The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	双務契約の原状回復に関する議論の現況と課題（1）：無効と解除の場面における原状回復の不能
Author(s)	中村，瑞穂
Citation	阪大法学. 2025, 74(6), p. 49-78
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/100791
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　　説

双務契約の原状回復に関する議論の現況と課題（1）

――無効と解除の場面における原状回復の不能――

中 村 瑞 穂

目次

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　債権法改正前の議論状況
（Ⅰ）関連規定と議論の構造
（Ⅱ）双務的清算を基礎づける考え方
　1　解除についての見解①（以上、本号）
　2　無効についての見解①
　3　類型論の展開後における解除についての見解（解除についての見解②、③）
　4　無効についての見解②
（Ⅲ）小括
Ⅲ　債権法改正の際の議論状況
Ⅳ　現行法のもとでの課題の検討
Ⅴ　おわりに

Ⅰ　はじめに

契約が無効であった場合（取り消された場合を含む）あるいは解除された場合において、契約上の債務が履行されていたときには、既履行給付について原状回復が必要になる。このような原状回復に関する問題は、双務契約の場面を中心として議論がなされてきた。そして、そこでの原状回復のルールは、原則として、双務性を反映した清算（以下、「双務的清算」とする。具体的な意味

は後述する）を実現するものでなければならないと考えられている。もっとも、双務的清算に関する議論の経緯、また、実際に双務的清算がどの程度実現されるかは、無効の場合と解除の場合とで、あるいは、原状回復として具体的にどのような事項が問題になるか（問題となっている事項が給付された物の原物の返還なのか、果実（・使用利益）、利息の返還なのか、原物等の返還不能の問題なのか等）によっても異なっている。さらに、双務契約においてはなぜ原則として双務的清算が実現されなければならないのかについても、いまだ検討の余地があると考えられる。

本稿では、これらの双務的清算についての問題がもっともよく現れるものとして、給付された物の原物の返還不能の場面（以下、この場面を「原状回復の不能」とする）を取り上げ、双務契約の原状回復に関する問題について検討を行う。(1)

（Ⅰ）問題の所在

そのような検討の前提として、はじめに、双務契約における原状回復の不能の場面では、何がどのように問題になるかをみていこう。

1　原状回復と双務的清算

まず、原状回復の不能の場面において「双務的清算」が実現されるとはどのような意味かについて、有体物の売買契約を例に確認していこう。

（1）原状回復の不能

物の売買契約が無効である場合あるいは解除された場合、原状回復として、まずは、売主の側では受け取った代金とその利息、買主の側では受け取った物の原物とそこから生じた果実等の返還が問題になる。通常は、これらのいずれもが返還され、給付は相互に返還されることになる。これにより、契約がなければあったであろう状態（原状）が回復される。

これに対し、買主の側では、物の滅失等により、原物の返還ができない場面がありうる。この場合、給付された物そのものを返還することによる原状回復はできない。ここで扱う原状回復の不能の場面とは、このような給付本体の原物の返還不能の場面を指している。

（2）原状回復の不能の場合における解決

このような原状回復の不能の場面では、買主は代金の返還を受けることができるのか、あるいは、代金の返還を受けるためには、滅失等した物の価額を返還しなければならないのではないかということが問題となる。そこでは、一方的な清算を認めるか「双務的清算」を実現しなければならないかということが問われている[(2)]。

(a) 一方的清算

まず、買主が物の価額の返還をせずに、代金の返還を受けることを認めるという解決が考えられる。この場合には、買主にのみ、原状の回復を実現することが認められている。ここでは、一方的な清算が認められているといえる。

(b) 双務的清算

これに対し、この場合、買主が代金の返還を受けることは認められないという解決も考えられる。あるいは、代金の返還は受けられるものの、そのためには、買主は物の価額を返還しなければならないとする解決もありうる。

前者の場合には、いずれの当事者も給付の返還を受けることができず、双方ともに原状は回復されない。これに対し、後者の場合には、双方の当事者が（少なくとも価値の形では）給付の返還を受けており、双方に対し、原状の回復を実現することが認められている。

このように方向性は反対ではあるが、いずれの場合も、原状回復が実現されるかについて、双方に同等の解決がされている。そこで、従来から、双方に原状回復が実現されるという積極的な解決（後者の解決）であっても、双方ともに原状回復の実現がされないという消極的な解決（前者の解決）であっても、原状回復についての双務性を実現すると捉えられてきた[(3)]。本稿でも、この意味での双務的な清算を実現する解決を「双務的清算」とする。

（3）双務的清算と法律構成

そのうえで、このような双務的清算を実現する法律構成としては、次のようなものが考えられてきた。

(a) 消極的意味での双務的清算

まず、無効の場合と解除の場合とに共通し、消極的意味での双務的清算を実

現するものとして、（給付の返還関係（原状回復の法律関係）の発生・存在を前提とし）一方の返還債務の履行が不能なのであるから、他方の返還債務も認められないという構成が考えられてきた。このことは、従来、危険負担について定めた改正前民法[(4)]536条の類推適用によって認められてきた。

これに対し、解除の場合においては、解除権者のもとでの原状回復の不能の場面について、解除を認めない（給付の返還関係（原状回復の法律関係）の発生を認めない）ことによっても、消極的意味での双務的清算が実現される。改正前民法のもとでは、548条１項（解除権の消滅を定めた規定）の要件をみたす場面がこれにあたることになる[(5)]。

(b) 積極的意味での双務的清算

以上に対し、積極的意味での双務的清算は、返還が不能となった給付の価額を償還する義務（価額償還義務）を認めるという構成によって実現されることになる。

２　現行法のもとでの規律

以上のように、双務契約における原状回復の不能の場面では、双務的清算が実現されるかが問題となり、双務的清算を実現する法律構成にもいくつかのものがある。次に、このような双務契約における原状回復の不能について、現行法のもとではどのような規律が採用されているかをみていく。

（１）無効の場合

まずは、無効についての規律から確認していこう。ここでは、無効の効果について定めた規定（民法121条の２）において、無償行為とそれ以外の行為とが区別されていることが大きな意味をもっている。

