

個別報告

代償請求権と履行不能

田 中 宏 治

一 本稿の内容

本稿は、拙著『代償請求権と履行不能』（信山社、二〇一九年）に基づく。拙著は、歴史的資料と外国法文献を網羅的に整理した上で、その分析により、平成二九年民法改正によって新設された代償請求権規定（民法四二二条の二）および履行不能規定（民法四一二条の二）の意義を明らかにしたものである。

本稿は、個別報告当日に配布して四〇分間で読み上げた報告原稿の本文を半分に短縮したものである。その際、口頭では読み上げなかった条文等の引用および注釈もすべて削除した。それらについては、拙著を参照されたい。

二 典型事案（拙著三頁）

古くから（後述のモムゼン以来（↓七四（三））、第三者の不法行為による代償取得が典型事案である。たとえば、家屋が売却された場合において、引渡し前に家屋が第三者の過失で焼失し、売主が第三者から損害賠償金を受けた、という事案である。

三 旧民法と現行民法

1 総 説

代償請求権に関しては、わが国の旧民法（一八九〇年）に、イタリア旧民法に由来する明文の規定が存在していた。

2 フランス民法の旧規定（拙著一四頁、三〇頁）

まず、ポアソナードが参照したフランス民法（一八〇四年）の旧一三〇二条一項・一三〇三条は、債権者が直接に不法行為による損害賠償債権を取得するにもかかわらず、いったん債務者のもとに発生した権利の譲渡を債権者が請求する、と規定し、ポアソナードによれば不当なものであった。

3 イタリア旧民法の規定（拙著一五頁、三一頁）

それに対し、イタリア旧民法（一八六五年）の一二九八条一項・一二九九条は改善されている、とポアソナードは言う。つ

まり、いったん債務者のもとに発生した権利または訴権が法律上当然に債権者に移転し、債務者の譲渡（行為）によって移転するのではないからである。

4 わが国の旧民法の規定（拙著二三頁、四一頁）

イタリア旧民法に由来するポアソナード草案に基づいて旧民法財産編五三九条・五四三条の規定が起草された。もつとも、ポアソナードは、この段階で、不法行為による債権者固有の損害賠償請求権が取得されるはずだ、ということに気付いたらしく、草案が邦語訳される際に、イタリア旧民法の構成すら否定する形で、債権者固有の権利発生とも説める文言に直すことを日本人委員に対して求めている。

5 現行民法（改正前民法）

(1) 代償請求権（拙著二四頁）

改正前民法の立法者意思は、代償請求権について旧民法と反対であり、代償請求権を否定する趣旨であった。すなわち、改正前民法の代償請求権の部分を担当した富井博士は、債権者固有の損害賠償請求権の存在を理由に、旧民法の構成を否定し、代償請求権の存在意義を否定した。

(2) 履行不能（拙著四二頁）

後発的無責不能を要件とする義務消滅の規定（旧民法財産編五三九条）も、原始的不能による合意無効の規定（旧民法財産編三二二条一項）も、民法修正の過程で富井起草委員の提案によって削除され、改正前民法にはそれらに対応する明文の規定が存在しない。しかし、富井委員は、旧民法に反対だったので

はなく、当たり前のこととして明文化しなかっただけである。したがって、改正前民法の立法者意思は、旧民法のそれと同様、後発的無責不能による義務消滅および原始的不能による合意無効を肯定していることになる。

四 民法制定後の学説史（拙著六一頁）

明治末期以降、代償請求権論においても、不能論においても、立法者意思とは無関係にドイツ法の学説継受がなされた。

代償請求権については、その肯定説が、石坂博士によってドイツから輸入され、民法典の立法者意思に反して通説化した。その一方、代償請求権の価額が損害額を上限とするという——おそらくドイツ民法旧二八一条二項の誤訳による——勝本説も主張された。

五 最高裁昭和四一年判決

1 要件・効果（拙著九二頁）

代償請求権の判例を確立したのは、最高裁昭和四一年判決である（最判昭和四一年一月二三日民集二〇巻一〇号二二一一頁）。同判決は、要件を、④履行不能、⑤目的物の代償を債務者が取得したこと、③それが履行不能と同一の原因によること、④代償以上の損害の発生、効果を、債権者の債務者に対する利益償還請求権の取得、と判示した。

