

解除と不当利得による双務契約の清算

—— 最近のドイツの議論の紹介 ——

藤 原 正 則

I. はじめに

双務契約（特に、売買契約）が履行されたが、給付の返還が必要となる主な原因は、解除と無効・取消し（不当利得）であろう。わが国では債権法改正で、契約の無効・取消しの効果には新 121 条の 2 が新設され、解除では解除権の消滅を規定する民 548 条が改正された。他方で、ドイツ法では、2002 年の債務法改正で、解除法が改正され、解除権の消滅の規定（BGB〔ドイツ民法〕旧 350 条～ 352 条）が削除され、受領者の下で目的物が滅失した場合でも、（重要な例外があるが、）原則としては価値賠償義務が発生することとされた（BGB346 条 2 項）。不当利得法は改正されなかったが、解除法の改正の際に、立法者は、解除と不当利得による巻き戻しで、可能な限り同一の原則が妥当することを支持するとしていた。その結果、ドイツでは、価値賠償だけでなく付随的請求（利息、収益、費用）に関しても、改正された解除の効果に不当利得を接近させようという学説が幾つか出現している。そこで、本稿では、まずわが国の解除と不当利得の効果を整理し（Ⅱ.）、ドイツの解除法の改正（Ⅲ.）、さらに、解除法の改正を契機として不当利得の効果を解除に整合させようという学説の一端を紹介した上で（Ⅳ.）、わが国での解釈論の方向性に対して一定のコメントを加えたいと考える（Ⅴ.）。

II. わが国の議論と債権法改正

1. 原物返還

(1) 不当利得

原物返還が可能なときは、原物返還義務を負う。新 121 条の 2 第 1 項は、「原状回復」を規定している。給付受領した代替物が滅失したときも、現在の判例（最判平 19・3・8 民集 61 巻 2 号 479 頁）・通説は、調達義務を負わないと解している。代金と目的物の返還は、原則として同時履行だが、詐欺者、強迫者の同時履行の主張が可能かに関しては学説が分かれている¹（債権法改正でも、同時履行の議論はなかった²）。

(2) 解除

原物返還が第一義的な原状回復義務（民 545 条 1 項本文）である。ただし、代替物を買主が売却して法定解除したケースで、同種・同量の物を返還すれば原状回復で、解除権は消滅しないとした判例（大判明 37・2・17 民録 10 輯 157 頁）があり、相手方も同様の請求が可能だという学説もある（山中）。ただし、山中説を除けば、明示的に調達義務を説くものはない³。同時履行関係に関しては、民 546 条が存在する。

2. 原物返還の不能

(1) 不当利得

非債弁済が典型例だが、一方的な給付の場合は、原物返還が不能な場合は、帰責事由とは無関係に価値賠償義務が発生し、その上で、利得消滅の

1 以上に関しては、窪田充見『新注釈民法』（有斐閣・2017）101 頁以下（原物返還）、102 頁以下（調達義務）、120 頁以下（同時履行）〔藤原正則〕を参照。

2 新 121 条の 2 に関する債権法改正の経緯に関しては、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」論叢 180 巻 5・6 号（2018 年）245 頁以下が包括的かつ詳細な紹介と検討を加えている。

3 山中康雄『総合判例研究叢書・民法 10』（有斐閣・1958 年）189 頁。以上に関して、谷口知平・五十嵐清『新版注民（13）』（有斐閣・2006 年）888 頁以下、892 頁〔山下未人〕を参照。

抗弁の成否が問題となる。代償の返還が問題となるが、「法律行為による代償（例えば、転売代金）」ではなく、「事実による代償（例えば、第三者に対する損害賠償請求）」の返還請求に限られると考えられている。つまり、代償請求は現存利得の一種だと解すべきであろう⁴。

ただし、双務契約の巻き戻しでは、原則として民 703 条の「現存利得」を適用しないことが、解釈論の課題だった。その結果、巻き戻しの過程でも双務契約上の 2 つの請求権の牽連性が存続すると考える事実上の双務関係の法理によって、契約の履行に関する危険負担のルール（民 536 条 1 項）を類推する考え方があった。例えば、加藤（雅信）説は、目的物が受領者（買主）の下で帰責事由なく滅失したときは、民 536 条 1 項が類推され、買主の代金返還義務も消滅するとしている（反対に、売主に帰責事由のあるケース、例えば、目的物の瑕疵が原因で滅失したときは、買主の目的物の返還義務は消滅し、代金返還を請求できる）⁵。他方で、受領者の帰責事由の有無と無関係に価値賠償と代金返還の請求権の存続を前提とする考え方もあった。つまり、代金の返還と価値賠償の 2 つの請求権の成立を前提とし、原則として、利得消滅の抗弁（民 703 条）の適用を否定する、修正された「二請求権対立説」である。（目的物の瑕疵が原因で滅失した場合を除いて、）磯村説は、目的物の滅失・損傷のケースで（代金と目的物の価値が等価のときは危険負担的な処理をするが、）代金と目的物の価値が不等価のときは、受領者（買主）の価値賠償義務を認めていた。ただし、目的物の価格が 100 万円で売買代金が 60 万円の場合は、代金 60 万円の給付で目的物を保持できると考えていた善意の買主（受領者）の信頼を保護するために、民 703 条の趣旨から価値賠償は 60 万円に制限される

-
- 4 藤原正則『不当利得法』（信山社・2001 年）131 頁以下、135 頁。潮見佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その 2）」法教 456 号 92 頁以下、96 頁も参照。
- 5 加藤雅信『事務管理・不当利得』（三省堂・1999 年）146 頁以下、149 頁。善意の受領者（買主）の注意義務を自己のためにする注意義務と解する、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上）』（青林書院・1981 年）133 頁以下も参照。

と解している（「反対給付が善意の給付受領者の価値賠償の上限」）⁶。他方で、一般的に受領者（買主）の価値賠償義務を肯定する藤原は、同様のケースで、例えば、錯誤者（売主）の契約締結上の過失又は説明義務違反を理由に、善意の買主は40万円の損害賠償請求が可能と解していた⁷。

債権法改正では、民121条の2第1項で、原状回復義務が規定され、（第2項、3項の例外を除き）原則として、価値賠償義務が存続することになった。ただし、価値賠償の算定基準時に関しては、給付（利得）時、価値賠償義務の発生（滅失）時、および、原則は、利得時だが、受領者が利得消滅を主張できるときは、利得消滅時（滅失時）が基準となるという考え方がある⁸。

（2）解除

解除では、目的物が滅失したときも、受領者の帰責事由と無関係に価値賠償義務が存続するか否かで、考え方が分かれている⁹。さらに、通説は、民548条の「行為又は過失」を「故意又は過失」と解している¹⁰。その結果、価値賠償義務の前提が受領者の帰責事由（故意・過失）と考えると、買主（解除権者）の下で帰責事由なく目的物が滅失した場合は、解除権は消滅せず（民548条2項）、解除権者（買主）は価値賠償することなく、代金の返還を請求できる。その結果、目的物を占有する買主ではなく売主が滅失の危険を負担することになり、不当利得での危険負担を顧慮した解決（例えば、上記の加藤説）と反対の結論となる。そこで、（ドイツ法での解除と不当利得による清算の整合性を検討した上で、）本田説は、「行為又は過失」の「行為」を目的物の滅失の「危険を増加させるすべての行為」と解した上で、（i）給付者（売主）の責めに帰すべき滅失、（ii）不可抗力による滅失、（iii）受領者（買主）の行為による滅失、（iv）受領者（買