(a) 双務有償契約における原則としての価額償還義務

(ア)規定の確認とその意味

121条の２は、2017年の民法（債権法）改正[(6)]の際に新設された規定であるが、そこでは、まず、無効な行為にもとづく債務の履行として給付を受けた者は、原状回復義務を負うことが定められている（第１項）。他方で、無償行為の場合には、給付を受けた者が善意である限り、現存利益の返還で足りる旨が定められている（第２項）。

このような両者の関係からすれば、法律行為のうち契約について、無償行為ではない場合、すなわち双務有償契約[7]の場合には、原状回復が不能であれば、原状回復義務を負わなければならない（第１項）。それによれば、原状回復義務（給付の全部返還義務）として、原則として、価額償還義務を負うことになると理解されている[8]。

（イ）改正の際の議論の経緯

このような理解は、債権法改正のための審議として、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「民法（債権関係）部会」とする）で行われた議論・提案[9]が前提となっている。

まず、中間試案[10]の段階においては、無効な法律行為の効果としては、給付を受けた者は、「給付を受けたもの」等の返還義務を負わなければならないことを定めたうえで、その返還が不能である場合には、「その価額の償還」義務を負わなければならないとの規定を設けることが提案されていた[11]。その一方で、「有償契約以外の法律行為」（無償行為）の場合には、一定の要件をみたす限り、現存利益の返還で足りる旨の提案がされていた[12]。したがって、契約の場合は、（双務）有償契約については、価額償還義務を負うことが考えられていた。

これに対し、その後の審議の段階において、上記のように給付の返還と価額償還という規定をおくのではなく、より包括的に原状回復義務（「相手方を原状に復させる義務」）を負う旨を定めるべきであるとの提案がされ、価額償還義務についての具体的な規定は設けられないことになった[13]。しかし、そこでは、価額償還義務についての上記のような提案を否定すべきだと考えられたわけではなく、「原状に復させる義務」の中に価額償還義務も包含されると考えられていた[14]。そのうえで、「有償契約以外の法律行為」の場合には、現存利益の返還で足りる旨の規定が引き続き提案されていた[15]。そして、有償契約においては、それに対応するような規定はないのであるから、原物返還が不能になった場合でも原状回復義務を免れず、価額で償還しなければならないとの解釈を導くことは容易であるとされていた[16]。

その後は、この案について、ここでの問題の実質にかかわる修正はされておらず、この段階での提案が現行法121条の２第１項及び第２項に対応するもの

となっている。

（ウ）改正議論を踏まえた現行法の解釈

このように、無効については、現行法の規定からも、債権法改正の際の議論からも、双務有償契約と無償契約とでは異なるルールが採用されていることがわかる。双務有償契約については、原状回復義務として、原則として価額償還義務を負うことが認められる。

(b) 例外としての価額償還義務の免責

他方で、双務有償契約においても、例外として、価額償還義務が免責される場面は認められている。121条の２第３項（意思無能力者・制限行為能力者について、返還範囲を現存利益に限定した規定）はそのような場面を明文化したものである[17]。明文の規定のない場面において、免責が認められるかについては解釈に委ねられているが、たとえば、詐欺・強迫の被害者等について、一定の範囲で免責が認められるとの考え方が有力である[18]。

（２）解除の場合

以上のとおり、無効については、双務有償契約と無償契約とで異なるルールが採用されている。これに対し、解除については、以下でみていくとおり、無償契約との関係は明らかでないものの、少なくとも双務有償契約に関する原則的な規律としては、無効の場合と同様のルールが認められると考えられる。このような解除の効果について、確認していこう。

(a) 双務有償契約における原則としての価額償還義務

（ア）規定の確認

まず、ここでも、解除の効果についての規定（545条）からみていくと、そこには、無効の場合と異なり、無償契約かどうかによる区別は設けられていない。同条については、従来から認められていた果実返還に関するルールが明文で設けられたことを除き、改正はされておらず、改正前と同様、双務有償契約と無償契約との区別がされることなく、「原状回復義務」を負う旨が規定されている（同条１項[19]）。

（イ）改正の際の議論の経緯

もっとも、債権法改正の議論の際には、審議の中間段階まで、解除について

も、無効と同様、両者を区別する提案がされていた。すなわち、中間試案では、解除の効果の箇所において、返還不能の場合について価額償還義務を認める規定を設け[20]、他方で、（無償契約の代表例である）贈与の箇所に、贈与の解除の場合には、現存利益の返還で足りる旨の規定（無効の場合に無償行為の効果として提案されていた規定に相当するといえる[21]）を設けることが提案されていた[22]。

その後の審議段階において、価額償還義務についての規定を設けないこととした経緯も無効と同様であり、無効の場合の規律と平仄を合わせるとして、価額償還義務についての規定の導入は見送られることになった[23]。しかし、そこでも、価額償還義務に関する規律は、545条１項の原状回復義務に関する規定によって示されていると説明されており[24]、価額償還義務についての規律を否定すべきだと考えられていたわけではなかった。

これに対し、贈与契約（無償契約）に関する規律については、その後の経緯は無効の場合と異なっている。中間試案で提案されていた贈与の効果に関する規定に対しては、贈与が解除された場合における返還義務を現存利益に限定するとの規定を無留保で一般的に置くことには疑問があるとされ、返還義務を限定する規定は設けられないこととなった。そこでは、そもそも、贈与において解除が行われ、その場合の返還義務の広狭が紛争となることは多くないとし、解釈に委ねれば足りるとされている[25]。

このような経緯を経て、解除については、原状回復についての原則規定（545条１項）が（改正前と同様）存在するのに対し、無償契約（贈与契約）についての例外規定は設けられないことになっている。

（ウ）改正議論を踏まえた現行法の解釈

以上のように、解除については、無効と異なり、規定のうえで、双務有償契約と無償契約とを区別する手がかりは存在せず、また、債権法改正の際の議論からも、議論の経緯からして両者の間で異なるルールが採用されている、ということまではできない[26]。

もっとも、双務有償契約の問題について考えれば、解除の場合にも、無効の場合と同様の規律が妥当すると考えられる。すなわち、債権法改正の際の議論の経緯にしたがえば、双務有償契約の解除については、原則として価額償還義

務が認められると考えられる。現行法のもとでも、121条の２と545条との関係にもかんがみ、双務有償契約の解除の場合、無効と同様に、原則として価額償還義務が認められるとの解釈が示されている。[27]

