗弁権発生」と構成するものである。すなわち、法定解除されても契約は消滅せず、契約債権関係は有効に存続し、それと別個に、原状回復債権関係が発生し、契約債権関係と併存する。また契約債権関係に基づく作用を阻止するため未履行債務では履行を拒みうる抗弁権が生じ、既履行債務については新たな返還請求権が生ずる<sup>(6)</sup>とみる。前述のドイツ民法第一草案427条が、このような規律構成に依拠したものといわれている。ただ、わが国では、山中によれば、これまで歴史的意義をもっているが、まったくとるにたりないもの<sup>(7)</sup>と評され、支持するものはなかったといわれている<sup>(8)</sup>。しかし、今日では、間接効果説を妥当とする見解もみられる<sup>(9)</sup>。さらに、近時、山下が「解除は直接効果説のいうように契約の消滅自体を目的とするのではない。双務契約における債務不履行責任として、有効に成立している契約の正方向での展開を阻止（否定）し、そのまきもどしを目指すものである」<sup>(10)</sup>として間接効果説に近似する見解も展開

されるなど、見直されつつある。

折衷説は「契約将来的消滅・未履行債務当然消滅・既履行債務新たな返還請求権成立」と構成するものである。すなわち、解除は一般に将来に向かって効力が生ずる。契約債権関係が将来的に消滅し、そのあとで、右回復債権関係が発生する<sup>(11)</sup>。このことから、未履行債務は当然に消滅し、既履行債務については新たな返還請求権が成立する<sup>(12)</sup>とみる。わが民法の起草者も、解除により契約関係が当然かつ遡及的に消滅するのではなく、解除の時点で当事者が原状回復の債権法上の義務を負担するとみていたといわれている<sup>(13)</sup>。そして、少数ではあるが、これを支持する見解もみられた<sup>(14)</sup>。

債権関係転換説は「契約不消滅・契約債権関係は原状回復債権関係に変換・未履行債務は既履行債務に転換・契約目的実現利益は債務不履行損害賠償で実現・契約債権関係消滅」と構成するものである。すなわち、解除によって契約債権関係は消滅しない。その契約債権関係は原状回復債権関係に変換し、未履行債務は既履行債務に転換し、契約債権関係から転換した原状回復債権関係が履行され、債務不履行にもとづく損害賠償債権が実現することによって、はじめて契約債権関係は消滅する<sup>(15)</sup>とみる。そして、契約債権関係が原状回復債権関係に転換する理由として「一方の給付につき債務不履行があり、はじめからまったく履行がされなかったのであるから、他方の反対給付についても、すでに履行済みのものについては、はじめからまったく履行がなされなかったのとおなじ状態に、すなわち履行がなされる以前の原状に、回復させるのでなければ、両給付間の実現における等価的均衡がたもてない」<sup>(16)</sup>として、双方的債権関係における両給付の等価的均衡に求めている。このような債権関係転換説は、わが国では少数である<sup>(17)</sup>。しかし、ドイツでは、契約商議から「債権的有機体」ないし「債権的枠関係」が形成され、それが具体的契約により「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」が形成し、法定解除によって具体的契約によって形成された「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」が原状回復債権関係へと変化し、「債権的有機体」ないし「債権的枠関係」は存続するとみる見解<sup>(18)</sup>と近似する。そして、北村は、ドイツにおける支配的学説は直接効果—不遡及—内容変更という立場が選択されていると指摘する<sup>(19)</sup>。また、木村は直接効果説には解除条件の痕跡がなお残っていたが、ドイツの新しい通説により、解除条件との関係がふっきれ、解除の解釈に無理がなくなったとおも

うとして、直接効果説との決別を宣言する<sup>(20)</sup>。このような直接効果説との決別を宣言するのが妥当とする見解は、法定解除を「契約債権関係の変換、消滅型」として規律するのが妥当とするものである。しかし、例えば、一方は給付を行ったが不完全であったことから、他方が法定解除した場合、不完全給付の変換、消滅で説明することができるのか疑問である。とくに債権関係変換説では、どのような債権関係に変換するのか。このような不完全給付が完全な既履行債務に変換するとはいえないのではないだろうか。直接効果説、間接効果説及び折衷説のいずれも法定解除の効果としての原状回復を根拠づけることができなかつた<sup>(21)</sup>ことから、債権関係転換説が展開されて、ドイツでは新しい学説が支配的になってきたようである。また、債権関係転換説は解除の効果とされる損害賠償請求を債務不履行にもとづく損害賠償と捉え、これをも根拠づけられる<sup>(22)</sup>とするものである。

しかし、今日における法定解除による契約の終わり方の規律<sup>(23)</sup>として、近時、有力となりつつある債権関係転換説を初め、従来の支配的見解とされてきた直接効果説や、ドイツ民法第一草案が前提とした間接効果説、さらには折衷説などの規律構成が適切なものといえるかどうか再考する必要があるだろうか。ドイツ民法では、債務不履行を事由とする法定解除は、約定解除とともに、解除条件付法律行為に代わって創設されたものといわれている<sup>(24)</sup>。そこでは、まず約定解除につき規定し、法定解除では、これを準用するとされた。法定解除の効果としての原状回復も、解除条件付法律行為に代わって、まず制度化された約定解除の効果に関する規定の類推による結果である。このことから、債務不履行を事由とする法定解除は、沿革的には、解除条件の約定（いわば約定解除権の留保）としてできてきたともいわれている<sup>(25)</sup>。フランス民法では、双務契約では、一方の当事者が債務を履行しないときは解消されるという解除条件が、黙示になされているものとみなすと規定（1184条）し、債務不履行を事由とする契約の終わり方としては、解除条件付法律行為の規律によっている。しかし、今日では、債務不履行を事由とする法定解除は、解除条件や解除条件に代わって創設された約定解除を陵駕し、契約の終わり方の中核となっている。そこで、法定解除が創設された沿革に囚われることなく、現在において、債務不履行を事由として、法定によって解除が認められるのは何故かという法定解除の目的、機能を探究し、この法定解除の目的、機能との関係からみて法定解除によつての契約の終わり方の規律のためには、どのように構成す

るのが適切かの観点から再考し直す必要があると思われるからである。

まず、債務不履行と法定解除との関係についてみると、ドイツ民法では双務契約での有責履行不能（325条1項1文）と履行遅滞で相当期間催告後（326条1項1文）の場合、債権者は賠償請求か契約の解除を選択的に与えられると法定している。これは法定解除は、有責債務不履行の場合の損害賠償責任と並ぶ責任とみているものといえる。わが国では、債務不履行責任の定め（民法415条）と債務不履行を事由とする契約の解除（民法541条～民法543条）とは別々に規定している。このため規定の体裁からは、ドイツ民法のように法定解除を債務不履行責任の一類型とみることは、直ちにはできない。しかし、民法541条及び民法542条は、民法543条と異なり、債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものである場合には法定解除は認められないとする旨を明記していないが、伝統的には、民法541条及び民法542条による場合も債務不履行につき債務者の責めに帰すべき事由によるものでないときは、法定解除はできないと解されてきた<sup>(26)</sup>。これが、従来の通説的見解であったといえる<sup>(27)</sup>。このことからすると、これまでの支配的見解では、ドイツ民法と同様に、法定解除を有責債務不履行責任の一類型として位置づけられてきたといえる。これらのことから、法定解除の目的、役割の一は、「契約を履行しなかった相手方に制裁を加える」<sup>(28)</sup> こと、あるいは「債務不履行責任としてのサンクション」<sup>(29)</sup> であるとする見解がみられた。しかし、今日、法定解除を、このような債務不履行責任の範疇において位置づけてよいか疑問である。また、その目的、役割として「回復機能」（ゼツケル）<sup>(30)</sup> や「契約がなかったことにする契約の清算」<sup>(31)</sup> にあるとみる見解もみられる。この見解は法定解除の効果として原状回復義務が生ずるとしていることと結び付く。しかし、それは、法定解除の結果としての作用であって、債務不履行があると何故、解除を認めると法定したのかに答えるものではない。そこで、従来から、法定解除は「解除した者が自己の債務を免れることに、本質的な特色」がある<sup>(32)</sup> とか、解除者を契約の拘束力から開放し自由にする<sup>(33)</sup> ことなど、契約からの解放機能（ゼツケル）<sup>(34)</sup> が第一次目的とされてきた。判例は、法定解除は「契約の要素をなす債務の履行のないために、該契約をなした目的を達成することができない場合を救済するため」<sup>(35)</sup> とするが、その救済にはさまざまな手法が考えられるなかで、法定解除の解放機能に注目したものといえよう。そして、民法（債権関係）改

正要綱仮案では履行遅滞による解除の要件として債務者の帰責事由を要件としない旨を提案（第12—1）<sup>(36)</sup>し、履行不能による解除については民法543条後段を削除することを提案（第13—1）<sup>(37)</sup>している。その理由としては、債務不履行による解除の制度は、債務不履行の責任を追及するための制度ではない。債務者に対して当該契約の拘束力からの解放を認めるための制度であると考えられる。債務者に対して損害賠償の責任を追及するのが相当でない場合であっても、債権者に対して契約の拘束力からの解放を認めるべき事情がある以上は、債務不履行による解除を認めるべきであるからだと説明されている<sup>(38)</sup>。このように法定解除を債務不履行による損害賠償の制度から切り離して純化させる提案は現代の取引社会に適合するものと評価できる。そして、このような純化は、債務者の責めに帰すことのできない履行遅滞の場合に解除できないとすると損害賠償もできないことから代替取引をしても自己の負担となるから必要であるとする<sup>(39)</sup>。しかし、これだけでは、債務不履行による損害賠償責任から切り離して、有責債務不履行の場合をも含めて、法定解除を認める理由として充分とはいえない。

それは、現代取引社会における双務有償取引システムに求めることができよう。双務有償取引では一方の給付と反対給付は等価的交換関係にある。それにもかかわらず双務有償契約から生じた契約債権関係は相互に関係のないものとして別個独立の債権として規律されている（私法規律の個別性）。このことから、一方の給付義務に不履行があっても、反対給付義務には何ら影響を及ぼさない。ただ、一方の給付義務の不履行が有責である場合には、それによる損害を賠償請求できるのみである。この場合も反対給付義務は存続する。一方の給付義務の不履行が無責や不可抗力による場合には損害賠償の請求も認められないのに反対給付義務が存続することになる。これでは、双務有償取引が等価的交換関係にあることと齟齬が生ずる。そこで、民法は一方の給付義務と反対給付義務は牽連にあるものとして規律している。このことから、例えば履行の段階では相手方が双務契約に基づく一方の給付をしない場合には、他方も反対給付を拒否できると法定している（同時履行の抗弁権）。債務不履行を事由として法定解除を認めると法定するのも、このような双務有償取引における等価的交換関係に注目した牽連関係を根拠とするものとみるのが妥当と思われる。木村は、シュトルは、フランスの解除の訴えも、不履行の事実のみで、有責・無責・不可抗力を問わない。それは、双務契約における給付と反

