

北九州市立大学法政論集第 49 巻第 3・4 合併号 (2022年 3 月) 抜刷

論 説

「解除条件付双務契約における危険負担」に 適用される規律についての一考察

——大正期の代表的学説における議論と債権法改正後の解釈論——

福 本 忍

論 説

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察

—大正期の代表的学説における議論と債権法改正後の解釈論—

福 本 忍*

目 次

- 一 はじめに
- 二 「解除条件付双務契約における危険負担」と大正期の代表的学説による応接
- 三 「解除条件付双務契約における危険負担」論の衰退と民法（債権法）改正
- 四 残された課題と今後の展望

一 はじめに

1 問題の所在

平成 29 年債権法改正⁽¹⁾前の民法典には、「停止条件付双務契約における危険負担」について定めた旧 535 条 1 項⁽²⁾が存在した。同条項にいう「前

* 本学法学部准教授

(1) 以下、本稿では、特に強調する場合を除き、平成 29 年 民法（債権関係）改正を単に“債権法改正”と略記する。また、同法改正により成立・施行されている改正民法についても、特に「改正」された点を強調する場合を除き、単に“現行民法”とのみ表記する。なお、改正前民法については、“旧法”と略記する。加えて、条名表記についても、旧法の条文は、“旧○（算用数字）条”と、現行民法については、“現○（算用数字）条”と表記する（ただし、改正前後を強調する場合等を除く）。

(2) 旧 535 条 1 項の規律内容は、以下の通りである。

第 535 条（停止条件付双務契約における危険負担）

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本条の規定」、つまり、旧 534 条は、危険負担の債権者主義を採用する規律（特定物に関する物権の設定または移転を双務契約の目的とした場合に、当該目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失した場合の例外規範）であったが、停止条件付双務契約の目的物が条件成否未定の間に滅失した場合には同条が適用されず、危険負担の原則である債務者主義（旧 536 条 1 項）が適用され、債権者は反対給付を免れると解されていた⁽³⁾。

これに対して、「解除条件付双務契約における危険負担」については、これを直接定めた規定が旧法になかった。よって、この問題をめぐる学説上の議論が生成・展開されることとなった。特に、大正期には、この問題を正面から扱った論考も公表され⁽⁴⁾、体系書類でも精緻な理論が提唱された。以降、解除条件付双務契約の目的物（特定物）が条件成否未定の間に滅失した場合、旧 535 条 1 項ではなく旧 534 条 1 項が適用され、その後、解除条件が成就したときは 127 条 2 項が適用され⁽⁵⁾、遡及効がなくとも給付の返還関係が（不当利得により）処理されるとの解釈が通説化した⁽⁶⁾。

しかし、債権法改正により旧 534 条および旧 535 条が削除され、債務

第 1 項 前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。

(3) 旧法下の通説。我妻 榮『債権各論 上巻（民法講義Ⅴ 1）』105 頁（岩波書店、1954 年）および谷口 知平＝五十嵐 清（編）『新版 注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』677 頁〔甲斐 道太郎〕（有斐閣、2006 年）など参照。なお、ここにいう“滅失”とは、当事者双方の責めに帰することができない事由によるものを指す。

(4) その嚆矢たる論考として、石坂 音四郎「解除条件付双務契約ニ於ケル危険負擔」同『民法研究 第四巻』195～213 頁所収（有斐閣書房、1917 年〔初出 1916 年〕）が挙げられる。

(5) 民法 127 条 2 項は、債権法改正前後でその内容および文言が変わっていないので、以下、単に“127 条 2 項”とのみ表記する。なお、同様に改正前後で内容・文言が変わっていない民法の条文についても、旧法および現行民法とも単に“○（算用数字）条”と表記する。ちなみに、当事者が条件成就の効果を遡及させる別段の意思を表示した場合は、その意思が優先する（127 条 3 項）。

(6) 我妻・前掲注（3）107～108 頁および川井 健『民法概論 4（債権各論）〔補訂版〕』45 頁（有斐閣、2010 年）など参照。なお、ここにいう“滅失”も、当事者双方の責めに帰することができない事由によるものを指す。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
者主義危険負担を規律していた旧 536 条 1 項も、「反対給付の履行拒絶権」に改められたにもかかわらず、現行民法下の契約法・債権各論の体系書類や諸論考を参照しても、「解除条件付双務契約における危険負担」問題は、管見の限り、等閑にされている。だが、旧 534 条および旧 535 条が削除されても、この問題は今後も厳存するのである。他方、危険負担と解除の関係も債権法改正により複雑化し⁽⁷⁾、目的物滅失後、解除条件成就までの間の危険負担の在り方や解除の許否など、考究すべき事項が錯綜している。

2 本稿の目的と分析基軸

そこで、本稿は、旧法下および現行民法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律（条文）およびこれらの優先劣後ないし相互関係を明らかにすることを主たる目的とする。併せて、これらの分析を通じて、現行民法における危険負担（現 536 条 1 項）、解除条件成就の効力（127 条 2・3 項）、および解除（現 542 条 1 項 1 号の無催告解除）などの制度設計につき、若干の批判的見解を提示することも本稿の目論見である。

また、ごく一部の学説⁽⁸⁾を除き、平成期以降、とりわけ現行民法下の学説が「解除条件付双務契約における危険負担」問題につきほとんど検討を行っていない原因ないし理由についても考察を試みる。

以上の目的を達成するため、本稿では 2 つの分析基軸を設定する。すなわち、①危険負担と解除条件（成就の効果）との優先劣後関係⁽⁹⁾、および②

(7) 危険負担と解除の関係およびその問題点については、拙稿「危険負担と契約の解除—霧に霞む解除と危険負担の地平？[特集]:民法(債権法)の新たな地平(horizon)」法セ 739 号 31～35 頁（2016 年）〔拙稿が扱ったのは、改正法案段階の規律〕および同「民法(債権法)改正のコンテキストにおける危険負担と解除の関係の変容—債務者主義危険負担における契約の帰すうを分析基軸として—」深谷 格ほか（編著）『大改正時代の民法学』325～344 頁（成文堂、2017 年）所収を参照されたい。

(8) 小野 秀誠『危険負担の研究—双務契約と危険負担』432～438 頁（日本評論社、1995 年）および半田 吉信『売買契約における危険負担の研究』243～251 頁（信山社、1999 年）など参照。いずれも「解除条件付双務契約における危険負担」につき、精緻な比較法分析を展開している。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
事案の時系列による類型化（目的物の滅失、反対給付の履行の要否、および解除条件成就の3点に関する種々の順序を類型化する）と適用規律である。これらを念頭に、大正期の代表的学説および近時の学説を整理・分析する。

3 具体的事案の想定

以下、「解除条件付双務契約における危険負担」の適用規律を考察する際、次の具体的事案を想定して論を進める。本稿では、以降、「**前掲事案**」と表記する。

〈具体的事案〉

ともに東京在住であるA（売主）とB（買主）の間で、Aが所有する北九州所在の中古建物（甲）を1,000万円でAがBに売却する（特定物売買）契約を締結する際、「現在、東京に転勤中であるAに対して、契約締結から2年以内に北九州へ転勤する旨の辞令が発令された場合（Aが甲建物に住む必要があるので）、この売買は効力を失う。」との解除条件が付された¹⁰⁰。

また、前掲・分析基軸②との関係で、**前掲事案**について時系列を入れ替えた下記6パターンを想定する。主要学説の分析に用いることとする。

【パターンI】

(1)契約締結→(2)目的物滅失（**前掲事案**の甲建物は売主Aのもとで滅失。なお、ここにいる“滅失”は、当事者双方の責めに帰することができない事由による滅失を指す。以下、すべてのパターンにおいて同じ）→(3)反対給付の履行の要否（買主Bの代

(9) この分析基軸は、「解除条件の成就が危険負担に及ぼす影響」と言い換えることもできる。石坂・前掲注(4)195頁が、すでに「……条件が成就せる場合ニハ契約ハ効力ヲ失フコトナルカ故ニ条件ノ成就ハ危険負擔ニ關シ如何ナル影響ヲ與フルカノ問題ヲ生スルノテアル……」（傍点は原文ママ）と明確に指摘していた。本稿は、この分析基軸に加え、後述②の基軸からも考察を深めるものである。

(10) この**前掲事案**（解除条件付特定物売買）は、我妻・前掲注(3)107頁を参考に行っている。よって、**前掲事案**および後述の各パターンは、いずれも旧法下における「解除条件付双務契約における危険負担」を念頭に設定されている。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
金債務の履行の要否。旧 535 条 1 項が適用されない場合、旧 534 条 1 項が適用されて債権者主義危険負担となる。反対に、旧 535 条 1 項が適用ないし類推適用される場合、旧 536 条 1 項が適用されて債務者主義危険負担となる）→(4)解除条件未成就

【パターンⅡ - α】

(1)契約締結→(2)目的物滅失（甲建物は売主 A のもとで滅失）→(3)反対給付の履行の要否（旧 535 条 1 項が適用されず、旧 534 条 1 項が適用されて債権者主義危険負担となる場合、買主 B の反対給付たる代金債務が存続）→(4)債権者（買主 B）が反対給付（代金債務）を履行しない→(5)解除条件成就

【パターンⅡ - β】

(1)契約締結→(2)目的物滅失（甲建物は売主 A のもとで滅失）→(3)反対給付の履行の要否（旧 535 条 1 項が適用されず、旧 534 条 1 項が適用されて債権者主義危険負担となり、買主 B の反対給付たる代金債務が存続）→(4)債権者（買主 B）が反対給付を履行（代金支払い）→(5)解除条件成就

【パターンⅢ - α】⁽¹¹⁾

(1)契約締結→(2)売主 A による債務の履行（甲建物の所有権移転および引渡し。A の債務は履行により消滅）→(3)買主 B の反対債務の履行（代金支払完了。甲建物は B 居住。双方の債務の履行完了）→(4)目的物滅失（甲建物は買主 B のもとで滅失）→(5)解除条件成就

【パターンⅢ - β】⁽¹²⁾

(1)契約締結→(2)売主 A による債務の履行（甲建物の所有権移転および引渡し。A の債務は履行により消滅）→(3)目的物滅失（甲建物は買主 B のもとで滅失）→(4)債権者 B が反対給付（代金債務）を履行しない→(5)解除条件成就

【パターンⅢ - γ】

(1)契約締結→(2)売主 A による債務の履行（甲建物の所有権移転および引渡し。

(11) **前掲事案**【パターンⅢ - α】の時系列 (2) と (3) は入れ替わっても事案の解決に影響はない。また、このパターンについては、我妻・前掲注 (3) 108 ～ 109 頁に負うところが大きい。

(12) **前掲事案**【パターンⅢ - β】および【パターンⅢ - γ】は、石坂・前掲注 (4) 208 ～ 210 頁を参考にしている。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
Aの債務は履行により消滅→(3)目的物滅失（甲建物は買主Bのもとで滅失）→(4)
債権者Bが反対給付（代金債務）を履行→(5)解除条件成就