(b) 例外としての価額償還義務の免責

そのうえで、双務有償契約の場合であっても、価額償還義務の免責が認められる場面があるかという問題については、無効の場合と異なり、明文規定はなく、債権法改正の際も、無効の場合と比較して議論はほとんどなされていない（後述Ⅲ）。また、現行法のもとでの議論も決して多くはない。[28] 少なくとも相手方の責めに帰すべき事由による返還不能の場合には、価額償還義務を負わないことが一般に認められているものの、[29] それ以外の場面について、免責の問題をどのように考えるべきかについては、いまだ明らかではないといえる。

（３）原則としての双務的清算

以上のとおり、無効の場合と解除の場合とでは、無償契約に関する規律との関係や、免責の問題についての議論状況に相違はあるものの、双務有償契約についての原則的規律は共通しており、そこでは、原則として（免責が認められる場面にあたらない限り）、価額償還義務が認められているといえる。現行法のもとでは、双務有償契約の清算については、無効の場合においても解除の場合においても、原則として、双務的清算が実現されている。

このように、双務（有償）契約について双務的清算を実現するという規律は、Ⅱ以下で確認していくとおり、無効についても解除についても、おおむね従来の議論の展開を反映したものである。このような議論は、従来、明文の手がかりをもつものではなかったが、債権法改正によって、その一部について明文の手がかりが与えられ、以上のような規律が認められている。

３　双務有償契約における原状回復の不能についての問題

以上が、双務（有償）契約における原状回復の不能の問題について、現行法のもとで採用されていると考えられる規律の内容である。このような現行法のもとでは、何がどのように問題になるだろうか。

（１）双務的清算はなぜ認められなければならないのか

まず、上記のとおり、現行法のもとでは、双務有償契約については、原則と

して、価額償還義務を認めることにより、双務的清算が実現されている。それでは、なぜそのようにして原則として双務的清算が実現されなければならないのか（なぜ原則として価額償還義務が認められなければならないか）、その理論的な根拠をどのように考えるべきかが問題になる。

原則として双務的清算を実現するという規律は、前述のとおり（2（3））、おおむね従来の議論の成果を反映したものであるといえる。そこで、従来の学説においては、なぜ双務的清算を実現すべきであると考えられてきたかについて確認すれば、そのような規律は、主として、双務契約における「牽連性」（双務契約における給付と反対給付との関係についての考え方）によって基礎づけられていた（後述Ⅱ）。また、債権法改正の際にも、双務有償契約に関する提案内容は、「牽連性」によって基礎づけられていたとの整理が可能である（後述Ⅲ）。

しかし、従来の議論を仔細にみれば、「牽連性」のもとで論じられてきた問題は、必ずしも一つではなかったことがわかる。また、債権法改正の際、「牽連性」として取り上げられていた考え方の中には、「牽連性」に還元することのできないものも存在したということができる。この分野において、「牽連性」のもとで何がどのように考慮されていたかについては、必ずしも明らかではない状況にある。双務有償契約について双務的清算を実現するという原則的規律については、「牽連性」にかかわるこれらの議論を整理したうえで、あらためてその根拠を検討すべきではないかと考えられる。

（2）双務的清算はどの程度実現されるのか

他方で、原状回復が問題となる各場面において、結論として双務的清算がどの程度実現されるかということも問題となる。現行法の構造のもとでは、上記のとおり、原則的規律（価額償還義務を認め、双務的清算を実現する）に対する例外も認められていた。このような構造のもとでは、双務的清算がどの程度実現されるかは、例外としての免責がどの範囲で認められるかによって決まることになる。そして、免責の可否とその範囲については、解釈論上の問題として残されていた。

まず、無効の場面については、解釈上一定の範囲で免責が認められるとの有

力な考え方[30]にしたがう場合、免責の問題は、無効・取消原因ごとに、各無効・取消しを定めた規範の趣旨・目的に照らして検討されることになる[31]。

これに対し、解除の場面では、債務不履行解除が議論の中心となるが、その場合であっても、相手方の責めに帰すべき事由による返還不能の場合以外に免責が認められるかについて、どのような形で議論が行われるべきかはいまだ明らかではない。ここでは、（無効・解除ともに、「牽連性」を根拠として双務的清算を実現する方向で議論が進められてきたという全体的な流れは前提としつつ）解除について、改正前の議論の特徴を明らかにしたうえで、現行法の構造のもとで、免責についてどのように考えるべきかが示される必要がある。

（Ⅱ）本稿の検討課題と検討の方法

1　本稿の検討課題

以上のとおり、双務（有償）契約の原状回復の不能の問題については、原則として価額償還義務を認め、双務的清算が実現されることの根拠をどのように考えるか、例外としての免責の問題についてどのように考えるかが現行法下での問題として残されている。いずれの問題についても、従来の議論（全体としてみれば、主として「牽連性」を根拠として双務的清算を実現しようとしてきた議論）の意義と特徴を明らかにしたうえで、今後の方向性が示される必要がある。本稿では、このような問題意識から、これらの二つの問題について検討を行う[32]。

2　検討の方法・手順

以下では、無効、解除のそれぞれの場面について、債権法改正前の議論状況及び債権法改正の際の議論状況を紹介・分析する（Ⅱ及びⅢ）。そのような議論の分析を踏まえたうえで、現行法のもとでの二つの問題について検討を行う（Ⅳ）[33]。

Ⅱ　債権法改正前の議論状況

Ⅱでは、双務（有償）契約における原状回復の不能の問題について、無効と解除のそれぞれの場面における債権法改正前の議論状況を確認していく。Ⅰの

とおり、債権法改正の結果、双務有償契約については原則として双務的清算を実現する規律が採用されているといえるが、そのような規律は、無効についても解除についても、おおむね従来の議論の成果に対応している。

もっとも、無効と解除では、それぞれ、不当利得（703・704条）と解除の効果（545条以下）という異なる規定のもとで、（一定の共通性は意識されながらも）異なる議論が展開されてきた。双務的清算がどの程度実現されるかについての議論状況も、両者の間では異なっている。以下では、まず、この問題について関連する規定がどのようなものであり、どのような形で双務的清算に関する議論が行われていたかを確認したうえで（（Ⅰ））、双務的清算を基礎づけていた考え方について、無効と解除の場面における議論の展開をみていくこととする（（Ⅱ））。