対給付との等価交換的均衡維持の観念に解除を基礎づけるからであるとみていると紹介している<sup>(40)</sup>。山中も債権関係変換説の根拠づけとして双務的債権関係における等価的交換関係を強調する<sup>(41)</sup>。前述の私見は、この山中の見解から多大の示唆を得たものではあるが、債務不履行を事由とする法定解除が法定される根拠を双務有償取引における等価的交換関係に求めるもので基本的な差異がある。そこで、私見の立場からすると、双務有償契約から生じた一方の給付義務が履行されない場合に、その事由の如何を問わず、他方が反対給付義務から解放できるとするのが法定解除の目的、役割ということになる。このため、法定解除による契約の終わり方の規律に当っての構成も、このような法定解除の目的、役割に適合するものでなければならないことになる。

そこで、まず、法定解除の規律に当って、法定解除されると当該契約は解消するのかどうか、当該契約から発生した契約債権関係も消滅するのかどうか議論されてきた。要約すると、いわゆる直接効果か間接効果ないし折衷説かの議論ではあるが、その議論は単なる二者択一的のものではなく、ニュアンスの異なる多様な見解がみられた。直接効果説は、法定解除によって契約は解消し、契約債権関係も消滅すると構成する。法定解除は「契約が債権関係を発生させる原因一すなわち法律要件一としての法律上の価値を失わせること」にあるからだともみているのが一般的である<sup>(42)</sup>。ただ、石田（稜）は、法定解除により契約関係の観念的な解消・清算と現実的な解消・清算（原状回復義務）とを観念できるとし、観念的な解消・清算において、解除により当事者の行為を必要とすることなく契約関係が解消・消滅すると説明している<sup>(43)</sup>。このような法定解除によって契約の法律要件としての価値を失わせることの結果として、契約は解消し、その契約により発生した契約債権関係も消滅とする見解は、後述するように解除条件や約定解除による契約の終わり方の規律のための構成を継承するものである。しかし、現代取引社会における法定解除は、解除を認めなかったローマ法において例外的に認められた解除条件や約定解除とは、その目的、役割は全く異なるものであることは前述した。このことからすると、法定解除による契約の終わり方のための構成としては、解除条件や約定解除から決別する必要がある<sup>(44)</sup>といい、木村も、特に、このことを強調する<sup>(45)</sup>。また、有責債務不履行に限らず無責債務不履行の場合をも含めて債務不履行があったというだけで双務契約における等価的交換関係の観点から他方の反対給付義務

から解放するだけにすぎない法定解除の法的構成として、契約の法律要件としての価値まで否定し、ひいては契約債権関係まで消滅させるとするのは過剰な構成の仕方と思われるし、双務契約における法定解除の目的、役割に適合した適切な構成とはいえないのではないと思われる。このことは、間接効果説にあって将来にわたって契約が消滅するとする見解にも通ずることである。

これに対して、法定解除は契約自体を解消するものではないとする見解についてみると、間接効果説は、法定解除によって契約は解消されないし、契約債権関係そのものは消滅しないが、契約債権関係に基づく作用を阻止し、一方で新たな原状回復債権関係が発生し、契約債権関係と併存すると構成する。「契約債権関係に基づく作用を阻止する」とは、どのような法的効果が生ずることを意味するものなのかは明らかにされていないが、契約自体は解消するものではなく、その結果契約債権関係も存続するものの、その契約債権関係の作用において影響があると構成している点は注目される。山下は、「有効に成立している契約の正方向での展開を阻止（否定）し、そのまきもどしを目指すもの」と構成する。したがって、原契約はまきもどし関係において存続する<sup>(46)</sup>とみる。これは、法定解除によっても原契約は解消することなく存続するが、「まきもどし関係」を実現することを内容とした契約として存続するとみるものと推察される。もし、そうだとすると、法定解除により原契約の内容が「まきもどし」のための債権関係に変更することになる。法定で、そのような変更をみとめてよいのかどうか問題となる。現代取引社会においては、法定解除の認められるのは、双務契約においては一方に債務不履行があった場合、他方の反対給付義務から解放するためであるにすぎないとみるのが妥当だとすると、他方の反対給付義務からの解放を認めるのに、何故、そのように構成しなければならないのかの疑問と共に、その構成にはやや奇異さえ感じられる。もっとも、山中は、双方向的債権関係における両給付の等価的均衡の志向の実現方式として、一つは両給付を履行の方向において等価的均衡を維持させる積極的方式と、二つは両給付をあたかもはじめから履行されなかったとおなじ状態の実現という方向において実現させる消極方式があり、解除は後者である<sup>(47)</sup>とみている。約定解除はともかく法定解除に限ってみれば、山中の指摘するように、解除は等価的均衡を実現するための消極方式とみることができる。しかし、法定解除を等価的均衡を実現するための消極方式であるとみても、法定解除により原契約の内容が「まき



もどし」のための債権関係に変更されることになる」とみる構成とは結び付くものではない。そこで、山中は、解除により、原契約は解消されるものではなく、そのことから原契約上の契約債権関係も存続するが、解除の場面での等価的均衡を実現するために、原状回復債権関係に変形すると構成する<sup>(48)</sup>。また、ドイツでも、法定解除により、契約は解消されないとしたうえで、契約商議によって形成された「債権的有機体」ないし「債権的枠関係」が、具体的契約によって「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」を形成し、法定解除によって「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」が原状回復債権関係へと変化し、「債権的有機体」ないし「債権的枠関係」は存続すると構成する見解<sup>(49)</sup>が支配的であるとされている<sup>(50)</sup>。山中見解は、このようなドイツの支配的見解に近似するものではあるが、ドイツの支配的見解は契約商議の範疇のなかで「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」が原状回復債権関係に変形するとしているのに対し、中山は契約から生じた契約債権関係が原状回復債権関係に変形するとみる「裸の変形」と構成する点で異なるところがある。このような「裸の変形」では、つまるところは原契約の内容を変形させることになる。このことは、山下が、原契約の内容が「まきもどし」のための債権関係に変更されると構成することについての疑問と同様の疑問が生ずることになる。また、中山は、契約債権関係は原状回復債権関係に変形した後でも存続すると構成するものであるが、論理的にみて、何故、存続しつづけられるのか疑問である。契約債権関係は原状回復債権関係に変形し消滅とするのが素直ではないだろうか。山中説において契約債権関係を原状回復債権関係に変形した後、存続させると構成する必要性は、どこにあるのであろうか。これに対して、ドイツの支配的見解では、契約商議の範疇での具体的契約により生じた「債権関係」ないし「給付関係ないし契約関係」の原状回復債権関係への変形と構成するものであることから、その後も契約商議は存続するとみても論理的には齟齬するものではない。しかし、これに与するには、契約理論において契約商議を観念する必要があるのかという極めて根本的な検討が必要となる。ここでは、その余裕がないのでドイツでの支配的見解に対する評価を留保するものであるが、契約商議の範疇のなかでの法定解除による変形と構成することは、法定解除を契約商議という当事者の意思作用の延長線上で捉えようとするもののように推察される。もし、そうだとすると、当事者の意思作用とは関係なく、一方の給付義務について債務不履行が

ある場合、他方の反対給付義務を解放するために「法定」により認める法定解除の制度とは、その構成の仕方において基本的に異なることになるのではないと思われる。また、一方の給付義務について債務不履行がある場合、他方の反対給付義務を解放するための法定解除による契約の終わり方の規律として、このような複雑な構成をする必要があるのかとの疑問も生ずる。さらには、法定解除により原契約には何ら影響はないとするのは何故なのかについては、何ら説明されていない。このことからすると、このような契約債権関係が変形するとする見解は、法定解除の効果としての原状回復を根拠づけることにのみ力点を置いた構成ではないだろうか。それは法定解除の規律の構成としては本末転倒である。なお、民法（債権関係）改正中間試案においては、契約の解除の効果として「(1)当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする」（中間試案第11・3(1)）旨を定めると提案する<sup>(51)</sup>。そして、この定めは、民法（債権関係）改正中間試案における補足説明では、「いわゆる直接効果説と間接効果説の対立に関して特定の立場を探るものではない」としている<sup>(52)</sup>。しかし、立法は政策の問題であるのかも知れないが、法定解除によって原契約を消滅させるのかどうか、消滅させないとしても何らかの影響があるとみるのかどうかの検討を抜きにして法定解除の効果のみを規定するというのは論理なき政策立法というほかないのではないだろうか。

このことからすると、法定解除による契約の終わり方の規律の構成に当っては、前述したように法定解除により原契約は解消されるとする直接効果説は妥当でないとしても、まず原契約自体に何らの影響もないとみてよいかどうかにつき検討すべきではないかと思われる。かかる観点に立ってみると、契約の終わり方の二重構造に注目する必要があるようである。契約の終わり方の規律に当って、法律要件としての「契約」という観点に立っての契約から発生した契約債権関係を消滅させるものとしての規律では、直接効果説のように契約が解消し、その結果として契約債権関係が消滅すると構成しなければならないが、「契約の目的を実現させるところまで保障する力」の観点に立っての「契約の拘束力からの解放、離脱」として規律する場合は、契約自体は存続し契約債権関係も消滅しないが、契約の拘束力が失われるものとして構成することが可能となる。石田（穰）が法定解除は解除者を契約の拘束力から解放し自由にするものであると指摘していること<sup>(53)</sup>、現代の取引