4 考察対象・範囲の限定と本稿の順序

本稿の目的および分析基軸から、考察対象・範囲を以下の通り限定する。まず、旧民法時代の学説、法典調査会における議論、および明治期の学説は考察対象としない。昭和・平成期の学説および債権法改正作業の内容も、本稿の目的との関係において必要最小限の範囲でこれを扱う。比較法も行わない。これらの分析については別稿を予定しており、これにすべて譲る¹³⁾。よって、本稿は序論的考察の域を出ない。なお、**前掲事案**で明らかなき通り、本稿は、解除条件付特定物売買の目的物が滅失した場合のみを扱い、損傷（毀損）の場合は扱わない。

本稿の順序は、次の通りである。まず、旧法下の「解除条件付双務契約における危険負担」につき、特に学説上、精緻な議論が展開された大正期の主要学説に焦点を当て、各説を分析する（二）。ここでは、「解除条件付双務契約における危険負担」について、どの時点からどの時点までが危険負担で処理されるべきかという視点からも大正期の学説の特質を考察する。

続いて、いわゆる我妻通説の内容を確認し、以降、平成期までの（債権法改正までの）「解除条件付双務契約における危険負担」論が衰退した原因を考察する。以上を踏まえ、旧法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律につき私見を提示する。また、債権法改正以後の近時の主要学説がこの問題につき無関心な態度を採っている理由を推察し、現行民法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係を明らかにする。これらを踏まえて、本稿の結論を示す（三）。

最後に、本稿に残された課題と今後の展望を示し、稿を閉じる（四）。

(13) 令和5(2023)年度上半期の公表を目標に、現在、別稿を執筆中である。なお、判例（下級審裁判例を含む）の分析については、別稿でも予定していないので、他日を期したい。

二 「解除条件付双務契約における危険負担」と大正期の代表的学説による応接

1 石坂 音四郎 博士の見解

(a) 「債務者主義危険負担」の解除条件（の成就）による基礎づけ

大正期に、「解除条件付双務契約における危険負担」については、旧 535 条の解釈論や当時のドイツ・フランスの学説などにも依拠しつつ精緻な議論が展開されるに至る。その嚆矢たる論考こそ、前掲・石坂 音四郎⁽¹⁴⁾「解除条件付双務契約ニ於ケル危険負擔」である。

石坂博士のこの問題に対する分析基軸は、解除条件の成就が危険負担に対してどのような影響を与えるかである⁽¹⁵⁾。以下、博士の見解を分析する。

まず、**前掲事案【パターン I】**の場合、旧 535 条 1 項が適用されず、旧 534 条 1 項が適用されて債権者主義危険負担となる。よって、債権者が反対給付債務を負う⁽¹⁶⁾。解除条件が成就しなければ、この解決で何ら問題な

(14) 石坂博士および鳩山 秀夫 博士の民法学説史における位置づけおよび法解釈の特質等につき、北川 善太郎『日本法学の歴史と理論 民法学を中心として』313 頁および 318～319 頁（日本評論社、1968 年）参照。北川博士によれば、「日本における概念法学を問題にするにあたって、いわゆるドイツ流の法学をわが国で確立するに貢献した石坂音四郎と鳩山秀夫の両博士をぬきにはできないであろう。……」という（同書 313 頁）。また、石坂民法学は、「……方法論的に利益法学であるとみることとはできず、概念法学の『修正』にとどまったもの」と位置づけられる（同書 319 頁）。なお、辻 伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入 —— ドイツ民法理論導入全盛期の民法学の一断面——」水本 浩＝平井 一雄（編）『日本民法学史・通史』105～168 頁所収（信山社、1997 年）は、石坂民法学の個々の解釈論に対し高い評価を下していない。すなわち、「……石坂の法解釈方法論は、個々の解釈論の実作に十分に反映していなかった。これは、彼の急死により、個々の解釈論への展開が十分なされないまま頓挫したということか。それとも、ドイツ民法理論の導入に忙しく、厳しく方法論上の吟味ができなかったということか。いずれにしても、石坂民法学の評価を低めることはあっても、高めるものとはならないであろう。」（同書 166 頁）。ただし、辻教授は、石坂・前掲注(4)論文を分析対象とはしていない（他の主要論文には詳細な検討を加えている）。

(15) 石坂・前掲注(4) 195 頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
いという⁽¹⁷⁾。問題は、解除条件成否未定の間に目的物が滅失し、その後、解除条件が成就した場合の処理である。ここで博士は、ローマ法には規律がないことから、ドイツ普通法学およびフランス 19 世紀註釈学派の見解に依拠しつつ、二種類の解決策を検討している⁽¹⁸⁾。

第一説は、解除条件成就後も債権者（前掲事案という買主 B）が危険を負担する見解であり、ドイツ普通法時代の通説であった。ただし、債権者主義の帰結に至る説明には二通りの方法があった。第一は、目的物滅失の場合、解除条件は成就不能となるので、債権者（買主）が危険を負担するという説明である⁽¹⁹⁾。第二は、「停止条件付双務契約における危険負担」からの推論により債権者主義の帰結を導き出すものである。敷衍すると、同説は、解除条件付売買を「主たる無条件の売買契約」と「従たる停止条件付契約（その条件が成就すると、主たる売買の効力が消滅し、巻戻しの債権債務関係が発生するという意味で、停止条件と考えられる）」との結合体と捉える⁽²⁰⁾。この説によれば、危険負担は主たる契約により定まるので、解除条件成否未定の間に目的物が滅失した場合、従たる停止条件付契約はその効力を失う⁽²¹⁾。その結果、主たる無条件の売買契約のみが残存し、この場合、債権者が危険を

(16) 石坂・前掲注(4) 195 頁参照。

(17) 石坂・前掲注(4) 195 頁参照。

(18) 次段落以降の学説に関する叙述は、石坂・前掲注(4) 196～199 頁にほぼ全面的に依拠している。なお、ドイツ普通法学およびフランス 19 世紀註釈学派については、碧海 純一ほか（編著）『法学史』137～151 頁（ドイツ普通法学）〔村上 淳一〕および同書 198～201 頁（フランス 19 世紀註釈学派）〔山口 俊夫〕（東京大学出版会、1976 年）参照。ちなみに、ローマ法における解除条件一般については、船田 享二『羅馬法 第二巻 私法 [I]』190～204 頁（岩波書店、1943 年）が詳しい。

(19) この「目的物滅失による解除条件成就不能」という法律構成は、解除条件の成就が危険負担（の帰結）に影響を及ぼさないという意味において、傾聴に値するものといえよう。たとえば、現行民法下における「解除（ないし危険負担）と解除条件の関係」を考える際にも、大いに参考となる法律構成と思われる。

(20) 同説の背景には、「停止条件と解除条件の関係」に関する重大な問題が潜在していると考えられるが、本稿では今後の課題とせざるを得ない。

(21) ここで、石坂・前掲注(4) 197 頁は、旧 535 条 1 項を引用するが、ドイツ普通法時代の学説の説明に、当時の日本民法の規定を持ち出す手法には違和感を覚える。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
負担する。後に解除条件が成就してもこの帰結は変わらないという説明である。

第二説は、解除条件成就後、債務者（**前掲事案**の売主A）が危険を負担するという見解である。同説によれば、解除条件付双務契約において、条件成否未定の間に目的物が滅失し、その後、解除条件が成就した場合、解除条件の遡及効に基づき、契約は当初から締結されなかったのと同一の状態に復するので、債務者（売主）が危険を負担することになる⁽²²⁾。

ドイツ普通法時代の各説に対応するフランス 19 世紀註釈学派の見解についても、博士は概略ながら分析を行っている⁽²³⁾。19 世紀フランス民法学においても、この問題の通説は、ドイツ普通法時代の学説第一説同様、債権者（買主）が危険を負担するというものであり、説明の仕方も概ねドイツの学説と同様であるという⁽²⁴⁾。また、ドイツ普通法時代の学説第二説同様、解除条件成就後、債務者（売主）が危険を負担するとの考え方は少数説とされる⁽²⁵⁾。

石坂博士は、これら独仏法の二説をいずれも批判する。その内容は、次の通りである⁽²⁶⁾。これら二説とも日本の民法の解釈としては採用できない。

(22) この説では、**前掲事案**【パターンⅡ - α】および【パターンⅡ - β】の時系列（3）段階における危険負担の所在が不明確であると思われる。だが、おそらく解除条件成就までは債権者主義が採られたのだろう。

(23) フランス 19 世紀註釈学派の分析に関する叙述は、石坂・前掲注(4) 198～199 頁に負うところが大きい。

(24) 石坂・前掲注(4) 199 頁は、この説に与する註釈学派を数名挙げている（ドゥモロンブ、オーブリエ＝ロー、ローラン、ユック、およびボードリイ・ラカンティヌリ＝バルド）。ここでは、代表例として、AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIE*, 4^e éd., Tome IV, Paris, 1871, p. 79～80 を挙げておく（博士の引用するオーブリエ＝ローの頁は誤りと思われる）。

(25) 石坂・前掲注(4) 199 頁は、この立場を採る註釈学派としてデュラントンおよびラロンビエールを挙げている。ここでは、LAROMBIÈRE (L.), *Théorie & pratique des obligations ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon* Art. 1101 à 1386, Tome II, Paris, 1857, Art. 1183, n^{os} 63, p. 274～276 を挙げておく（博士の引用するラロンビエールの頁〔III §91〕は誤りか）。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

ドイツ普通法学説第一説の第一の説明に対しては、目的物滅失が解除条件不成就を導き出す理由が明確でないとする。また、**前掲事案【パターンⅡ - α】**や**【パターンⅡ - β】**の場合に解除条件を成就させて、契約の効力を消滅させることは可能とする⁽²⁷⁾。次に、第一説の第二の説明に対しては、論理的との一定の評価を与えつつも、その前提に誤りがあると説く。わが国の民法では、停止条件と解除条件は区別されているから、「解除条件付双務契約における危険負担」を「停止条件付双務契約における危険負担」から推論することは失当であるとする。その他、二つの契約の関係（結合体）にもかかわらず、危険負担の場合に限り両者を分離することの矛盾を批判している。また、この説では実際上も不当な結果が生じると指摘する。つまり、同説に従うと、**前掲事案【パターンⅡ - α】**の場合に、解除条件が成就しても依然債権者（買主B）が反対給付を負い続けることになり、契約当事者の意思に合致しないというのである。

では、ドイツ普通法学説の第二説に対してはどうか⁽²⁸⁾。同説が当時の通説に反して目的物滅失後、解除条件が成就した場合でも契約の効力を消滅させている点につき博士は一定の理解を示す⁽²⁹⁾。だが、解除条件成就の効果である遡及効は、わが国の民法では原則認められておらず（127条2項）、わが国では遡及効の特約がある場合しか同説を採用できないとして批判する。

結局、両説とも博士によれば、わが国の民法の解釈としては採用できないことになる。では、石坂博士の私見はどのようなものか。博士は、「余ハ解除条件成就ノ効力ヨリシテ債務者カ危険ヲ負擔スルモノト解スルモノ