（Ⅰ）関連規定と議論の構造

まずは、無効と解除について、関連規定と議論の構造を確認していこう。

１　無効の場合

無効の効果として、双務（有償）契約については双務的清算を実現しようとする議論は、債権法改正前の規定のもとで、不当利得の分野における類型論の立場からなされてきた。

（１）無効の効果についての規定と不当利得の一般規定（703・704条）

まず、改正前の規定を確認しておくと、無効（・取消し）の効果に関する規定としては、制限行為能力者の返還義務が現存利益に限られること（改正前民法121条ただし書）、不法原因給付については原則として返還請求が認められないこと（708条）を定めた規定があったものの、無効の効果一般についての規定は存在しなかった。

このような法状況のもとで、無効な契約にもとづく給付がされた場合には、既履行給付の返還については一般不当利得法が問題となる。そこに、不当利得の効果に関する一般規定（703・704条）がそのまま妥当するとすれば、給付を受けた者の主観的態様によって返還の範囲が異なることになる。

（２）類型論の展開

これに対し、不当利得の分野においては、類型論が主張され、そこでは、法

律上の原因が不存在であるとされる理由（利得の保持を正当化する根拠）にしたがって、利得の返還が問題となる場面を類型化し、各類型におけるその根拠に応じた要件・効果を認めなければならないと考えられるようになる。それによれば、効果についても、必ずしも不当利得の一般規定（703・704条）が妥当するとは限らない。このような類型論の考え方は、学説上は通説的な地位を占めるようになる。[34]

（３）類型論と双務的清算

そして、類型論のもとでは、無効の効果は、給付利得の問題として議論され、双務契約の無効の場面については次のような議論が展開されていた。[35]

それによれば、まず、契約の清算の場面に不当利得の一般規定を適用するとすれば、その給付の受領者が善意である限り、現存利益を返還すれば足り（703条）、給付された物が滅失等した場合には、利得返還の義務を免れ、一方的な清算が許されることになる。しかし、そのような帰結（効果）は、双務契約にもとづく給付が契約の無効を理由として巻き戻されるという、双務契約の清算に適合的なルールではなく、その効果は、双務的清算を実現するものでなければならない。具体的には、原則として、返還が不能である給付についての利得消滅（703条）を認めず、価額償還が必要であるとすること、あるいはその相手方の受けた利益（反対給付）について、反対給付の返還請求を認めないとすることが提唱されていた。（そのうえで、詐欺の被害者等、双務的清算の例外が認められるべき場面があるかについても議論がされていた。[36]）

不当利得の分野では、学説上、類型論が通説となり、双務契約の清算についても、以上のような考え方が通説的な地位を形成していく。そして、このような双務的清算を理論的に基礎づける根拠として、主として、「牽連性」が挙げられていた（後述（Ⅱ））。

２　解除の場合

これに対し、解除については、債権法改正前から、解除の効果に関する規定が存在し（改正前民法545条）、当事者が原状回復義務を負うという一般的な効果が定められていた（同条１項）。しかし、原状回復の具体的内容については、利息返還（同条２項）を除いて定めはなく、545条の解釈に委ねられていた。

他方で、解除権者のもとでの物の返還不能等の場合については、解除権消滅に関する規定（改正前民法548条）が存在していた。この規定は、原状回復の不能の場面のうち、解除権者のもとでの（解除権行使前の）返還不能等という重要な場面を規律しており、さらに、解除権の消滅・存続だけではなく、原状回復の不能についての危険の分配についても定めていると解することも可能な規定であった。

このように、解除の場面においては、解除権の帰趨（解除が認められるかどうか）のレベルと、解除が認められた場合における原状回復関係のレベルのそれぞれについて規定が存在する一方、改正前民法548条にどこまでのことが定められているとみるかについても解釈の余地があり、議論が複層的なものとなっていた。

（１）改正前民法548条の意義

それでは、まず、改正前民法548条の規定の意義について、立法趣旨と規定の沿革を手がかりとしてみていこう[37]。

(a) 規定の内容

改正前民法548条には、解除権者の「行為若しくは過失」によって物を返還することができなくなったとき等には、解除権が消滅するのに対し（同条１項）、「行為又は過失」によらない滅失等の場合には、解除権は消滅しないこと、すなわち解除が認められるということが定められていた（同条２項）。

548条については、債権法改正によって、規定のあり方が整序されるとともに、「解除権を有すること」についての解除権者の主観的要件が追加されており（現行民法548条ただし書）、現在では、その適用範囲は限定的なものとされている。これに対し、改正前には、現在のただし書に相当する内容はなく、この規定はより広い適用範囲を有していた。

(b) 立法趣旨と規定の沿革

このように、548条には、まずは、解除権者のもとでの物の返還不能等の場面において、どのような場合に解除が認められるかが定められている。しかし、規定の立法趣旨と沿革に遡れば、そこでは、そのような解除権の帰趨にとどまらない問題が扱われていた。

（ア）立法趣旨

まず、明治民法の起草者らは、解除権消滅を定める１項の趣旨については、そこに規定された原因による返還不能等の場合には、解除権が放棄されたとみなすことができるということ、また、そのような場合に解除を認めることは相手方にとって不利益であるということから説明していた[38]。

これに対し、２項については、当事者のいずれがその損失を負担すべきかを規定したものであり、危険問題に属しているとしたうえで、「行為又は過失」によらない滅失等の場合には、相手方がその損失を負担するものとして、解除権を消滅させないとしたものである、とする[39]。ここで、１項に重ねて２項を規定したのは、「目的物の返還ができなくなっているのであるから、滅失についての代償を払わなければならない」、あるいは、「原状に復することができないのであるから解除はできない」といった疑いが起こらないようにするためであるとされている[40]。

（イ）規定の沿革

他方で、この規定の淵源は、ローマ法上の解除訴権（actio redhibitoria（瑕疵担保解除））に関するルールに求められる[41]。そこでは、解除権者である買主のもとでの返還不能について、目的物を返還することができないにもかかわらず、買主が契約を解除して代金の返還を受けることができるのはどのような場合かという問題が扱われていた。そのような解除が認められる場合には、原状回復の不能の危険（滅失の危険）は売主が負担することになる[42]。

