

Title	債権者の責めに帰すべき事由による解除制限： 両当事者の責めに帰すべき履行不能を契機に
Sub Title	Der Ausschluß des Rücktrittsrechts durch den vom Gläubiger zu vertretenden Umstand
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2020
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.44 (2020. 3) ,p.57- 83
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金山直樹教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20200321-0057

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

債権者の責めに帰すべき事由による解除制限

——両当事者の責めに帰すべき履行不能を契機に——

北 居 功

- 一 はじめに
- 二 債務法現代化法以前のドイツ法の議論状況
 - 1. 履行不能規定の構造
 - 2. 二者択一（オルタナティヴ）＝モデル
 - 3. 損害分配（グラデュエーション）＝モデル
- 三 債務法の現代化
 - 1. 債務法の改正経緯
 - 2. 債務法現代化法の解釈
- 四 おわりに

一 はじめに

2017年に改正された民法は、その改正第541条に催告解除の要件、改正第542条に無催告解除の要件を定めつつ、改正第543条で、債権者の責めに帰すべき事由によって債務が履行されない場合に、債権者は契約を解除できないと定める。同様に、債権者である買主の責めに帰すべき事由による契約不適合物の引渡しがあった場合にも、買主は追完を請求できず（改正第562条第2項）、代金の減額を請求できない（改正第563条第3項）。このように、債務不履行があった場合であっても、それが債権者の責めに帰すべき事由による場合には、債権者の債務不履行に基づく各種の救済権が制限されている。

もっとも、「債権者の責めに帰すべき事由」とは、もっぱら債権者の責めにだけ帰すべき事由を意味するのか、それとも、債務者にも帰責事由はあるものの、債権者の責めにも帰すべき事由があって、両当事者の帰責事由が競合する

場合も含むのかについては、解釈が分かれ得る。より一般的にいうなら、「自身が契約に誠実でない者は、相手方の契約違反から、何らの権利も引き出しはならない」との法原則の妥当性と妥当範囲が問題となり得る¹⁾。債権者自身に責めに帰すべき事由があるにもかかわらず、債務者の責めに帰すべき事由にも由来する債務不履行を理由に、債権者は債務不履行に基づく権利をなお主張し、行使することができるのかという問題である。

債務不履行がある場合に、債務不履行に基づく債権者の各種の権利を制限する「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈は、こうして、場合によっては、債権者の権利の行使を一定の限度で制限するという幅を持った概念として捉えられる余地もある。本稿は、この問題を、債権者および債務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に、債権者の解除権が制約を受けるのか、制約を受けるとすれば、どのような形の制約を受けるのかを検討することを通じて、「債権者の責めに帰すべき事由」（改正第543条）の要件解釈に一定の方向性を見出すことを試みるものである。

もっとも、両当事者の責めに帰すべき履行不能については、我が国では、不能となった給付に代わる填補賠償請求権が過失相殺されて反対給付請求権と相殺されるとする見解が一般的であるが、他方で、債権者が解除を選択する場合との調整がほとんど議論されてこなかったとされる。そのため、議論の蓄積が豊富なドイツ法学説を参照することにより、給付に代わる填補賠償請求の場合と解除の場合との調整に一定の方向性を見出すことを試みる²⁾。以下では、まず、債務法の現代化法前のドイツ法の議論を俯瞰的な観点で整理をした上で（二）、債務法の現代化法後のドイツ法の議論を参照して（三）、議論の方向性を見極めつつ、我が国での議論のあり得る方向性を纏めてみよう（四）。

1) RGZ., Bd.152, S.119 (123).1936年9月4日のこのライヒ裁判所判決は、このルールをライヒ裁判所判決が繰り返してきたと説いており、ドイツ法では一般に Tu-quoque ルールと呼ばれる。Gunther TEUBNER, Gegenseitige Vertragsuntreue, Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch, Tübingen, 1975, S.1; Franz WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen, 1956, S.30ff.

二 債務法現代化法以前のドイツ法の議論状況

1. 履行不能規定の構造

2002年に施行された債務法の現代化法より前のドイツ民法典は、両当事者の責めに帰すべき履行不能について直接明示で定める規定を有していなかったと解されてきた。そのため、この問題解決の手懸かりとされたのは、一方で、債務者の責めに帰すべき履行不能があった場合に債権者に債務不履行に基づく損害賠償請求権等を認めるBGB旧第325条であり、他方で、債権者の責めに帰すべき履行不能があった場合に債務者の反対給付請求権の存続を認めるBGB旧第324条であった。いずれの規定も、履行不能にもっぱら債務者のみまたは債権者のみが責めを負う場合を定める規定であるから、そのまま、それらの条文を両当事者の責めに帰すべき履行不能の事例に適用することは難しい。そこで提唱された諸見解は、当事者の一方にだけ責めがある不能に関する両規定について、債務者と債権者のいずれがより優勢に履行不能に責めを負うのかに応じて、それぞれの規定の適用を振り分ける解決モデル（二者択一（オルタナティブ）＝モデル）と、債務者の責めに帰すべき履行不能がある以上、債権者の権利の行使を認めつつも、債権者が履行不能に寄与した帰責分を割合的に考慮して、両当事者の損害を帰責割合に応じて両者に分配する解決モデル（損害分配（グラデュエーション）＝モデル）の二つの解決モデルに大別することができる。

以下の三つの売買で、物給付が全部不能となる事例を基本に据えて、解決モデルの妥当性を検証することとしよう。なお、いずれの事例でも、売主と買主

-
- 2) このテーマに関する我が国およびドイツでの議論状況を詳細に分析検討するのは、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」九大法学第42号（1981年）75頁以下および坂口甲「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」神戸市外国語大学外国学研究所研究年報第48号（2012年）137頁以下。本稿は、ドイツ法の議論の詳細な跡付けを目指すのではなく、「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈に向けて、ドイツ民法学上の諸理論を具体的なモデル事例に当てはめて、評価することに主眼を向ける。

の双方の帰責割合をそれぞれ、 α 3対1、 β 1対1、 γ 1対3とする。

- ①売主が100の価値のある物を100の価格で売買した場合。
- ②売主が100の価値のある物を80の価格で売買した場合（買主にとって有利な取引）。
- ③売主が100の価値のある物を120の価格で売買した場合（買主にとって不利な取引）。

2. 二者択一（オルタナティヴ）＝モデル

(1) 適用規範選択説

履行不能に両当事者のいずれか一方のみが責めを負う場合に関する規定があるため、いずれの当事者により優勢な責めが帰されるのかに応じて、その当事者のみが責めを負うべき不能に関する規定を適用すべきとする見解がある³⁾。すなわち、「原告の当該給付の不能が、一部彼自身に、一部被告の責めに帰される場合に、誰の過失が法適用を決定づけるとみなされるべきなのか、そして、それにより、第325条の規定または第324条の規定の全部または一部の適用が正当化されるのかという問題は、第254条から明らかとなる一般的な法原則によって判断される」⁴⁾。

つまり、履行不能に債務者のみが責めを負う場合には、債権者は履行不能に基づく損害賠償を請求できる（BGB旧第325条）のであるから、たとえ両当事者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じたとしても、債務者の帰責性が債権者の帰責性を上回るのであれば、債務者の責めに帰すべき履行不能に基

3) J. Christoph JESSEN, Das Problem beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, in JA., 1973, S.508.