6 磯村保「契約の無効・取消の清算—各論的考察」私法48号45頁以下、52頁。

7 藤原・前掲注（4）166頁以下、175頁以下。

8 潮見佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その1）」法教455号94頁以下、97頁以下を参照。

9 山下・前掲注（3）891頁以下を参照。

10 山下・前掲注（3）905頁を参照。

主)の責めに帰すべき滅失に分けた上で、(i)では給付者(売主)は代金の返還義務を負い(民548条2項、536条2項)、(ii)給付者の返還義務が縮減され(民548条2項、536条1項)、(iii)は(ii)と同じで、(iv)受領者の解除権は発生しないか消滅する(民548条1項)としている。つまり、滅失が売主(相手方)の帰責事由によらないときは民536条1項で民548条2項を制限しようという考え方である(不当利得による双務契約の清算でも同一だとする)¹¹⁾。小野説も、目的物が受領者(買主)の下で帰責事由なく滅失したときは、解除前では民536条1項を準用し(ただし、「価格返還の可能性もある」とする)、解除後は民536条1項を適用するとしている¹²⁾。

他方で、解除が可能な場合も、原状回復という視角から、解除権者の価値賠償義務を説く見解が存在する(ないしは、最近では有力となっている)。債権法改正で、民548条1項の「行為又は過失」は「故意又は過失」とされ(新548条本文)、解除権者が解除権を知らなかったときは、解除権は消滅しないとされた(新548条ただし書。2項は、1項から自明の理だとして削除された)。その結果、新548条は、解除権の放棄の規定と考えるのがわかりやすいルールとなった¹³⁾。その上で、新548条ただし書の適用されるケースで、磯村説は、滅失・損傷に帰責事由のないときも価値賠償義務を免れないと解すべきだとしている(新121条の2との整合性を根拠とするが、新121条の2と545条の効果は異なるから、両者の調整に関して議論が必要とも指摘している)¹⁴⁾。加えて、潮見説は、新法で危険負担の制度が転換され、履行不能だけでは債務は消滅しないから、従来の危険負担構成(債務消滅構成)では問題を正当化できず、原則として、当事者は現物の客観的価値を償還する義務を負うとしている。加えて、具

-
- 11 本田純一「民法548条の系譜的考察—解除に基づく清算義務の重畳的性格—(下)」判タ557号34頁以下、46頁以下。
 12 小野秀誠「特定物売買における危険負担」鎌田薫他編『民事法Ⅲ(第2版)』(日本評論社・2010年)61頁以下、68頁。
 13 例えば、中田裕康『契約法』(有斐閣・2017年)243頁を参照。
 14 藤岡康宏他編『民法Ⅳ(第4版)』(有斐閣・2019年)58頁以下[磯村保]。

体例として、価額 40 万円の甲を代金 70 万円で売買契約し、売主が価額 90 万円の乙を給付し乙が買主の下で滅失したときに、買主が契約を解除すれば、買主は原状回復で 90 万円の償還義務を負うから、(債権法改正で民 121 条の 2 の中間試案だった反対給付が価額償還の限度額という磯村説を参照して、) 70 万円の償還義務に止めるべきだとしている。つまり、合意価格を価値賠償の限度額とするという提案である¹⁵。

価値賠償の算定基準時としては、目的物の客観的価格と考えた上で、解除時、滅失時、および、給付受領時と解する考え方がある¹⁶。

3. 付随的請求

(1) 不当利得

①利息 非債弁済でも現実に取得した利息は返還の必要があると解されている。ただし、金銭は特定性がないから、具体的に利得した金銭で利息を取得したという証明は容易ではないから、判例(最判昭 38・12・24 民集 17 卷 12 号 1720 頁)は、受益者の行為の介入がなくとも運用利益を得ていると考えられるとき(例えば、受益者が金融機関の場合)は、利息の返還を要するとしている。だから、現実に取得した利息の返還義務があることになる。ただし、学説では、非債弁済の場合も含めて、一般的に利息は金銭の使用利益だとして原則として利息の返還義務を説くものがある¹⁷。他方で双務契約の清算では、利息と使用利益・果実の返還には、民 575 条を類推するか否かで考え方が分かれている¹⁸。

②使用利益・果実 学説は、現実に取得した使用利益・果実の返還義務を肯定する¹⁹。債権法改正では、詐欺・強迫の場合などで、被詐欺者・被

15 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社・2017 年) 601 頁以下。

16 潮見・前掲注(15) 605 頁を参照。

17 藤原・前掲注(1) 122 頁、藤原正則「非債弁済の善意の弁済受領者の利息の返還義務—ドイツ法を参照して—」道垣内弘人他編『社会の発展と民法学(近江幸治先生方稀記念論文集)(下巻)』(成文堂・2019 年) 501 頁以下を参照。

18 藤原・前掲注(4) 174 頁を参照。

19 藤原・前掲注(4) 139 頁を参照。

強迫者の果実・使用利益の返還義務に関して議論があり、規定はおかれなかった²⁰。

③費用 民 196 条が類推されると解されている²¹。

(2) 解除

①利息 民 545 条 2 項は、受領時からの利息の返還義務を規定している。利率は法定利息と解されている²²。不当利得と同様に、利息と果実・使用利益の返還に民 575 条を類推するか否かで考え方が分かれている²³。

②使用利益・果実

買主には果実・使用利益の返還義務があると解されている。判例（最判昭 51・2・13 民集 30 卷 1 号 1 頁）は所有者から追奪を受けた他人物の買主にも他人物の売主に対して使用利益の返還義務があるとしている。ただし、債権法改正では、果実には新 545 条 3 項（現実に收取した果実の返還義務）がおかれたが、使用利益に関しては、果実の外延が判然とせず、損耗が激しい動産などでは、使用利益と価値の損耗の関係が判然としないという理由で、規定はおかれなかった²⁴。ただし、収益義務を説く学説もある²⁵。

③費用 民 196 条が適用されると解されている²⁶。その上で、好美説は、買戻の規定（民 583 条 2 項）を類推して、有益費の償還には裁判所による猶予を認めるべきだとしている²⁷。

20 山本・前掲注 (2) 301 頁を参照。

21 例えば、磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」LAW AND PRACTICE12 号 1 頁以下、20 頁を参照。

22 中田・前掲注 (13) 228 頁。

23 中田・前掲注 (13) 229 頁を参照。

24 例えば、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）140 頁を参照。

25 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩他編『現代契約法体系 (2)』（有斐閣・1984 年）175 頁以下、184 頁。これに対して、受領時からの利息の返還義務も含めて批判的な考え方を示唆するのが、磯村保「解除と危険負担」瀬川信久編『債権法改正の論点とこれからの検討課題』別冊 NBL147 号 73 頁以下、86 頁。