その意味で、ここでも、原状回復の危険をどちらの当事者が負うべきかという問題が扱われている。

(c)　立法趣旨と規定の沿革にしたがう場合の帰結

以上のような立法趣旨と規定の沿革にしたがうのであれば、改正前民法548条においても、解除権の消滅・存続だけが扱われているのではなく、原状回復の不能の危険の分配基準（売買でいえば売主が危険を負担するのはどのような場合か）が問題となっており、そこには、目的物を返還せずに（その価額の償還等の義務も負わずに）解除をすることができるのはどのような場合かということが定められているということになる。それによれば、「行為又は過失によ

ら」ない滅失等の場合（同条２項）には、買主は、（価額償還等の負担も負わずに）契約を解除することが認められている。すなわち、その場合、買主は一方的に代金の返還を受けることができ、売主が危険を負担することになる。

ここでは、解除（解除権の存続）が認められたうえで、買主が価額償還義務を負う（あるいは反対給付の返還請求が認められない）ということは予定されていない。解除が認められる場合には（２項）、一方的清算が許されており、双務的清算は実現されないということになる。[43]

（２）その後の議論状況

もっとも、民法典制定後のその後の議論をみると、必ずしも、548条には、（解除権者のもとでの）原状回復の不能について危険分配の基準が定められていることを前提とした議論がされてきたわけではない。むしろ、原状回復の不能の危険をどちらの当事者が負うべきかについては、548条における「行為」・「過失」の解釈の問題ではなく、545条の解釈上、どのような場合に価額償還義務を認めるか（価額償還義務が認められる要件）という問題（解除の効果としての原状回復関係のレベルの問題）をめぐって議論がされてきた。[44]

(a) 改正前民法548条の解釈について

まず、解除権が消滅せず、解除が認められるのはどのような場合かについては、548条の解釈によることになるが、同条の「行為」・「過失」については、次第に、目的物の滅失等についての「故意」または「過失」と解されるようになっていった（通説）。[45]

(b) 改正前民法545条の解釈について――価額償還義務が認められる要件

他方で、解除がされた場合において（解除権者のもとでの滅失等について「行為若しくは過失」（通説によれば、目的物の滅失等についての故意・過失）が認められず、解除が認められる場面（548条２項）も含む）、原物返還が不能であるとき、どのような要件のもとで価額償還義務が認められるかについても議論がされていた。そこでは、目的物の滅失等に対する「責めに帰すべき事由」がある場合にのみ価額償還義務を認めるという考え方[46]と、原則として価額償還義務を認めるという考え方[47]とが対立していた。少なくとも20世紀中ごろにおいて通説的な立場であったのは、前者の見解であった。

(c) 原状回復の不能の危険をどちらの当事者が負うか（双務的清算は実現されるか）

このように、原状回復の危険をどちらの当事者が負うべきかについては、545条の解釈のレベル（価額償還義務の要件をどのように考えるか）で見解が対立していた。そして、目的物の滅失等について責めに帰すべき事由がある場合にのみ価額償還義務を認めるという考え方によれば、そのような事由がない限りは、一方的清算が認められるのに対し、原則として価額償還義務を認めるという考え方による場合には、双方に給付（価値）の返還が行われるのであるから、双務契約については、結果として双務的清算が行われることになる。

もっとも、この段階においては、後者の見解においても、原則として価額償還義務が認められることは「原状回復」が必要であるという原理的な理由から導かれており[48]、契約の双務性に着目されていたわけではなかった。そこでは、あくまで問題となった契約が双務契約である場合に、結果として双務的清算が実現されていたにすぎない。

（3）双務的清算の実現へ

以上に対し、1950年代以降、双務契約の解除については、契約の双務性を反映し、双務的清算が実現されなければならないとの議論がされるようになる。その法律構成としては、原状回復が不能である場合には、返還が不能である当事者に価額償還義務を認めること、あるいは、その相手方に対する反対給付の返還請求権を認めないとすること等が提唱されていた。それらを基礎づける理論的な根拠としては、主として「牽連性」が挙げられていた（後述（Ⅱ））。

但し、解除の場面では、548条の存在もあり、その後も、双務的清算を実現しようとする考え方が異論なく受け入れられたというわけではない[49]。日本民法548条の沿革、あるいは、同条と共通の議論枠組みを有する外国法の検討も踏まえ、少なくとも、解除権者である買主のもとでの返還不能の場合、売主負担が妥当である場面が認められるという考え方はその後も示されていた[50]。

しかし、類型論の議論の影響もあり、双務的清算を実現しようとする考え方が次第に支持されるようになる。少なくとも債権法改正前の時期には、このような考え方が解除の場面でももっとも有力な考え方になっていたといえる[51]。

（Ⅱ）双務的清算を基礎づける考え方

以上のとおり、無効と解除における原状回復の不能の問題については、それぞれの規定のもとで異なる議論が展開されていたものの、いずれも、双務的清算を実現する方向で進んできた。そして、双務的清算を根拠づける考え方として、主として「牽連性」を挙げることができる点も共通している。

他方で、Ⅰでも示したとおり、無効と解除の場面において、そのような「牽連性」のもとで論じられてきた問題は必ずしも一つではなかった。また、以下でみていくとおり、牽連性とは異なる観点から、双務的清算を基礎づける考え方も示されていたということができる。

ここでは、無効と解除の場面において、双務的清算（双方返還[52]）を根拠づけていた見解を基本的に学説史としての時系列にしたがって順に取り上げ、Ⅰで示した問題意識から、それらの内容や相互関係について分析を行う。議論の主要な流れをあらかじめ確認しておくと、まず、解除の場面において、「牽連性」を根拠とする見解が主張され（以下１）、類型論の発展により、無効の場面でも「牽連性」を根拠とする議論が展開される（以下２）。そして、このような無効の場面における議論は、解除における議論にも影響を及ぼすことになる（以下３）。他方で、無効については、牽連性とは異なる観点も示されていた（以下４）。