社会に対応させるためであるとして検討されている民法（債権関係）の改正検討においても、債務不履行を事由とする法定解除は「契約の拘束力から解放する制度であると理解した上で、いかなる要件の下であれば契約の拘束力からの解放が正当化されるかを正面から問題にすべきである」し、それは「国際的な立法の動向（義務の不履行が重大な契約違反（国際物品売買契約に関する国際連合条約 49 条(1)(a)、64 条(1)(a)、「不履行が重大なとき」ヨーロッパ契約法 9:301 条、ユニドロウ国際商契約原則第 7、3、1(1)）としているが、有責を要件としていない。）にも合致している」との立場に立っている<sup>(54)</sup> こととも一致する。そこで、かかる立場からすると、法定解除は契約の拘束力を失わせる制度として構成するのが妥当ということになる。法定解除による契約の終わり方の規律としては、法定解除によって契約自体は解消されない。当事者の意思によって法律要件としての契約自体の解消を留保するものとみられる約定解除とは決定的に異なるところである。ただ、法定解除によって当該契約の拘束力が失われ、「契約の目的を実現させるところまで保障する力」が失われることから、契約債権関係も存続するものの、その契約債権関係のうちの契約の目的を実現するため法的手段である債権、債務は法的には保障されない状態になる<sup>(55)</sup> と構成するのが妥当ということになる。

## ii 法定解除による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

法定解除の効果として、民法 545 条 1 項本文は「各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う」と規定している。そこで、法定解除によって何故、原状回復義務が生ずるのかについての根拠づけにつき議論されてきた。そのことを前提として、具体的に既履行債務、未履行債務はどのように扱われるのかにつき検討されてきた。

直接効果説では、法定解除は法律要件としての契約を解消させる制度であり、その消滅は契約成立の時点に遡及すると構成する。法定解除によって法律要件としての契約ははじめからなかったことになる。この結果、当該契約から生じた契約債権関係も遡及的に消滅する。そこで、契約債権関係のうちの未履行債務は遡及的に存在しなかったことになる。既履行債務については債務が存在していなかったのに履行が行われ、相手方が利得を得ている状態になるとみて不当利得規律により処理すべきであるとみる。この関係は取消と同質とみる。ただ、一般的な不当利得規

律では、既履行部分の返還の範囲は、現存利益に限られるのに対して、民法545条1項本文では、その特則として原状回復に拡張したものであると構成する。これに対して、直接効果説では契約の遡及的消滅を根拠としているが、原状回復の債権関係の発生を十分に根拠づけられていないと批判されている<sup>(56)</sup>。不当利得規律の側からみて、解除による原状回復は不当利得の一類型である双方向的な給付利得返還請求権であることに注目して現存利益の返還ではなく原状回復の関係が成立するとする見解がみられる<sup>(57)</sup>。これに対して、山下は、このようにみるには、原契約を消滅させて、その結果原契約と無関係の不当利得返還関係を成立するとみるのではなく、原契約に規定された給付のまきもどしを内容とした不当利得関係が成立するといわなければならないのではないか<sup>(58)</sup>として、法定解除による契約の遡及的消滅を根拠としては原状回復債権関係は根拠づけられないと指摘する。そこで、山下は、解除は、直接効果説のいうように契約の消滅自体を目的とするものではないが、解除により原契約は、まきもどし関係において存続し、まきもどし関係である限り、不当利得法理が貫徹されるが、解除の債務不履行責任性に規定されて特殊な原状回復という目的に修正された形で貫徹するとみる<sup>(59)</sup>。山下は、契約の遡及的消滅では根拠づけられない不当利得法理を貫徹するものとしての原状回復を、原契約は存続するとし、そのまきもどし関係における債務不履行責任性によって根拠づけようとするものであるが、それは、現代の取引社会においては法定解除と債務不履行責任とは別個の規律領域として規律するのが妥当とする立場からは受け入れられない根拠づけということになる。間接効果説では、原契約は存続し契約債権関係も消滅しないことを前提として、既履行債務については新たな返還請求権が生じるとし、その根拠は示されていないが、それは「法定」によるとして一応説明できないわけではない。問題は、法定解除によって、何故、そのような新たな返還請求権が生ずると「法定」したかである。それよりも未履行債務については履行を拒みうる抗弁権が生ずるとみるわけであるが、極めて技巧的である。そこで、折衷説は法定解除の効果は遡及するものではないが将来的に原契約を解消させるものであるから、未履行債務は当然に消滅すると構成する。この未履行債務についての構成は、法定解除の効果としては素直である。しかしながら既履行債務については新たな返還請求権が成立するとすることについては、間接効果説と同様に、何故、そのように新たな返還請求権が成立すると「法定」できるのかについては説明され

ていない。債権関係変換説も、そのニュアンスは異なるものの、法定解除によって原契約あるいは契約商議は解消されず、契約債権関係ないし「給付関係ないし契約関係」は遡及的には消滅しない<sup>(60)</sup>ことを前提として、原状回復債権関係は、原契約ないし契約商議から生じた契約債権関係ないし「給付関係ないし契約関係」が変換したものであるとして根拠づける。この結果、既履行債務が原状回復債権関係に変換するとみることについては成り立ち得ないわけではないが、未履行債務が既履行債務に転化して消滅する<sup>(61)</sup>という奇妙な変換を認めなければならないことになる。また、法定解除により何故、このような変換が生ずることになるのかについては明確ではない。もっとも、山中は、原状回復債権関係の発生の根拠は双方的債権関係における両側の給付間の等価的均衡実現の志向にあるとする<sup>(62)</sup>。そこで、このように双務有償契約における等価的均衡に求めるのであれば、契約債権関係が原状回復債権関係に変換することを強調する必要はない。正面から、双務有償契約においては、法定解除の場合に、等価的均衡を実現するために、法定解除の効果として原状回復債権関係が生ずるものと「法定」したものであるとみただけで充分である。それにもかかわらず、債権関係の変換に拘っているのは、原契約ないし契約商議の時点での当事者の意思作用にも根拠を求めているからではないかと推察される。しかし、法定解除は、当事者の意思によって解除権を留保する約定解除と異なり、法定された要件によって認められるだけでなく、法定解除の効果も「法定」により定められるものであるとすると原契約ないし契約商議における当事者の意思作用に拘る必要はない。法定解除は双務有償契約において一方の給付義務に債務不履行があった場合、他方を反対給付義務から解放するために、契約の拘束力を失わせるための法制度であることに適合する効果を法定してよいものといえる。かかる観点に立ってみると、法定解除も契約の終わり方の規律の一つであることから、法定解除されると契約自体に何らかの影響が及ぶものとして規律するのが素直である。そこで、双務有償契約では契約自体は解消されないが、契約の拘束力が失われるとみるのが妥当とみた。そして、契約自体は解消されるものではないから、契約から生じた契約債権関係も有効に存続する。この結果、法定解除前に行った既履行は有効なものとして存続し、未履行債務も存続する。しかし、法定解除によって契約の拘束力が失われるということは、契約の目的実現の法的手段としての契約債権関係の実現を法的に保障しない状態にすることであり、このような状態になっ

でも、既履行債務の履行としての有効性や未履行債務の存続には影響がないとするのが妥当かが問題となる。そして、かりに、それを肯認すると、双務有償契約において、等価的交換関係にあることから、一方の給付義務に債務不履行があるだけで、他方を反対給付債務から解放するための法定解除の目的、役割は果たせないことになりかねない。そこで法定解除による双務有償契約の終わり方としては、法定解除により契約の拘束力は遡及的に失われるものとし、契約の目的実現のための法的手段としての契約債権関係の実現のための法的保障力も遡及的に消滅する。この結果、既履行債務については等価交換関係にある反対債権の実現が法的に保障されなくなることから、解除者から、既履行による給付を原状に復するよう請求できるという効果を「法定」したのが、民法545条1項本文であると解するのが妥当ということになる。それは既履行債務解除者の双務有償契約における等価的交換関係を志向するための法定の効果ともいえる。このことから民法（債権関係）改正素案で「当事者の一方が解除権を行使したときは・・・、その相手方を原状に復させる義務を負う」（第11—3(1)<sup>(63)</sup>）としているのは、双務有償契約に係わる法定解除に限定する限りでは適切な規律である。しかし、民法（債権関係）改正素案は、現行民法と同様が「各当事者」に原状に復させる義務を負うとしているのを踏襲する。このような既履行債務についての原状回復義務は、解除者の相手方のみの義務とすべきである。そこで、もし仮に、解除者が債務の本旨にしたがった給付でない給付を受け、あるいは一部給付を受けていたために、法定解除により受領した給付を返還しなければならなくなった場合は、原状回復ではなく、不当利得規律により原則として現存利益の返還にとどまるものと解すべきである。このような場合に、解除者に原状回復義務を負わすことは過大な負担となり、一方に給付義務の債務不履行があるだけで自己の給付義務を免れるために法定解除を認めるとする法定解除制度の目的、役割を阻害する恐れがあるからである。未履行債務については、未履行債務は存続するとして、それは法的には拘束されるものではない状態にある。これを自然債務として存続させることも考えられないわけではないが、双務有償契約における等価的交換関係を志向するとの観点から、未履行債務は消滅するかどうかの問題ではなく、未履行債務は消滅しないものの解除者はその履行につき法的拘束力を受けることがないものと法定するのが適切な規律といえる。

以上みてきたように、法定解除は一方の給付義務が不履行となった場合、双務有

債取引システムにおける等価的交換関係を貫徹するために、他方を反対給付から解放するため、契約の拘束力から解放することを本質とするものである。法定解除の効果が遡及するかどうかは本質的で一律的に定まる効果ではない。契約類型に対応して遡及させるのが等価的交換関係を志向することになるのかどうかにより判断すべきである。かかる観点に立ってみると、一時的契約では遡及効を認めるのが等価的交換関係の志向に叶い適切であることは前述したところである。また、このような契約の拘束力からの解放を遡及するものとみても、法定解除に伴う法律関係の複雑さをも回避できるものと思われる。これに対して、継続的契約が債務不履行を事由として法定解除された場合、契約の拘束力からの解放を遡及するとみるのが妥当か否かについては後述する<sup>(64)</sup>。

未履行債務については、現行法では、規定はみられないが解釈に委ねられている。この結果、直接効果説や折衷説では当然消滅すると解し、間接効果説や債権関係変換説では存続することを前提として、きわめて奇妙な構成が行われていることは前述した。ところが、民法（債権関係）改正中間試案では「その契約に基づく債務の履行を請求することができない」（中間試案第 11、3(3)）としていた。法定解除の未履行債務についての効果規定としては正鵠を得たものであった。しかし、その後、改正素案では、当事者の一方がその取消権を行使した場合の原状回復義務に関する規律<sup>(65)</sup>との平仄を合わせる観点から、このような規律は設けずに、引き続き解釈に委ねることにしたと説明されている。これは、法定解除の規律に当って、直接効果説の痕跡を残すものである。法定解除は取消による契約の終わり方の規律とは全く異なるものであることから、取消との平仄を考えるのは誤りである。中間試案に返って規定することが望まれる。