(26) 以下、学説に対する批判部分の叙述は、石坂・前掲注(4) 199～204頁にほぼ全面的に依拠している。

(27) 石坂・前掲注(4) 200頁は、その他、具体例として、双方既履行の契約を解除できることを挙げる。

(28) 以下、第二説への批判部分の叙述は、石坂・前掲注(4) 203～204頁にほぼ全面的に依拠している。なお、同説はヴィントシャイト(WINDSCHEID)が提唱した説である。石坂・前掲注(4) 203頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本テアル……）」⁽³⁰⁾（傍点原文ママ）とする。以下、石坂博士の私見を検討する⁽³¹⁾。博士は、**前掲事案【パターンⅡ - $\alpha \cdot \beta$ 】**と**【パターンⅢ - $\beta \cdot \gamma$ 】**とに場合分けをして、危険負担の所在を考察している。まず、**【パターンⅡ - α 】**（目的物が滅失し、債権者〔買主B〕が反対給付を履行しない間〔債権者主義〕に解除条件が成就した場合）について、債権者の反対給付は消滅すると指摘する。論拠は、解除条件（の成就）は契約の効力を消滅させるからである⁽³²⁾。この場合、売主・買主双方の債務は消滅する。次に、**【パターンⅡ - β 】**（目的物が滅失し、債権者〔買主B〕が反対給付を履行した〔代金を支払った〕後に解除条件が成就した場合）について、博士は、債権者（買主B）は不当利得の原則に従い、履行した反対給付（代金）の償還（返還）を請求できるとする⁽³³⁾。論拠は次の通りである。債務者（売主A）の責めに帰することができない事由によって目的物が滅失すると、債務者は給付不能により、その債務を免れる（旧415条後段の反対解釈による）⁽³⁴⁾。したがって、後に解除条件が成就しても債務者（A）の債務は

(29) 石坂・前掲注(4) 203～204頁参照。ただし、ヴィントシャイトが債務者主義の根拠としたディーゲスタの法文（D.18.3.2：ボンポーニウス：コミッソリア約款）について博士は批判的である。なお、D.18.3.2（学説彙纂第18巻第3章コミッソリア約款について第2法文ボンポーニウスサビヌス註解第35巻）の内容は、次の通りである。「……土地の売主が約款において『期日迄に金銭が弁済されなかったときには、その結果土地は購入されなかった』と約定したであろう際には、売主がそれが購入されなかったことを望むときに、このように土地が購入されなかったと受止められる。蓋しそれは売主の原因で約定されている。何故なら他の方法で受止められるときには、別荘焼失で金銭を与えないことで土地が購入されなかったことにすることは買主の権力中であつたことにならうが、土地は買主の危険にあつたからである。」。邦訳は、内水主計＝江南義之（訳）「ディゲスタ邦訳第十八巻」神奈川法学24巻1号235頁以下（1988年）による（邦訳箇所は259頁）。解除条件付売買の原初的形態といえよう。

(30) 石坂・前掲注(4) 205頁。

(31) 以下、石坂博士の私見部分の叙述は、石坂・前掲注(4) 205～211頁に負うところが大きい。

(32) 石坂・前掲注(4)205頁参照。

(33) 石坂・前掲注(4)206頁参照。

(34) 石坂・前掲注(4)206頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

すでに消滅しているから何ら影響は受けない。問題は、解除条件の成就が債権者の履行した反対給付（代金支払い）に与える影響である。博士は、この問題を不当利得で処理する。つまり、解除条件成就により契約の効力が消滅したので、債権者がした反対給付（代金支払い）は「法律上の原因」を欠くことになる。よって、債権者（B）はその償還を請求できる。本来、債権者（買主）は、自己の負う反対債務を消滅させることを目的に、債務者（売主）に対し給付をするが、後に解除条件が成就した場合、その達成しようとした“目的”は消滅する。よって、債権者は、「目的消滅ニ因ル不當利得請求権（*condictio ob causam finitam*）」⁽³⁵⁾（傍点原文ママ）に基づき、その返還を請求することができるという⁽³⁶⁾。ここで想定される批判として、博士は、次の見解を挙げる。すなわち、債権者が反対給付（代金支払い）をした時点では、債務（代金債務）はなお存続しており、法律上の原因を欠くことにはならない。しかも127条2項により、解除条件成就の効果に原則、遡及効が認められないわが国の民法では、過去になされた反対給付（代金支払い）を無原因の給付とすることはできず、不当利得返還請求権は認められないとの反論である⁽³⁷⁾。この反論に対して、博士は、給付の目的が現在において存在するが将来消滅する場合、なお給付の目的を欠くというべきであると反駁する。債務の履行のため給付をする場合もこれと同様であるという⁽³⁸⁾。なお、当時のドイツ民法学の通説によれば、この【パターンⅡ-

(35) 石坂・前掲注(4)207頁。これが703条の不当利得返還請求権そのものを指しているかは、博士の叙述から定かではない。なお、*condictio ob causam finitam*とは、「終了した原因に基づく不当利得返還請求訴権、原因消滅を理由とする不当利得返還請求訴権」を指す。柴田 光蔵『法律ラテン語辞典』69頁（日本評論社、1985年）。また、コンディクティオ（*condictio*）一般については、ゲオルク・クリンゲンベルク（著）＝瀧澤栄治（訳）『ローマ債権法講義』310～322頁（大学教育出版、2001年）に詳しい。

(36) 石坂・前掲注(4) 206～207頁参照。

(37) 石坂・前掲注(4) 207頁参照。

(38) 石坂・前掲注(4) 207～208頁参照。その他、代金債権者である売主（A）は、解除条件成就により債権の給付保持力を失うので、不当利得の返還をしなければならぬとの理由が挙げられている。同208頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本

β】の場合、債権者は目的消滅による不当利得返還請求権を有するという。

最後に、博士は、**前掲事案【パターンⅢ - β】**および**【パターンⅢ - γ】**についても検討を加えている⁽³⁹⁾。まず、**【パターンⅢ】**（債務者〔A〕が自己の債務を履行した後、目的物が滅失し、その後解除条件が成就した場合）の時系列全体の処理につき、これを正確には危険負担の問題ではないとする。債務者（売主A）が自身の債務を履行した場合、債務は履行によって免れるであり、給付不能によって免れるのではない。また、この場合に債権者（買主B）が危険を負担するのは、債権者主義からではなく、目的物の所有者だからである。では、正確には危険負担の問題でないこの**【パターンⅢ】**をなぜ扱うのか。博士曰く、通常、特にフランスの学者は目的物の所有権移転後における滅失の場合のみを危険負担の問題と呼ぶからだという⁽⁴⁰⁾。なお、**【パターンⅢ - β】**および**【パターンⅢ - γ】**の場合、債権者（B）は反対給付（代金支払い）をしなければならない。では、債権者のもとで目的物が滅失した後、解除条件が成就した場合、どのような処理がなされるべきか。博士は、解除条件成就により契約はその効力を失うので、目的消滅による不当利得（*condictio ob causam finitam*）が適用されるとする。具体的には、**【パターンⅢ - β】**の解決として、解除条件成就により、債権者（B）の反対給付（代金債務）は当然に免れる。**【パターンⅢ - γ】**の解決としては、解除条件が成就した場合、債権者（B）は、前述・目的消滅による不当利得返還請求権に基づき、債務者（A）に対しその償還（代金の返還）を請求できる⁽⁴¹⁾。また、返還内容に関わる適用規律についても博士は説明を加えている。**【パターンⅢ - β】**ないし**【パターンⅢ - γ】**の場合、目的物はすでに滅失しているので、債権者は、目的物自体を返還することができない。しかし、当該目的物の代償を得ている場合、債権者はこれを不当利得として債務者に返還しなければならない。具体例として、博士は、第三者

(39) 以下、博士の**前掲事案【パターンⅢ - β】**および**【パターンⅢ - γ】**に関する叙述は、石坂・前掲注(4) 208～211頁にほぼ全面的に依拠している。

(40) 石坂・前掲注(4) 209頁参照。

(41) 石坂・前掲注(4) 209～210頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
が目的物を毀壞⁽⁴²⁾するなどの不法行為を行い、Bが損害賠償を得た場合を挙げている⁽⁴³⁾。なお、債権者（B）が自らの過失により目的物を滅失させた場合は、128条の規律により、債務者（A）に対して損害賠償義務を負う⁽⁴⁴⁾。目的物滅失の場合でも、債権者にとって返還すべきものがない場合は返還義務を負わない。不可抗力による滅失が具体例である。よって、この場合、目的物滅失の危険は、債務者が負担することになる⁽⁴⁵⁾。

以上、石坂博士は、「解除条件付双務契約における危険負担」について、解除条件成就により債務者が広く危険を負担するという法律構成を採用していた。なお、この構成は、解除条件成就に遡及効が認められる場合でも変わらないとする。ただし、遡及効がある場合、危険負担の問題にはならないという⁽⁴⁶⁾。

(b) 石坂理論の評価

石坂理論の特質は、本稿の分析基軸①、つまり、危険負担と解除条件（成就の効果）との優先劣後関係において顕著である。博士は、「解除条件付双務契約における危険負担」のほとんどの場合に想定される「解除条件成就後の法律関係」について、解除条件成就の効果自体から「債務者主義危険負担」を導出している。正確に言えば、解除条件を形式上は危険負担に優先させつつも、終局的な法律構成（実質的な規律）として、「債務者主義危険負担」を広く採用していたと考えられる。反対に、**前掲事案【パターン I】**では解除条件は成就していないので、旧 535 条 1 項を適用せず、旧

(42) 石坂博士のいう「毀壞」概念の内容は定かではない。滅失だけでなく損傷（毀損）をも含むか。前後の叙述からも判然としない。

(43) 石坂・前掲注(4) 210 頁参照。

(44) 石坂・前掲注(4) 210 頁参照。なお、128 条の規律は、次の通りである。

第 128 条（条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止）

条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき相手方の利益を害することができない。

(45) 石坂・前掲注(4) 210 頁参照。なお、2002 年現代化改正前の BGB446 条は、売買における危険の移転に関して、特に規定を置いていた。同 210～211 頁参照。

(46) 石坂・前掲注(4) 211 頁の叙述に負うところが大きい。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

534条1項を適用して債権者主義危険負担を貫徹している。石坂博士には、「停止条件付双務契約における危険負担」と「解除条件付双務契約における危険負担」とは異なる規律に服すべきとの思考がうかがえる⁽⁴⁷⁾。

次に、分析基軸②（事案の時系列による類型化と適用規律）における特質は、危険負担の債権者主義から債務者主義への転換を解除条件成就にかからせている点にある。**前掲事案【パターンⅡ - α】**では、時系列（3）ないし（4）段階までは債権者主義（旧534条1項）を、解除条件成就後（時系列〔5〕段階）は債務者主義⁽⁴⁸⁾を採り、債権者（買主B）の反対給付を消滅させている。**【パターンⅡ - β】**でも、時系列（3）ないし（4）段階までは債権者主義（旧534条1項）を、解除条件成就後（時系列〔5〕段階）は債務者主義（適用規律が127条2項か旧536条1項かの判断は難しい）を採り、債権者（買主）に不当利得（返還）請求権を付与する構成を採用している。しかし、不当利得に関して、前述の通り博士は適用規律として703条を挙げていない。ローマ法由来の*condictio*に依拠している点も特徴的である。