１　解除についての見解①――２つの「牽連性」

それでは、最初に、解除における見解からみていこう。「牽連性」を根拠として双務的清算を実現するという考え方は、まずは、解除の分野において提唱された。その考え方は、解除の法的構成に関する議論の中で、原契約変容説の代表的論者である山中康雄（日本における同説の提唱者）によって示されている[53]。原契約変容説とは、解除の法的構成について、契約関係が爾後同一性をたもちつつ、原状回復の債権関係に変形するという考え方である[54]。

（１）原契約変容説の内容

原状回復の不能の問題に関する山中の見解を取り上げる前提として、まず、解除の法的構成論としての原契約変容説の考え方を（この問題との関係で必要な限りで[55]）確認しておこう。そこでは、原状回復関係の発生根拠をどのように

理解するかということと、原状回復関係における具体的問題をどのように処理すべきかということが論じられている。

(a)「原状回復の債権関係」の発生根拠

まず、山中は、（解除の効果についての規定（545条１項）のもとで、現存利益返還ではなく、「原状回復の債権関係」（具体的には、受領の時からの利息返還、生じた果実（又は果実の価額）の返還、給付された物の返還不能の場合における価額償還等[56]）が認められるということを前提としたうえで[57]）解除の法的構成はこのような原状回復の債権関係〔すなわち、全部返還〕の発生する根拠を明らかにするものでなければならないとする[58]。

そのような立場を前提とし、当時通説であった直接効果説（解除の効果を契約の遡及的消滅とする）に対しては、不当利得返還〔現存利益返還〕の債権関係の発生を根拠づけることはできても、原状回復〔全部返還〕の債権関係の発生を根拠づけることはできないはずである、とする[59]。そして、契約関係が爾後同一性をたもちつつ、原状回復の債権関係に変形するとの立場から[60]、原状回復の発生根拠について、次のような説明がされている。

(ア)履行期前の状態への回復と原契約の変容

まず、そこでは、原状回復概念について、通説とは異なる理解が示されている。解除の効果としての原状回復とは、通説のいうように、契約が締結されなければあったであろう状態（「契約があたかもはじめからまったく締結せられなかったと同一の原状」）の回復ではなく、契約が履行される前の状態（「はじめからまったく履行しなかったのとおなじ状態」）の実現である[61]。

そして、そのように契約の履行前の状態が回復されることは、法律構成の面からは、解除によって契約債権関係が同一性を保ちつつ、その意味での原状回復の債権関係に変形する（契約債権関係は消滅するのでもなく、またそのままの形で残るものでもない）と解することによって根拠づけられている[62]。

(イ)解除の制度趣旨――牽連性

そのうえで、なぜ、そのような原状回復（履行期前の状態への回復）の債権関係が発生しなければならないかについての根拠（実質的な根拠）が問題とされており、解除の制度趣旨に遡った検討がされている。そこでは、双務有償契

約についての解除は、債務不履行の場面における契約上の牽連性の現れ（牽連性にもとづく制度）であるとの見方が前提とされている。[63]

それによれば、解除とは、双方的債権関係における給付間の等価的均衡実現の志向が、債務不履行上の関係においてあらわれたものである。このように、一給付につき履行がされないために解除がされる以上は、履行されていた給付についても、はじめから履行がなされなかったのと同じ状態（履行がされる以前の原状）に回復させるのでなければ、両給付間の等価的均衡が保てないというところに、原状回復債権関係の発生根拠が求められている。[64]

このように、原状回復債権関係は、契約上の本来的給付に関する牽連性（契約上の給付の一方が履行されない以上、他方も履行されない）という解除の制度趣旨によって、その発生が実質的に基礎づけられている。

(b)（発生した）原状回復債権関係における具体的問題の処理

次に、（発生した）原状回復債権関係に具体的問題が生じた際には、どのようにして処理すべきかということが問題となるが、この点については、次のように、原契約変容という考え方から原状回復債権関係の性格を規定することによって、契約法理による解決を行うという方向性が示されている。

（ア）原契約の同一性を保っての延長（給付間の牽連関係の維持）

原契約変容説によれば、原状回復義務は、不当利得返還義務（契約上の債務とは別の義務）ではなく、原契約の変形、延長であり、原状回復債権関係は、原契約の債権関係の同一性を保った延長である。原状回復債権関係は、双務有償契約としての性格を維持しており、原契約上の給付間の対価的牽連関係は、原状回復債権関係においても維持されている。[65]

（イ）契約法理が妥当すべきこと

このような原状回復債権関係の性格からすれば、[66]そこには、双務有償契約規範（契約法理）が妥当する。たとえば、原状回復債権関係において一方の履行がされないような場合には、原契約関係と同様、同時履行の抗弁が妥当する（533条）。[67]

もっとも、原契約債権関係と原状回復債権関係との間には発展の方向が正反対であるという相違がある。したがって、契約法理が無条件にそのまま妥当す

るかは具体的に検討されなければならないとされる。[68]

（２）原状回復の不能の場面における価額償還義務

以上のように、原契約変容説においては、原状回復債権関係の発生根拠のレベルと、（発生した）原状回復債権関係のレベルの議論がされている。そして、原状回復の不能の場面における価額償還義務は、これら両者のレベルの議論に現れている。

(a) 原状回復（価額償還義務を含む）の債権関係の発生根拠
——解除の制度趣旨としての牽連性

まず、上記のとおり、原契約変容説の立場から原状回復債権関係の発生根拠を問う際、そこでの「原状回復」の具体的内容には、原状回復の不能の場合における価額償還義務が含まれることが前提となっていた（（１）(a)）。（「原状回復」は現存利益返還と対比されていたのであるから）ここでは、原状回復の内容として、原状回復が不能である場合、原則として価額償還がされなければならないということまでが含まれていたといえる。そして、（価額償還義務を含む）原状回復債権関係の実質的な発生根拠は、上記のとおり、解除の制度趣旨に求められていた（（１）(a)（イ））。

これによれば、（原状回復義務の一部としての）価額償還義務が原則として認められるべきことは、まずは、原状回復債権関係の発生根拠のレベルで現れていたことがわかる。

(b) 原状回復債権関係における具体的問題としての原状回復の不能
——債務者危険負担ルールとしての牽連性？

(ア)契約法理（債務者危険負担ルールとしての牽連性）

他方で、原状回復の不能とは、原状回復債務の履行不能であり、原状回復債権関係における具体的な問題でもある。[69] したがって、ここでも、まずは、契約法理の適用が問題となることになる（（１）(b)（イ））。一方の債務の履行が不能である場面に対応する契約法理とは、主として危険負担法制であり、それによれば、原状回復の不能の場面には、債務者危険負担の原則を定めた改正前民法536条第１項が妥当することが考えられる。[70]