26 中田・前掲注 (13) 232 頁。

27 好美・前掲注 (25) 196 頁。

4. 解除と不当利得の効果の一致

解除でも不当利得でも第一義的な返還義務は原物返還である（ただし、解除では、特に、解除権の消滅との関係で、調達義務が問題となっていた）。給付目的物が買主の下で滅失したケースでは、解除でも買主の帰責事由と無関係に価値賠償義務を認める考え方が有力となっている。その結果、不当利得で危険負担の類推ではなく、新 121 条の 2 第 1 項が価値賠償を認めたのと同様に、解除でも、代金返還請求と価値賠償の請求権の併存が承認されてきている。もっとも、解除では、解除権の消滅の規定（新 548 条）があり、不当利得では、新 121 条の 2 第 2 項（無償契約）、第 3 項（意思無能力、制限行為能力）に利得消滅の規定がある。しかし、前者は解除権の放棄だと考え、しかも、後者は無効・取消の保護目的（無償取得者の信頼保護、意思無能力・制限行為能力者の保護）による原則の変更だと考えれば、原則として、有償双務契約の巻き戻しでは解除と不当利得で共通の効果（不当利得の用語では、修正された二請求権対立説）が認められていることになる。ただし、解除と異なり、不当利得では、詐欺者・強迫者の同時履行の主張を認めるか否かで見解が分かれている（ただし、同時履行を認めないとしても、詐欺・強迫による取消を認めた規範の保護目的ゆえの例外であろう）。付随的請求は、(i) 費用では一致している。(ii) 果実・使用利益と利息の返還に関しても、解除と不当利得の双方で、民 575 条の類推に関して見解が分かれている。ただし、(iii) 利息に関しては、解除では受領時からの利息の返還が規定されているが、不当利得では利息の收取義務に一致はない。

Ⅲ. ドイツ法での解除法の改正

1. 改正前の問題点と法改正

(1) 解除の効果の規定 まずは、解除の効果に関する旧法と現行法の規定を示しておくべきであろう。

旧法第 327 条 第 325 条〔債務者の責めに帰すべき後発的不能〕及び 326 条〔遅滞〕に規定する解除権については、約定解除権に関する第 346

条から第 356 条までの規定を準用する。相手方の責めに帰すべからざる事由で解除権を行使するときは、相手方は、不当利得の返還の規定によってだけ責任を負担する。

第 346 条 契約において当事者の一方が解除権を留保した場合において、解除するときは、各当事者は、受領した給付を互いに返還する義務を負う。給付された労務及び物の利用の供与に対しては、価値を返還し、又は契約で反対給付を金銭で規定していたときは、それを支払う必要がある。

第 347 条 解除の場合に、損傷、滅失その他の事由により生じた引渡不能による損害賠償請求権は、給付の受領時から、所有者・占有者関係に関して所有物返還請求権の訴訟係属時から適用される規定により決定される。収益の返還又は補償の請求権、及び、費用償還請求権に関しても同様である。金銭には受領時から利息を付す必要がある。

第 348 条 解除による当事者の義務は、引換えて履行する必要がある。第 320 条及び第 322 条の規定が準用される。

第 350 条 権利者の受領した目的が偶然に滅失したときは、解除権は排除されない。

第 351 条 受領した目的物の著しい損傷、滅失その他の引渡不能について権利者に過失があったときは、解除できない。目的物の重要な部分の滅失は、その著しい損傷と同様とし、第 278 条により権利者の責めに帰すべき他人の過失は、権利者自身の過失と同様とする。

第 352 条 権利者が受領した物を加工又は改造により他の種類の物に変えたときは、解除権は排除される。

*解除法が準用する訴訟係属後の所有者・占有者関係の規定（現行法）は、以下の通りである。

第 987 条 (1) 訴訟係属後に収取した収益を、占有者は所有者に返還する義務を負う。

(2) 通常の使用法則によれば収取することが可能だった収益を、訴訟係属後に、占有者が収取しなかったときは、故意・過失の責任を負う限り

で、占有者は所有者に賠償する必要がある。

第 989 条 占有者は、訴訟継続後からは、所有者に対して、占有者の故意・過失によって、物を損傷・滅失又はそれ以外の原因で所有者に返還できなくなったことで発生した損害の賠償の責任を負う。

第 994 条 (1) 占有者は所有者に対して物に支出した必要費の償還を請求できる。ただし、通常の保存費に関しては、占有者に収益が止まるときは占有者に償還する必要はない。

(2) 訴訟係属後、又は、第 990 条に規定する責任が発生した後に、占有者が必要費を支出したときは、所有者の償還義務は、事務管理に関する規定で決定される。

第 996 条 占有者が、訴訟係属、又は、第 990 条の規定する責任の発生前に、必要費以外の費用を支出したときは、所有者が物を回復した時に、その費用による物の増価が現存するときに限り、償還を請求することができる。

現行法第 346 条 (1) 契約当事者の一方が約定解除権を留保し、又は法定解除権が帰属するときは、解除の場合には、受領した給付を返還し、収取した果実は返還する必要がある。

(2) 返還または引渡に代えて、以下の場合には価値賠償をする必要がある。

1. 返還又は引渡が、取得されたものの性質によれば排除されるとき。
2. 受領した目的物を消費し、譲渡し、又は、負担を課し、加工し、又は、改造したとき。
3. 受領した目的物が損傷または滅失したとき。ただし、規定どおりの使用による劣化は、問題にならない。

契約で反対給付が合意されていたときは、価値賠償の計算の基礎となる。消費貸借の使用利益に対して価値賠償が給付されるべきときは、使用利益の価値が低額なことを立証することが可能である。

(3) 以下の場合には、価値賠償義務は消滅する。

1. 解除権を与えた瑕疵が、目的物の加工又は改造に際して始めて生じた場合。
2. 損傷又は滅失に債権者に責めに帰すべき事由があるとき、又は、債権者の下にあっても同様に損害が発生したであろう場合。
3. 法定解除権の場合に、解除権利者が自己の事務についての通常の注意を払ったにもかかわらず、滅失又は損傷が解除権利者の下で生じた場合。

現存する利得は返還されるべきである。

(4) 債権者は、1項に基づく義務への違反があったときは、第280条から第282条の基準に従って損害賠償の請求が可能である。

第347条(1)それが可能であったにもかかわらず、債務者が通常の方法に従って収益を収取しなかったときは、債務者は債権者に対して価値賠償する必要がある。法定解除の場合は、権利者は、収益に関して、自己のためにする注意義務を負うに止まる。

(2) 債務者が目的物を返還し、価値賠償を給付したとき、又は、第346条3項1号又は2号に従って価値賠償が排除されたときは、債務者には必要費が償還される必要がある。それ以外の支出は、債権者が利得している限度で、賠償される必要がある。

第348条 解除から発生する当事者の義務は、同時履行されるべきである。

(2) 解除権の排除に関する旧法の問題点 ドイツの旧法の解除法には多くの問題があり、改正の必要があるとされていた。ただし、本稿で取り上げるのは、解除の効果であり、該当する現行法の規定は、BGB346条(解除の効果)と347条(収益と費用)である。法改正の際の政府の草案の説明²⁸では、BGB346条に関する旧法に関して、(i) BGB旧346条以下