分析基軸①・②双方から特徴的なのは、**前掲事案【パターンⅢ - β】**および**【パターンⅢ - γ】**の適用規律と危険負担の守備範囲その他についてである。ここでも解除条件成就の前後で債権者主義と債務者主義が振り分けられる。だが、その適用規律は、所有権の所在（債権者主義）、127条2項（債務者主義だが旧536条1項ではないと考えられる）、および不当利得（返還）請求権（**【パターンⅢ - γ】**の場合。703条が根拠かは定かでない）なのである。このように、**【パターンⅢ】**系統に対する博士の態度には判然としない点も見受けられる。正確には危険負担の問題でないとしながら、当時のフランス民法学説を根拠に、広く危険負担として扱うからである⁽⁴⁹⁾。なお、**【パター**

(47) 石坂・前掲注(4)200～201頁参照。

(48) ここにいう「債務者主義」の適用規律（根拠法条）は旧536条1項か、または、127条2項と解すべきか。この点は、石坂論文の叙述から明確にはならなかった。しかし、解除条件成就の効果から債務者主義を基礎づけている点からすると、敢えて規律を挙げるならば、127条2項なのではなからうか。

(49) 石坂・前掲注(4)208～210頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本

ンⅢ - α】を想定していない点は意外である。双方の債務履行後に目的物が滅失し、その後、解除条件が成就した場合を博士はどのような規律で処理しようとしたのであろうか。解除条件成就の効果を優先させ、契約の効力を消滅させて債務者主義を採るのだろうか⁵⁰⁾。その他、128条に言及している点は特筆すべきである（ただし、危険負担の問題ではない）。

以上、石坂博士の示した「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律間の関係に対しては、「解除条件成就の効果」を形式として重視し、実質は「債務者主義危険負担」をより重視する特徴を具備していたと評価することが許されよう。

2 横田 秀雄 博士の見解

横田博士の場合、体系書という性質上、この問題の検討にさほど頁は割かれていない⁵¹⁾。しかし、本稿の分析基軸①および②から観たとき、重要な理論の一端が示されている。

横田博士は、旧 535 条の註釈部分で「解除条件付双務契約における危険負担」につき短いながらも以下の通り分析している。正確を期すため関係箇所を全文引用する。

「民法ハ雙務契約カ解除條件ニ繫ル場合ニ付キテ規定スル所ナシ然レトモ解除條件付法律行為ハ行為ノ當時完全ニ成立シ唯タ條件ノ成就ニ因リ其効力ヲ失フニ過キササルヲ以テ條件ノ成就未定ノ間ニ於テ目的物カ滅失シタルトキハ民法第五百三十四條ノ規定ニ從ヒ危険ハ債權者之ヲ負擔シ債務者ニ對シテハ反對給付ヲ爲スノ義務アリ然レトモ條件カ成就シタルトキハ目的物ニ關スル危険ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤ此問題ハ雙務契約ニ於ケル危険負擔ノ問題ニアラスシテ解除條件付法律行為ニ於ケル條件成就ノ効果

(50) 石坂博士でも、双方の債務の履行が完了している以上、これを危険負担と位置づけなかったであろうとも考えられる。

(51) 横田 秀雄『債權各論』109～135頁（清水書店、第12版、1921年）参照。なお、横田博士の同著初版刊行は1912（明治45）年4月であるが、大正期に版を重ねていることから、本稿では大正期の学説として採り上げる。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

ニ關スル問題ナリトス而シテ解除条件付法律行為ハ條件ノ成就ニ因リ其効カヲ失フヲ以テ茲ニ當事者雙方間ニ於テ原狀回復ノ權利義務ヲ發生ス茲ニ於テ債権者ハ債務者ニ對シテ目的物ヲ返還シ債務者ハ債権者ニ對シテ反對給付トシテ受取りタルモノヲ返還シテ契約成立以前ノ原狀ニ復セサルヘカラス……」⁵²⁾（下線、波線、および傍点は引用者）。なお、解除条件成就の効果として、目的物滅失の場合に、債権者（買主B）はまったく義務を免れる⁵³⁾。また、返還義務相互の関係（博士は「原狀回復ノ權利義務」と指称する）について、双務契約から直接発生した債務関係ではないことを根拠に、返還義務相互間への危険負担規律の適用を否定している⁵⁴⁾。

その他、「滅失」の解釈につき、全部滅失以外に物が損傷（毀損）した場合でも、損傷により契約目的を達することができない程度のもも含まれるとしている⁵⁵⁾。

以上の叙述を踏まえ、横田理論の特質・評価を論じる。分析基軸①に着目すると、上記引用中下線および波線部分より、博士が危険負担（債権者主義）と解除条件（成就の効果）を理論上完全に切り離して問題を考察している点が浮き彫りとなる。また、条件成就後の返還関係の処理の方に関心が高い点も特徴といえよう。よって、石坂説と異なり、「解除条件成就の効果」を形式だけでなく実質上も重視し、「債務者主義危険負担」と異なる視角で返還関係の処理を考察していたと評することができる。

分析基軸②に基づき検討する。横田理論には、債権者主義から債務者主義への転換という思考は見られない。**前掲条件【パターンⅠ】**では旧 534 条 1 項を適用し、債権者主義危険負担を採用している。この点は石坂説と同じである。だが、**【パターンⅡ - α】**および**【パターンⅡ - β】**では、時系列(3)～(4)段階において債権者主義（旧 534 条 1 項）を採るのみで、解除条件成就後（時系列〔5〕）は、危険負担の問題とせず、もっぱら解除条件

52) 横田・前掲注(5) 129 頁。

53) 横田・前掲注(5) 129 ～ 130 頁参照。

54) 横田・前掲注(5) 130 頁参照。

55) 横田・前掲注(5) 128 ～ 129 頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
付法律行為における条件成就の効果（127条2項）のみで問題を処理している。その結果、債権者（B）は反対給付を免れ、または、債務者から反対給付の目的物の返還を受ける。ただし、この適用規律については、石坂説と異なり不当利得などは根拠とされていない⁵⁶⁾。最後に、横田博士は、【パターンⅢ】の各系統を想定していない。危険負担の問題とは関係しないと考えたのであろう。

3 末弘 巖太郎 博士の見解

末弘博士⁵⁷⁾の「解除条件付双務契約における危険負担」問題に対する考察態度は、石坂論文に似た性質を持つ。体系書という性質上、多くの頁は割かれていないが、分析基軸①および②から観たとき、末弘説にも重要な理論が厳存していると思われる。

博士は、「契約が解除条件付ナル場合」⁵⁸⁾と題して、この問題の考察を進めている⁵⁹⁾。まず、解除条件付契約は、条件成否未定の間において通常の無条件の契約と同様の効力を有するので、成否未定の間に契約上の債務の一方が履行不能となった場合、当該契約の種類および履行不能の原因（帰責性）が誰に存するかにより、旧 534 条 1 項または旧 536 条 1 項が適用される。**前掲事案**は中古建物（甲）の売買（特定物に関する物権の移転を双務契約の目的とした場合）であり、目的物（甲建物）の滅失は売主 A・買主 B いずれ

56) 横田・前掲注51) 130 頁参照。博士の示す「原状回復ノ権利義務」の根拠規律は定かでない。127 条 2 項のみで正当化できるかは今後の課題となろう。なお、解除条件成就の効果と解除の効果との異同については、於保 不二雄＝奥田 昌道（編）『新版 注釈民法(4) 総則(4)』594～610 頁〔金山 正信・直樹（有斐閣、2015 年）が詳細な註釈を展開している。特に、「……法定解除による原状回復義務は、法律の規定を根拠に発生するが（545 条 1 項：引用者・注）、解除条件成就による原状回復義務は、当事者の定めた附款を根拠に発生する。……」との叙述は、本稿においてきわめて重要と思われる。

57) 末弘 巖太郎『債権各論』154～190 頁（有斐閣、第 3 版、1919 年）参照。

58) 末弘・前掲注57) 188 頁。

59) 以下の叙述は、末弘・前掲注57) 188～190 頁にほぼ全面的に依拠している。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
の責めにも帰することのできない事由に基づくものであるから、末弘説に従えば、**前掲事案**の場合、解除条件成否未定の間（**前掲事案**Aの北九州への転勤が決まっていない間）は、旧534条1項が適用され、債権者（B）が危険を負担する。これは、**前掲事案【パターンⅠ】**において、債権者主義が採られることを意味する。なお、このまま解除条件不成就が確定した場合は（Aの北九州転勤がないまま契約締結から2年が経過した場合）、債権者主義危険負担も確定的に存続することになる⁶⁰。

次に、博士は、その後解除条件が成就した場合における適用規律につき論を進める。**前掲事案【パターンⅡ - α】**および**【パターンⅡ - β】**において、解除条件が成就した場合、博士によれば、127条2項（遡及効を定める意思表示が別途なされた場合は同条3項）に基づき、契約上の効果はすべて将来に向かって消滅する。したがって、「……既ニ其債務ヲ免レ居タル當事者ハソノママ依然トシテ債務ヲ免レ、反之尚未ダ債務ヲ免ルルニ至ラザリシ當事者ハ以後将来ニ向ヒテ其債務ヲ免ルルコトナリ從ヒテ既ニ其債務ガ履行セラレタル場合ニ於テハ目的消滅ノ不當利得……ヲ理由トシテ之ガ償還ヲ請求シ得ベシ……。」⁶¹（下線および波線は引用者）という帰結となる。要するに、**【パターンⅡ - α】**では、上記引用中下線部分のように、債権者（買主B）は反対給付債務を免れる。**【パターンⅡ - β】**でも、同波線部分のように、債権者は、履行した反対給付（代金）の償還を目的消滅の不当利得（*condictio ob causam finitam*）⁶²により請求することができる。ここで注目すべきは、末弘博士が**【パターンⅡ - α】**を念頭に、解除条件成就後の法律関係を「債務者主義危険負担」で説明している点である。これは石坂博士の見解と接近する⁶³。

60) 末弘・前掲注57) 188頁参照。

61) 末弘・前掲注57) 188～189頁。

62) 末弘・前掲注57) 188頁注60)。石坂博士と同様、末弘博士も不当利得の根拠法条として703条を挙げていない。

63) 末弘・前掲注57) 189頁参照。同頁に、「……一旦債権者ノ負擔シタル滅失ノ危険ハ以後債務者ニ於テ之ヲ負擔スルノ結果トナルモノトス」との叙述が見られる。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