4) RGZ., Bd.71, S.187, 192. このライヒ裁判所1909年5月21日判決以降、ライヒ裁判所の判決は基本的にこのラインに沿っているが、連邦通常裁判所は、その拠って立つ立場を明確にはしていないと評価される。Thorsten REINHARD, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im Synallagma, Diss., Berlin, 1998, S.94ff. ドイツの判例の詳細は、采女・前出注2) 108頁以下および坂口・前出注2) 154頁以下を参照。

づく債権者の権利の行使は妨げられない。もちろん、その場合には、債権者が請求する履行不能に基づく損害賠償請求権は、共働過失によって減額される（BGB 第 254 条）。その反面で、履行不能に債権者の責めに帰すべき事由がより多く寄与する場合には、債務者は債権者に対して反対給付を請求することを妨げられないのは、履行不能に債権者のみが責めを負う場合と同様である（BGB 旧第 324 条）。もっとも、これでは債務者の不能に対する帰責性の寄与が考慮されないこととなり、債権者に一方的に不利な処理となる。したがって、反対債権を BGB 第 254 条の類推適用によって共働過失割合に応じて減額することにより、債務者に認められる反対債権額は、債権者の責めに帰すべき事由の割合分に縮減される。

しかし、債権者の帰責事由が債務者の帰責事由よりも優勢である限り、この結論が認められるのであるから、債権者の過失割合が 50% を超えれば、債務者の反対給付請求権は認められるが、債権者の過失割合が 50% 以下の場合には、債権者の損害賠償請求権によって問題が解決されるべきこととなり、債権者の過失割合が 50% を超えるかどうかで、結論に大きな相違が生じ得ることになる。このような両規範への振り分けが 50% の帰責割合を境界にして行われることの妥当性が問題となる。

(2) 危険負担類推説

それにもまして、このような二者択一モデルでは、まさに両当事者の帰責割合がそれぞれ 50% の場合に、どのような解決を図るべきことになるのか明らかとならない。そこで、いずれの規定にも振り分けられない両当事者の責めに帰すべき不能を、両当事者のいずれの責めにも帰することができない不能に関する規定（BGB 旧第 323 条）の類推適用によって解決することも提案された。すなわち、両当事者の責めに帰されない不能は、当事者の一方にだけ責めがある不能の規定のいずれにも属さない、いわば中立領域であるから、双方の責めに帰すべき不能もまた同様に中立領域である。そのため、どちらかの責めに帰すべき不能に関する法律効果を楽しむのではなく、むしろ、どちらかの当事

者の責めに帰すべき事由が明らかに優勢でない限り、双方の権利を消滅させるのが妥当で公平な解決であるとする⁵⁾。

しかしながら、双方に責めがあるにもかかわらず、もっぱら債務者が全面的な損失を負担しなければならなくなる危険負担の債務者主義の適用は、かえって当事者にとって不公平であるとの批判が向けられている⁶⁾。

3. 損害分配（グラデュエーション）＝モデル

(1) 契約分割説

このように、二者択一（オルタナティヴ）＝モデルは、債権者または債務者の権利の行使をまさに二者択一的に債権者の帰責事由と債務者の帰責事由のいずれが優勢かで判断するため、その法律効果も債権者にのみ有利になるか、あるいは、債務者にのみ有利になるかの二者択一となり得る。これに対して、両当事者の履行不能への帰責性の程度に応じて、両当事者の権利行使を割合的に秤にかけることにより、両当事者の利益を調整しようとするモデルがある。履行不能への帰責割合に応じて両当事者が被る損害も調整され、帰責割合の濃淡に応じた法律効果の濃淡を認めるモデルであるため、損害分配（グラデュエーション）＝モデルと呼ぶことができるであろう。

このモデルでは、損害の分配を図るための法律構成がさらに分かれる。まず、債権者と債務者のそれぞれの帰責割合に応じて、債権者にだけ帰責性がある契約と債務者にだけ帰責性がある契約に分割して、それぞれの契約にそれぞれの規範を適用して問題解決を図るべきとする見解（契約分割説）がある。

たとえば、事例①では、両当事者の帰責割合に応じて β では50の物を50の価格で売買する二つの契約、 α および γ では25の物を25の価格で売買する契約と75の物を75の価格で売買する契約に分割する。その上で、一方の契約は

5) Thomas HONSELL, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag, in JuS., 1979, S.85f.

6) Volker EMMERICH, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.2, 4.Aufl., München, 2001, § 324, Rz.37, S.1373f., § 323, Rz.25, S.1357.

債権者にだけ責めがある契約として BGB 旧第 324 条第 1 項を適用することで、物の引渡債務は履行不能で消滅するが、債権者の責めに帰すべき事由による不能であるから、代金債務が $\alpha 25$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 75$ が残る。他方で、 $\alpha 75$ の物を 75 の価格、 $\beta 50$ の物を 50 の価格、 $\gamma 25$ の物を 25 の価格で売買するもう一つの契約では、債務者にだけ帰責性があるため、BGB 旧第 325 条が適用され、債権者は権利を選択できる。債権者である買主が不履行に基づく損害賠償を選択するとき、代償理論によれば、 $\alpha 75$ の代金債務に対して 75、 $\beta 50$ の代金債務に対して 50、 $\gamma 25$ の代金債務に対して 25 の不能に基づく損害賠償債権が残るため、買主が代金債務と相殺すれば残額はいずれも 0 となる。差額理論によっても、代金債務と対当額で損害賠償債権も消滅するため、やはり残額はいずれも 0 となる。買主が解除を選択しても、代金債務が消滅するため、残額は 0 となる。最終的に、二つの契約の結果を総合すると、買主は $\alpha 25$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 75$ の代金支払債務を負ったままとする⁷⁾。

また、事例②であれば、 $\alpha 25$ の物を 20 の価格で売買する契約、 $\beta 50$ の価値の物を 40 の価格で売買する契約、 $\gamma 75$ の物を 60 の価格で売買する契約が、債権者の責めに帰すべき不能によって、 $\alpha 20$ 、 $\beta 40$ 、 $\gamma 60$ の代金債務を残す。他方の $\alpha 75$ の物を 60 で売買する契約、 $\beta 50$ の価値の物を 40 の価格で売買する契約、 $\gamma 25$ の物を 20 の価格で売買する契約は、債務者の責めに帰すべき事由によって不能となるため、代償理論による買主の損害賠償請求権が $\alpha 75$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 25$ であり、代金債務との相殺で $\alpha 15$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 5$ の損害賠償請求権を残す。最終的に双方の契約の残額を合算すれば、買主は、代金支払債務と損害賠償債務とを相殺して、 $\alpha 5$ 、 $\beta 30$ 、 $\gamma 55$ の代金支払債務を負うことになる。

ところが、事例③では、債権者の責めに帰すべき売買は、 $\alpha 25$ の物を 30 の価格、 $\beta 50$ の物を 60 の価格、 $\gamma 75$ の物を 90 の価格で売買する契約となって $\alpha 30$ 、 $\beta 60$ 、 $\gamma 90$ の代金債務が残るが、他方の契約は、 $\alpha 75$ の物を 90 の価格、 $\beta 50$ の価値の物を 60 の価格、 $\gamma 25$ の物を 30 の価格で売買するため、債務者

7) Florian FAUST, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, in JuS., 2001, S.135.