28 BT-Drucks 14/6041, 189ff. なお、以上の政府案の説明は、実現しなかったが1992年に提出された債務法改正の最終案の報告書の解除の効果に関する記述

の適用範囲、(ii) 解除権の消滅、(iii) 原物返還が不能の場合の価値又は損害賠償義務、(iv) 危険負担と解除の関係という4つの問題点が指摘されている。本稿との関係で重要なのは、(ii) (iii) であり、(ii) (iii) に関する草案の説明を紹介する。すなわち、(ii) に関しては、旧350条は、給付された目的物の偶然の滅失では解除権は排除されないと規定していた。その結果、解除権者は目的物の価値賠償義務を負わず、代金の返還を請求できる。しかし、これは立法政策上は批判されており、例えば、売買では目的物の引渡と同時に、危険は買主に移転する(BGB446条)にもかかわらず、解除(Rücktritt)、瑕疵担保解除(Wandlung)の場合に、売主に危険を戻す(Rückspringen)合理的な理由はない。だから、売主の危険負担が合理的なのは、滅失の原因が物の瑕疵か、売主に責任がある場合に限られる。今1つ、旧351条は、目的物の滅失などに解除権者に過失(Verschulden)があれば、解除権は排除されると規定していた。しかし、特に、法定解除では、解除権を知る前は、解除権者は目的物を自由に扱えるはずである。だから、目的物の滅失・損傷に関して、解除権者の過失を論じる意味はない。その結果、旧350条以下では、3つの解釈論が存在した。(a) 旧351条の過失を自己の事務に関する不注意だと解して、旧350条の適用範囲を制限する考え方(Hadding, Janßen, Medicus, BGH DB1974,2295)、(b) 目的物の滅失で、解除の相手方の返還請求権が消滅すれば、解除は可能でも、解除権者も原則として返還請求権を失うとする見解(E.Wolf; Leser)、目的物が相手方の下にあっても滅失したであろうケースに旧350条の適用を限定する(Schwenn)、目的物が瑕疵又は相手方の責めに帰すべき原因で滅失した場合にだけ旧350条を適用するという考え方(Honsell, Wieling)、(c) 旧351条の過失概念を、解除権

(Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger, 1992, S.174ff.) とほとんど同じである。これに関しては、花本広志「解除の効果」下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会改正草案の研究』(法政大学出版局・1996年)90頁以下に詳細な紹解と検討がある。

者のリスクを増加させる行為 (Caemmerer, Larenz)、又は、解除権者の自由な行為と解して、旧 350 条の適用を制限する考え方である (E.Wolf)。(iii) に関しては、(BGB 旧 346 条は、労務などの性質上原物返還が不可能な場合の価値賠償義務を規定するに止まり、) 旧 347 条 1 文は、目的物の滅失した場合の受領者の損害賠償義務に関して、給付の受領時から訴訟係属以後の所有者・占有者関係の規定(BGB989 条)を準用していた。しかし、特に、法定解除の場合には、受領者は終局的な権利取得を信頼しているから、BGB989 条の過失責任を前提とする賠償義務は妥当ではない²⁹。

(3) 草案の方針—目的物の滅失などの場合 以上から、旧 350 条～ 353 条を削除し、解除前に物が滅失した場合には、原則として、返還義務者は価値賠償義務を負担することとした。その際に、以上のルールは、「解除と不当利得による巻き戻しで、可能な限り同一の原則が妥当することを支持している。」「目的物が債権者の下で滅失したときでも、給付利得による返還請求は可能である。ただし、差額説 (Saldotheorie) とその制限の枠内で滅失した物の価格は控除される。以上の『価値に則した巻き戻し』のモデルを解除法に転用するのが妥当であろう。」³⁰とされている。さらに、価値賠償の基準は、契約による反対給付 (合意した代金額) とされた。反対給付を基準とするのは、解除の原因の給付障害は巻き戻しに関するもので、当事者の価格合意とは無関係だからであり、価格合意が侵害されているとき (錯誤、詐欺・強迫) は、契約を取り消して不当利得として客観的価値を返還請求することになると説明されている。ただし、例外として、価値賠償義務の排除の規定がおかれた (BGB346 条 3 項 1 文)。すなわち、(i) 旧 467 条 1 文後段の基礎にある考え方の基礎を受け継いで、解除権を基礎づけた瑕疵が、目的物の加工又は改造に際して始めて生じた場合(同

29 BT-Drucks 14/6041, S.189ff. この箇所では引証されている学説に関しては、本田純一「給付利得と解除規定—西ドイツにおける近時の理論展開を中心として— (1) (2) (3)」成城 1 号 239 頁以下、4 号 75 頁以下、6 号 71 頁以下が詳細な紹介と検討を加えている。

30 BT-Drucks 14/6041, S.194f.

項1文1号)、(ii) 現行法の考え方であり、相手方が滅失・損傷に責任のあるとき、および、相手方の下にあっても同様に損害が発生したとき(同項1文2号)だが、重要なのは、3号の(iii) 法定解除権者が自己のためにする注意義務を遵守したが、目的物が滅失・損傷したときである。以上に関して、草案の説明は、「解除では、偶然の滅失の危険を買主が負担するという原則には、制限が必要である。統一売買法(国連国際動産売買法82条)の滅失が債務者のリスクを高める行為によるのかという解決にも説得力はない。これでは区別の困難さに直面する。しかも、その骨格で説得力がない。買主に過失がない交通事故での自動車の滅失と、ガレージの火災での焼失とは何も変わらない。

売主(請負人)に危険が移転するのが妥当なのは、買主(注文者)が法定解除したときに限られる。この場合には、売主(請負人)が自己の義務を完全には履行していないことを理由に解除されている。自己の給付を適切に履行しなかった者は、危険が最終的に相手方に移転していると信頼することはできない。……2人の過失のない者の1人に損失を負担させるというジレンマ(Flessner, NJW1972,1777,1780)は、現行法での通説にも合致するように、解除権者に有利に解決されるべきである。」³¹とされている³²。

(4) 草案の方針—付随的請求 BGB347条に関しては、以下のように説明されている。つまり、旧347条2文、3文は、解除後の収益の返還義務と費用償還に関しても、損害賠償と同様に、訴訟係属後の所有者・占有者関係の規定を準用している。その結果、解除権者は收取した収益の返還義務を負うが(987条1項)、過失がある限りで通常の用法で收取しなかった収益の返還義務を負う(987条2項)。さらに、金銭に関しては、受領時から利息を付す義務がある(旧347条3項)。他方で、費用に関しては、必要費の償還の義務を負うに止まり、有益費に関しては、償還の義務を負

31 BT-Drucks 14/6041, S.196.

32 BT-Drucks 14/6041, S.193ff.

わないことになる。以上の規定を改正して、解除権者に関しては、自己のためにする注意義務を怠った場合に限って果実の価値賠償義務を負うとされた。さらに、現存利得の限度で、有益費の償還も規定された。他方で、金銭に関しては、「債務者は、特に、少額で期間も短いときは、受領した金銭で法定利息を収取できる状況にはない。」³³ という理由で、受領時からの利息の返還義務を改正し、通常の用法で利息を取得できたのかという果実・使用利益のルールと符節を合わせている³⁴。

(5) 草案の考え方 だから、346条で目的物の滅失に関しては、草案は、上記(1)(c)の学説(Caemmerer, Larenz, E.Wolf)には国連条約に対する批判で明示的に反対しており、しかも、(b)の解除は可能でも解除権者は代金返還請求を失うという学説(E.Wolf, Leser)は草案の出発点としての代金返還請求と価値賠償義務の併存という考え方に反するから別として、それ以外の学説の基準で、解除権者に有利な解決を選択していることになる。つまり、解除権の消滅を削除した以外は、立法者が妥当と考えた旧法下の学説に従って価値賠償義務を規定したと考えられる。しかも、解除権の消滅は削除したが、価値賠償義務の消滅の例外で、実質的な危険負担は重要な部分でそのまま残されたことになる(特に、BGB346条3項1文3号)³⁵。