なお、末弘博士は、解除条件成就の効果についても検討を加える⁶⁴。博士は、【パターンⅡ - β】を念頭に、次のように述べる。解除条件は原則として遡及効を有しない。よって、【パターンⅡ - β】時系列(4)段階でなされた債権者（買主B）による反対給付債務の履行は、現実に存在した債務の履行であり、これを不当利得と呼ぶのは誤りであるとの反論が想定される。だが、給付の当時存在した給付の“目的”が後に至り消滅する場合に、これを広く不当利得返還請求として許すべきことは、ドイツ普通法時代の学説⁶⁵により古くから認められてきたことであり、わが国の民法でも認められると解さざるを得ない。この論法は、石坂博士の論考で示されたものとほぼ同様であるといえよう⁶⁶。

最後に、末弘博士は、契約当事者が解除条件成就に遡及効を認める別段の意思表示をしていた場合（127条3項）についても簡単な説明を加えている。この場合、解除条件成就によって、契約は初めから何の効力も発生していなかったことになるため、いったん発生した契約上の効果を基礎としてさらに発生した危険負担の効果もまた、初めから発生していなかったことになるという⁶⁷。

以上を踏まえ、末弘理論の特質・評価について論じる。分析基軸①に着目すると、末弘博士の見解からは、横田博士と異なり、「解除条件成就の効果」を形式上重視しつつも、実質的には「債務者主義危険負担」を解除条件（の成就）によって緩やかに基礎づけようとする態度がうかがえる。ただし、「解除条件（成就の効果）」と「危険負担（債務者主義）」との関連は石坂説ほど強くないと考えられる。たしかに、末弘博士は、**前掲事案【パターンⅡ - α】**を念頭に、解除条件成就後の法律関係を債務者主義で説明

64) 以下の叙述は、末弘・前掲注57 189 頁注 60a) に負うところが大きい。なお、この注 60a) は、注 60) と 61) の間に挿入された脚注であり、おそらく、博士が「目的消滅の不当利得」につき、後年、補充説明を施したものと思われる。

65) 末弘・前掲注57 189 頁注 60a) は、ここでヴィントシャイトの名を挙げている。

66) 石坂・前掲注(4) 207 ~ 208 頁参照。

67) 以上の叙述は、末弘・前掲注57 189 ~ 190 頁にほぼ全面的に依拠している。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
した⁶⁸⁾。だが、その叙述部分に【パターンⅡ - β】は含まれていない。博士にとって【パターンⅡ - β】の適用規律は、解除条件付契約における条件成就の効果の延長上にある「目的消滅の不当利得」であろう。博士の叙述から、不当利得と危険負担を接近させて捉える思考は見受けられない。また、博士は、「危険負担」の用語法についても、「……但危険負擔ノ名稱ハ廣ク後發的不能ノ雙務契約ニ對スル影響如何ノ問題ニ付テ主使用セラル。」(下線および傍点は引用者)⁶⁹⁾と述べ、「危険負担」の語が解除条件付契約における条件成就の効果ないし帰結にも用いられる可能性を示唆している。さらに、解除条件成就に遡及効を認める場合、条件成就によって危険負担の効果も初めから発生していなかったことになることから、博士は、「解除条件」と「危険負担」をさほど強く結びつけない法律構成を示したと評価することが許されよう。

分析基軸②からも考察する。末弘理論には、部分的ながら債権者主義から債務者主義への転換という思考がうかがえる。ただし、転換の媒介として、「解除条件（成就の効果）」はそれほど効果的に機能していない。**前掲事案【パターンⅠ】**では、旧534条1項が適用され、債権者主義が採用される⁷⁰⁾。この点は石坂・横田説と同じである。**【パターンⅡ - α】**では、時系列(3)～(4)段階までは債権者主義（旧534条1項）が採られ、条件成就後（時系列(5)）は、解除条件付契約における条件成就の効果（127条2項）として、「債務者主義危険負担」が採用された⁷¹⁾。**【パターンⅡ - β】**では、時系列(3)～(4)までは同様に債権者主義（旧534条1項）が採られたが、条件成就後（時系列(5)）は、127条2項および「目的消滅の不当利得」が適用規律になっていたと考えられる。

最後に、博士は、**【パターンⅢ】**の各系統を想定していない。この点は

(68) 末弘・前掲注57) 189頁参照。

(69) 末弘・前掲注57) 155頁注1)。

(70) ただし、契約の種類および履行不能の原因（帰責性）が誰に存するかによって、旧536条1項が適用されるとする点には注意を要する。末弘・前掲注57) 188頁参照。

(71) 末弘・前掲注57) 189頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
横田説と同様である。危険負担の問題とは考えなかったのであろう。

4 鳩山秀夫博士の見解

石坂博士とともにドイツ流の法学をわが国において確立するのに貢献したとされる鳩山博士⁷²⁾の「解除条件付双務契約における危険負担」への応接につき分析する⁷³⁾。

双務契約が解除条件付きである場合の危険負担に関しては、民法典に何ら規定がない。したがって、博士は、この問題を解除条件付法律行為の性質により解決せざるを得ないとする。ここで博士は、解除条件付法律行為を、無条件の法律行為と停止条件付法律行為との結合と捉える見解に反対している⁷⁴⁾。この“結合”を認める場合は旧 534 条および旧 535 条が適用される。だが、鳩山博士は、解除条件付法律行為は停止条件付法律行為を包含しないとこの見解を採用せず、「解除条件付双務契約における危険負担」に旧 535 条 1 項は適用されないとの解釈を示す⁷⁵⁾。そして、「……解除条件付契約ハ停止条件付契約ト異リ直チニ法律行為上ノ効果ヲ生ズルモノニシテ、且条件ノ成就スルマデハ無条件ナル契約ト同一ノ効力ヲ保有スベキモノナルガ故ニ其契約上ノ債務ノ履行以前ニ履行不能ヲ生ジタル場合ニ於ケル危険負擔ニ關シテハ之ヲ普通ノ雙務契約ト區別スベキ理由ナシ。故ニ其契約ノ内容ニ應ジテ第五百三十四條又ハ第五百三十六條ノ適用

72) 北川・前掲注(14) 313 頁参照。ただし、鳩山博士は、石坂博士と異なり、「……民法教科書や解釈学の論文を通して学説継受を完成したが、法学方法論についてはあまり論考を残していない。」とされる（同書同頁）。なお、本稿で分析する鳩山博士の体系書については、鳩山 秀夫『増訂日本債權法各論（上巻）』125～161 頁（岩波書店、1924 年）参照。また、鳩山博士の生い立ちおよび鳩山民法学の特徴などについては、潮見俊隆＝利谷信義（編著）『日本の法学者』289～300 頁〔鈴木禄彌〕（日本評論社、1975 年）に詳しい。

73) 次段落以降の叙述は、鳩山・前掲注(72) 156～158 頁に負うところが大きい。

74) 鳩山・前掲注(72) 156 頁参照。石坂・前掲注(4) 200～203 頁もこの見解を批判していた。

75) 石坂・前掲注(4) 201 頁も同旨である。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
アルベキモノトス……」⁷⁶⁾との見解を示している。よって、鳩山説でも、末弘説同様、**前掲事案**の場合、解除条件成否未定の間（**前掲事案**Aの北九州転勤が決まっていない間）は、旧534条1項が適用され、債権者（買主B）が危険を負担する。【パターンⅠ】では鳩山博士も債権者主義を採用している。

また、博士は、**前掲事案**【パターンⅡ - α】および【パターンⅡ - β】について、解除条件成就までの間は、これを危険負担の問題と解している⁷⁷⁾。では、条件成就後の適用規律はどうか。博士によれば、「……爾後解除条件ノ成就シタルトキハ法律行爲ノ効力ハ將來ニ對スル關係ニ於テハ法律上當然消滅スルモノナルガ故ニ反對給付ヲ受ケタル債務者ハ目的消滅ノ理由ニヨリテ不當利得ノ返還義務ヲ負ヒ、……。但シ此後ニ述ベタル法律効果ハ解除条件成就ニ關スル法則ニヨリテ生ズルモノニシテ危険負擔ノ問題ニハアラズ。」⁷⁸⁾となる。要するに、解除条件付法律行為における条件成就の効果から、反対給付債務の消滅や目的消滅による不当利得返還請求権⁷⁹⁾が導き出される。よって、博士の見解に従えば、【パターンⅡ - α】および【パターンⅡ - β】とも、時系列(3)~(4)段階までは債権者主義（旧534条1項）が採られるが、条件成就後（時系列(5)）は127条2項および不当利得の規律対象となり、危険負担の範疇を離れることになる。

さらに、鳩山博士は、横田・末弘両博士が想定しなかった**前掲事案**【パターンⅢ - α】、【パターンⅢ - β】および【パターンⅢ - γ】についても適用規律を分析している⁸⁰⁾。だが、これらの場合、すでに契約上の債務の履行（**前掲事案**でいえば、売主Aの債務の履行〔甲建物の所有権移転および引渡し〕）がなされた後の話しになるので、これらもまた危険負担の問題ではないとする。もっぱら解除条件成就の場合に、どのような範囲で当事者間に返還

(76) 鳩山・前掲注(72)156～157頁。末弘・前掲注(57)188頁も同様の見解を示していた。

(77) 鳩山・前掲注(72)157頁（註26）参照。

(78) 鳩山・前掲注(72)157頁。

(79) 博士は、目的消滅による不当利得返還請求権の根拠法条を挙げておらず、しかも、*condictio ob causam finitam* の語も明記していない。鳩山・前掲注(72)157頁参照。

(80) 以下の叙述は、鳩山・前掲注(72)157頁（註26）にほぼ全面的に依拠している。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
義務等が生じるかという問題が残るに留まるといふ。よつて、「……此問題ハ解除条件成就ノ効果ニ關スル一般的原則ニヨリテ決定セラレルベキモノナリ。」⁸¹⁾といふ。なお、注意すべきは、石坂博士と異なり、鳩山博士は、【パターンⅢ】における解除条件成就以前の時系列段階も危険負担の問題とは考えていないことである⁸²⁾。

最後に、博士は、解除条件の成就に遡及効が認められる場合につき、それが認められない通常の場合（127条2項）と比較し、当事者間の返還義務関係について特段差異を認めていない⁸³⁾。

以上を踏まえ、鳩山理論の特質・評価を論じる。分析基軸①によれば、博士の叙述からは、危険負担（債権者主義にせよ、債務者主義にせよ）および解除条件（成就の効果）の各適用範囲の精緻な設定ないし配置を看取することができる。石坂・末弘両博士が示したような、實質的に「債務者主義危険負担」を解除条件（の成就）により基礎づけようとする態度はうかがわれない。その意味において、鳩山理論は横田説に接近するもの、あるいは、横田説の詳細版と評することができよう。鳩山理論においては、「解除条件（成就の効果）」と「危険負担」は、まったく別範疇の規律として捉えられている。ただ、事案類型により、時系列的に両者が接近する場面があるに過ぎないとの理解であろう。さらに、博士が**前掲事案【パターンⅢ】**における解除条件成就以前の時系列段階の適用規律からも危険負担を除外していることから⁸⁴⁾、石坂理論と異なり、危険負担の適用範囲をできる限り狭く解そうとする思考もうかがえる。