なお、④の要件を課す点で通説とは異なるが、その理由は、たまたま勝本説に依拠した当事者の主張を控訴審が容れ、それ

を最高裁が踏襲したことにあると思われる。

2 根拠（拙著九八頁）

また、代償請求権の根拠については、改正前民法五三六条二項後段の規定が引かれていた。

3 裁判実務（拙著一〇四頁）

最高裁昭和四一年判決以外にも、「代償請求権」の語が用いられた裁判例は、幾つか存在する。けれども、代償請求権の实体を備えているものは、最高裁昭和四一年判決前のものただ一件である。それ以外は、執行不能に備えた填補賠償請求権（改正前民法四一五条後段）などである。

六 平成二九年民法改正

1 不能（拙著一四七頁）

このような流れの中で債権法改正がなされたわけであるが、新設の民法四一二条の二の規定については、要件の「不能」の解釈が問題になる。とりわけ、①「債務者の責めに帰することのできない事由による不能」と縮小解釈するべきか否か、②「後に至って不能となったときは」と縮小解釈するべきか否か、③不能の判断基準は何か（特に「給付困難」を不能が包摂するか否か）、といった諸点が重要と思われる。

2 代償請求権（拙著一七二頁）

代償請求権の存在意義は、審議過程においても疑問が呈され続けた。そのため、そもそも①新规定の必要性に疑問が残り、解釈論としても、②理論的根拠は何か、③「不能」を「債務者

の責めに帰することができない事由による不能」と縮小解釈するべきか否か、④「損害の額の限度において」を拡大解釈するべきか否か等、多くの問題が生じるとと思われる。

七 ドイツ民法典成立史

1 古代ギリシア（拙著二〇四頁）

まず、最も古い時代に遡るとして、ギリシア時代（紀元前五世紀頃）の文献には代償請求権に関するものは無い。

それに対し、履行不能については、エルンスト・ラーベルによって考察が加えられた。ラーベルは、古代ギリシアの *ἀδύνατος* という言葉について、「その真実なることが耐えられないことは不能 (*adynaton*) である、たとえば、土地が空を飛ぶ」という用例を挙げ、そのような物理的不能が最古の不能であり、それがローマ法学説に影響を及ぼした、と言った。

2 古代ローマ（拙著二〇五頁）

ローマ法に代償請求権が存在したかどうか。代償請求権の体系化には、たしかに、ローマ法源が用いられた。しかし、それがなされた時期は、古代ローマが減んだ後のパンデクテン法学隆盛期の一九世紀であった。

他方、不能について、まず、原始的不能については、「不能な債務は存在しない (*impossibitium nulla obligatio est*)」という命題が妥当するものと解されていた。そもそも *impossibilium* は、形容詞 *impossibilis* の属格の複数名詞化したものであり、「不能なこと」という意味である。したがって、

その語を「原始的不能なこと」と限定して読む文法上の根拠は無い。けれども不思議なことに、この「不能」は、「原始的不能」の意味に限定して解され、この時代の法規範は、「原始的不能な債務は存在しない」という限定したものであった。一方、後発的不能については、原始的不能の場合の「債務は存在しない」に相当する一般的な判断は見出されない。

3 バンデクテン法学前史（拙著二〇八頁）

普通法は、まず、原始的不能について古代ローマ法と同様である。また、後発的不能についても相変わらず、原始的不能の法規範に相当するものは存在しなかった。

4 バンデクテン法学

(1) サヴィニー（拙著二〇八頁）

まず、バンデクテン法学初期に不能論はほとんど注目されなかつたところ、それを眠りから覚ました人物がフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーであった。サヴィニーがそのために使った覚醒剤は、「主観的・客観的不能」という新しい概念であった。しかし、わが国ではこの概念は、ドイツ法継受において（特に石坂説において）否定されたため、説明概念としての意味しか無い。