の責めに帰すべき不能により、買主は、代償理論による $\alpha 75$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 25$ の損害賠償債権を取得するところ、代金債務と相殺すると、 $\alpha 15$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 5$ の代金債務をなお負うことになり、契約全体として買主は $\alpha 45$ 、 $\beta 70$ 、 $\gamma 95$ の代金支払債務を負うことになる。しかし、買主が差額理論による賠償請求を選択すると、債務者の責めに帰すべき部分の代金債権は消滅して損害賠償額はいずれも0となるため、最終的に、買主は $\alpha 30$ 、 $\beta 60$ 、 $\gamma 90$ の代金支払債務だけを負うことになる（なお、代償理論と差額理論による賠償額の相違については後述する）。したがって、買主は自身に有利な差額理論による損害賠償請求または解除を選択することになろう⁸⁾。

(2) 代償賠償優位説

契約分割説が示すように、債務者が100%の帰責事由を負う一方の極から債権者が100%の帰責事由を負う他方の極の両極の間で、当事者の帰責事由の割合に応じて、当事者の利益を漸次的・連続的に調整しようとするのが、損害分配（グラデュエーション）＝モデルである。しかし、このモデルであっても、上述のように契約自体を二つに分割する見解に対して、むしろ多くは、契約の分割ではなく、債務者の責めに帰すべき不能に関する規範と債権者の責めに帰すべき不能に関する規範との重畳適用をめざしている。すなわち、たとえ債権者が履行不能に一定の寄与をしても、債務者の責めに帰すべき履行不能があるといえるため、債権者は債務者に対して、履行不能に基づく損害賠償を求めることができる（BGB旧325条）。もちろん、債権者の損害賠償請求権は、債権者の共働過失によって減額されることは避けられない（BGB254条）。したがって、債権者はこの減額された給付に代わる損害賠償請求権を行使する一方で、債務者も反対給付請求権を全額行使するなら（BGB旧第324条第1項）、損

8) もともと買主にとって不利な売買であるから、買主の損害賠償額が減る分だけ、残存する代金債務が残ることになる。そこで、買主は契約を解除するであろうから、その場合には、債権者の責めに帰すべき不能の契約だけが残るため、買主は自身の帰責割合分の代金支払債務だけを負うことになる。FAUST, a.a.O., Fn.7, S.137f.

益相殺によって双方の請求額の差額の支払義務が一方の当事者に残るだけとなる。

たとえば、事例①では、買主が不能となった給付に代わる損害賠償として α 75、 β 50、 γ 25の請求権を有する一方で、反対給付は100であるから、その差額の α 25、 β 50、 γ 75の代金支払債務を買主が負担することになる。これが代償理論による損害賠償の算定である。ところが、差額理論では、予め反対給付請求権額が損害賠償請求権額と差し引きされて消滅するため、債権者は差額として残る分の損害賠償を請求できる反面で、債務者は反対給付請求権をすでに失ってしまうため、何らの支払請求もできないことになる。たとえば、事例①では、買主が差額理論による損害賠償を主張すると、反対給付の100の価値分だけ双方の請求権が消滅するため、差額は0となり、買主は何も請求できない反面で、反対給付からも解放される。事例②では、80の反対給付の価値で双方の債権が消滅するため、差額は20となり、買主はこの損害について、自身の過失割合に合わせて α 15、 β 10、 γ 5の損害賠償請求権を行使できることになる。しかし、買主が代償理論による損害賠償請求を選択するときには、事例①では、損害賠償請求権と代金債務100との相殺の結果、買主は α 25、 β 50、 γ 75の代金債務をなお負担しなければならず、事例②でも、買主は α 75、 β 50、 γ 25の損害賠償請求権と代金債務80との相殺の結果、なお α 5、 β 30、 γ 55の反対給付を負担しなければならない。

このように、代償理論による損害賠償請求に比較して、差額理論による損害賠償では債務者が一方的に不利益を被ることになるため、この差額理論による損害賠償請求での不都合をいかに回避するのが、損害分配=モデルの重大な課題とされよう。そこで、この課題を克服する一つの解決策として、債権者は常に代償理論による損害賠償しか請求できないとすることが考えられよう。すなわち、債権者の責めに帰すべき事由があれば、それが債務者の帰責事由と共働する場合であっても、債務者の反対給付請求権の存続が命じられるため(BGB旧第324条第1項参照)、反対給付請求権を消滅させる契約解除はもちろん、差額理論による損害賠償額の算定も、反対給付債権を消滅させて代償理論

による損害賠償額の算定と矛盾を来すことから、債務者の責めに帰すべき不能に基づく債権者のそれらの権利（BGB旧第325条第1項）の行使は排除されるべきとする見解（代償賠償優位説）が主張される⁹⁾。しかし、債権者が損害賠償請求をする際に、その損害算定を代償理論と差額理論のどちらで算定するのは自由なはずであり、またむしろ、差額理論こそが原則とされてきた以上、差額理論による損害賠償請求を排除する理論的な根拠づけに困難を抱えることになる。

（3）調整請求権説

代償理論による損害算定では、不能になった給付に代わる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の全部とが最終的に相殺されるため、債務者の反対給付債権の価値が考慮されるのに対して、差額理論による損害算定では、債権者の損害賠償額から反対給付請求権の価値が控除されて、その差額に現れる債権者の損害賠償請求権しか残らないため、債務者は当然に消滅する反対請求権分だけ損害を被ることになる。先に見た代償理論と差額理論での損害賠償算定で生じる結論の相違は、債務者が喪失する反対給付請求権額の相違なのであり、もちろん、そこで債務者が失うとされる反対給付請求権は、共働過失によって債権者の帰責割合分だけ縮減された反対給付請求権である。

したがって、代償理論と差額理論との相違を克服するもう一つの解決策として、差額理論による損害賠償算定では、債務者は自身が失った反対給付請求権

9) Jörg-Martin SCHULTZE, Die Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, in JA., 1987, S.178f.; Klaus SCHREIBER, Die Unmöglichkeit der Leistung, in JURA., 1995, S.536. また、Detlef Karl-Heinz SEICHTER, Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag, Diss., Hamburg, 1971, S.60ff は、契約解除や契約断念の救済の援用を排除しつつ、差額理論による損害算定では、債権者の共働過失分だけ縮減された損害額を反対債権額全部から控除することで差額を算出することにより、代償理論による損害算定と同じ結論を導くため、実質的には、一般的に想定される差額理論による損害賠償額の算定を排除していることになろう。

分の損害を積極的契約侵害に基づいて債権者に請求できるとすることで、債務者の損失を填補しつつ、債権者の損害賠償の自由な選択も保障できるとする見解（調整請求権説）が主張される。すなわち、債権者は、債務者の反対給付請求権を妨げない信義則上の従たる義務を負うにもかかわらず、債務者の給付を不能とすることに寄与することによって、同時に、債務者の反対給付を受ける権利の喪失という損害をもたらしたというのである¹⁰⁾。

しかし、積極的契約侵害は、履行遅滞および履行不能という典型的債務不履行に分類されない補充的な債務不履行類型であり、その類型を履行不能という典型的債務不履行場面で、それに重ねて適用することの理論的な矛盾に批判が向けられる¹¹⁾。

(4) 差額賠償優位説

むしろ、債務者が反対給付請求権を喪失することを損害賠償の法理として評価するのではなく、端的に、反対給付請求権の存続として構成すべきとする見解（差額賠償優位説）が主張される¹²⁾。もちろん、代償理論による損害賠償算定では反対給付請求権は全部が存続するが、差額理論による損害賠償算定では、不能に対する債権者の帰責割合分だけが存続する¹³⁾。たとえば、事例①では、差額理論によって反対給付請求権と買主側の損害賠償請求権が対当額で消滅するため、差額は0となる。しかし、反対給付請求権は、債権者（買主）の過失

10) Walther HADDING, Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung, in AcP., Bd.168, 1968, S.168f.; Theodor SOEGEL/ Wolfgang SIEBERT (hrsg.) / Herbert WIEDEMANN, BGB., Bd.2, Stuttgart/ Berlin/ Köln, 1990, Vor § 323, Rz.158, S.1412; Volker EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 4.Aufl., München, 1997, S.159.