分析基軸②に基づき考察する。鳩山理論には、石坂・末弘両博士が示した「債権者主義から債務者主義への轉換」といふ思考は見受けられない。「危

81) 鳩山・前掲注72) 157頁（註26）。

82) 他方、石坂・前掲注(4) 209頁は、**前掲事案【パターンⅢ - β】**および**【パターンⅢ - γ】**における条件成就以前の時系列段階についても、債権者主義を採用していた（前述。ただし、適用規律は旧534条1項ではない）。

83) 鳩山・前掲注72) 157～158頁（註27）参照。

84) 鳩山・前掲注72) 157頁（註26）参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

危険負担」と「解除条件（成就の効果）」の規律の棲分けが厳格になされているからであろう。鳩山説では、末弘説同様、**前掲事案【パターンⅠ】**で債権者主義（旧534条1項）が採用された。ただし、契約の種類により旧536条1項が適用される場合がある点には注意を要する⁸⁵。**【パターンⅡ - α】**および**【パターンⅡ - β】**については、それぞれ時系列(3)ないし(4)段階までは債権者主義（旧534条1項）が採られるが、解除条件成就後（時系列(5)）は127条2項⁸⁶や不当利得が規律し、危険負担は適用されない。最後に、鳩山博士は、**【パターンⅢ】**の適用規律についても分析を加えているが、石坂説と異なり、解除条件成就以前の時系列段階も危険負担の問題とは考えていない。条件成就の前後で債権者主義と債務者主義を振り分けるといった思考は採用されていない。だが、**【パターンⅢ】**の適用規律が何かについて、博士は明確な判断を避けているとも思われる。あくまで、解除条件成就に関する一般的原则の適用と解するのみである。やはり、127条2項の適用が想定されよう。

5 各説の比較・検討と私見

分析基軸①からは、危険負担（債務者主義・債権者主義）と解除条件（成就の効果）の関係につき、各説の配置・位置づけが明らかとなった。「危険負担（特に債務者主義）」と「解除条件（成就の効果）」をどの程度この問題において密接に関連させていたかの違いにより、石坂・末弘両説と横田・鳩山両説との対立構造に整理することができよう。

前者の見解の特質は、解除条件成就の効果から債務者主義を導き出し（石坂博士）、実質的に債務者主義を解除条件（の成就）により緩やかに基礎づける（末弘博士）など、濃淡の差はあれ、法律構成（適用規律）としての「危険負担」の範囲をできるだけ広く解する点にあった。対して、後者の立場の特徴は、危険負担と解除条件（成就の効果）を理論上切り離してこの問題

⁸⁵ 鳩山・前掲注(72)156～157頁参照。

⁸⁶ ただし、鳩山・前掲注(72)157頁は、127条2項を直接の根拠法条として挙げていない。単に、解除条件成就に関する一般的原则ないし法則のみを根拠とする。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）を考察し（横田博士）、危険負担と解除条件（成就の効果）の適用範囲の精緻な設定・配置を志向するなど（鳩山博士）、理論に濃淡はあれ、危険負担の規律妥当範囲をできるだけ狭く解する思考にあったと考えられる。

他方、分析基軸②から観たときは、各説の最大公約数的理解も厳存していた。たとえば、各説とも**前掲事案【パターンⅠ】**では債権者主義（旧534条1項）を採用していた。**【パターンⅡ - α】**および**【パターンⅡ - β】**に関しても、時系列(3)ないし(4)段階までは各説とも債権者主義（旧534条1項）を採る解釈を示していた。

対立が存したのは、**前掲事案【パターンⅡ - α】**および**【パターンⅡ - β】**における解除条件成就後（時系列〔5〕）の適用規律に関してである。石坂説はいずれも**債務者主義的処理**を志向し、末弘説は**【パターンⅡ - α】**の場合のみ債務者主義を適用した。他方、横田・鳩山両説は危険負担の問題と解さず、127条2項や「目的消滅の不当利得」を規律内容とした。

だが、この対立は、実質的な事案の処理に影響を与えないと考えられる。各説とも、条件成就後の処理につき、債権者（買主B）の反対給付債務を消滅させ、または、債権者に不当利得返還請求権を付与したからである。要するに、この処理を「債務者主義危険負担」と解すべきかに問題は収斂される⁸⁷⁾。この点、127条2項の帰結（原状回復義務の内容）に判然としない面があるものの、危険負担で処理を正当化しようとした石坂説は傾聴に値するが、やはり、危険負担と解除条件成就の効果を厳密に区別した鳩山説は論理的に一貫していたといえよう。ただし、同説では根拠法条が挙げられていない点に疑問が残る。

前掲事案【パターンⅢ】各類型の適用規律につき、石坂説を除いて三説とも危険負担の問題とは解していない。この点、あくまで危険負担で処理しようとした石坂説には論理一貫性があるともいえよう。

私見は、上記分析基軸による検討から、鳩山説に一日の長があると評価

⁸⁷⁾ 末弘・前掲注57(155頁注1)が「危険負担」の用語法につき、広く後発的不能が双務契約にどのような影響を与えるかという問題“以外”にも用いられることを指摘したことは改めて重要であると思われる。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
する。ただし、石坂説の一貫した「債務者主義への転換」にも学理的関心がないではない。

三 「解除条件付双務契約における危険負担」論の衰退と民法（債権法）改正

1 我妻通説以降平成期までの「解除条件付双務契約における危険負担」論の概略

(a) 我妻通説の内容

大正期の代表的学説による議論を承けて登場した我妻博士の通説⁸⁸⁾は、一部を除き鳩山説の簡略版という内容である。以下、概要を観察する。前掲事案のような双務契約が解除条件付きである場合の危険負担に関して、民法典にはこれを直接規律した規定がない。だが、解除条件付契約は無条件に一応効力を生じるので、債務の履行前に目的物が滅失した場合、旧 534 条 1 項が適用される⁸⁹⁾。つまり、前掲事案【パターン I】で債権者主義（旧 534 条 1 項）が採用されている。その後、解除条件が成就した場合、127 条 2 項により条件成就に遡及効がないときでも、契約上の債権債務は消滅するので、債務者（売主 A）は受領した反対給付を不当利得（法律上の原因なき利得）⁹⁰⁾として返還しなければならない。【パターン II - α】および【パターン II - β】でも、我妻博士は鳩山理論を踏襲し、時系列(3)ないし(4)段階までは債権者主義（旧 534 条 1 項）が採るが、条件成就後（時系列 [5]）は解除条件に関する一般理論の適用や不当利得で処理し、危険負担の理論に依拠しない。我妻博士自身、この考え方を通説であるとしている⁹¹⁾。

特徴的なのは、前掲事案【パターン III - α】の適用規律につき、当時の

88) 以下の我妻通説の内容に関する叙述については、我妻・前掲注(3) 107～109 頁に負うところが大きい。

89) 我妻・前掲注(3) 107～108 頁参照。

90) この表現につき、我妻・前掲注(3) 108 頁。ただし、我妻博士も 703 条を根拠法条として挙げていない。

91) 我妻・前掲注(3) 108 頁参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

フランス民法学の通説（**前掲事案**の売買を無条件の売買と、2年以内の転勤辞令発令を停止条件とする遡及的再売買とが結合したものと捉え、停止条件付売買で条件成否未定の間に目的物が滅失した場合の規律と同様に処理する見解〔同国民法旧1182条2項⁹²⁾により債務者は代金を返還しなくてよい〕を批判しつつ自説を展開している点である（ただし、代金返還不要の結論は支持）。博士によれば、わが国の民法の解釈として、解除条件と停止条件は別個独立の附款だから、【パターンⅢ - α】の場合に旧535条を適用すべきでなく、また、【パターンⅢ - α】は双務契約履行後の場合で、たとえ解除条件が成就しても危険負担の問題は生じる余地がないとする。そして、目的物滅失の場合、後に解除条件が成就しても、契約を解消する効力は生じないとするのが当事者の通常の意思に適うという⁹³⁾。

我妻通説は、鳩山説が明確にしなかった**前掲事案**【パターンⅢ - α】の処理を当事者の通常の意思から導き出した。ただし、【パターンⅢ - β】および【パターンⅢ - γ】の処理を明確にしていない。

(b) 我妻通説以降の学説の流れと「解除条件付双務契約における危険負担」論の衰退原因

この問題に関する我妻通説以降の学説の潮流は、ごく一部の研究者⁹⁴⁾を除き、大雑把に言えば、次の三つに分かれる。第一の潮流は、我妻説をほ

92) フランス民法旧1182条2項は、停止条件付で締結された債務の目的物が債務者の過失なくして完全に滅失した場合には、債務は消滅すると定める。以上、法務大臣官房司法法制調査部（編）『フランス民法典—物権・債権関係—』78頁（法曹会、1982年）を参考にした。

93) 以上の叙述は、我妻・前掲注(3)108～109頁にほぼ全面的に依拠している。

94) 小野・前掲注(8)432～438頁は、独仏法の詳細な比較法研究を展開する数少ないものである。だが、本稿では十分にその内容を咀嚼できなかった。小野教授の研究成果の検討については、別稿に譲る。また、半田・前掲注(8)243～251頁も、解除条件付売買における危険負担につき、独仏法のほか、イタリアやスイス法の分析にも及びつつ、わが国の解釈論について詳細な検討を行っている。だが、半田教授の研究についても、十分に分析できなかった。小野教授の研究と併せて、別稿で検討することとした。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
ば全面的に支持・踏襲するものである⁹⁵⁾。ただし、**前掲事案【パターンⅢ - α】**の検討を回避するものが散見される。第二の潮流は、ポイントを絞り我妻説を批判するものである⁹⁶⁾。特に**【パターンⅢ - α】**の処理を批判する点に特徴が観られる。そして、第三の潮流は、この問題を（少なくとも危険負担の箇所において）採り上げない立場である⁹⁷⁾。特に平成期に多く見られる。

なぜ、「解除条件付双務契約における危険負担」論は、我妻通説以降（特に平成期）、衰退の途を辿ったのか。直接的な原因は、正直なところ定かでない。ただし、大正期の学説における議論との対比で、次の推察をすることは許されよう。まず、戦後以降、コンメンタール類を除き、逐条解説を行う体系書が減ったことが挙げられよう。また、この問題に限っていえば、危険負担の主要な争点、否、圧倒的に重要な争点が、旧 534 条 1 項の解釈（論）であったことも挙げられる。時代が下るにつれ、債権者主義の不都合が特に指摘され、教科書類では、旧 535 条に言及するのも精一杯となっ