民法は、また、解除者から相手方に対する損害賠償の請求をも認めている（民法 545 条 3 項）。これについても、法定解除に認められている損害賠償とはどのようなものなのか、その損害賠償が認められる根拠づけについても議論されてきた。民法 545 条の定める損害賠償は、債務不履行によって生じた損害賠償と解するのが支配的見解である。このことを前提として、直接効果説は、法定解除によって原契約及び契約債権関係が遡及的に消滅するものとみても、法定解除前に生じていた債務不履行に基づく損害は消滅するものではなく、法定解除後も、このような損害の賠償を請求できるとするものであると解している。これに対して、法定解除によ

り原契約及び契約債権関係が遡及的に消滅するとみると、遡及的に債務がなかったことになるのに債務不履行による損害が残るとするのは論理的に矛盾ではないか<sup>(66)</sup>との反論がみられる。そこで、間接効果説は法定解除によって原契約及び契約債権関係は消滅しないで存続するとし、折衷説は将来的には消滅するものの法定解除の時点では契約債権関係は存続することから、契約債権関係上の債務不履行に基づく損害も残る。このことから、法定解除後も、解除者は、当然に、このように債務不履行に基づく損害を賠償することができるわけであるが、注意的に規定したに過ぎないと解する。債権関係変換説は、法定解除によって原契約及び契約債権関係は消滅しないので既履行債務は原状回復債権関係に変換するものの、契約債権関係上の一変形である債務不履行損害賠償債権関係はなんら影響をうけない<sup>(67)</sup>として根拠づけている。しかし、民法545条3項の損害賠償を債務不履行に基づく損害の賠償とみる限りでは、それを法定解除の効果として根拠づけるには、何らかの無理が感じられる。もっとも、民法（債権関係）改正素案でも、民法545条3項を維持するとしている（第11、3(4)）。そして、民法（債権関係）中間試案の時点では、「もっとも、債務不履行により契約の解除をしたことを履行に代わる損害賠償請求権の要件として明記することにより、同項は不要になるものとも考えられると解説する<sup>(68)</sup>。このことからすると、債務不履行に基づく損害賠償としての性質をもつものとして維持しているようである。しかし、民法（債権関係）の改正案では、債務不履行が有責であったか無責であったかを問わず法定解除できるとしている。そこで、ここでの損害賠償を債務不履行に基づく損害賠償であるとする、民法545条3項を維持する（第11、3(4)）ときは、無責債務不履行の場合には適用されない旨を明記することが必要となる。かかる無責債務不履行への適用の限界づけを設けないときは、債務不履行に基づく損害賠償請求は有責債務不履行の場合に限られ、無責債務不履行では認められないとする規律（中間試合第10、1(1)(2)）との整合性を欠くことになる。なお、民法（債権関係）中間試案における解説からすると、法定解除と債務不履行に基づく損害賠償請求とは両立しないとみているようにも推察される。いずれにしても、法定解除は債務不履行に基づく損害賠償請求規律とは関係なく、有責・無責に係わらず債務不履行を事由として契約を終らせるための規律として純化させるとの立場からすると民法545条3項を単純に維持することはできないものと思われる。



ところで、ドイツでは「双務契約当事者の一方が負担する給付がその責に帰すべき事由で不能になったときは、相手方は不履行にもとづく損害賠償を請求し、又は契約を解除する」(BGB325条1項1文)として、双務契約の不履行につき、債権者は契約解除権と損害賠償請求権とを択一的に与えられていた<sup>(69)</sup>にすぎない。そこで、ドイツ民法の解釈については、どの説をとるにかかわらず、「解除と損害賠償の不両立の原則」を認めていたとされている<sup>(70)</sup>。これは法定解除と債務不履行に基づく損害賠償は両立するものではないことを意味するものである。わが国は、石坂は、ドイツ民法における「解除と損害賠償の不両立の原則」は理論上正当<sup>(71)</sup>として、545条3項の損害賠償を「契約解除に因りて生ぜる損害」、すなわち「債権者が契約を解除せられることなく、完全に履行せらるる事を期待せるが故に受けたる損害賠償」で、信頼利益の賠償でもない<sup>(72)</sup>と解している。石田も同旨の立場に立つが、信頼利益の賠償と解し<sup>(73)</sup>、勝本も原状回復の不可能なる場合がありうるから、そのような場合に原状回復の実現のひとつの方法とみとめられると解している<sup>(74)</sup>。これらは、法定解除と債務不履行に基づく損害賠償とは規律領域が異なることを意味するものである。また、法定解除を有責債務不履行の場合にのみ認められる制度であると解してきた従来の支配的見解からすると法定解除の規律領域内に債務不履行に基づく損害賠償に関する規律を入れることは奇異なことではない。しかし、現代取引社会における法定解除は、一方の給付義務に不履行があった場合、双務有償取引システムの等価的交換関係の志向から、その債務不履行の有責・無責に係わらず、他方の反対給付義務を解放するため、原契約の拘束力を遡及的に失わせるものとして規律するのが妥当とする立場からすると、有責債務不履行責任の場合の損害賠償責任を法定解除の規律領域に入れ込むことは妥当でないことになる。平野も契約解除と損害賠償義務の関係について「契約解除による損害賠償義務説」と「債務不履行による損害賠償義務説」に分けて詳細に紹介し<sup>(75)</sup>、契約解除による損害賠償ではなく、双務契約の対価的牽連関係における債務不履行を解除という形での不履行を与えないようにする法益保障義務(注意義務)の違反を問題にすることができ、「解除により生ずる損害」賠償義務とみる<sup>(76)</sup>。三宅も双務契約の債務不履行解除は、双務契約の特殊性に応じた、不履行に対する当然の救済であり、交換を実現するという間接的な双務契約上の義務の違反に基づく損害が現れるのだから、両者は論理的に整合して、双務契約上の義務の

変形であると解し<sup>(77)</sup>、間接的な双務契約上の義務違反の賠償であるとみる<sup>(78)</sup>。これらの見解においても、民法545条3項が法定解除の場合でも損害賠償を請求できるとしたのは、債務不履行に基づく損害賠償ではない賠償責任を定めたものと解するのが素直ということになる。そのような損害賠償としては、勝本のように原状回復債権関係が履行されたとしても等価的交換関係が志向できない場合を損害として賠償請求するものであると考えることもできないわけではないが、そのような損害は原状回復債権関係上の損害として処理することができよう。そこで、考えられるのは原状回復債権関係が履行されてもなお残ると考えられる損害ということになる。それは、石坂のいう信頼利益の損害ではない双務有償契約による給付が「完全に履行せらるる事を期待せるが故に受けたる損害」あるいは、好美のいう「既履行給付の返還によっても『償われずに残ることがある債権者の利益』」<sup>(79)</sup>とみるのが妥当と思われる。法定解除の法定効果として、このような期待損害の賠償を認めるのが妥当かどうかは、立法政策上の問題である。現行法上は、これを認めるものと解釈すべきである。とくに、民法（債権関係）改正要綱仮案では、法定解除を有責、無責に係わらず一方に債務不履行があれば他方を契約の拘束力から解放するための制度とし、債務不履行責任規律とは区別されたものとして純化させている（第12—1）<sup>(80)</sup>その方向性は妥当と評価できるが、その一方で、民法545条3項を維持するとするのであれば、このような期待損害の賠償を法定効果として定めることの適否について検討する必要がある。そして、これを法定する場合は、単なる「損害賠償」とするだけではなく、その損害の内容を明記すること、とくに債務不履行に基づく損害賠償でないことを明記して、今後の解釈上の争いを回避するよう配慮する必要があると思われる。

なお、有責債務不履行を事由とする法定解除の場合については、債務不履行規律によって、債務不履行に基づく損害賠償のできるのはいうまでもない。規律領域の異なる法定解除規律によって、これを排除することのできないのは当然である。この意味でも、債務不履行に基づく損害賠償と法定解除の効果とは、異なる規律領域にあるということになる。

### iii 法定解除による契約の終わり方と対第三者

法定解除前に相手方が第三者に物権または債権の移転などの処分（以下、物権行

為と呼ぶ) をしている場合、その後、解除者が法定解除をすると、第三者が物権行為により取得した物権また債権を失うことになるのかが問題となる。すなわち、法定解除を対第三者との関係でどのように規律するかである。ドイツ民法のように物権行為の独自、無因性を認めるときは<sup>(81)</sup>、そこで、債権契約が法定解除されても、それだけでは物権行為には影響はないことを前提として規律すればよい。しかし、わが国の支配的見解のように物権行為の無因性を認めないときは、法定解除の影響を直接受ける。このことから、民法は法定解除によって「第三者の権利を害することができない」(民法 545 条 1 項ただし書) としている。これについて、直接効果説は法定解除により契約が遡及的に消滅することから、物権行為もはじめからなかったことになり物権または債権は解除者に復帰するのが原則である。すなわち、法定解除の効果は物権行為にも直接及び、第三者の権利は害されることとなる。同条によって第三者の権利には影響を与えないとしたものと解している。これは、同条は「詐欺による取消は、善意の第三者に対抗できない」(民法 96 条 3 項) とするのと同じことだと指摘とされている<sup>(82)</sup>。すなわち、詐欺取消の場合と同様に、善意第三者との関係では取消による契約の遡及的解消自体が制限されているものと解している。しかし、仮に直接効果説に立ったとしても、民法 545 条 1 項ただし書の規律構造を、このような詐欺取消の場合と同様とみてよいかは疑問である。民法 545 条 1 項ただし書は、直接効果説からすると法定解除の効果とされる不当利得規律の特則としての原状回復に際して、第三者の権利を害することができないとしているのであって、法定解除による契約の遡及的解消や契約債権関係の遡及的消滅を第三者に対抗できないと規律しているものではないからである。なお、直接効果説を前提として、これを修正する見解もみられる<sup>(83)</sup>。

そこで、山中は、このような、法定解除が、契約当事者間だけのことではなく、契約当事者以外の第三者にも効果をもつとするのは妥当ではない。法定解除は「意思表示の瑕疵もなく、行為能力の点にもならなく、かつ有効に成立した契約について、その後におこつた契約当事者の有責な債務不履行にもとづいて、なされるのであるから、ことからは契約当事者間だけのこととして処理せらるべき」であると批判する<sup>(84)</sup>。そこで、間接効果説や折衷説は法定解除の効果は遡及するものではなく、既履行債務も遡及的に消滅しないが、それが履行されなかった状態に巻き戻される。このため、相手方に移転していた物権ないし債権が解