11) JESSEN, a.a.O., Fn.3, S.508.

12) Horst BAUMANN/ Wolfram HAUTH, Die rechtliche Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, in JuS., 1983, S.279f. この見解は、両当事者の「武器の均衡（シンメトリー）」を標榜して、債務者が有する損害賠償請求権や解除権と等しく、債務者もまた積極的契約侵害に基づく契約解除権等も行使できるとする。

13) Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, 14.Aufl., München, 1987, S.402; EMMERICH, a.a.O., Fn.6, § 324, Rz.42, S.1373f.

割合分だけなお存続することになるため、売主は $\alpha 25$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 75$ の代金支払請求権をなお行使できることになる。事例②では、差額は20となり、過失割合に応じて、買主が $\alpha 15$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 5$ の損害賠償請求権を有する。これに対して、売主は帰責割合に応じて $\alpha 20$ 、 $\beta 40$ 、 $\gamma 60$ の代金支払請求権をなお有するため、最終的に相殺されると、買主は $\alpha 5$ 、 $\beta 30$ 、 $\gamma 55$ の代金支払債務を負担することになる。こうして、代償理論と差額理論による損害賠償額の最終的な結論は平仄が合う。

しかも、売主は代金額80を喪失する損害を被り、買主は物価値からの利益20を喪失する損害を被るのであるから、合計100の損害があるが、売主は代金債権80のうち買主から代金 $\alpha 20$ 、 $\beta 40$ 、 $\gamma 60$ を獲得できるため、売主の損失は $\alpha 60$ 、 $\beta 40$ 、 $\gamma 20$ となり、さらに売主は $\alpha 15$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 5$ の損害賠償債務を負担するため、売主の損失合計は $\alpha 75$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 25$ となり、売主は全体の損失100を自身の帰責割合に応じて負担する。反面で、買主も自身の帰責割合に応じて $\alpha 20$ 、 $\beta 40$ 、 $\gamma 60$ の代金債務を負担しつつ、20の損失を帰責割合に応じて $\alpha 15$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 5$ の損害賠償請求権で回復できるため、20の損失を $\alpha 5$ 、 $\beta 10$ 、 $\gamma 15$ で負担する結果、最終的に $\alpha 25$ 、 $\beta 50$ 、 $\gamma 75$ で損失を負担することになり、全体の損失100は当事者に帰責割合に応じて分配されることになる¹⁴⁾。

もっとも、差額理論による損害賠償算定では、まず、反対給付の価値限度で給付債務の消滅効果が生じるため、ここでいったん反対給付の価値が評価されている。しかしながら、その上で、帰責割合に応じた反対債権の存続を認めることになると、反対給付の価値がその範囲で二度にわたって評価されることとなるため、代償賠償優位説は、この反対給付価値の「二重評価」こそ、差額理論による損害算定における理論的矛盾であると批判する。したがって、この批判は、反対給付の価値を一度だけ見積もる立場として、代償理論による損害賠償額算定の優位を説くことになる¹⁵⁾。しかしながら、この批判は当たらない

14) Dirk LOOSCHELDERS, Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit --- OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1995, 435, in JuS., 1999, S. 951.

との反論が提起される。すなわち、確かに、いったん反対給付請求権の価値が差額理論での損害評価項目で考慮されるが、それは、あくまで債権者が有すべき債務者の責めに帰すべき事由の割合に応じた損害賠償請求権額を算定する範囲に留まっている。その上で、さらに反対給付請求権が債権者の過失割合分だけ存続するのであるから、両当事者の過失割合に応じてそれぞれ二度算定評価されているが、反対給付請求権の全体価値は合計一度しか評価されていないことになる。そのため、反対給付請求権の「二重評価」の批判は当たらないというのである¹⁶⁾。

たとえば、事例② α では、まず買主の損害賠償債権額は、 $(100-80) \times 3/4 = 15$ となり、売主に残る代金債権額は $80 \times 1/4 = 20$ となる。ここで数式の括弧を開くと、買主の損害賠償請求権額は $100 \times 3/4 - 80 \times 3/4 = 15$ となり、ここで算入評価されている反対給付請求権価値は、売主の帰責割合分の価値に限られている。他方で、売主が請求できる反対給付額は買主の帰責割合分に限定されているため、結局、反対給付請求権の価値の全体は、買主の損害賠償請求権額と売主の反対給付請求権額で一度だけしか算入評価されていないのは明らかである。したがって、差額賠償優位説は決して反対給付請求権価値を不当に二重に評価しているのではなく、かえって、債権者の帰責割合分の反対給付請求権の価値評価を切り捨てることこそ、反対給付請求権の価値の全体を反映しないことになって問題を孕むことになる¹⁷⁾。

仮に、差額理論による損害賠償算定で反対給付請求権も帰責割合に応じて縮減されるべきとするなら、債権者に不利な取引では、むしろ、代償理論による損害賠償算定でこそ問題が生じる。たとえば、事例③ β では、買主は、120の代金支払債務を負うまま、過失割合に応じた50の給付に代わる損害賠償請求権を取得するため、相殺されると70の代金支払債務をなお負担する。これに

15) TEUBNER, a.a.O., Fn.1, S.63ff.; ders, Anmerkung, in NJW., 1975, S.2295f.; Hansjörg OTTO, J. von Staudigers Kommentar zum BGB., Berlin, 2001, § 324, Rz.62, 225f.

16) LOOSCHELDERS, a.a.O., Fn.14, S. 951.

17) 代償賠償優位説もこの反論を受け入れている。OTTO, a.a.O., Fn.15, § 324, Rz.62, 225f.

対して、差額理論による損害賠償請求では、120の代金支払債務の範囲で双方の債権債務が消滅するため、買主は何らの賠償請求権も有しないが、共働過失で縮減された60の代金支払債務が残る。つまり、買主にとって当初から不利な売買では、買主は代金支払債務を免れる限りで、損害を一切被っていないのである。

しかし、売主は、代金全額を喪失する120の損害を被る一方で、買主は100の価値の物を手に入れられないにせよ、120の代金支払債務から解放されるため、全体の損害は120となる。そのため、この全体の120の損害を両当事者の帰責割合に応じて分配するなら、買主は売主に代金額の半額60の支払義務を負うとすべきであろう。そうすると、差額理論による損害賠償の場合には、全体の損害となる120の半分が買主と売主の双方に負担されるのに対して、代償理論による損害賠償では、買主が70を負担する一方で、売主は50の負担で済むこととなり、帰責割合に応じた損害の分配が実現されないことになる¹⁸⁾。

このように、事例③のような債権者に不利な取引では、代償理論による損害算定と差額理論による損害算定に相違が現れるが、それは何を意味するのであろうか。たとえば、事例③βでは、代償理論によれば、100の価値に代わる損害賠償額が債務者の帰責割合分だけ縮減されて50となり、それが代金120から控除されるため、差額が70となる。これに対して、差額理論によれば、物価値と反対給付価値の差額は $100 - 120 = -20$ であるから、 -20 を債務者の過失割合に応じて縮減すれば -10 となり、売主の反対給付請求権を債権者の過失割合分だけ縮減した60から控除すると、 $60 - (-10) = 60 + 10 = 70$ となる。したがって、計算上は、70の最終的な売主の利益額の算定は正しいように映る。しかし、差額理論は、物価値と反対給付価値の差額である $100 - 120 = -20$ を、後者が前者を上回るため、買主の損失として0と評価する。したがって、買主の損害賠償額が0となり、売主の反対給付請求権が債権者の過失割合分だけ縮減されて、両当事者の請求権の差し引きは60となる。

18) LOOSCHELDERS, a.a.O., Fn.14, S. 951f.