95) この第一の潮流に与する代表的体系書・教科書は次の通りである。石田 穰『現代法律学講座 13 民法Ⅴ（契約法）』64～66 頁（青林書院新社、1982 年）〔我妻説を全面的に支持〕、松坂 佐一『民法提要 債権各論（第五版）』50～51 頁（有斐閣、1993 年）〔**【パターンⅢ】**各類型の検討なし〕、遠藤 浩ほか『要論債権各論Ⅰ（契約法）』63～64 頁〔良永 和隆〕（青林書院、1999 年）〔同前〕、谷口=五十嵐（編）・前掲注(3)〔甲斐〕678～679 頁〔我妻説を全面的に支持〕、平井 宜雄『債権各論Ⅰ 上—契約総論 法律学講座双書』209～210 頁（弘文堂、2008 年）〔**【パターンⅢ】**の検討なし〕、および川井・前掲注(6)45 頁〔同前〕など参照。

96) 管見の限り、三宅 正男『契約法（総論）〔現代法律学全集 9〕』104～105 頁（青林書院、1978 年）は、我妻説を批判している。解除条件と停止条件は別個独立の附款という点を形式論に過ぎるとし、また、**前掲事案【パターンⅢ】**における当事者の通常の意味の内容にも、理解しがたいとして批判を展開する。

97) この立場を採る代表的体系書・教科書として、星野 英一『民法概論Ⅳ（契約）』50～61 頁〔危険負担を扱った部分。以下、同じ〕（良書普及会、合本新版、1986 年）、藤岡 康宏ほか『民法Ⅳ 債権各論〔第 3 版補訂〕有斐閣 S シリーズ』31～37 頁〔磯村 保〕（有斐閣、2009 年）、内田 貴『民法Ⅱ 第 3 版 債権各論』60～75 頁（東京大学出版会、2011 年）、および清水 元『プログレッシブ民法〔債権各論Ⅰ〕』57～68 頁（成文堂、2012 年）など参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

た事情も挙げられよう。最後に、決定的な要因と筆者が考えるのは、大正期の学説の議論でも観た通り、学説の対立はあれ、実際の事案の処理に関してはほとんど差が出ない点であると考え。また、解除条件付法律行為の効果（127条2項）に関する研究が危険負担ほど旺盛にはなされていない点も、この問題の衰退に拍車をかけたと思われる。

2 「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律・私見（旧法）

これまでの分析を踏まえ、旧法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係につき私見を提示する。以下、**前掲事案**のパターン毎に示す。

【パターンⅠ】：私見は、解除条件と停止条件を別個独立の附款と観る旧法下の通説に賛同するので、買主Bの代金債務履行の要否については、旧535条1項を適用せず、旧534条1項を適用して債権者主義危険負担を採用する⁹⁸。なお、特定物に関する物権の設定または移転を目的としない解除条件付双務契約の場合、旧536条1項を直截に適用して債務者主義を採ることとしたい。

【パターンⅡ - α】：時系列(3)ないし(4)段階では、旧534条1項により、債権者（買主B）が危険を負担すると解する。その後、買主Bが反対給付（代金債務）を履行せずに解除条件が成就した場合、私見は、以降（〔時系列5〕）の問題を危険負担とは捉えず、127条2項を適用し、解除条件付法律行為における条件成就の効果として、Aの北九州転勤が決まった時点以降、Bは反対給付を免れるものと解する。鳩山・我妻両説に従った事案の処理である。

【パターンⅡ - β】：【パターンⅡ - α】同様、時系列(3)ないし(4)段階では、旧534条1項により、債権者（買主B）が危険を負担すると解する。その後、

⁹⁸ 本稿では、旧534条1項の不都合性については、検討対象としない。**前掲事案**は、危険負担について何ら特約が付されていないことを前提とするからである（ただし、解除条件は付されている）。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

買主 B が反対給付を履行した後（代金支払後）、解除条件が成就した場合、私見は、やはり旧法下の通説に従い、127 条 2 項および 703 条⁹⁹を適用して、解除条件付法律行為における条件成就の効果として、A の北九州転勤が決まった時点以降、B は、A に対して、履行済みの反対給付（代金）の返還を請求できるものと解する。契約当事者の意思にも合致する解決と思われる。

【パターンⅢ - α】：時系列(3)の時点で、双務契約上の双方の債務が完全に履行されているので、危険負担の問題にはならないと考える。ただし、その後の目的物（甲建物）滅失および解除条件成就の影響をどのように解するかは難しい。私見としては、解除条件の成就可能性があることは、A（売主）も B（買主）も契約締結当時に織込み済みであろうから、たまたま条件成就前に目的物が滅失したからといって、A が代金を返還せずに済むという解決には違和感を覚える。よって、127 条 2 項および 703 条を適用し、A から B に代金を返還させるべきと解する。このように、私見は、我妻通説に反対する立場を採る。結果として、目的物滅失の危険は、売主（A）が負うことになる。

【パターンⅢ - β】：売主 A による債務の履行（甲建物の所有権移転および引渡し〔時系列 2〕）完了時点で、この場合も危険負担の問題とはならないと考える。解除条件成否未定の間、買主（B）が反対給付（代金債務）を負うのは、債権者主義からの帰結ではなく、単に、双務契約上の債務だからであると解する。したがって、その後の目的物滅失および解除条件成就の結果、やはり 127 条 2 項が適用され、買主 B の反対債務は条件成就時点から消滅すると解する。

【パターンⅢ - γ】：【パターンⅢ - β】同様、売主 A による債務の履行完了時点で、この場合も危険負担の問題とはならないと解する。しかも、このパターンの場合、目的物滅失後にもかかわらず、債権者 B（買主）は

⁹⁹ 二で検討した通り、大正期の主要学説のいずれも、不当利得返還請求（権）の根拠法条として、703 条を挙げていなかった。私見は、給付利得の一環として、703 条を根拠法条と解するものである。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

契約内容通り反対給付（代金債務）を履行しているのであるから、その後の解除条件成就の結果、127条2項および703条を適用し、Bは、Aに対して、支払った反対給付（代金）の返還を請求できると解すべきであろう。

以上、旧法下におけるこの問題に関する私見を示した。最大の難点は、双方の債務の履行が完了している場合にまで、目的物滅失および解除条件成就の効果を及ぼすべきか否かであろう。私見は、前述の通り、契約締結当時の契約当事者の意思を推断して、条件成就の効果を及ぼす解決を採用するものである。

3 債権法改正以後の学説の無関心？

平成29年債権法改正により、旧534条および旧535条は削除された。また、債務者主義危険負担を規律していた旧536条1項も「反対給付の履行拒絶権」という新たな危険負担制度に改められた⁴⁰⁰。ところが、現行民法下の契約法ないし債権各論の体系書・教科書類や諸論考を参照しても、「解除条件付双務契約における危険負担」問題は、管見の限り、まったく議論されていない⁴⁰¹。旧534条および旧535条が削除されても、この問題は今後も厳存するにもかかわらずである。

なぜ、現行民法下の学説は、「解除条件付双務契約における危険負担」に言及しないのか。主たる理由として、危険負担に関する一般規律が現536条に一本化され、条件付契約だからといって、危険負担のうえで、旧

⁴⁰⁰ 旧534条および旧535条削除の経緯および理由、ならびに、現536条の規律内容の概説については、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』247～249頁（金融財政事情研究会、2017年）を参照。

⁴⁰¹ 債権法改正後の代表的体系書および教科書類には、危険負担の叙述はあるものの、「解除条件付双務契約における危険負担」に関する叙述はほぼ皆無である。たとえば、潮見佳男『新債権総論Ⅰ〈法律学の森〉』613～630頁〔解除と危険負担の関係について詳細に解説されているが、この問題については言及なし〕（信山社、2017年）、山野目章夫『民法概論4 債権各論』40～45頁〔同じく言及なし〕（有斐閣、2020年）、および中田裕康『契約法〔新版〕』162～171頁〔同上〕（有斐閣、2021年）など参照。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
法下のような特殊な扱いを受けないからということが考えられる。では、旧 534 条および旧 535 条が削除された結果、「解除条件付双務契約における危険負担」には、あらゆる範囲・時系列において、現 536 条 1 項が適用されるのだろうか。それは違うであろう。おそらく、解除条件成就後の事案の処理には、旧法から変わらず、127 条 2 項や不当利得返還請求に関する規律が適用されるはずである。しかし、債権法改正後の民法総則の教科書などを観ても、たとえば、「条件」の項目に、「解除条件付双務契約における危険負担」の問題は移管されていないのである¹⁰²。

債権法改正後も、その基礎理論・解釈論に関する議論の熱視線は、危険負担と解除条件（成就の効果）の関係よりも、解除と危険負担の関係に注がれるのであろう。解除を研究する筆者にとっては、実に皮肉なことである。

4 「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律・私見（現行民法）

以下、現行民法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係につき私見を提示する。旧法同様、原則として**前掲事案**のパターン毎に示す¹⁰³。

102) ほんの一例だが、山野目 章夫『民法概論 1 民法総則』299～313 頁〔条件と期限の項目〕（有斐閣、2017 年）を観ても、「解除条件付双務契約における危険負担」に関する叙述は一切出てこない。

103) 現行民法では、履行不能と当該債務の消滅とが直接的には結びつけられていない。潮見・前掲注（101）280 頁注 15 が指摘するように、「……履行不能であるとの評価から、当該債権が消滅するという効果が直ちに導かれるものではない。伝統的な理論では、（論理必然的ではないにせよ）『不能』に『債権の消滅』という効果を結びつけ、そのうえで、債務の履行が不能になれば債権は消滅するものの、債務者に帰責事由のある不能の場合には本来の給付が損害賠償給付へと転形するという立論がみられた。……しかし、新法は、このような考え方を採用していない……」ことにも留意して、本稿では、現行民法における危険負担を論じなければならない。

たしかに、履行不能の直接的効果として当該債務の消滅という法律構成が採用されていないという意味において、「解除条件付双務契約における危険負担」という問題は、改正前民法特有の問題に過ぎなかったという評価ないし批判も出てこよう。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

前提として、現行民法では、現 412 条の 2¹⁰⁴⁾の規律により、危険負担において原始的不能と後発的不能が区別されないこと¹⁰⁵⁾、および（目的物滅失による）履行不能が債務者の債務の消滅をもたらさないこと¹⁰⁶⁾等を確認しておく必要がある。これらを踏まえ、各パターンの処理につき考察する。

【パターン I】：債権法改正により旧 534 条および旧 535 条が削除された。よって、特定物に関する物権の移転を目的とするか否か、または、双務契約が条件付きか否かにかかわらず、危険負担に相当する事案には現 536 条 1 項¹⁰⁷⁾が適用されると解する。したがって、買主 B の代金債務（反対給付）の履行の要否にも同条項を適用し、新たな債務者主義危険負担が採用される。その結果、債権者（買主 B）には反対給付の履行拒絶権が認められ、売主 A から代金を請求されても、B は支払いを拒むことができる。

しかし、解除条件付売買において、条件成否未定の間に売買の目的物が滅失し、その後、解除条件が成就するという“事象ないし事案”は、債権法改正後も厳存するのである。よって、現行民法について、「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係を明確にしておくことは、決して無益なことではないと考える。

104) 現 412 条の 2 の規律内容は、以下の通りである。また、同条の解説として、松岡久和ほか（編著）『改正債権法コンメンタール』196～203 頁〔松尾 弘〕（法律文化社、2020 年）参照。