(2) イェーリング（拙著二二二頁）

後述のモムゼンこそがミスター代償請求権だとして、その前に、史上初の代償請求権に関する学術論文を上梓した、「代償請求権の父」が存在する。ルドルフ・フォン・イェーリングである。イェーリングは、「代償」概念を梃子にしてローマ法源

の断片から代償請求権の法規範を抽出する。彼の功績は、代償請求権の「代償」要件の分析に尽きる。

(3) モムゼン（拙著二一五頁、二二三頁）

フリードリヒ・モムゼンの不能論においては、「原始的・後発的」不能が対置されたことが重要である。モムゼンは、^③原始的客観的不能が契約の無効をもたらすものとし、^④後発的無責不能が債務関係からの免責をもたらす、と明確に定式化した。^⑤の点でサヴィニーより進歩している。

他方、モムゼンは、代償請求権の要件（の一部）として（後発的）不能を挙げ、不能と代償請求権との連結が成立した。その点でイェーリングより進歩している。

モムゼンは、その論拠として九つのローマ法源を引用するが、とりわけ重視したのが、「利益は、危険が帰する者に帰さなければならぬ（*commodum eius esse debet, cuius periculum est*）」という文言を含む I. 3. 23. 3 である。

さらに、モムゼンは、D. 19. 1. 31. *De* と I. 4. 1. 19 という二つの法源から、買主が売主に対して代償請求権を取得するのは、^⑦売主が買主に対して損害賠償責任を負わず、かつ、^⑧買主が所有者としての訴権を取得しないとき、つまり、買主が危険を負担する場合である、と結論づける。

(4) ヴィントシャイト（拙著二三五頁）

モムゼンの代償請求権論は、その危険負担による根拠づけの部分を除いて、基礎たる不能論とともにバンデクテン法学の後期には広く受け入れられ、後に民法典中に明文の規定として結

実することになった。その際に大きな役割を果たしたのが、ベルンハルト・ヴィントシャイトである。

ヴィントシャイトの具体的な功績は二つある。第一に、代償請求権の根拠としての危険負担を全く強調しなかったことである。たしかに、ヴィントシャイトも解釈の根拠として、モムゼンが挙げたのと同様の複数のローマ法源、とりわけ、「利益は、危険が帰する者に帰さなければならぬ」(U. 3, 23, 3)を挙げた。しかし、それは、七四(3)⑦の文脈に限られ、④の文脈では用いられなくなり、モムゼンの強引なローマ法源解釈の欠点がひっそりと取り除かれたのである。

第二に、代償請求権の要件が後発的無責不能であることを明確にしたことである。そのことによって、代償請求権は、後発的無責不能による給付義務消滅を要件とし、それを補充する機能(ergänzende Funktion im Rahmen der Unmöglichkeitsvorschriften)が与えられることとなった。

5 ドイツ民法典編纂史(拙著二二九頁)

第一草案(一八八七年)の理由書によると、代償請求権に関する第二三八条の規定の根拠は、当事者意思であると言う。

また、第二草案(一八九四年)は、代償請求権に関する第二三七条において、第二項の規定を追加した。修正第一草案の段階で後発的有責不能まで要件を拡大したため、損害賠償請求権が競合する場合のための調整が必要になったためである。この段階まで来ると、七四(3)⑦の文脈における危険負担の考えすら消え去っていることが分かる。

八 ドイツ民法典制定後の学説史(拙著二九九頁)

1 有責性判断との訣別

ドイツ民法典成立(一八九六年)から一九八〇年代の債務法改正計画開始までの時期、第二七五条一項の解釈について、有責・無責を区別しない不能要件が通説化した。

一九七一年の連邦通常裁判所判決が指導判決である(BGH, Urteil vom 4. 11. 1971 - VII ZR 175/69, NJW 1972, S. 152)。