代償賠償優位説は、売主が代償理論に比べて差額理論での損害賠償で10の損失を受け、差額理論によって売主はより悪い立場に立たされることから、差額理論による解決を批判する¹⁹⁾。しかし、代償賠償優位説は、そもそも売買が遂行されていれば手にできた売主の利得の20、すなわち、買主が上記売買でもともと損をしている損失の20を、目的物の価値の半分である50の保持に加えて、売主にまるごと認めることとなるため、不当なのである²⁰⁾。売主の本来の利得20も買主の帰責割合分だけ縮減されるべきであるから、10と評価されて物の価値50に加えられることで、反対給付の半分の60に対応する。したがって、損害賠償請求では、そもそも代償理論を優先して差額理論による損害算定を排除するという理論的根拠が薄弱なだけでなく²¹⁾、代償理論によるよりも、むしろ差額理論による損害算定が優先されるべきとの見解（差額賠償優位説）に至ることになる²²⁾。

なお、近時、代償理論と差額理論による結果の相違を調整できる損害賠償の算定方法も提唱されている。すなわち、事例③βで、反対給付請求権は給付価値100と契約利益20へと分割されて、それぞれが帰責割合に応じて縮減されるべきであるため、売主は60の利益しか得られない結果となる²³⁾。このように、契約利益を帰責割合に応じて分配するとの観点によって、はじめて契約における当事者の対価関係の維持が図れることになるという²⁴⁾。

以上のように、差額賠償優位説によれば、債務者の反対給付請求権が債権者の帰責割合分だけ存続することになるが、反対給付請求権は損害賠償請求権で

19) OTTO, a.a.O., Fn.15, § 324, Rz.62, 65, S.226f.; Roland SCHWARZE, Die beiderseits zu vertretende Unerbringbarkeit der synallagmatischen Leistung --- Ein Konvergenzversuch, in Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am, 23. Mai 2008, Berlin, 2008, S.504ff.

20) Helmut RÜßMANN, Die vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, in Liber Amicorum Eike Schmidt zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 2005, S.284.

21) SOEGEL/ SIEBERT (hrsg.) / WIEDEMANN, a.a.O., Fn.10, Vor § 323, Rz.158, S.1412.

22) Ulrich HUBER, Leistungsstörungen, Bd.2, Tübingen, 1999, S.753ff.

23) Claus-Wilhelm CANARIS, Die von beiden zu vertretende Unmöglichkeit, in Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 2004, S.171ff.

24) CANARIS, a.a.O., Fn.23, S.151ff.

はないのであるから、そもそも反対給付請求権を共働過失による賠償額の減額規定で縮減すること自体に疑念が挟まれよう。しかし、債権者の責めに帰すべき事由によって債務者が反対給付請求権を喪失するという損害を被るなら、それを損害賠償請求権によって補填することができるはずであることは、すでに調整請求権説が説くとおりである。それでも、ドイツ民法典は、その場合に損害賠償ではなく、反対給付請求権を存続させることによって調整を図るのであるから（BGB 旧第 324 条第 1 項）、共働過失の場合に、反対給付請求権を債務者の帰責割合分だけ縮減することは、体系に反する思考とはいえない。債権者の責めに帰すべき不能において存続を認められる反対給付請求権の損害賠償請求権的性格は、すでに第 BGB 旧第 324 条第 1 項で、債務者が他で取得した利益分を反対給付請求権から控除することにも現れている。履行請求権が BGB 第 254 条により縮減されてはならないと考えることは、履行請求権と不履行に基づく損害賠償請求権との体系的な関連から見て「一つの偏見」でさえあるという。事実、存続が認められる反対給付請求権を債務者の共働過失割合分だけ縮減しなければ、代償賠償優位説のようにかえって不当な結論へと至ることになる²⁵⁾。

三. 債務法の現代化

1. 債務法の改正経緯

両当事者の責めに帰すべき不能をめぐる問題では、先のライヒ裁判所のリーディングケース判決で適用規範選択説による二者択一＝モデルが採用されたのを契機に、債務法の現代化法まで、上述のような様々な理論が提示されてきた。しかし、二者択一＝モデルでは、とりわけ債権者の帰責性が優勢な場合に、もっぱら反対給付請求権だけが考慮され、債権者の損害賠償請求権が捨象されることで適正な損害分配を実現することができない。たとえば、事例②^γでは、

25) HUBER, a.a.O., Fn.22, S.749ff.

二者択一＝モデルは代金債務を債権者の帰責分だけ存続させるため 60 の代金支払債務を残すが、損害分配＝モデルは、売主から買主に対して 55 の請求権を認めるため、結果の相違が生じる。ここでは、先に見たとおり、売主が代金 80 の損失、買主が 20 の契約利益の損失を被り、それぞれ 1 対 3 の割合で損失を負担するため、買主は 60 の代金債務を負いつつ 15 の損害賠償請求権も失って最終的に 75 の損害を負担し、全体損失 100 を帰責割合に応じて負担することになる。このように、二者択一＝モデルは、帰責割合に応じた損害の負担を適正に実現できないのである。

こうして、問題の核心は、不能によって生じた損害が、当事者の帰責割合に応じて分配されるべきことにあると認識されると²⁶⁾、問題解決の方向は二者択一＝モデルから損害分配＝モデルへと移っていく²⁷⁾。この損害分配を実現する解釈理論が争われることとなり、70 年代以降は反対給付の「二重評価」批判が力を得て代償賠償優位説が有力視されていたが、90 年代には、むしろ、反対給付の「二重評価」批判を克服して、債務者に反対給付またはその喪失の損害填補を認める方向が有力となった。したがって、解決の方向性は、調整請求権説、差額賠償優位説もしくは契約分割説が提示する解決に収斂しつつあったと評することができるように思われる²⁸⁾。しかし、1992 年の債務法改正委員会草案は、なお両当事者の帰責性の優劣判断に傾いていた。当時はなお、債権者と債務者のいずれの帰責性が優勢かを測って、債務者の反対給付請求権か

26) CANARIS, a.a.O., Fn.23, S.148.

27) 二者択一＝モデルから損害分配＝モデルへの展開傾向を過失相殺の歴史的な展開の観点と対照させるのは、Egon LORENZ, Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners --- BGH, WPM 1970, 1246, in JuS., 1972, S.312ff.

28) なお、たとえば、事例③βでは、買主は 60 の代金支払債務を負うため、それを免れるために、契約を解除することができるのかが問題となる。しかし、解除によって買主が反対給付の半分の履行を免れることは明らかに不当である。したがって、買主は解除できるとしても、その解除の範囲は債務者の帰責性の範囲に留まるべきであり、この解釈によって、契約分割説と同様に、債権者が損害賠償を選択する場面と同じ結論を引き出すことができる。HUBER, a.a.O., Fn.22, 1999, S.758ff.