もっとも、原状回復の不能の問題については、以下でみていくとおり、同時

履行の抗弁（533条）等の例（（１）（b）（イ））と異なり、契約法理（536条）の適用（類推適用）によって直截に結論が導かれているわけではない。

（イ）具体的な法律効果（法律構成）の修正

――解除の制度趣旨としての牽連性

まず、ここでも、原状回復債権関係と原契約債権関係との違いが問題となり、両者の発展の方向が正反対であること（（１）（b）（イ）第２段落参照）が指摘されている。原状回復債権関係とは、原契約債権関係における債務不履行に対し、解除がされることで、消極方式〔の牽連性[71]〕（以下、「消極的牽連性」とする）――いずれも履行されないということ――が認められた結果である。その部分に対しさらに消極方式を適用するということは、容易なことでは肯定すべきではない[72]、とされる。

すなわち、原状回復債権関係における履行不能に対し、改正前民法536条[73]をそのまま適用すると、双方の給付返還義務が履行されないという解決（反対給付返還請求権の喪失）となる。しかし、上記のとおり、解除とは、原契約関係に対する債務不履行を消極的牽連性によって解決しようとするものであり、一給付について履行がされない以上、双方の給付について、履行がされないのと同じ状態を回復するということがその効果とされている。このような原状回復債権関係の特質（原契約債権関係と正反対の発展方向）を考慮すれば、原状回復債権関係には、積極的牽連性――双方が履行されるということ――が妥当すべきである。それによれば、反対給付返還請求権の喪失を導く法律構成（改正前民法536条）ではなく、価額償還義務を認める法律構成[74]が採用されなければならない[75]。

このように、この場面で問題となる契約法理である危険負担法理（改正前民法536条）に対しては、まず、その具体的法律効果（法律構成）が解除の制度趣旨によって修正されている。このような解除の制度趣旨は、原状回復債権関係の発生根拠のレベルで論じられていた問題（（１）（a）（イ）、（２）（a））でもある。

（ウ）原状回復義務者危険負担の帰結の正当化
――解除の制度趣旨としての牽連性

さらに、原状回復債権関係に牽連性が妥当し、債務者（原状回復義務者）が危険を負担する（原則として、原状回復義務者が価額償還義務を負う）という帰結の正当性についても、解除の制度趣旨によって基礎づけられている。

それによれば、（滅失等について、たとえ当事者の責めに帰すべき事由がないとしても）「当事者の責に帰すべからざる事由による返還不能だから原状回復義務者は返還義務を免れると解すべきではな」い。「一給付につき原契約債権関係においてはじめからまったく履行がなされていない以上、すでに履行された反対給付についてもその原物返還が、たとえ当事者の責に帰すべからざる事由によって、不能であろうとも、これまたはじめからまったく履行がなされていなかったとおなじ状態（原状）に回復させるのでなければ、両給付のあいだの対価的均衡が失われる」とされている。(76)

このように、原状回復義務者危険負担という帰結の正当性についても、契約法理（改正前民法536条）だけではなく、解除の制度趣旨によって基礎づけられている。

（3）解除の制度趣旨としての牽連性と債務者危険負担ルールとしての牽連性

以上のように、原状回復の不能については、原状回復債権関係における具体的問題として、まずは、その場面に対応する契約法理（改正前民法536条）が問題となる。しかし、そこでの具体的な法律効果（法律構成）は、解除の制度趣旨としての牽連性によって修正されており、原状回復義務者危険負担という帰結も、解除の制度趣旨としての牽連性から正当化されていた。

このように、原状回復の不能の問題に対し、ここでは、解除という清算原因に特有の考慮がされており、原則として双務的清算（双方返還）が認められることは、債務者危険負担ルールとしての牽連性（原状回復債権関係に妥当しうる契約法理）と、解除の制度趣旨としての牽連性（原状回復債権関係の発生根拠としての等価的均衡の実現）とによって基礎づけられていた。

＊　本研究は、JSPS 科研費 JP23K12393の助成を受けたものである。

（１） 本稿は、2024年９月26日に最高裁判所司法研修所教官セミナーにおいて行った講演の報告原稿をもとにし、その後、加筆修正を行ったものである。当日は、司法研修所教官の方々から、貴重なご教示とご示唆を賜りました。この場をお借りし、御礼申し上げます。

（２） 冒頭のとおり、このような双務的清算については、給付された物の原物の返還不能の場面だけではなく、果実等の返還に関しても問題となる。たとえば、買主が果実を収取しておらず、果実が現存しない（その果実のもたらす利益も現存しない）場面において、買主は、果実の価額を返還せずに、利息の返還を受けることができるか等が問題となる（後述Ｖも参照）。

（３） たとえば、本田純一①「民法548条の系譜的考察（上）（下）――解除に基づく清算義務の重畳的性格」判例タイムズ556号16頁、557号34頁（1985年）（（上）16頁以下、（下）45頁以下を参照）、②「無効な双務契約の清算と不当利得（上）」判例タイムズ558号（1985年）19頁以下（これらの論稿では、清算の場面における「双務性」の「維持」、「確保」、「貫徹」といった表現のもとで、積極的な解決と消極的な解決の双方が取り上げられている）等。

（４） 本稿では、「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）による改正前の民法を「改正前民法」とする。但し、同改正前のものであっても、改正内容や文脈によって、区別の必要がない場合には条数のみで表記する。

（５） 現行法のもとでの548条の位置づけについては、Ⅲで後述する。

（６） 「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）による改正（注（４）も参照）。

（７） なお、第２項では、法文上、「無償行為」が選択されているのであるから、現行法のもとでは、無償行為かそれ以外の法律行為かということが区別の基準となる。現行法のもとでは、契約については、無償契約か有償契約かという分類が正確であることになる。