2 不能判断の基準

他方、右判決において不能判断の基準として、判決が「無意味(Sinnlos)」であることが示された。つまり、不能を理由として給付義務を否定する趣旨は、仮に給付を命じる判決を下した場合にはそれが無意味であるからである。いかなる意味で無意味かと言うと、「執行することができず、無意味」、つまり執行不能という意味で無意味である。すなわち、執行不能が確定している場合においては判決手続において給付義務を不存在とすることによって執行手続を省略することこそ、不能による給付義務否定の制度趣旨を見出すのである。

九 ドイツ新債務法

二〇〇一年に公表された整理案二七五条は、給付義務不存在の効果を導く要件に、①有責・無責も②原始的・後発的も問わない不能概念を初めて明確な形で用いた条文案であり、その意味で記念すべき存在となった。

また、代償請求権に関し、旧二八一条では「後発的不能」が要件であったのに対し、新債務法第二八五条では、「第二七五条の規定に従った給付義務の不存在」が要件である。つまり、代償請求権が発生するときは、常に第二七五条の規定の適用がある。そのため、不能が後発的なものに限られずに原始的なものでもよくなる一方、第二八五条が第二七五条の規定を補充するものであることが明白になった。

一〇 新规定の解釈

以上が拙著の主たる部分である。さらに、わが国の新规定に関してどのような解釈が示唆されるかを示すことで上記基礎研究を敷衍してみよう。

ただ、もちろん、法律の規定の解釈は、当該規定の基礎研究だけからは導かれず、広い視野の下でなされるべきものであり、直接には裁判官の判断であることは承知している。以下の解釈論は、あくまでも基礎の敷衍にすぎないことを強調しておきたい。

1 代償請求権（拙著四五〇頁）

まず、民法四二二条の二の規定を新設したことの是非である。わが国では当初、イタリア旧民法を範とする代償請求権規定が旧民法に存在し、平成二九年改正前民法の立法者はそれを否定する趣旨で規定を削除していた。したがって、今般の規定新設は、その趣旨を覆すものであり、むしろドイツ民法学説の継受に由来する最高裁判昭和四一年判決の存在を論拠としている。し

かし、規定の必要性は実に疑わしく、以下の理由からこれを削除するべきではないか、と思う。

第一に、最高裁判決自体も危険負担を理論的根拠として掲げていて説得力に欠けるためである（↓五2、モムゼンの危険負担論が否定されたことについて、↓七4(4)・5）。

第二に、裁判実務も最高裁判昭和四一年判決を踏襲していないように見えるからである（↓五3）。

第三に、民法四二二条の二の規定がなければ妥当な結論が導けない事案が想定できず（わが国では不法行為が成立しやすいことと、民法四二二条の二の「損害の額の限度において」の要件がネックになる）、ポアソナードや富井博士の規定不要論が現在でも妥当するように思われるからである（↓三4・5(1)）。

第四に、債権法改正の審議過程においても、規定の必要性について相当に強い疑問が呈されていたからである（↓六2）。

しかし、現実には新规定の削除は困難であろう。そこで、新规定の解釈論としては、一方で適用範囲を狭くするために要件をなるべく厳格に解釈し、他方でその効力を控へ目にするために効果をなるべく小さく解釈することによって、規定新設の影響を抑えるべきではないか、と考える。

2 履行不能（拙著四三二頁）

次に履行不能であるが、現在まで踏襲されるわが国の不能論がドイツから継受されたものであったことに鑑み、民法四二二条の二の規定を解釈するに当たっても、ドイツ法の現在の解釈論が参考になる、と思われる。

【参考文献】

拙著「代價請求権と履行不能」（信山社、二〇一九年）。

（千葉大学教授）

一部無効の本質と射程

——条項規制場面における当事者意思の意義を中心として

酒 卷 修 也

はじめに

1 問題の所在

契約の一部についてのみ、公序良俗違反等の無効事由が存する場合に、いかなる範囲で無効となるか。このような問題が生ずる事案にはいくつかの類型があると指摘される一方で、学説の多くは、無効の範囲を画定するための基準として、特に事案を区別せずに、当事者意思と法秩序自体の観点という二つを挙げる。そして、無効の範囲を画定する場面においても私的自治の原則を強調し、当事者意思を無効の範囲画定の最終的な基準とする。すなわち、学説の多くは、契約の一部を無効とすることが当事者意思に反する場合にはその全部が無効となるとする。