33 BT-Drucks 14/6041, S.197.

34 BT-Drucks 14/6041, S.196f.

35 以上の解除法の改正の議論、および、改正された解除法に関しては、新田孝二「ドイツ債務法の現代化における契約解除と日本法の比較」関東法学 25 号 1 頁以下に詳解と検討がある。その上で、新田教授は、解除権者の優遇を肯定的に評価している。他方で、川角由和「ドイツ債務法改革と新しい解除法」社会科学研究年報(龍谷大学社会科学研究所) 35 号 31 頁以下も、新解除法の紹介だが、フルーメの学説の肯定的評価に基づいて、新法に対して必ずしも肯定的な評価を下しているわけではない。さらに、川角論文の後(42 頁以下)にその翻訳(バルバラ・グルネバルト「差額説と新解除法(Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht)」)が掲載された論考は、解除法の改正の不当利得(差額説)への影響を簡単に検討したものである。

2. 新しい解除法

1. (2) ~ (4) で紹介した議論の結果成立した解除の効果を簡単に要約すれば、以下のようになる。

(1) 価値賠償義務 (346 条 2 項) 第一義的には、債務者は原物返還義務を負う (346 条 1 項)。しかし、(i) 給付の性質上原物返還が不能なとき (2 項 1 号)、(ii) 目的物の消費、譲渡、負担の設定、加工、改造したとき (2 項 2 号)、(iii) 目的物の損傷、滅失 (2 項 3 号 1 文) では、価値賠償の必要がある。ただし、目的物の規定どおりの使用 (bestimmungsmäßige Ingebrauchnahme) による劣化に対しては、価値賠償の必要はない (同項 3 号 2 文)。その理由は、使用利益の返還と合わせて二重取りになるからである³⁶。

(2) 返還債務者の優遇 (346 条 3 項) ただし、346 条 3 項は、(i) 加工・改造の過程で瑕疵が発見されたとき (消費にも類推されると解されている)、(3 項 1 文 1 号)、(ii) 債権者の支配領域に由来する原因で、滅失・損傷したとき、および、債権者の下にあっても同様に滅失・損傷したであろうとき (つまり、因果関係がないとき) (3 項 1 文 2 号)、および、(iii) 解除権者が自己のための注意義務を遵守していたが、滅失・損傷したときは、価値賠償義務は消滅すると規定している。ただし、特に、(iii) は、法政策的に疑問があり、比較法的にも希なルールだと評価されているから、学説には、解除原因を知ったとき、解除原因を知らなかったことに過失があったときには、3 号を適用しないと解するものがある。もっとも、解除権を知ったときは、BGB241 条 2 項 [債務関係による義務] で付随義務を負うから、義務違反があれば、損害賠償義務を負うことになる。だから、議論の実益は、解除権を知ったか、知るべき時以後の、解除前の注意義務に関する危険負担の考え方である³⁷。

36 例えば、Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Beck, 20.Aufl., 2012, S.285ff. を参照。

37 Medicus/Lorenz・前掲注 (36) S.287ff.

(3) 付随的請求(347条) まず現実に収取した果実の返還義務を負う(346条1項)。さらに、それが可能だったにもかかわらず、通常の用法で収益を収取しなかったときは、収益の返還義務を負う(347条1項1文)。つまり、収益義務が規定されている。利息も収益と同じ基準で返還する必要がある。ただし、ここでも法定解除権者は優遇されており、自己のためにする注意義務を怠ったときに限って、通常の用法で収取しなかった収益の返還義務を負うに止まる(347条1項2文)。必要費、及び、現存する限りで有益費は償還されることになる(347条2項)³⁸。

3. 不当利得法

(1) 双務契約の巻き戻しに関する学説・判例 以上の解除法の改正で、不当利得による契約の巻き戻しのルールと考えられていたのは、差額説である。以上に関しては、具体例で説明すべきであろう。例えば、AがBに時価100万円の動産を120万円で売却し、AB間の売買契約は取り消されたが、動産はBの下で滅失していた。ここで、善意のBの利得消滅の抗弁(BGB818条3項)が成立すれば、滅失の危険は売主Aが負担することになる。つまり、Aの目的物返還請求とBの代金返還請求を独立して判断し、目的物の滅失にB(給付受領者)の利得消滅の抗弁を認める考え方である。これが、民法典の立法時の学説であり、(i)二請求権対立説(Zweikondiktionentheorie)とネーミングされている。しかし、判例は、Aの利得は120万円だが、Aの給付(100万円)もBの下で滅失しているから、その損失100万円を利得から控除し、Aは20万の差額の返還の義務を負うと解している。いわゆる(ii)差額説(Saldotheorie)である(つまり、差額説では、請求権は1つとなり、同時履行関係は、差額計算に内包されていることになる)。これに対して、学説は、契約の無効・取消でも事実上の双務関係は存続していると考え、危険負担(債務者主義)

38 Medicus/Lorenz・前掲注(36) S.290f.

のルールを類推する考え方が有力になった。その結果、Bの目的物の返還義務が消滅すれば、Aの代金返還義務も消滅する。いわゆる（iii）事実上の双務関係（faktisches Synallagma）の理論であり、加藤説・四宮説などのわが国の学説が継受したのは、この考え方だった³⁹。しかし、最近では、2つの請求権の対立を認めた上で、利得消滅の抗弁を認めない（iv）修正された二請求権対立説（modifizierte Zweikondiktionentheorie）が有力な学説によって提唱されていた。代表的なのは、フルーメ（Flume）とカナリス（Canaris）であり、フルーメは、自身の反対給付で相手方の給付を取得するという財産上の決定（vermögensmäßige Entscheidung）が給付受領者に帰責（zurechenbar）できるときは、給付者は利得消滅の抗弁を主張することはできないと考える。カナリスは、BGB818条3項（利得消滅の抗弁）の趣旨は、有効な権利取得を信じた者の保護であるとする。このことは、反面で、双務契約に基づく給付受領者に関しては、自身の反対給付（合意した代金）を最終的に失ったという意識も含んでいる。だから、給付受領者は、自身の反対給付の限度では、利得消滅を主張できないとしている（いわゆる「反対給付不当利得（Gegenleistungskondiktion）」）。その結果は、先に紹介した磯村説と同様に、つまり、100万円の動産を代金60万円で購入した買主Bの下で動産が偶然に滅失すれば、善意のBは100万円の客観的価値ではなく60万円の価値賠償義務を負うことになる（いわゆる信頼法上の「犠牲の限界（Opfergrenze）」）⁴⁰。

（2）解除と不当利得の関係

他方で、判例では、差額説には多くの例外が認められている。具体的には、意思無能力による無効、未成年者による取消などである。というのは、例えば、未成年者（買主）の下で目的物が滅失した場合に、差額計算すれば、