除者に復帰するという復帰的物権変動が生じ、相手方と第三者間の物権変動と対抗関係に立つと解する。山中は、債権関係変換説の立場から、法定解除によって契約債権関係は原状回復債権関係に変換し、この原状回復債権関係にもとづいて相手方から解除者への復帰的物権変動が生じ<sup>(85)</sup>、相手方と第三者間の物権変動と対抗関係に立つと解するようである。このことから、民法545条1項ただし書は注意規定ということになる。しかし、法定解除によって原契約に何らの影響も生じないと規律すること、あるいは原契約が遡及的に消滅するものとして規律することは、妥当でないことは前述した。現代取引社会における法定解除の規律に当っては、原契約が存続するのか、消滅するのかの二者択一的選択ではなく、原契約は存続するがその契約の拘束力が遡及的に失われるものとして規律するが妥当とした。かかる観点に立ってみると、法定解除前の物権行為についても、無因性を認めない限り、物権契約の拘束力も遡及的に失われ、結果として、解除者が物権ないし債権が遡及的に復帰させることができると解される。これによって第三者の権利が害されることになることから、第三者の保護のために、特別に民法545条1項ただし書が設けられたものとみるのが妥当である。これは、取消によって契約は初めから無効とされることによる第三者保護とは異なる。また、山中が直接効果説に対しては、法定解除は契約当事者間の問題として処理すべきであるとの批判は、まさに正鵠を得たものといえるものの、法定解除による契約当事者間における契約の拘束力が遡及的に失われることの結果として、物権契約の拘束力も遡及的に失われ第三者に影響を及ぼすことになるのは物権行為の無因性を認めないことの結果であって、法定解除により契約の拘束力が遡及的に失われると規律することに起因するものではなく、その批判は当たらない。むしろ、わが国では、物権行為の無因性を認めないことから、法定解除の結果、物権行為にも影響が生じ、結果として法定解除の効果が第三者に及ぶこととなりかねないことから、民法545条1項ただし書を置くことを必須とするものとみることもできる。

#### iv 法定解除による契約の終わり方と片務無償契約

法定解除を、現代取引社会においては、双務有償契約において一方に給付義務の不履行がある場合、他方を反対給付義務から解放するために、他方を契約の拘束力から解放する制度として規律するのが妥当だとすると、片務無償契約における債務

不履行への援用の余地があるのかが問題となる。わが民法の契約の解除規定は、双務有償契約と片務無償契約の区別をしていないとするのが支配的見解とされている<sup>(86)</sup>。石田(稔)は、解除は主として双務契約に関して認められるが、片務契約についても否定する必要はない<sup>(87)</sup>とみる。これに対して、山中は、法定解除の規定は、等価的交換関係にある双務有償契約に解する制度であるから、無償の契約債権関係においては、解除による原状回復債権関係の発生ということは、全く問題となりえないとして、片務無償契約には適用すべきではないとする<sup>(88)</sup>。

片務無償契約では、一方当事者だけが給付義務を負い、他方は何ら給付義務を負っていない。そこで、一方の給付義務が不履行であったからといって、他方を給付義務から解放することを観念する必要はない。このことから、片務無償契約では、原則として、法定解除には基本的には馴染まないものとみるのが妥当である。そこで、片務無償契約の場合の債務不履行を事由とする契約の終わり方としては、片務無償契約自体の消長の問題としてではなく、片務無償契約から生じた契約債権関係のみに係わる問題として規律するのが妥当である。一方当事者だけの給付義務が有責債務不履行である場合は債務不履行に基づく損害賠償の問題としてのみ処理し<sup>(89)</sup>、その履行をもって契約債権関係は消滅する。無責債務不履行の場合は直ちに契約債権関係は消滅するものと規律するだけで充分である。

もっとも、負担付贈与のように他方当事者が負担を負っているような片務無償契約では、他方の負担を解放する必要はあると思われる。この場合は双務契約に関する規定を類推適用するのと同様の趣旨から、広い意味での法定解除は認められてよい。また、片務契約において義務を負担する一方が、相手方に不誠実がある場合に、自己の債務から解放されるために相手方との信頼関係の維持が困難になったことを事由とする解除を否定すべきではない<sup>(90)</sup>。この場合も、法定により解除権が発生するとする点では、広い意味での法定解除といえるが、等価的交換関係にある場合の債務不履行を事由とする法定解除とは異なるものとして規律するのが妥当と思われる。すなわち、解除権の発生要件については民法 541 条が適用されるものの、解除の効果として民法 545 条は適用されないものと解すべきである。そこで、このような法定解除の場合は、双務有償契約の法定解除のように、契約の拘束力を週及的に失わせる根拠とされる等価的交換関係の存在しないことから、契約の拘束力は将来的に失われるにすぎないことになる。この結果、未履行債務や負担

は将来的に消滅し、既履行債務は有効な給付として扱われることになる。契約の拘束力を遡及的に失われるものとして、既履行債務については、不当利得規律により処理することも考えられるが、これによると、かりに債務を負わない給付受領者に、解除までの間に利得が生じているときは、少なくとも現存利益の範囲において返還義務を負うことになる。これは結果として、無償の給付に対して給付受領者に  
出損を義務づける結果となり妥当とは思われない<sup>(91)</sup>。

## 注

- (1) 民法（債権関係）部会資料68A 民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台(3)25頁以下参照。
- (2) 山中康雄「解除論（一）」法学志林48巻2号4頁参照。
- (3) 北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開—BGB制定の前後から—」龍谷法学9巻1号62頁、63頁。
- (4) 木村常信「解除—直接効果説との決別」大阪産業大法学7巻1号71頁。
- (5) 末川博・契約総論（弘文堂書房・1932年）196頁、我妻栄・債権各論（上）（岩波書店・1954年）188頁以下、谷口知平＝五十嵐清編・補訂版新版注釈民法(3)（有斐閣・2006年）874頁（山下末人）など。
- (6) 山中・前掲（一）4頁参照、末川・前掲書196頁参照。
- (7) 山中康雄「解除論（二）」法学志林48巻3号31頁。
- (8) 山中・前掲（一）3頁。
- (9) 末弘巖太郎「解除の性質について」民法雑記帳下（日本評論社・1953年）12頁、幾代通＝鈴木祿弥＝広中俊雄・民法の基礎知識(1)（有斐閣・1964年）152頁（鈴木）。
- (10) 山下末人「契約解除における原状回復義務と不当利得」谷口知平教授還暦記念（有斐閣・1971年）139頁。
- (11) 山中・前掲（一）21頁参照。
- (12) 山中・前掲（一）4頁。
- (13) 石田穰・民法V（契約法）95頁。
- (14) 岡村玄治・債権法各論（巖松堂・1929年）146頁、水本浩「解除」新民法演習4（有斐閣・1968年）57頁など。
- (15) 山中・前掲（二）45頁。
- (16) 山中・前掲（二）47頁～48頁。
- (17) 山中・前掲（二）45頁以下、山中康雄「解除の効果」（総合判例研究叢書）（有斐閣・1961年）152頁以下。
- (18) 詳細は、シュトル解除論（木村・前掲16頁、35頁、北村・前掲85頁）、ポオルフ解除論（木村・前掲21頁、北村・前掲92頁）、ヘルホルツ解除論（北村・前掲83頁）参照。
- (19) 北村・前掲99頁～100頁。
- (20) 木村・前掲35頁。
- (21) 山中・前掲（一）22頁。
- (22) 山中・前掲（二）45頁。
- (23) なお、わが国では、法定解除の規律構成について、以上のような代表的な諸見解の他にも、多様な構成が展開されているが（これを整理したものとして、谷口＝五十嵐編・前掲

書 876 頁以下（山下）参照。）、本稿では検討を省略する。

- (24) 山中・前掲（総合判例研究叢書）143 頁～145 頁に詳しい。
- (25) 山中・前掲（総合判例研究叢書）145 頁。
- (26) 山下は、法定解除は双務契約における債務不履行責任としている（山中・前掲（総合判例研究叢書）139 頁参照）。
- (27) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台 (3)25 頁参照。
- (28) 石田（穰）・前掲書（V）75 頁。
- (29) 山下・前掲（谷口還暦記念）130 頁。
- (30) 北村・前掲 73 頁。
- (31) 石田（穰）・前掲書（V）75 頁。
- (32) 我妻・前掲書（上）135 頁。
- (33) 石田（穰）・前掲書（V）75 頁。
- (34) 北村・前掲 73 頁、好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩・林良平・水本浩監修・現代契約法大系第 2 卷（有斐閣・1984 年）181 頁。
- (35) 最判昭和 36・11・21 民集 15 卷 10 号 2507 頁。
- (36) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台 (3)20 頁以下。
- (37) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台 (3)27 頁。
- (38) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台 (3)25 頁。
- (39) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正についての要綱案のたたき台 (3)25 頁。
- (40) 木村・前掲 33 頁。
- (41) 山中・前掲（二）47 頁、同旨、山下・前掲（谷口還暦記念）129 頁。
- (42) 我妻・前掲書（上）188 頁、伊藤・前掲 336 頁、谷口＝五十嵐編・前掲書 793 頁（山下）。
- (43) 石田（穰）・前掲書 97 頁。
- (44) 山中は、「解除は解除条件の規範形式をすてることになった」と指摘する（山中・前掲（二）32 頁）。
- (45) 木村・前掲 35 頁。
- (46) 山下・前掲（谷口還暦記念）139 頁。
- (47) 山中・前掲（二）53 頁。
- (48) 山中・前掲（二）45 頁、47 頁、山中・前掲（総合判例研究叢書）152 頁～153 頁。
- (49) 詳細は、シュトル解除論（木村・前掲 16 頁、35 頁、北村・前掲 85 頁）。
- (50) 北村・前掲 99 頁。
- (51) もっとも、民法（債権関係）改正要綱仮案では、取消権を行使した場合の原状回復義務に関する規律（部会資料 66A 第 3、11 参照）との平仄から、このような規定を設けず、解釈に委ねるとしている。
- (52) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013 年）139 頁。
- (53) 石田（穰）・前掲書（V）75 頁。
- (54) 商事法務編・前掲書 136 頁。