しかし、このような解決は、具体的事案の解決の指針とならないことがある。たとえば、契約における付随的条項やその一部が強行法規に反する事案類型においては、当該無効部分により契約全体が無効になるか否かは問題とされていないように思われる。

このように、当事者意思と法秩序自体の観点という二つの基準を挙げるだけでは事案の解決には不十分であり、また、常に当事者意思に決定的な役割を担わせることにも疑問が生ずる。このような現状に至った理由の一つとして、私的自治の原則が強調される一方で、無効規範の位置づけが明らかではなかったことを指摘できよう。

2 検討の対象

以上の日本法の状況に対して興味深い視座をもたらすと思われるのが、フランス法である。フランスでは、二〇一六年の債務法改正前、民法典には、無効の範囲に関する一般規定がなかった。しかし、二〇世紀中葉頃から一部無効に関する議論が生じ、学説に定着する。その理由は、無効の本質の理解がかつてと変容したことにある。すなわち、二〇世紀初頭に、無効とは、行為状態を指すのではなく、法的サンクションであると捉えられるようになった。そして、法的サンクションであることから、法規範の目的を確保するために、当該規範の目的を考慮して契約の一部を無効とすることが認められる。このようにして一部無効が正当化されていく。しかし、その一方で、学説では当初から当事者意思を考慮すべしと指摘されていた。そうす

日本私法学会役員

理事長	神作 裕之	原田 昌和
理事	伊藤 壽英	潘 阿憲
〃	今尾 真	廣峰 正子
〃	梅村 悠	藤田 友敬
〃	大杉 麻美	古谷 貴之
〃	岡本智英子	前嶋 京子
〃	鹿野菜穂子	水野 謙
〃	川地 宏行	村田 敏一
〃	久保 大作	森田 宏樹
〃	齊藤 真紀	山下 典孝
〃	酒井 太郎	山本 敬三
〃	佐久間 毅	山本 哲生
〃	塩澤 一洋	行澤 一人
〃	杉本 好央	良永 和隆
〃	多治川卓朗	吉永 一行
〃	田中教雄	若林 三奈
〃	鳥山恭一	監事 久保野恵美子
〃	中東 正文	橋本 佳幸
〃	長谷川義仁	

令和二年四月三〇日 発行

編集兼 日本私法学会
 発行者 代表者 神作 裕之

発行所 東京都文京区本郷七丁目
 日本私法学会
(東京大学法学部研究室)

発売所 株式会社 有斐閣

郵便番号 一〇一〇〇五
 電話(三三六四)一三三四(編集)
 (三三六五)六八一(営業)

制作株式会社 有斐閣学術センター

印刷 萩原印刷株式会社

日本私法学会

私 法

第 82 号

シンポジウム

不動産所有権の今日的課題……………報告 吉田克己ほか
株式制度の再検討……………報告 山本爲三郎ほか
——会社法における基礎的な理論の観点から

ワークショップ

所有者不明土地問題と民法……………報告 佐久間毅ほか
法学教育改革と“楽しめる”動画教材開発……………報告 加藤雅信ほか
監査の基準の動向と（会計）監査人・監査役等・取締役等……………報告 弥永真生
会社役員への第三者責任制度の再検討……………報告 高橋陽一
相続法改正における権利・義務の承継の規律の位置づけと課題……………報告 窪田充見ほか
ハードローとソフトローの理論的な研究の促進を目指して……………報告 清水真希子
——規範の記述的な把握とデータ集積の意義と可能性

個別報告

代償請求権と履行不能（田中宏治） 一部無効の本質と射程（酒巻修也）／ボランティア活動により受益者にもたらされた損害に対する責任判断の枠組み（田中謙一）／会社法上の開示規制によるコーポレートガバナンスの実効性の確保（ノ澤直人） 倒産局面にある会社の取締役への規律（岩淵重広）

大会記事・学会事務局からのお知らせ

欧文抄録

有 斐 閣

2020