39 以上のドイツの学説については、本田・前掲注（29）の（3）成城6号71頁以下が詳細である。

40 以上のフルーメとカナリスに関しては、藤原正則「消費者契約の解消と原状回復」消費者法研究（信山社）4号57頁以下、65頁以下、および、特に、フルーメに関して詳細な検討を加える、川角由和『不当利得とは何か』（日本評論社・2004年）225頁以下を参照。

未成年者は滅失の危険を負担し、取消を認めた規範の保護目的に反するからである。だから、ここでは、(ドイツ法には、わが国の民法 121 条ただし書のような規定はないが、) 判例は二請求権対立説によって、受領者(未成年者)の利得消滅の抗弁を認めている。さらに、無効・取消しを認める規定の保護目的ないしは解除の規定の評価との関係で大いに議論されたのが、詐欺によって売買された中古車が買主の下で滅失したケースだった。例えば、(i) 走行距離、事故歴を偽った詐欺による中古車の売買で、買主の下で偶然に滅失したケースでは、自動車の価格の差額計算をせず、買主の代金の返還請求を認めているが、その際に、偶然の滅失では解除権は排除されないという旧 350 条の評価を参照している(BGHZ53,144)。(ii) 同様に事故歴を偽った中古車売買で、買主に過失のある滅失のケースで、売主(詐欺者)は悪意だから利得消滅を主張できないとして差額説を適用しなかった。ただし、買主の代金返還請求を信義則(BGB242 条)で減額している(BGHZ57,137)。以上の判例には、賛否があり、特に、(i) に関しては、民事法は刑罰思想とは無縁だという批判があった。さらに、例えば、フルーメは、本来は旧 350 条は約定解除権に当てられた規定であり、約定解除権では条件付き売買と同様に買主に危険は移転していないが、無効な双務契約の清算には転用できないと評していた。ただし、従来から、瑕疵担保解除に関する解除規定の評価(旧 350 条、351 条)と不当利得による双務契約の清算の整合性は問題となっていた^{41 42}。

IV. 解除法への不当利得法の接近を説くドイツの学説

ところが、上述したように、債務法の改正で、解除の規定が改正され、

-
- 41 以上に関しては、例えば、Staudinger, 2007, §818, Rn.41ff. [Stephan Lorenz]; MünchK, 6.Aufl., 2013, §818, Rn.225ff. [Maritin Schwab] を参照。それ以外のものも含めて BGH の判例の紹介は、川角・前掲注(40) 249 頁以下を参照。
- 42 ドイツ法での解除法の改正前の解除、不当利得と危険負担に関するわが国とドイツ、フランス、英米法の学説状況を、国際動産売買法も含めて、包括的に紹介・検討しているのが、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」『現代契約法の展開(好美清光古希)』(経済法令研究会・2000 年) 155 頁以下である。

しかも、立法者が差額説を前提としてであるが、解除と不当利得による清算の可及的な整合を示唆したことから、新たな解除法の評価に不当利得による清算を接近させようという学説が登場している。そのすべてに言及することはできないが、その中から、2つの学説を要約して紹介することとしたい。

1. シュバブ (M.Schwab)

シュバブは、解除法が原則として価値賠償を認めたのと同様に、不当利得による清算は差額説ではなく解除と同様に2つの請求権の対立する二請求権対立説に収束すべきだ指摘する。理由は、立法者の明確な選択だとしている⁴³。さらに、解除に関する旧350条、351条を合理化するのは、解除権者が目的物の滅失の危険を負担しながら、果実の返還義務を負うのは不当だからだと説明する。その結果、フルーメの財産上の決定の理論は間違っているとも指摘している⁴⁴。その上で、解除の規定の類推の結果は、(i) 差額説ではなく、二請求権対立説により、2つの請求権の間には解除に関するBGB348条(同時履行)が類推される。(ii) 一方の給付が滅失しても、他方の給付には影響せず、独立した価値賠償がBGB346条2項1文3号の類推で成立する。(iii) 原則として、両当事者は契約が有効だと信頼しているから、滅失した物の受領者は、解除権を行使する前の解除権者と同様に扱われる必要がある。その結果、受領者は、自己のためにする注意義務を怠ったときに限って、価値賠償義務を負う。(iv) BGB346条3項1文3号は、解除原因を知った後には適用されない。だから、無効・取消原因を知った後には、同条は類推されない。訴訟係属したときも同じである。(v) 原則として、両当事者には、BGB346条3項1文3号の優遇が当てはまる。しかし、それは法定解除での解除の相手方

43 初出は、Martin Schwab/ Carl-Heinz Witt, Examenwissen zum neuen Schuldrecht, Beck, 2003, S.348ff. Schwab・前掲注(41) §818, Rn.248ff.にも同様の記述がある。

44 Schwab・前掲注(41) §818, Rn.245.

には当てはまらない。だから、このことは、契約が取り消された場合には、取消の相手方に関しても同じである。目的物に瑕疵があるときは、買主は解除が可能である。しかし、買主は解除と取消を選択できたのだから、買主が解除、取消のどちらを選択したのかで売主の地位が左右されてはならない。だから、買主だけが解除権者と同じで、責任の優遇を受け、相手方である売主には BGB346 条 3 項 1 文 3 号の優遇は当てはまらず代金返還の義務を負う。(vi) 他方で、錯誤で契約が取り消されたときは、取消権者は自己のためにする注意義務を遵守すれば、346 条 3 項 1 文 3 号で価値賠償義務を免れる。ただし、相手方は、錯誤で取り消した者に対して、BGB122 条 1 項（取消による信頼利益の賠償義務）で目的物の客観的価値の賠償を請求できる。(vii) BGB346 条 2 項 2 文（合意価格の価値賠償）は、不当利得に転用できない。なぜなら、解除と異なり、契約の無効・取消では当事者の等価性の合意自体に問題があるからである。(viii) 収益と費用に関するルールは、BGB818 条ではなく、BGB346 条、347 条で置き換えられる、というのである⁴⁵。以上のシュバブ説に関して詳細な検討を加える能力はないが、解除権者が目的物の滅失の危険を負担しながら、果実を返還するのは、危険の移転と果実収取権が合致するという原則に合致しないから、解除権者が偶然の滅失の責任を免れるという旧 350 条の正当化には説得力がないと考える。果実の返還義務と対価的關係にあるのは、売主に対する利息の返還請求であろう。しかし、シュバブの考え方は、BGB346 条 3 項 1 文 3 号の評価を可及的に不当利得の清算に類推したものだと考えられる。

2. ボックホルト (Bockholdt)

(1) ボックホルトの立論の根拠は、以下のような考え方である。すなわち、立法者は、解除と不当利得の効果を一元化する意図だった。旧法下の通説

45 Schwab/Witt・前掲注 (43) S.386ff.; Schwab・前掲注 (41) §818, Rn.252ff.

(Caemmerer, Larenz) は、旧 351 条の過失をリスクを増加させるすべての行為と解していたが、現行法には反する。現行法では、BGB346 条 2 項 1 文 3 号、3 項 1 文 3 号で、規定どおりの使用による目的物の劣化では責任を負わず、自己のためにする注意義務を尽くせば価値賠償義務を負わないからである。その上で、解除では契約は有効であり、不当利得では契約は無効だが、どちらでも契約上のリスク分配の決定を巻き戻しても維持することが必要である。特に、瑕疵のある物の給付のケースでは、解除と不当利得が交錯する。両者で全く結論が違うのは、評価矛盾である。しかも、不当利得の効果の規定である BGB818 条 3 項（現存利得）は、契約の清算の利益状況に合致しない。だから、解除の評価で不当利得を補充するのは、無効・取消規範の保護目的に抵触しない限りで妥当性があるはずだということである⁴⁶。