あるいは債権者の損害賠償請求権のいずれかを認めつつ、それぞれの共働過失により減額する二者択一＝モデルが、実務と学説で支配的であったと評価されていた背景があるとみられる²⁹⁾。

債務法改正委員会は、債務不履行に基づく損害賠償請求権と契約解除権を選択制とする従来のドイツ民法典の立法政策を批判して、債権者が契約を解除をしても、なお不履行に基づく損害賠償請求が可能であることを定める（委員会草案第327条）。したがって、委員会草案は、我が国の解除制度と同様に、契約の解除による双務契約の双方の債務の対価的消滅を認めた上で、さらに、その差額について債務者の義務違反に基づく損害賠償を認めるため、従来のドイツ民法典における不履行に基づく損害賠償の差額理論による算定方法を解除の場合に認めることになる。さらに、債務法改正委員会は、委員会草案第323条で、契約の解除要件を定めるが、この解除要件規定は、BGB第325条および第326条の解除要件規定と異なって、「義務違反」という統一構成要件の許で債務者の帰責性を要件とせずに解除を認めた上で、「債権者に唯一または優勢な (allein oder überwiegend) 責めが帰されるときは」債権者が契約を解除できないことを定めている（委員会草案第323条第3項第3号）。この規定の趣旨について、債務法改正委員会の最終報告書は、次のように説明する。すなわち、債権者が不能に唯一責めを負う場合に反対給付請求権が存続する従来からの価値判断を維持するため、不能を義務違反へと拡張しつつ解除権を排除する。また、債権者に優勢な帰責性がある場合にも解除権を排除することにより、その価値判断を拡張する一方で、債務者の帰責性が優勢であれば債権者は契約を解除できるが、債権者に義務違反があれば、債務者は債権者に対して損害賠償を求めることができるという³⁰⁾。

29) SOEGEL/ SIEBERT/ WIEDEMANN, a.a.O., Fn.10, Vor § 323, Rz.52, S.1410f.; Volker EMMERICH, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.2, 2.Aufl., München, 1985, § 324, Rz.20, S.949; Robert BATTES, Erman BGB., Bd.1, 10.Aufl., Köln, 2000, Vor § 323, Rz.5, S.885.

30) Bundesminister der Justiz (hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1994, S.170.

ここに明らかなとおり、債務法改正委員会草案は、両当事者の責めに帰すべき事由によって給付が不能となる問題を、基本的に、いずれの当事者の帰責性が優勢かに応じて解除を認めあるいは認めない形での解決を図っている³¹⁾。この趣旨が、二者択一＝モデルを志向するのであれば、1990年代の終わりには、すでにドイツ民法学はその解決方針を克服していたため、時代遅れとなろう³²⁾。しかし、一方で、債務者の帰責性が優勢であれば、債権者は契約を解除して損害賠償を求めることができるが、反対債権を失う債務者が損害賠償を請求できることから、調整請求権説と同様な結論へと至る。他方で、帰責性が優勢な債権者は、自身の解除権が排除されても、債務者の義務違反に基づく損害賠償請求は可能であるから、その損害賠償が債権者の帰責事由に応じて縮減される一方で、解除を妨げられた債権者は反対給付を履行しなければならないため、代償賠償優位説の解決へと至る。このように、委員会草案の解決方針は、実質的には損害分配＝モデルを志向するようにも思われるが、損害を分配する理論的な一貫性に欠けるのはもとより、差額賠償優位説や契約分割説は、債権者に優勢な帰責性があっても解除権を制限せずに、反対給付請求権を債務者の帰責性の程度にあわせて縮減するため、解除権の帰趨が異なる³³⁾。したがって、債務法改正委員会草案が目指している解除権の排除という解決モデルは、適切とはし難いとも評された³⁴⁾。

2001年の債務法現代化法は、債務法改正委員会草案の解除権排除の規定を修正して、「債権者に唯一または圧倒的に優勢な (allein oder weit überwiegend)

31) Dieter MEDICUS, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, in NJW., 1992, S.2388.

32) REINHARD, a.a.O., Fn.4, S.224.

33) 当時、代償賠償優位説に抛りつつ、差額理論による損害賠償でも反対給付請求権の割合的縮減を認めない見解の優位を説くのは、EMMERICH, a.a.O., Fn.29, § 324, Rz.21, S.949. それに対して、債務法改正委員会草案について、債権者に優勢な帰責性がない限り債権者に解除を認めつつも、債権者の帰責割合に応じた反対給付義務の存続を認めるべきとするのは、OTTO, a.a.O., Fn.15, § 324, Rz.69, 229f.

34) FAUST, a.a.O., Fn.7, S.140.

責めが帰される」場合に、債権者の解除権を排除する（改正 BGB 第 323 条第 6 項）。その理由は、次の通りである³⁵⁾。すなわち、解除権を制限して債権者を反対給付義務に拘束するには、債権者に優勢な帰責性があるだけでは十分ではなく、「むしろ、債権者は、少なくとも〈圧倒的な優勢〉で、解除原因の成立に責任を負わなければならない。それによって、共働責任の程度は書き換えられるべきであり、その程度は、第 254 条を介して、損害賠償請求権も排除することになるはずであろう。したがって、その限りでも、給付に代わる損害賠償請求権と解除権は同じに処遇される。」。

債務法現代化法は、最終的に、給付不能の場合に固有の規定である改正 BGB 第 326 条を別置した。給付障害法委員会は、両当事者の責めに帰すべき不能の問題について、その実際的な意義は大きくないものの議論がなお錯綜している状況を勘案して、判例と学説に委ねるとしつつも、解除権排除要件について、債務法改正委員会草案の「唯一または優勢な」を「唯一または圧倒的に優勢な」へと変更した。この文言変更の趣旨は、従来の BGB 第 324 条第 1 項の「債権者の責めに帰すべき事由」が債権者だけの帰責性を要件とする以上、その文言から債権者と債務者の双方の責めに帰すべき事由を含む解釈を引き出すのが難しいため、当該規定に対応する改正規定が両当事者の責めに帰すべき事由による不能の事例も射程に含めることを明らかにすることにある。そこでは、両当事者の責めに帰すべき事由の程度が共働過失規定を介して縮減されるのが正当な方向として是認される限りで、圧倒的に優勢に債権者が不能に責めを負う場合には、共働過失による責任縮減による損害賠償請求権も排除される形で、解除の排除との調整も図られるというのである³⁶⁾。この給付障害法委員会の変更趣旨を踏襲する政府草案理由書の上記説明から眺めると、債権者の解除権が排除されるときには、給付に代わる損害賠償も排除されることになるため、「唯一または圧倒的に優勢な」帰責性は、その文言にもかかわらず、債権者にだけ責めが帰される場合に等しいことになろう³⁷⁾。

35) BT-Drucks., 14/6040, S.187.

36) Claus Wilhelm CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungstörungen, in JZ., 2001, S.511.

2. 債務法現代化法の解釈

債務法現代化法によれば、債務者の給付が不能となった場合に、債務者は給付義務から解放されるが（改正 BGB 第 275 条 1 項）、反対給付請求権も消滅する（改正 BGB 第 326 条 第 1 項）。しかし、債権者に「唯一または圧倒的に優勢な」不能の責めが帰される場合には、反対給付請求権が維持されたままとなり（同条第 2 項）、債権者は契約を解除することもできない（同条第 5 項、改正 BGB 第 323 条 第 6 項）。債務者に不能の責めがあれば、反対給付請求権は自動的に消滅するが、債権者は給付に代わる損害賠償を請求することができ（改正 BGB 第 280 条 第 1 項、第 3 項、第 283 条）、また、債権者が契約を解除しても（改正 BGB 第 323 条）、損害賠償を請求できる（改正 BGB 第 325 条）。