- (55) 間接効果説では「債権関係そのものは消滅しないが、債権関係に基づく作用を阻止するに止まる」とする（山中・前掲（一）4頁参照）。この意味が、このようなものであるのかどうかの検討の余地がありそうである。
- (56) 山中・前掲（一）5頁、15頁。
- (57) 川村泰啓・商品交換法の体系上一私的所有と契約の法的保護のメカニズム（勁草書房・1967年）69頁。
- (58) 山中・前掲（総合判例研究叢書）135頁。
- (59) 山中・前掲（総合判例研究叢書）139頁。
- (60) 北村・前掲92頁。
- (61) 山中・前掲（総合判例研究叢書）152頁。
- (62) 山中・前掲（二）47頁。
- (63) 民法（債権関係）部会資料68A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台3）29頁。
- (64) 「解約告知による契約の終わり方」参照。
- (65) 民法（債権関係）部会資料66A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台1）第3、1参照。
- (66) 山中・前掲（一）7頁。
- (67) 山中・前掲（二）46頁。
- (68) 商事法務編・前掲書140頁。
- (69) 北村・前掲78頁。
- (70) 山中・前掲（一）7頁。
- (71) 石坂音四郎・日本民法第三篇債権第六卷（有斐閣・1916年）2328頁。
- (72) 石坂・前掲書2336頁。
- (73) 石田文次郎・財産法に於ける動的理論（巖松堂・1940年）553頁。
- (74) 勝本正晃・契約各論第一卷（有斐閣・1947年）60頁。
- (75) 平野裕之「契約解除と損害賠償義務（一）一売買契約をめぐる各論的考察をかねて」法律論叢69巻3・4・5合併号205頁以下参照。
- (76) 平野裕之「契約解除と損害賠償義務（三・完）一売買契約をめぐる各論的考察をかねて」法律論叢70巻1号175頁。
- (77) 三宅正男・契約法（総論）（青林書院新社・1983年）226頁。
- (78) 三宅・前掲書249頁。
- (79) 好美・前掲190頁。
- (80) 民法（債権関係）部会資料68A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台3）25頁、商事法務編・前掲書136頁。
- (81) 物権行為の独自性および無因説では、契約の遡及的消滅が生じても、物権変動の遡及的消滅は生じない。解除の効果が当然に第三者に及ばないとされている（木村・前掲26頁）。
- (82) 山中・前掲（総合判例研究叢書）162頁、木村・前掲26頁。
- (83) 近江・契約法（第三版）101頁参照が、本稿の目的は法定解除の効果が物権行為に直接影響を及ぼすものとして規律することの当否を検討するのが目的あることから、それらの見解の検討は、ここでは留保する。
- (84) 山中・前掲（一）18頁。
- (85) 山中・前掲（総合判例研究叢書）162頁。
- (86) 山下・前掲（谷口還暦記念）128頁。
- (87) 石田（稜）・前掲書（V）77頁。



- (88) 山中康雄「解除論（三完）」法学志林 49 卷 2 号 58 頁。なお、ドイツにおける片務契約への解除規定の適用についての議論の詳細は、萩原基裕「片務契約の終了-ドイツ法の状況を中心に-」法律行為研究会 2024・5・10 報告レジュメ参照。
- (89) 同旨、山中・前掲（三完）58 頁。
- (90) 東京地判平成 22・3・12 判例時報 2085 号 133 頁参照。
- (91) 萩原・前掲では、DCFR Ⅲ・3:511 条 3 項では、契約解除に関する規定中に、無償契約では原状回復が生じない旨を定めるとしているものと紹介するのも、同旨と思われる。

## 2 契約成立後の履行不能による契約の終わり方の規律

### i 契約成立後の履行不能による契約の終わり方の規律構造

民法は、契約成立後に債務の履行が不能になった場合（後発的不能）、契約を解除できるのが原則としている（543 条本文）。一方、債務者に帰責事由のない後発的不能の場合は、契約の解除を認めていない（543 条ただし書）。その上で、双務契約では、契約の存続することを前提として反対給付を存続させるか否かを問題とする危険負担で処理している（534 条～536 条）。以上の帰結として、結局、契約の拘束力から解放、離脱できるのは、債務者に帰責事由のある後発的不能の場合ということになる。この場合は、また、債務不履行責任も問えることになる（415 条後段）。このようにみえてくると、後発的不能への対応としては、契約の拘束力からの解放、離脱として規律するか、債権関係の消滅に係わる規律によるのか、入り組んだ関係がみられる。

ところで、後発的不能の生じた場合に、債務者の債務は消滅とするのが不文の規律とされている。これは、私権とは何かについては議論があるものの、一定の利益の享受を国家（法的）によって保障されていることであるとすると、利益の享受が不可能になった場合には、その原因は問わず、私権を存続させることは無意味となり、私権は当然に消滅するとして秩序づけるのが妥当という考えによるものと思われる。そこで、このような状態にある場合の法的処理をどう規律するかが問題になる。そのための規律が危険負担の制度ということになる。そうだとすると、債務者の帰責事由のあるなしにかかわらず、債務者の債務は当然消滅したものであることを前提として、規律する必要があったのではないと思われる。とくに、債務

者に帰責事由のある場合、債権者は解除の意思表示をしない限り、反対給付を免れないとするのは、債務者に帰責事由のない場合に比して均衡を失する。このようにみてくると債務者に帰責事由のある場合には債権者は当然に反対給付の履行を拒むことができるものの（危険負担）、解除しないと反対給付は消滅しないというのではなく解除によっても反対給付を消滅させることもできると規律したにすぎないものと解するのが妥当ということになる。

民法は、債務者に帰責事由のない場合の規律として、特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合（民法534条1項）、及び不特定物では特定した時から（民法534条2項）、債権者が危険を負うとしている。この規定については、かねてより立法論的批判が多い<sup>(1)</sup>。このため、当事者の意思解釈と同条の縮小解釈などにより適用範囲を狭くする解釈論が広く支持を得てきた。多数説は、民法534条1項の適用を債務者から債権者への対価危険の移転として捉えた上で、その危険移転時を契約時からそれよりも後の時点へと遅らせようとしてきている。現行法の解釈としてはやむを得ないであろう。このことによって、前2条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不法の場合には、債務者危険負担主義によるとしている民法536条1項の適用に近づけ、なお、536条2項は、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能については、債権者危険負担主義によるとする。これには、異論をみない。すなわち、契約成立後の履行不法による契約の終わり方としては、反対給付関係が消滅し、あるいは消滅しないものとして規律する。

これに対して、民法（債権関係）改正の中間試案では、後発的不能に関する民法534条、535条及び536条1項を削除し（第12、1）、その後発的不能が債務者の帰責事由によるものであるか否かを区別しないで、契約の通則では解除制度（契約の拘束力からの解放、離脱）に一元化すると提言する<sup>(2)</sup>。これは、債務不履行のあった場合には、債務者に帰責事由の有無にかかわらず、契約を解除できるとしたことと平仄を図るためであるとする。この結果、民法534条1項と2項を維持しないとする。また民法535条1項と2項は534条の特則であることから削除し、3項は債務不履行の一般原則と同じであって、規定の存在意義が乏しい。536条1項は「前二条に規定する場合」以外の場面を対象としていることから、この規定を適用して処理された実例が乏しく、判例等もすくないことと、536条1項を維持し

て、機能の重複する制度を併存させるよりも、解除に一元化して法制度を簡明にする方がすぐれているので削除する<sup>(3)</sup>とする。

その一方で、536条2項は維持し、契約通則で規定するとする(第12、2)。そして、中間試案では、債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとするとした上で(第12、2(1))、債務者は自己の債務を免れる場合であっても、反対給付の請求をすることができるものとするとしていた。その後、要綱仮案では、債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない(要綱仮案第13、2(2))とし、536条2項とは表現は若干異なるが、これを維持としている。この規定は、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には、債務者は反対給付を受ける権利を失わないとするもので、解除一元化には馴染まない反対債権を消滅させるものとするか否かに係わる規律を残そうとするものである。

また、賃貸借では賃借物の一部滅失等では、賃料は、その部分の割合に応じて、賃借人からの請求を待たずに当然に減額されるとし、民法611条1項を踏襲するだけでなく(第38、10(1))、賃借人の責めに帰すべき事由によるものであるときは、賃料は、減額されないとしていた(第38、10本文(1)第2文)。その後、民法(債権関係)要綱仮案では、賃借人の責めに帰することのできない事由によるものである場合に限られ(要綱仮案第33、10(1))、賃借人の責めに帰すべき事由による場合については削除するとする。賃借物が全部滅失した場合は、賃貸借は、終了するとする(第38、12)。これは判例法理<sup>(4)</sup>を明文化するものであるとしている<sup>(5)</sup>。その後の要綱仮案でも、この規定は踏襲している(第33、12)。これは、目的物の滅失により債権関係が消滅するとみるのと同様で、解除一元化には徹していない。

請負では、請負人が仕事を完成することができなかった場合であっても既にした仕事の成果が可分であり、かつ注文が利益を有するとき(第40、1(1)ア)、あるいは請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったとき(第40、1(1)イ)には、請負人が既にした仕事の報酬及び費用を請求できるとし、請負人が仕事を完成することができなくなった場合でも、注文者の責めに帰すべき事由によるものであるときは請負人は反対給付を請求することができる(第40、(3))。請負人の仕事の完成が不能となった原因によっては報酬の全部又は一部を請求できるこ

とすべき場合もあるとの考えに立って、本文1(1)アは判例法理<sup>(6)</sup>を踏まえたものであり<sup>(7)</sup>、本文1(1)イは注文者の支配領域において生じた原因による不能のリスクは注文者に帰責事由がないとしても請負人が現実に行った部分については報酬支払義務を負うという制度を新設するものであり<sup>(8)</sup>、本文(3)は注文者が受ける利益の限度において、報酬のみが請求できる（要綱仮案第35、1）とする。