(2) 個別の問題に関しては、(i) 規定どおりの使用による劣化は、価値賠償義務を負わないという BGB346 条 2 項 1 文は、不当利得に転用可能である。(ii) 従来通説は、合意価格を価値賠償の基準とする BGB346 条 2 項 2 文は、不当利得には妥当しないと考えていた。確かに、詐欺・性状の錯誤による取消では、この考え方は妥当である。例えば、不当に高額で買主が購入したときは、価値賠償は客観的価値によることになる。しかし、無効・取消原因が価格合意と関係しないとき、例えば、合意価格が客観的価値より低額なときは、類推が可能である。さらに、代金が客観的価値より高額だったときも、無効原因が価格決定とは無関係の副次的合意に関するものだったときは、不当利得でも価格合意への帰責性が清算に反映されるべきである。以上は、当事者は自己決定に契約の巻き戻しても拘束されるという原則に合致している。詐欺で取り消されたときも、詐欺がなければ契約しなかった場合は別として、瑕疵による減額の限りで価格合

46 Frank Bockholdt, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP206, S.769ff., S.769ff.

意が影響されているときは、解除での通説と同様に、BGB441条3項（「買主が減額された額より多く払ったときは、売主に過払額を返還請求できる。346条1項、347条1項は準用される」）を類推するのが妥当である。つまり、無効・取消規範の保護目的に反しない限りで、当事者は契約上の合意に拘束されることになる。（iii）BGB346条3項1文1号、2号は、当然に不当利得にも転用可能である。重要なのが、BGB346条3項1文3号であり、相手方が無効・取消原因に責任があれば、偶然の滅失では解除権者が自己のためにする注意義務を尽くしていれば、価値賠償義務を免れると立法者は決断したのだから、法政策的に問題があるとしても、現行法である。だから、不当利得にも類推可能であり、そうでなければ、立法者の評価に反することになる。これは、給付受領者が無効・取消原因を知っていたか、知ることが可能だったかとは無関係である。しかし、無効・取消原因を知った後は、給付受領者は、悪意の利得者の責任（BGB818条4項、819条1項）により一般的規定による責任（BGB291条、989条、990条）を負うから、過失があれば損害賠償義務を負い、原則として、価値賠償義務を負うことになる。以上は、解除原因を知った後は、BGB346条3項1文3号の優遇は消滅し、過失があれば損害賠償義務を負うと考える、解除での通説にも合致している。（iv）BGB818条4項、819条、820条は、終局的な特別規定だから、解除の規定（BGB436条4項）との整合性は問題外である。（v）BGB346条1項、347条の収益・支出に関するルールは、転用可能である。だから、無効・取消規範の保護目的に反しない限りで、特に、通常の用法によって收取しなかった収益の返還義務を負う。その結果、返還すべき目的物から收取しなかった自身の収益を収益の返還請求から控除するリーブ（Lieb）や、自身の給付の収益可能性を犠牲の限度として収益の返還の上限とするカナーリス（Canaris）とは違って、通常の用法で収益すべきだった収益の返還義務が独立した請求権として成立することになる。（vi）BGB348条（同時履行関係）も類推可能である⁴⁷、

47 Bockholdt・前掲注（45）S.778ff.

というのが、ボックホルトの考え方の概要である。だから、ボックホルトは、シュバブなどの解除法の類推の可否を説く学説を基礎に、無効・取消規範の保護目的を特に考慮して、類推を緻密化させたものだと考えられる。さらに、合意価格を価値賠償の基準とする点で、シュバブないしは、多くの学説とは、考え方を異にしている。

3. 解除法への接近に対する評価

解除法の具体的な規定が、どの程度で不当利得の清算にも類推可能かに関しては、議論の一致はないようである。ただし、従来から議論のあった瑕疵を原因とした解除と詐欺による取消の競合では、特に、BGB346条3項1文3号の規定を法政策的に問題であり、しかも、比較法的にも特異な規定だとしながら、特に、物の瑕疵に関する詐欺のケースに関しては、現行法であり、不当利得の清算に転用することにもを支持するものもある⁴⁸。

ただし、解除法の転用自体に全面的に批判的な学説も存在する。以下

48 例えば、Lorenz・前掲注(41) §818, Rn.41, 44. 他方で、MünchKer, 4.Aufl., 2004, §818, Rn.134ff. で、リープ (M. Lieb) は、特に、BGB346条3項1文3号による危険分配が、危険を解除権者に負担させようとしていた旧法下での解釈と比較しても問題だと指摘した上で(ただし、立法者の勝手だとも評している)、連邦政府の草案の理由書は不当利得の問題をどれだけ考慮しているのか疑問だと指摘している。ただし、双務契約の清算に関する不当利得法の欠缺と解除と不当利得の評価矛盾を回避することで欠缺を埋めるという方向性は優先されるべきかもしれないとする (Rn.134f.)。だから、原則としては、346条3項1文3号の評価の方向性は尊重されるべきだが、すべての利得債権者が解除権者と同一視できるかは疑問であり、少なくとも無効・取消原因に滅失した物の利得債権者が帰責性があるときに限って正当化できるのであり、意思の不一致では問題外だと指摘している (Rn.136f.)。さらに、収益・費用にかしては、不当利得法に欠缺はないから、解除の類推は問題にならないとする (Rn.140)。その上で、給付受領者の財産上の決定がどこまで帰責できるかが問題の焦点であり、さらに、無効規範の保護目的が考慮されなければならないと指摘しているが、悪意の詐欺のケースでも、詐欺が目的物の瑕疵にだけ関係するのではなく、希なケースだが、目的物の取得の決定自体に詐欺が関係する場合以外は、財産上の決定の帰責性は肯定できるとしている。だから、後者では、瑕疵が滅失の原因のケース以外は、滅失の危険は受領者(被詐欺者)が負担することになる (Rn.143)。

では、カイザー（Kaiser）の議論を紹介することとしたい。カイザーは、不当利得の清算を解除法に接近させることに批判的である。解除と不当利得は、双務契約の巻き戻しの手段という点では共通性を有するが、解除は履行過程での障害を、不当利得は契約締結の瑕疵に対するものであり、基本的な目的が異なっているとす。物の瑕疵に関する詐欺では、取消と解除は競合するが、以上の理が変わることはない。不当利得の規定は解除法でも準用されているように（例えば、BGB346条3項2文、347条2項）受け皿規定である。仮に、解除法を不当利得に類推するなら、以上の準用は無意味だということになる。しかも、その適用範囲に争いのあるBGB346条以下、特に、BGB346条3項1文3号を不当利得に類推するのは、全く説得力がない、というのである⁴⁹。その上で、カイザーは、すべての具体的な論点で、解除との対比で不当利得の効果を比較している⁵⁰。ただし、事故歴を偽って売却された自動車を、買主が過失で滅失させたケースでは、判例（BGHZ57,137）は、差額説を排除した上で解除権者の買主の損害賠償請求を協働過失（過失相殺）で減額しているにもかかわらず、BGB346条3項1文3号を類推すれば、買主は代金の全額の返還を受けることになる」と指摘している⁵¹。つまり、BGB346条3項1文3号の類推には、少なくとも過去の判例の評価と比較すれば、結果の妥当性にも問題があるという示唆であろう。だから、カイザーの考え方の背景は、債務法改正によっても、立法者は解除と不当利得とを一致させようとしたのではなく、BGB346条2項が解除権の消滅に代えて価値賠償義務を規定したように、判例の差額説と近接する結果となることを意図していたに止まるという認識であろう。