したがって、債務者の給付が履行不能になって消滅すれば、自動的に反対給付請求権も消滅し、当事者双方に不能について責めがあれば、債権者は債務者に対して給付に代わる損害賠償を請求できるが、損害賠償額は債権者の帰責割合分だけ減額される（BGB 第 254 条）。つまり、差額理論によって算定される債権者の損害賠償請求権が残るが、これだけでは債務者が失う反対給付請求権の損失が回復されない³⁸⁾。そこで、債権者が自らも不能に責めを負うにもかかわらず、反対給付請求権の消滅によって債務者に反対給付請求権の喪失という損害をもたらすため、それは債権者の積極的契約侵害による損害賠償責任を基礎づける。というのも、この場合に、債権者は契約の履行を挫折させない従たる義務に違反しているためである。しかも、積極的契約侵害を不能と遅滞の補完類型に位置づけていた改正前の民法典とは異なって、改正法は損害賠償の構成要件を「義務違反」に統一しているため、上記の積極的契約侵害によって

37) RÜBMAN, a.a.O., Fn.20, 2005, S.285. しかし、その後の学説は、債権者側に 80 パーセントあるいは 90 パーセントの帰責割合があることを債権者に圧倒的に優勢な帰責性と評価する。坂口・前出注 (2) 212 頁。

38) 履行不能によって給付債務と同時に反対給付債務も消滅するとされるものの、債権者は代償理論による損害賠償算定に基づく損害賠償を請求でき、この場合には反対給付請求権も全額での請求が認められるため、債務法改正後も代償賠償優位説が主張されている。Hansjörg OTTO, J. von Staudigers Kommentar zum BGB., Berlin, 2004, § 326, Rz.C73ff., S.414ff.

損害賠償を基礎づける一般的な構成要件である義務違反要件が充足されるとい
う³⁹⁾。あるいは、債務者が反対給付を喪失した損害は、債権者が「給付をそ
の実体への責めある影響によって不能としない」保護義務を負っているにもか
かわらず（改正 BGB 第 241 条第 2 項）、自身の責めある行為によって債務者の
反対給付を失わせるなら、債権者は債務者に対して、反対給付に代わる損害賠
償の責任を負わねばならないとされる（改正 BGB 第 280 条第 1 項）⁴⁰⁾。

以上のような債務法現代化後の調整請求権説は、債権者が債務者の反対給付
を喪失させない義務を負うにもかかわらず、不能に寄与することによりその義務
に違反したため、債務者に積極的契約侵害に基づく損害賠償請求を認める。し
かし、この反対給付を喪失させない不作為義務というのは、端的に言えば、反
対給付を履行する作為義務の裏返しであり、理論構成として技巧的でしかも迂
遠である⁴¹⁾。また、契約上の主たる請求権を喪失させることを保護義務と構
成することも、契約上の債権関係を契約当事者の一般的な法益へとすり替える
技巧に映る。しかも、給付不能による給付義務の消滅の上に反対給付の消滅ま
たは存続を定める改正 BGB 第 326 条の規定は、本質的に危険負担規定である
から、そこで定められている「責めに帰すべき（verantwortlich）」事由は損害賠
償の要件である「責めに帰すべき（zu vertreten）」事由（BGB 第 280 条第 1 項第 2

39) Sonja MEIER, Neues Leistungsstörungsrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung, in JURA., 2002, S.128; Urs Peter GRUBER, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 --- Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, in JuS., 2002, S.1070; Josef ALPMANN, juris Praxiskommentar BGB, Bd.2, 5.Aufl., Saarbrücken, 2010, § 326, Rz.18, S.1155f.; Christian GRÜNEBERG, Palandt BGB., 77.Aufl., München, 2018, § 326, Rz.15, S.559.

40) Thomas RAUSCHER, Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, in ZGS., 2002, S.336; CANARIS, a.a.O., Fn.23, S.159f.; ders., Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs.2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2010, S.123f.

41) 債務者の明確な履行拒絶を、債務者が債務の履行を妨げない従たる不作為義務の違反として積極的契約侵害と構成する見解に対して、その義務は端的に主たる給付の作為義務を意味するため、表裏一体であるとの批判が有力である。北居功『契約履行の動態理論 I 弁済提供論』（慶應義塾大学出版会・2013年）532頁。

文)と異なるだけでなく、債権者の責めに帰すべき行為が損害賠償義務の構成要件である「義務違反 (Pflichtverletzung)」(BGB 第 280 条第 1 項第 2 文) 要件を常に満たすわけでもないため、両当事者の責めに帰すべき不能とはいっても、債権者の行為が厳密に損害賠償を基礎づけるとは限らない⁴²⁾。

このように、債権者に義務違反あるいは帰責性要件が欠ける場合はもちろん、その行為が一定の不利益をもたらすオブリーゲンハイト (Obliegenheit) 違反しか認められない場合にも、債務者の債権者に対する義務違反に基づく損害賠償請求権によって反対請求権を喪失する債務者の利益補填を行うことが困難となる。そのため、その限りで、債務者には、債務者の不能に対する帰責割合分だけ縮減された反対給付請求権を認めるべきとする見解が提唱される⁴³⁾。さらに進んで、債務者の損害賠償請求権ではなく、債務者の反対給付請求権の存続を定める改正 BGB 第 326 条第 2 項の類推適用によって、一律に債務者の帰責割合分だけ縮減された反対給付請求権を認めることによって解決を図る見解も提唱される⁴⁴⁾。債務法現代化後の差額賠償優位説といえよう。それでも、給付の不能によって自動的に消滅するはずの反対給付請求権を債権者の帰責割合分だけなお存続させることは矛盾と映るのも事実であり、しかも、損害賠償請求権ではない反対給付請求権を共働過失により減額することになお疑念が提示される⁴⁵⁾。そのため、契約分割説により、債権者の帰責割合に応じた契約で

42) Theodor SOEGEL/ Beate GSELL, Kommentar zum BGB., 13. Aufl., Stuttgart, 2005, § 326, Rz.91f., S.243f.; Wolfgang ERNST, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.2, 8.Aufl., München, 2019, § 326, Rz.83.

43) Heinz Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH (hrsg.) / Helmut GROTHE, Kommentar zum BGB., München, 2012, § 326, Rz.26f., S.1691; Harm Peter WESTERMANN, Erman BGB., 15.Aufl., Köln, 2017, § 326, Rz.12. S.1493.

44) SOEGEL/ GSELL, a.a.O., Fn.42, § 326, Rz.94f., S.245. 債権者が損害賠償請求を選択すれば契約上の反対給付に対して代償理論による縮減された賠償請求が認められる一方で、債権者が契約からの離脱による反対給付請求権の消滅を選択するなら、BGB 第 326 条第 2 項に基づく債務者の反対給付請求権が縮減されて認められ、判例の立場もこの観点で整理できるとするのは、SCHWARZE, a.a.O., Fn.19, S.509ff. ders., Staudingers Kommentar zum BGB., Berlin, 2015, § 326, Rz. C.135ff.