第 412 条の 2（履行不能）

第 1 項 債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。

第 2 項 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第四百十五條の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

105) 現 536 条 1 項は原始的不能の場合でも適用されることにつき、潮見・前掲注（101）617 頁参照。ただし、**前掲事案**の各パターンは後発的不能を想定するので、以下では原始的不能の場合は扱わない。

106) 松岡ほか（編著）・前掲注（104）626～627 頁〔平野 裕之〕参照。

107) 現 536 条 1 項の規律内容は、以下の通りである。

第 536 条（債務者の危険負担等）

第 1 項 当事者双方の責めに帰する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。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

なお、解除条件未成就の間に B が自身の負う反対債務（代金債務）を消滅させて終局的に契約から解放されるには、現 542 条 1 項 1 号¹⁰⁰⁸により契約の無催告解除をすべきものと解する¹⁰⁰⁹。

【パターンⅡ - α】：時系列(3)ないし(4)段階では、現 536 条 1 項により債権者（買主 B）には反対給付の履行拒絶権が認められると解する。なお、条件成就までに B の無催告解除（現 542 条 1 項 1 号）の意思表示が相手方（売主 A）に到達すれば、B は契約から終局的に解放されようか。その後、解除条件が成就した場合に 127 条 2 項が適用されるかは定かでない。私見は、履行不能解除を解除条件成就よりも優先させる解釈を採る¹⁰¹⁰。

【パターンⅡ - β】：時系列(3)ないし(4)段階では、現 536 条 1 項により債権者（買主 B）に反対給付の履行拒絶権が認められる。なお、このパターンでは債権者が反対給付（代金支払い）を履行している。この場合、私見は、債権者(B)が A の債務の履行不能の事実を知らずに反対給付を履行したか、または、知りながら履行したかによって、解除権や条件成就の効果を享受できるかが変わってくるとの解釈に賛同する¹⁰¹¹。よって、前者の場合（B が履行不能の事実を知らず、後に解除条件が成就した場合）、債権者 B には条件成

¹⁰⁰⁸ 現 542 条 1 項 1 号の規律内容は、以下の通りである。

第 542 条（催告によらない解除）

第 1 項 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

第 1 号 債務の全部の履行が不能であるとき。

¹⁰⁰⁹ 私見は、潮見・前掲注（101）617 頁に同旨。

¹⁰¹⁰ 現行民法では、解除に債務者の「帰責事由」を要求しないため、危険負担の対象となる契約も解除できる。なお、解除条件付契約を解除できるかという問題は旧法下でも存在したはずだが、筆者の研究不十分のため、この問題につき確固たる私見を提示できない。ただし、注（19）で示した「目的物滅失による解除条件成就不能」という法律構成をここで用いることの可能性は、今後議論されるべきと史料する。

¹⁰¹¹ 潮見・前掲注（101）617 頁および 618 頁注 148（以下の叙述はこれらに負うところが大きい）によれば、債権者が債務の履行不能の事実を知らずに反対債務を履行していた場合、債権者は、債務者に対して既に履行した給付の返還を請求できると解している。反対に、履行不能後、債権者が履行不能の事実を知ったうえで反対債

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
就の効果（127条2項）として不当利得返還請求が認められる¹¹³と解する。反対に、後者の場合（履行不能の事実を知っていて、後に解除条件が成就した場合）、Bは履行拒絶権、解除権、および解除条件成就の効果を一切放棄したものと扱い、Aに対し履行済みの反対給付（代金）の返還を請求できないと解したい。潮見教授の見解に与するものである。

【パターンⅢ - α】：現 567 条 1 項¹¹³を適用し、売主 A が目的物（甲建物＝特定物）を買主 B に引き渡した時点（時系列〔2〕）で、目的物滅失の危険は買主（債権者 B）に移転すると解する。このパターンでは、B も代金を支払っているので、双方の履行が完了しており、危険負担の問題にならないと考える。ただし、目的物滅失後の解除条件成就の効果ないし影響をどう解するかは難しい。私見は、旧法下のそれと異なり、現 567 条 1 項により目的物滅失の危険を買主 B が負うことから、条件が成就しても 127 条 2 項は適用できないと解したい¹¹⁴。よって、B は代金の返還を請求できないと解する¹¹⁵。

【パターンⅢ - β】：現 567 条 1 項を適用し、売主 A が目的物（甲建物）

務を履行した場合、履行拒絶権の放棄と扱ってよいと解し、このことは解除権の成否にも妥当するとの解釈を示される。なお、潮見教授は、解除条件成就の効果の帰趨には言及していない。

112 潮見・前掲注（101）618 頁注 149 は、この不当利得返還請求の根拠のひとつとして 705 条（非債弁済）の法意の推及を挙げる。

113 現 567 条 1 項の規律内容は、以下の通りである。また、同条の解説として、松岡ほか（編著）・前掲注（104）766～776 頁〔北居 功〕参照。

第 567 条（目的物の滅失等についての危険の移転）

第 1 項 売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。

114 ここでも、前述「目的物滅失による解除条件成就不能」という法律構成を用いる可能性を留保しておきたい。

115 AB 間で解除条件成就の効果を常に優先させる旨の特約を結んでいれば、それに

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）

を買主 B に引き渡した時点で滅失の危険は買主 (B) に移転すると解する。また、同条項後段により、B は代金の支払いを拒むことができない（解除権も行使できない）。現行民法では、このパターンの時系列(4)はあり得ない。目的物滅失後の解除条件成就の効果ないし影響についても、同条項により危険を買主 B が負うことから、特約のない限り、条件が成就しても 127 条 2 項は適用されないと解したい。よって、B は代金債務を免れないと解する。

【パターンⅢ - γ】：時系列(2)時点、つまり、売主 A が目的物（特定物）を買主 B に引き渡した時点で、滅失の危険は債権者 B に移転すると解する。このパターンでは、目的物滅失後、B（買主）が反対給付（代金債務）を履行している。その後解除条件が成就したとしても 127 条 2 項は適用されないと解したい（特約のない限り、同条項よりも現 567 条 1 項が優先すると解する）。よって、B は、A に支払った代金の返還を請求できないと解すべきである。ただし、終局的には、解除条件（附款）の解釈次第になろうか。

以上、現行民法下におけるこの問題についての私見を提示した。解釈論上の難点は、解除と解除条件、および現 567 条 1 項（危険負担）と解除条件、これらの規律間の優先劣後関係と思われる。

5 結論

本稿の結論は、次の通りである。「解除条件付双務契約における危険負担」問題は、現行民法において複雑な様相を呈している。**前掲事案【パターンⅠ・Ⅱ】**の各類型では、危険負担と無催告解除の関係に加え、目的物滅失後の解除条件成就の効果・影響がどのように契約関係に及ぶかが不明瞭である。特に**【パターンⅡ - β】**では、反対給付を履行した債権者が履行不能につき善意か悪意かによって、履行拒絶権、解除権、および解除条件成就の効果を楽しむか否かが決せられるが、その根拠法条・規律も不明確である。また、**【パターンⅢ】**の各類型でも、現 567 条 1 項と 127 条 2

従うことになろう。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）
項の関係が不明確である。結局、どの類型でも、目的物滅失後の解除条件成就の効果・影響との関係で、危険負担や解除の規律がどう扱われるかが問題として厳存する。実は、この問題の一部は、大正期の主要学説も論じていた古くて新しい問題なのである。

以上、現行民法下の「解除条件付双務契約における危険負担」には、複雑な解釈論が潜在している¹¹⁶。よって、旧法下でも忘れられていたこの問題に改めて取り組む意義は小さくないと考える。

最後に、若干の立法論を示す。別稿で示した通り¹¹⁷、現 536 条 1 項の適用範囲は狭すぎる。解除の意思表示が到達するまでの間しか機能しないこの制度は、元の規律（反対債務の消滅構成）に戻すべきと思料する。解除条件成就の効果（127 条 2 項・3 項）も、解除と平仄を併せ、遡及効が生じることを原則に制度設計を改めるべきである。この問題における解除条件成就後の法律関係が簡明になろう。さらに、現 567 条 1 項に、解除条件成就の効果との関係を何かしら規定すべきである。そうすれば、「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係は多少なりとも明確になると思われる。

四 残された課題と今後の展望

本稿に残された課題は数多い。網羅的に挙げると際限がないので、喫緊の課題のみを二、三挙げておく。第一に、「解除条件付双務契約における危険負担」を論じる以前に、旧 535 条 1 項（停止条件付双務契約における危険負担）の解釈論について検討が不十分であった。第二に、小野 秀誠教授および半田 吉信教授の各論考の分析がきわめて不十分であった。これらの点は、至急取りかかるべき課題といえよう。そして、第三に、大正期の他

¹¹⁶ 前掲事案のすべての【パターン】が、実は 127 条 2 項のみで解決できる可能性を留保しておく。そうであれば、本稿の学問的価値はゼロになるが、債権法改正の成果として適用規律関係が簡明化するのであれば、それに越したことはない。

¹¹⁷ 注（7）の両拙稿を参照されたい。

「解除条件付双務契約における危険負担」に適用される規律についての一考察（福本）の学説についての考究も不十分であった。その他、石坂博士が参照した、内外の全資料を咀嚼する必要もあろう。

最後に、今後の展望を示して稿を閉じる。本稿 三 4 で示した、現行民法下の「解除条件付双務契約における危険負担」に適用されるべき規律およびこれらの優先劣後ないし相互関係について、今後、内外の種々の文献・資料等を咀嚼したうえで、一層手厚い解釈（論）を提示したい。併せて、その基礎的研究として、これまでフランス法のみを比較法のフィールドとしてきたが、今後、ドイツ法やロシア法など、ヨーロッパ横断的な比較法分析にも積極的に取り組んでいきたい。

* * *

【付記】

三宅 博之先生とは、筆者が法学部に着任した 2007（平成 19）年度以来、丸 15 年、仕事をご一緒させていただいた。違う学科に身を置く者同士ではあったが、学内業務、特に学生サポート委員の仕事で大変勉強をさせていただいた。四半世紀近く歳の離れた人生の大先輩であるにもかかわらず、また、専門も異なる教員でありながら、2 号館 5 階の廊下でお話しする機会も多かった。若輩浅学の徒である筆者を温かく見守って下さった関西の“おもしろおっちゃん”であられる三宅先生に対して、この場をお借りして、これまでのご厚情に御礼申し上げます。先生の益々のご健康とご活躍を祈念し、拙稿を先生に捧げる次第である。ご笑覧いただければ幸いです。

Reprinted from

KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU

Journal of Law and Political Science. Vol. XLIX No. 3 / 4

March 2022

**Réflexion sur les Règles Applicables à la “Théorie des
Risques dans le Contrat Synallagmatique sous Condition Résolutoire”:
Les Controverses entre Doctrines Représentantes en Période
de TAISHÔ (1912-1926) & la Doctrine après la Réforme du
C.civ. Japonais en 2017**

FUKUMOTO Shinobu