委任では委任事務を処理することができなくなった場合には、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求できるとし（第41、(3)ア）、それに加えて、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払う場合であっても、成果が可分であり、かつ委任者が利益を有するとき（第41、(3)ア(ア)）、あるいは受任者が成果を完成するために必要な行為を受任者がしなかったときは、既にした履行の割合に応じて報酬を請求できるとし（第41、(3)ア(イ)）、委任者の責めに帰すべき事由によるときは、受任者は反対給付を請求することができるとする（第41、(3)ア）。本文ア柱書の第1文は現行民法648条3項の「責めに帰すべき事由によらずに」の部分削除して、委任が終了した原因が受任者の帰責事由によるものであるかどうかにかかわらず原則的な規律としては、受任者は既履行部分の割合に応じて報酬を請求することができるとするのが合理的との考えによるものと説明されている<sup>(9)</sup>。本文ア(ア)及び本文ア(イ)は請負と同旨であり、本文イは民法536条2項による従来の理解を前提に、委任に関する規律を維持するとされている<sup>(10)</sup>。その後、要綱仮案では、民法648条3項は現行民法と同様に委任者の責めに帰することのできない事由によって委任事務を処理することができない場合の規定に限定して既にした履行の割合に応じて報酬を請求できるとし（要綱仮案36、2(2)ア）、委任事務の処理により得られた成果に対して報酬を支払うことを約したときでも、委任者の責めに帰することのできない事由があっても、委任者が可分な部分の給付によって委任者が利益を受けるときに限り、利益の限度を報酬請求できると改めている（要綱仮案第36、2(2)イ）。

雇用では労働者が途中で履行することができなくなった場合には、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求できるとし（第42、1(1)）、使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は反対給付を請求できるとする（第42、1(2)）。本文(1)は委任についての民法648条3項に報酬請求権に関する規定が置かれていることから、雇用に関してもそのルールを条文上明確にすることが望ま

しいし<sup>(11)</sup>、雇用契約については、労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は具体的に発生しないという原則（ノーワーク・ノーペイの原則）が認められているが、判例<sup>(12)</sup>・通説は、民法 536 条 2 項を根拠として、使用者の責めに帰すべき事由により労務の履行が不能となった場合には、実際に労務をしなくても、具体的な報酬請求権が発生すると解しているのを、新たに設けるものとしている<sup>(13)</sup>。その後、要綱仮案では使用者の責めに帰することができない事由によって労働に従事することができなくなったときは、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求できると改められている（要綱仮案第 37、1）。

このように契約各則でも、中間試案では賃借物の一部滅失の場合、仕事を完成させることができなくなった場合、委任事務を処理することができなくなった場合あるいは労務に従事することができなくなった場合など履行が不能になった場合には、不能について帰責事由がないとしても、常に、既履行部分が減額され、あるいは報酬を請求することができないとしていたのを、要綱仮案では「債務者の責めに帰することができない事由」による場合に改めたこと、請負人が仕事を完成させるために必要な行為をしなかったことによる不能や、受任者が仕事を完成させるために必要な行為を委任者がしなかったことによる不能についての規定及び債権者の責めに帰すべき事由による不能の規定については要綱仮案では維持していない。このことからする契約通則では、債権者の責めに帰すべき事由による不能については民法 536 条 2 項を実質維持していることから、その必要はないものの、つまるところ「債務者の責めに帰することができない理由」による不能の場合についてのみに危険負担的特則を設けたにすぎないことになる。

それでいて、民法（債権関係）部会第 78 回会議では、民法 536 条 1 項の削除の是非につき議論されている。その提案理由の要点は、①民法 536 条 1 項を削除するという考えは、履行の不能によって債務者は本来の債務も填補賠償を債務も全て履行する必要がなくなっているのに、債権者は解除の意思表示をしなければ自己の反対給付を免れ定ないという帰結は公平を害すること、②履行の不能によって、契約関係から確実に解放されたい債権者は解除の意思表示をするのが通常であると思われるが、危険負担を廃止する必要もないこと、③危険負担による自動的な債務の消滅と、解除による債務の消滅とが併存することは、錯誤と瑕疵担保の追及のように考えると理論的に説明できないわけではないこと、④売買の目的物が一部不能

になった場合、危険負担による代金（対価）の一部消滅と、買主の売主に対する代金減額請求権、修補請求権、代物請求権、解除権との併存については、買主が修補請求や代物請求を選択した場合には、それに対応する部分の代金を支払わなければならないのは当然であるが、危険負担により債務の一部消滅をするのか買主の選択に委ねれば足りること、⑤危険負担に関する民法536条1項が適用される事案において、代償請求権の行使が認められていること、⑥継続的な契約に基づく債務の一部不能となった場合、その不能となった部分に対応する対価の支払義務のみを免れ、継続的な契約自体の効力は引き続き維持する必要があるときに、契約の解除では民法536条による反対給付の消滅を主張する方が合理的である場合があること、⑦解除権の不可分性によって解除が制限される場合、契約の解除ではなく、民法536条1項によって代金債務を免れる旨の主張をするほかない場合があり得ることなどである<sup>(14)</sup>。これについては、概ね学者側委員は、債務者の責めに帰すべき事由の有無にかかわらず、履行不能による解除を認めるという趣旨の新しい規律を導入するという提案にはコンセンサスが形成されていたはずであるのに、不自然に重複して、自動的に反対給付が消滅するという制度を併存させるのは、親切で平明な理解を与える民法の規律であるとは考えられないとか<sup>(15)</sup>、各論的に対応するような方策がすでに提案されているのに一般的を制度のレベルの危険負担制度をいれ、解除と併存させるということには賛成できないし、<sup>(16)</sup>、民法の論理としては理論的におかしいけれど、実務の実態に合うから併存させるという説明をされるつもりなのかとか<sup>(17)</sup>、この問題は二重効の問題とは異なるもので、解除と危険負担の二つを定めるというのはおかしいのではないかなど<sup>(18)</sup>と反対されている。これは、解除一元化を前提とした上、論理的整合性がとれないとする立場である。反対に概ね実務家委員は、履行不能に相当するような事案では、解除の意思表示をそれほど必須的に行っているとは言えないし、536条1項が現状そのような機能を果たしているとか<sup>(19)</sup>、危険負担を存置してほしいというのは、解除の仕組みが変わったので、そのことと論理的な整合性をどうかしたいということを問題にされているが、国民の声であり、軽々に無視できないのではないかなど<sup>(20)</sup>、継続供給契約の場合において、ある一回の供給が不履行になった場合に解除することだと、取引関係全体を清算することになるから、それはしたくないので、対価的な給付の部分についてのみ消滅させるという制度は、現実的なニーズがあるのではないかと

か<sup>(21)</sup>、ドイツ民法でも、中間試案と同じ、解除で一元化するという原案だったが、その後の審議の過程で危険負担と解除を併存させるものになったと理解しているが、債権者に危険負担の主張と、解除の主張の選択権を与えることによって、特に問題は生じていないのでは<sup>(22)</sup> など、論理的整合性はともかく併存を図るというものである。そして、実務家委員からは、民法 536 条を丸々削除するという方向で妥協するのは、現状ではかなり厳しく、危険負担制度を廃止するという「出発点まで蒸し返しになる危険性もはらんでいる」とも指摘されている<sup>(23)</sup>。

これらを受けて、事務当局からは、536 条 1 項は最低限残し、契約そのものを解除はしないけれども、約束は守らなくてもよい場面があってもよく、いわゆる終了原因としては、解除しなければ終了しないが、解除が好ましくないとき解除せずに、履行しなくてもいいという根拠を与えることはできないかとか<sup>(24)</sup>、さらに積極的に、実務対理論の対立構造になっていて、履行不能という要件で反対給付の消滅という同じ効果を導く制度が二重にあるのはおかしいということである。しかし、理論と実務ニーズをうまく調和させた提案として、要件は一緒であるが、効果については、従来の危険負担は反対債権の消滅であるけれども、履行拒絶という抗弁を出せるというのは、債権を消滅させないわけだから、効果が違うと説明できる。それを危険負担の変容と言うかどうか、従来の危険負担という制度とは別物で、同時履行の抗弁権に近い抗弁として、一方の債権が履行不能になっているときに反対債権について請求を迫られない、迫られたとしても、それを当然に拒めるという規律で、解除のほうは大胆に要件を変えたわけだから、それに伴って、危険負担に代わる抗弁の制度を設けるもので、これが認められれば、理論的な面で、理論上あり得ないという批判を浴びることにはならないのではないかと提案されている<sup>(25)</sup>。そこで要綱仮案では「当事者双方の責めに帰すことができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」(要綱仮案 13、2(1)) 規定が設けられることになった。

このような要綱仮案第 13 については、これによって危険負担は生き残って解除と両立することになった<sup>(26)</sup> とか、解除と危険負担との併存を認めつつ、危険負担の効果を反対債権の当然消滅(現行法)から債権者(すなわち、反対債権の債務者)の履行拒絶権の承認へと改変するという妥協案であり<sup>(27)</sup>、解除一元化モデルに与するものですが、解除一元化懐疑論の懸念にも応えようとしたものとして、評

価に値するものである<sup>(28)</sup>とか、解除と危険負担の併存を理論的に整理するのは難しいなどの反論があったが、結局、履行拒絶権の付与という妥当的な提案となり、皆が驚いたが、こういう法律構成を採用している国は知らない<sup>(29)</sup>などの見解がみられる。

しかし、債権者が、反対給付の履行を拒むことができるのは何故なのか。債権者の反対給付は消滅していないが、抗弁的に履行を拒むことができるにすぎないというだけで問題は残らないだろうか。要綱仮案では、「不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」（要綱仮案第10、1）との規定を新設するとしているが、これも単に債務者に、債権者に対して抗弁権が認められることの結果にすぎないとみているからであろうか。ここでは、不能によって債務者の債務は、当然、消滅することの結果であると解すべきではないだろうか。そうだとすると、この場合も、同時履行の抗弁権と異なり、反対給付は消滅していることになるので、債権者は履行を拒むことができると規律するのが素直ではないかと思われる。反対給付の履行請求が来たら履行拒絶できるという形で危険負担制度の実質を残すと履行拒絶説もあり得るということであるが、民法536条1項をそのまま残して危険負担制度を存置するという考えとは同じではないはずでもう少し細密に議論しておく必要があるといわれているのも同旨ではないかと思われる<sup>(30)</sup>。そこで、このように規律することは、解除一元化に馴染むものではないというのであれば、危険負担が問題になる場面での規律として、解除一元化を再考する必要があるものと思われる。学者側委員からは、解除制度によらず、危険負担で一本化することも理論的には考えられるとの意見もみられる<sup>(31)</sup>。とくに要綱仮案13、2では債務者の責めに帰することのできない事由により履行できない場合として、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能では、債権者は反対給付を拒むことができないとしている（要綱仮案13、2(2)）のと同様に、債権者の責めに帰することのできない履行不能では債権者は反対給付の履行を拒むことができるとするのは、民法536条1項の「前二条に規定する場合を除き」を削除して、債務者危険負担主義とするのと同様である。結果としては民法534条の債権者危険負担主義を改めるだけでよいのではないかと思われる。すなわち、後発的不能の場合の規律としては、契約の拘束力からの解放、離脱としての規律よりも、債務者の債務は当然、消滅するとして債権関係の消滅の問題として規律し、債務者の責めに帰することのできな