は債務者の給付義務の消滅と反対給付請求権の存続が認められるのに対して（改正 BGB 第 526 条第 2 項）、債務者の帰責割合に応じた契約では、給付義務の消滅はもちろん、解除によって反対給付請求権も消滅する（改正 BGB 第 526 条第 5 項）との見解も主張される⁴⁶⁾。

四 おわりに

両当事者の責めに帰すべき事由によって履行が不能となる場合に、債権者は反対給付債務を全部負担しつつも、過失相殺によって減額される履行に代わる損害賠償請求権を有する（改正第 415 条第 2 項第 1 号、改正第 418 条）。もっとも、この履行に代わる損害賠償（代償理論による損害賠償算定）を債権者が請求する場合に、債権者に不利な取引では債権者自身が多すぎる負担を強いられることに注意が必要である。それ以上に、問題は債権者が解除を選択する場合にある。「債権者の責めに帰すべき事由」によって債務者の給付が不能となる場合、債権者は契約を解除できない反面で（改正第 543 条）、反対給付請求権がなお存続するが（改正第 536 条第 2 項）、たとえ債権者に不能の責めが帰されるときでも、債務者にも履行不能の責めが帰されるべき限り、債権者の解除権が当然に排除されるものではない（改正第 542 条第 1 項第 1 号）。両当事者の帰責割合に応じて損害を分配すべきことを前提とする限り、両当事者の責めに帰すべき事由に

45) ERNST, a.a.O., Fn.42, § 326, Rz.83. エルンスト自身は、債務者の債権者に対する損害賠償は債権者の義務違反がないため認められず、また、債務者が仮に債務適合行為を行っていても債権者の責めに帰すべき行為で債務が履行されなかったとするなら債務者に損害賠償の責任は生じないため、問題は反対給付請求権の帰趨だけとなるとした上で、受領遅滞にみられるとおり、債務者が反対給付請求権を行使できるには、債務者自身が適合行為を行ってなければならず、債務者の責めに帰すべき不能がある以上、その行使も否定する。結局、この見解によれば、双方の責めに帰すべき不能では、どちらの当事者も何らの履行義務を負わないこととなる。

46) Peter HUBER/ Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München, 2002, S.222f.; Jan STOPPEL, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, in JURA., 2003, S.227.

よって債務者の給付が不能となる場合には、債権者の解除権行使が認められながらも、当事者の責めに帰すべき事由の程度に応じて、それぞれに損害が分配されるべきである⁴⁷⁾。

ただ、この損害分配をどのように実現するのかについては、債権者の帰責割合に応じた債務者の反対給付請求権をなお存続させるのか、それとも、債務者が失う反対給付請求権を損害賠償請求権で補填するのかという法律構成上の相違に直面する⁴⁸⁾。しかし、損害賠償請求権の構成は技巧的で迂遠であることを免れないだけでなく、債権者に義務違反が認められない場合に債務者の利益を保護することができない。むしろ、債権者の責めに帰すべき事由によって履行が不能となった場合に、反対給付請求権の存続を定める規定がなければ、反対給付請求権の存続に見合う損害賠償請求権が債務者に認められるべきはずであるから、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能によって反対給付請求権がなお存続することを定める規定は、危険負担規定の装いを纏った損害賠償請求権の規定と理解できよう⁴⁹⁾。もともと、「債権者の責めに帰すべき事由」も、損害賠償法での帰責事由と平行に解釈されるべきこととなるのであるから⁵⁰⁾、反対給付請求権が債権者の帰責性を斟酌した過失相殺によって減額されることも妨げられるべきではない。そうすると、反対給付請求権の存続を

47) CANARIS, a.a.O., Fn.23, S.148f. 我が国の従来解釈について、采女・前出注2) 78頁以下および坂口・前出注2) 138頁以下、139頁注(3)によれば、一般的に、代償理論による損害賠償請求と解除による損害賠償請求の調整が十分に議論されていないとされる。そのため、采女・前出注2) 119頁以下は、縮減される債権者の損害賠償請求権が反対給付債務の価値を上回らない限り、債権者の解除を認めないとするが、代償賠償優位説を基礎に据えて、代償理論による損害賠償請求との調整から債権者の解除権を排除する一つの試みと位置づけることができよう。

48) 小野秀誠『危険負担の判例総合解説』(信山社・2005年) 61頁および坂口・前出注(2) 249-250頁は、解除を認めつつも、その先の利益調整のあり方の方向性を示唆するにとどまるが、小池隆一『債権法各論新稿(上巻)』(清水書店・1939年) 157頁は、債務者に損害賠償請求権を認めるべきとする調整請求権説を示唆する。

49) CANARIS, a.a.O., Fn.40, S.114. 同旨、HUBER, a.a.O., Fn.22, S.749f.

50) 最判昭和62年7月17日民集41巻5号1283頁参照。

認める構成を志向することとなるが、そこでも、契約自体を債務者にだけ責めがある不能に対応する契約部分と債権者にだけ責めが帰される不能に対応する契約部分に分割する不自然さは免れない。

したがって、両当事者の責めに帰すべき不能においては、債権者は、「債権者の責めに帰すべき事由」の程度に対応する範囲で契約を解除できず（改正第543条）、その限りで、「債権者の責めに帰すべき事由」による履行不能に基づいて反対給付請求権がなお存続すべきことになる（改正第536条第2項）。他方で、債権者は、全部不能ではあっても、債務者の責めに帰すべき事由の程度に対応する範囲でのみ、契約を一部だけ解除できると解すべきである（改正第542条第1項第1号）。もちろん、債権者は、併せて履行に代わる損害賠償も請求できるが（改正第415条第2項第1号、改正第545条第4項）、債務者の帰責割合の範囲での解除によって、その限度で反対給付請求権は消滅するため、残る反対給付請求権は反対給付請求権の価値を控除された給付請求権に代わる損害賠償請求権であり、債務者の帰責割合に対応することになる⁵¹⁾。こうして、「債権者の責めに帰すべき事由」（改正第543条）は、債権者の帰責割合に応じた範囲で解除を制限することを意味すると解釈することで、双方の責めに帰すべき履行不能の問題にも対処できることが明らかとなる^{52) 53)}。すなわち、債権者は、自身が債務不履行に責めを負う限度で、債務不履行に基づく解除権の行使を制限される⁵⁴⁾。もっとも、両当事者の責めに帰すべき履行不能以外

51) 契約を分割して規範を適用するのではないが、損害分配の算定方法は契約分割説と同様に考えることができる。

52) 中田裕康『契約法』（有斐閣・2017年）169頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017年）591頁および福田清明「改正民法543条が担う課題」東洋法学61巻3号（2018年）347頁は、買主に優勢な帰責性がある場合に買主の解除権を排除すべきとして、後二者は国際物品売買に関する国際連合条約第80条の解釈も参照させる。しかし、これは本稿でいう二者択一＝モデルであり、買主に優勢な帰責性がある場合解除が認められなければ、買主に全額の代金支払債務を負担させることとなる反面、売主に優勢な帰責性があれば売主だけが賠償責任を負担することとなって、当事者の帰責性に応じた損害分配を実現できないため、このような解決は不当である。国連条約の解釈に対する批判は、REINHARD, a.a.O., Fn.4, S.256ff.; CANARIS, a.a.O., Fn.23, S.181f.

の債務不履行の場合に、どのような処理が適切なのかは、さらに考究すべき課題である⁵⁵⁾。

53) しかし、交換のように反対給付が不可分であるときには、債権者の帰責割合に応じた反対給付を実現できないため、その処理が問題となる。この議論の詳細は、坂口・前出注(2) 254頁以下、同「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する一考察」私法75号(2013年)164頁を参照。金銭給付で債務者の帰責割合分の反対給付価値の償還を債権者に認めることでの調整が主張されるが、たとえば、債務者は債権者の帰責割合に応じた反対給付の持分を取得できるため、両者の共有を認めた上で、相手方の帰責割合分を金銭で給付することによる共有物の分割を認めるような方策を探求する余地もあるのではないかと。

54) なお、本稿で債権者の「責めに帰すべき事由」とは、最終的には、損害賠償債務を基礎づける技術的な意味での「帰責性」の概念というよりは、不能に対する「寄与」も含む広い意味で解釈されるべきであろう。

55) 履行期限に債務者が履行準備をせず、債権者も受け取り準備をしない場合もその一例といえる。この問題については、北居功『契約履行の動態理論 I 弁済提供論』(慶應義塾大学出版会・2013年)259頁以下を参照。