49 Staudinger, 2012, Vor §§346ff., Rn.27. [Dagmar Kaiser].

50 Kaiser・前掲注（48）Vor §§346ff., Rn.28ff.

51 Kaiser・前掲注（48）Vor §§346ff., Rn.35.

V. おわりに

極めて概括的ではあるが、以上が、債務法改正後のわが国とドイツでの解除と不当利得による契約の清算のあり方の概要である。ドイツでの解除と不当利得の調整に関しては、詐欺による中古車売買のケースで、かつてから議論されていたが、解除法の改正を契機に再燃したものだと考えられる。ただし、ドイツ法の議論を参照するに当たって、考慮すべきは、解除法の規定は、改正後も法政策的に問題があるとドイツ法でも批判の対象となっていることである。現に、解除法の直接適用でも、例えば、BGB346条3項1文3号は、解除原因を知った後、又は、知るべきだったときには、同条は適用されないと、学説は目的論的な制限解釈の提案を行っている。今1つ、合意価格が価値賠償の基準となることの妥当性に対しても疑念が提起されている。例えば、KはVから1000ユーロの市場価値の絵画を1500ユーロで購入したが、合意解除権の行使後に、Kは絵画を窃取された。その結果、KはBGB346条1項で1500ユーロの返還を請求できるが、同時に、Kは346条2項2文で合意した価格1500ユーロの返還義務を負うから、解除の意味はなくなる。つまり、経済的には契約締結以前の状態には戻らない。原物返還が可能な場合には、1000ユーロの絵画を返還して1500ユーロの代金を回復できるのと比較すると、以上の結果の違いは納得しがたいが、それが現行法であると、ブロックス・ヴァルカー (Brox/Walker)は評している⁵²。以上は、解除法自体に対する疑問である。加えて、特に、その類推の妥当性に関して議論のあるBGB346条3項1文3号は、解除に帰責性のある相手方との関係での危険の負担のルールである。だから、少なくとも、方式違背、意思的不合致による不当利得の清算には、初めから類推は不可能と考えるべきであろう⁵³。ただし、合意価格が客観的

52 Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, Beck, 30. Aufl., 2004, S.160.

53 旧法の下での解除法の類推との関係で、このことを指摘しているのが、Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Bundesministerium der Justiz,

価値より低額だったときは、価値賠償の基準は合意価格となるという考え方（ボックホルト）などは、例えば、売主の錯誤で安価に購入した買主が目的物を滅失したときは、説得力があるようにも見える。しかし、民 703 条（BGB818 条 3 項）の「現存利得」を反対給付の限度に制限するという考え方（Canaris、磯村）によっても、同様の結論に至ることは可能である（さらに、シュバブは、錯誤者が自己のためにする注意義務を尽くせば、BGB346 条 3 項 1 文 3 号で価値賠償義務を免れるが、信頼利益の賠償として、目的物の客観的価値の賠償義務を負うとしている）。さらに、以上で紹介したシュバブとボックホルトを比較するだけでも、具体的に類推する規定が相当に異なっている。だから、解除の規定の不当利得への類推の範囲に関しても、安定した状況にあるとはいえないと考える。

他方で、債権法改正後のわが国では、解除権の排除の規定は存在する。しかし、それは解除権の存在を知った上で、故意・過失によって目的物を滅失させた場合に限られるから、解除権の消滅というより解除権の放棄と考えるべきであろう。さらに、価値賠償義務を制限する規定は存在しない。しかも、最近では、民 545 条 1 項の原状回復義務に関して故意・過失とは無関係の価値賠償義務を説く学説が優勢である。だから、価値賠償の消滅の規定、特に、ドイツでも立法論としては疑問が呈されている BGB346 条 3 項 1 文 3 号の方針は、わが国での解釈論には直接には参考にはならないであろう。加えて、BGB346 条 3 項 1 文 12 号前段（第 1 事例 [目的物の滅失・損傷に相手方が責任があるケース]）では価値賠償義務が消滅するのは当然として、後段（第 2 事例 [相手方の下でも滅失・損

Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Bundesanzeiger, 1981, S.1515ff., S.148 は、このことを指摘している。同時に、契約侵害をした相手方に偶然の滅失の危険を負担させるという BGB 旧 350 条の評価を、詐欺による中古車販売のケースで実現するなら、詐欺取消の規定（BGB123 条）の保護目的を考慮して、被害者に利得消滅の抗弁を認めることで可能となとも指摘している。ケーニツヒの鑑定意見に関しては、藤原正則「西ドイツ不当利得法の諸問題」法政大学現代法研究所『西ドイツ債務法鑑定意見の研究』（日本評論社・1998 年）391 頁以下を参照。上記のケーニツヒの記述に関しては、407 頁を参照。

傷したであろうケース])では、特に自動車などでは付保可能なのは解除権者だから、価値賠償義務の消滅が妥当かも評価は分かれるであろう。そうすると、ドイツでの法改正は、とりあえずカイザーのいうように、解除権の消滅を削除して、価値賠償義務を承認したことにあると考えて、今後のドイツ法の動向に注目するのが安全ではなからうかというのが、本稿での筆者の管見である⁵⁴。*

※浅木慎一先生には、小樽商科大学に同時期に就職し(どちらも大学教員としての教育・「研究(小生に関しては?)」の仕事の始まりだった)、10年ほど同僚として親しくつきあわせていただいた。さらに、現在に至るまで、実に様々な形で先生から刺激を受けている(浅木先生のお人柄をよく知るには、先生の書かれた幾つかの著書の序言を読むことをお勧めしたい。小生の受けた刺激の一端も理解されるであろう)。本稿の脱稿後、浅木先生の「藤原さんも歳やね。全然まとまってとらんね。年寄りの冷や水論文や(全くそのとおりである)」という揶揄が聞こえてきそうな気がする。先生も小生も結構な歳だが、余り恥をかかないように生存を続けたいというのが、現在の偽らざる心境である。恐らく、この点に関しては、浅木先生も同じではないかと考える。浅木さん、今後ともよろしく願っています。これからお互いに時間ができたら、メール、電話で揶揄し合うのではなく、たまには直接に顔をあわせたいですね。

54 ただし、半田・前掲注(42)175頁以下は、解除に関して責任原因を考慮しての危険負担を、177頁以下は、不当利得に関しても、例えば、売主の詐欺の場合は、売主が危険を負担し、錯誤でも錯誤者に錯誤の責任がある場合は、錯誤者が危険を負担するとしている。だから、結局は、具体的な清算のあり方は、無効・取消規範の保護目的をどう評価するのかに係っている。ただし、一方の当事者を保護するという保護目的が、具体的な規定に表現されている場合(例えば、民121条ただし書、消費者契約法6条の2「現存利得」)は別として、それ以外のケースに関する評価は不明であり、そこでの清算の調整は不当利得以外の制度に委ねたいと考える。