い事由による不能のうち、債務者の責めに帰することのできない事由による不能の場合は反対債権も消滅し債務者は履行の請求ができない（債務者危険負担主義）ものとし、債権者の責めに帰すべき事由による不能の場合は、債権者は反対給付の履行を拒むことができない（債権者危険負担主義）と規律するのが妥当である。そして、そのことを契約の通則で規定した上で、とくに、債務者危険負担主義が適用されると想定する個別の契約類型において、個別契約の特性に対応した危険負担処理を設けることにするのがよいと思われる。とくに、双務契約では、両債務が対価的牽連関係に立つことを考えると、相手方から給付を受けるので自分もなそうとし、自分が給付をするのを前提にして相手方から給付を受けることを期待する、という当事者の意思にも適合するものである<sup>(32)</sup>。そうだとすると、債権者危険負担主義とすることについて合理的理由のない限りは、債務者危険負担とするのが妥当ということになる。わが国では債権者危険負担主義の根拠づけとしては、立法は、利益説を採っていた<sup>(33)</sup>。そして、この規定の根拠づけを試みようとする学説は、特定物売買においては契約と同時に所有権が債権者に移転する点に求めたり<sup>(34)</sup>、このような所有者主義的説明に対して 534 条の規定は売主が所有権を留保している場合には適されるとするが立法者の見解であり<sup>(35)</sup>、通説もこれを肯定しているとの批判があった<sup>(36)</sup>。近時、債権者危険負担を根拠づけるに当って諸説が見られるものの、債権者危険負担主義を妥当とするものは見られない。債権者危険負担の適用回避に腐心するのみであるにすぎない<sup>(37)</sup> ことから債務者危険負担主義によるのが妥当ということになる。基本方針でも、民法 534 条を廃止して、536 条 1 項によるものとする方向もありうるとしている。この立場においては、所有権が（危険とともに）いつ移るかという理論構成ではなく、売主が契約上なすべきことをなしているか否かを問題として理論構成（義務論構成）が探られる。民法 536 条 1 項の債務者主義は、不能発生時には不履行であったために存続している債務の無責不能を検出し、牽連関係による消滅として、反対債権からの自動的解放を導くための義務論的構成の 1 つになるとし<sup>(38)</sup>、債務者危険負担構成の余地のあることを指摘している。また、解除一元化によるときは、債務者の履行不能の場合でも、債権者が契約を解除するまでは債権者は反対給付から解放されないことになる。その一方で、債務者の責めに帰することのできない事由による不能の場合、それが当事者双方の責めに帰することのできないときは債権者は、当然に反対給付

を拒むことができ、債権者の責めに帰することのできないときは債権者は、当然に反対給付を履行を拒むことができないという関係はどのように解すべきであろうか。理論的には前述したように、債権者は解除するまでは反対給付を免れることはできないものの、当事者双方の責めに帰することのできないときは反対給付は存続しても危険負担に代わる抗弁の制度（危険負担の変容、従来の危険負担とは別物）により反対給付の履行を拒むことができる（要綱仮案13、2(1)）と説明することができよう。そうだとすると、債権者の責めに帰するときも不能を理由に債権者は契約を解除して反対給付を免れることができるが、債権者は反対給付の履行を拒むことができなということになる（要綱仮案13、2(2)）。しかし、いずれも奇妙な関係ではある。要綱仮案第13、2の(1)及び(2)ともに、債務者の責めに帰することのできない不能の場合には、抗弁とはいえ、当然に、反対給付の履行を拒んだり、あるいは反対給付の履行を拒むことができなくなるとするものである。このことからすると、債務者の責めに帰することのできない不能の場合には、この規定の他に、解除によって反対給付から解放されたり、解除しても反対給付の履行からは免れない旨を定める意味がどこにあるのか疑問である。また、特に、実務的には536条1項は当然の前提とする解決が広くなされてきたということであるが、要綱仮案第13、2(1)で提案されているような意味で十分なものであるといえるかも疑問である。やはり、契約の解除を前提として組み立てることには無理があり、当事者双方の責めに帰することのできない不能の場合は債務者危険負担主義により、債権者の責めに帰すべき理由による不能の場合は債権者危険負担主義によるとして、危険負担制度によって反対給付の運命の問題として規律するのが妥当と思われる。ただ、その場合、債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合が若干問題となる。要綱仮案第10、1では不能であるときは債務者は債務の履行を請求できないが、要綱仮案第11、1では債務不履行として債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求できるとし、債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでないとし、債務者の責めに帰すべき事由による場合の免責を認めていない。そして、債務者の責めに帰すべき事由による不能の問題は反対債権を存続させるか否かに係わる規律でもないものであり、要綱仮案第10、1と要綱仮案第11、1の規律だけで十分であり、この場合も契約の解放として規律する必要はないものと思われる。

## ii 契約成立後の履行不能による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

現行民法では、契約成立後に履行が不能となった場合、債務は当然に消滅することを前提として規律されている。そして、片務契約では債務者の責めに帰することのできない事由による不能の場合は、債務は消滅したままである。債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合は、債務不履行として処理される。双務契約の場合も、この関係は同様である。ただ、双務契約の場合には、債務者の責めに帰することのできない事由による不能の場合、反対給付も消滅するのかが問題となる。これを危険負担制度と規律してきた。基本的には、特定物の設定、移転では債権者危険負担とし（民法 534 条 1 項）、不特定物契約でも確定したときから債権者危険負担（民法 534 条 2 項）とし、その場合以外は債務者危険負担主義ではあるが（民法 536 条 1 項）、債権者の責めに帰すべき事由によるとき債権者危険負担主義とされている。ただ、危険負担の債権者主義を定める民法 534 条については、かねてより強い立法論的批判があった。そして、当事者の意思解釈や縮小解釈などにより適用範囲を狭くすることに努力してきている。目的物の支配可能性が移転した時点に対価危険移転の基準時とするのが有力である。しかし、この構成は、所有権移転時期に関して形成されてきた理論を用いるもので、債権法の規律に、物権法を借用するものであるとか<sup>(39)</sup>、「特定物に関する物権の設定又は移転」の用語についてのガズイスティックが積み上げられて<sup>(40)</sup>、民法 534 条と 536 条との間で適用範囲を便宜的に振り分けられているとの批判<sup>(41)</sup>を抱えたままである。また、民法 534 条 2 項についても、その適用場面を目的物の引渡時以降とする有力学説がある。かかる解釈も便宜的で、立法論的批判を回避するためにやむをえないとみるのが現況といえる。早急に、改正されなければならない課題であることには変わりはない。

### 注

- (1) 我妻栄・債権各論上巻（岩波書店・1896 年）88 頁。
- (2) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013 年）141 頁以下。
- (3) 商事法務編・前掲書 143 頁。
- (4) 最判昭和 32・12・3・民集 11 卷 13 号 2018 頁、最判昭和 36・12・21 民集 15 卷 12 号 3243 頁など。

- (5) 商事法務編・前掲書 463～464 頁。
- (6) 最判昭和 56・2・17 判時 996 号 61 頁など。
- (7) 商事法務編・前掲書 473 頁。
- (8) 商事法務編・前掲書 507 頁。
- (9) 商事法務編・前掲書 494 頁。
- (10) 商事法務編・前掲書 495 頁。
- (11) 商事法務編・前掲書 507 頁。
- (12) 最判昭和・37・7・20 民集 16 卷 8 号 1657 頁など。
- (13) 商事法務編・前掲書 507 頁。
- (14) 民法（債権関係）部会資料 68B・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けての検討(5) 1 頁以下。
- (15) 法制審議会第 78 回会議事録・山野目幹事 48 頁～49 頁。
- (16) 法制審議会第 78 回会議事録・潮見幹事 50 頁。
- (17) 法制審議会第 78 回会議事録・潮見 54 頁。
- (18) 法制審議会第 78 回会議事録・山本（敬）幹事 50 頁～51 頁。
- (19) 法制審議会第 78 回会議事録・佐成委員 49 頁。
- (20) 法制審議会第 78 回会議事録・永野委員 55 頁。
- (21) 法制審議会第 78 回会議事録・松本委員 51 頁。
- (22) 法制審議会第 78 回会議事録・岡崎幹事 54 頁。
- (23) 法制審議会第 78 回会議事録・佐成委員 55 頁。
- (24) 法制審議会第 78 回会議事録・高須幹事 52 頁。
- (25) 法制審議会第 78 回会議事録・深山幹事 55 頁～56 頁。
- (26) 奥田昌三（聞き手：松岡久和）「インタビュー・債権関係規定の見直し—要綱仮案を読んで」法律時報 86 卷 12 号 11 頁（奥田発言）。
- (27) 山本豊「危険負担」法律時報 86 卷 12 号 39 頁。
- (28) 山本・前掲 40 頁。
- (29) 奥田（聞き手：松岡）・前掲 12 頁（奥田発言）。
- (30) 法制審議会第 78 回会議事録・山野目幹事 53 頁。
- (31) 法制審議会第 78 回会議事録・潮見幹事 55 頁、山本（敬）幹事 51 頁。
- (32) 末川博・契約法（上）83 頁（岩波書店・1958 年）、田島順＝柚木馨ほか・注釈日本民法債権編（巖松堂・1937 年）259 頁～262 頁。
- (33) 民法修正案理由書 532 条。
- (34) 宗宮信次・債権各論新版（有斐閣・1971 年）65 頁・岡村玄治「双務契約における危険負担」法学志林 50 卷 3～4 号 3 頁以下。
- (35) 民法修正案理由 532 条。
- (36) 鳩山秀夫・増訂日本債権法（上）（岩波書店・1932 年）140 頁、山主政幸・債権法各論（法律文化社・1959 年）62 頁。
- (37) 学説の整理としては、沢井裕「危険負担」現代契約法大系Ⅱ（有斐閣・1984 年）100 頁以下参照。
- (38) 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）350 頁。
- (39) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書 349 頁。
- (40) 我妻・前掲書（上）103 頁～104 頁。
- (41) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書 349 頁。

（明治大学名誉教授）