もっとも、従来の議論では、双務契約か片務契約かという分類が用いられることが比較的多かったといえる。また、債権法改正の際の議論においても、たとえば、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（平成25年７月４日補訂）」（以下、「中間試案」とする。注（９）も参照）において、（双務契約か片務契約かではなく）「有償契約」か「有償契約以外の法律行為」かという分類の基準が選択されてはいたものの（同第５の２（２）、（３））、「基本的には、当事者が互いに双務的な債務を負担する場合、つまり双務契約を念頭に置きつつ、有償契約においても同様の問題が生じ得る」として、「双務契約又は有償契約」についての規律を設けるものである（そのうえで、双務契約は常に有償契約となることから、単に「有償契約」とする）と説明されていた（「民法（債権関係）の改正に関する

中間試案の補足説明（平成25年７月４日補訂）」（以下、「中間試案の補足説明」とする。注（９）も参照）55頁）。

そこで、本稿では、現行民法121条の２を前提とした議論をすべき場合においても、従来の議論とのつながりを明らかにするため、単に「有償契約」とするのではなく、「双務有償契約」とすることとする。

（８）　潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017年）30頁、磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」Law & Practice12号（2018年）17頁以下等。同条第１項の適用範囲について、伊藤栄寿「無効・取消しの効果」森田宏樹監修『ケースで考える債権法改正』（有斐閣、2022年）36頁以下も参照。

（９）　以下で引用する部会資料、会議議事録等の資料（注（７）で挙げた「中間試案」、「中間試案の補足説明」も同様）は、法制審議会民法（債権関係）部会におけるものである。これらの資料については、法務省のウェブサイト（https://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html（2024年12月26日最終アクセス）を参照。

（10）　注（７）を参照。

（11）　前掲注（７）中間試案第５の２（１）。

（12）　前掲注（７）中間試案第５の２（３）（但し、無効であること等を知った時点における現存利益）。

（13）　「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（１）」第３の１（１）（「部会資料66A」35頁）。

（14）　「部会資料66A」36頁。

（15）　「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（１）」第３の１（４）（「部会資料66A」35頁）。

（16）　「部会資料66A」36頁。

（17）　2016年改正後の消費者契約法６条の２も参照。

（18）　潮見佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得（その１）、（その２）」法学教室455号94頁、456号92頁（2018年）（（その２）92頁（そこで挙げられている「第２の立場」に対する評価）を参照）、磯村・前掲注（８）19頁、橋本佳幸ほか『民法Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為〔第２版〕』（有斐閣、2020年）51頁〔大久保邦彦〕、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」同『契約法の現代化Ⅲ――債権法改正へ』（商事法務、2022年、初出2017年）418頁以下等。

他方で、この点については、価額償還義務の免責を認めるのではなく、詐欺・強迫の被害者等を念頭におき、不法行為にもとづく損害賠償の問題とすべきであるとの立場も有力に主張されてきた（債権法改正前のものとして、藤原正則①『不当利得法』（信山社、2002年）171頁以下等。現行法のもとでの見解として、

森田監修・前掲注（８）43頁以下〔伊藤〕、②『不当利得法〔全訂第２版〕』（信山社、2024年）181頁以下等）。

(19)　なお、解除の効果を問題とするためには、解除権が認められることが前提となるが、548条の現行法のもとでの意味については、後述Ⅲを参照。

(20)　前掲注（７）中間試案第11の３（４）。

(21)　但し、返還範囲が現存利益に限定されるための要件（善意であることを要するかどうか）や、どの時点での現存利益かについては、両者の間で異なっていた。

(22)　前掲注（７）中間試案第36の３。

(23)　「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（３）」第３の３（「部会資料68A」29頁）、「部会資料68A」31頁。

(24)　第78回会議議事録47頁〔金洪周関係官〕。

(25)　「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（９）第４（「部会資料75A」34頁）、「部会資料75A」35頁。なお、この資料が審議された第84回会議では、この点について特段の意見は示されなかった。

(26)　なお、このことは、もちろん、現行法のもとで、そのように返還範囲を違える解釈が認められないということを意味するわけではない。本文（イ）のとおり、贈与の解除の効果については解釈に委ねられている。

(27)　藤岡康宏ほか『有斐閣Ｓシリーズ民法Ⅳ債権各論〔第５版〕』（有斐閣、2023年）61頁〔磯村保〕（121条の２との関係から、有償契約の場合、まず、解除後の滅失等の場面について価額償還義務を免れないとの結論を導き、その立場からすれば、解除前の滅失等の場面についても、価額償還義務を認めることが自然であるとされる）、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）601頁以下（無効について、有償契約においては価額償還義務を免れないこととした立案担当者の理解（注(16)を参照）が、解除の場面でも引用されており、有償契約と無償契約との区別が前提とされていると考えられる）等。

　また、立案担当者は、新設された121条の２第１項について、無効の効果の場面に703・704条がそのまま適用されることとしなかった（原則として利得消滅を認めず、原状回復義務を定めた）理由として、「一つの契約から生じた結果の清算であることからすれば、有効な契約を解除した場合と同様に、当事者双方の義務が相互に関連するものとして処理をするのが合理的である」としている（筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）35頁）。このことは、（121条の２のように有償契約についての明文の手がかりのない）解除において、双務有償契約の場合、双務的清算がなされることが前提とされていたことを示しているといえる。

(28)　現行法のもとで、売買目的物の契約不適合を理由とする解除の場合において、

買主が価額償還義務を負わない場面について検討するものとしては、野中貴弘「契約適合性への買主の信頼――契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日本法学83巻１号（2017年）55頁、北居功「買主の正当な認容拒絶――商法第527条の沿革および比較考察を契機に」法學研究91巻２号（2018年）173頁等。

(29)　中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021年）232頁等。最判昭和51年２月13日民集30巻１号１頁も参照。なお、本文（(１)(b)）では挙げなかったが、このような相手方の責めに帰すべき事由による返還不能は、無効の場合においても、従来から免責が認められると考えられてきた場面にあたる。

(30)　議論状況について、注(18)を参照。

(31)　潮見・前掲注(18)(その２）92頁等。

(32)　本稿の筆者は、解除の場合における原状回復の不能の問題について、別稿で検討を行っているが（中村瑞穂「契約の解除と原状回復の不能（１）～（６・完)」法学論叢185巻５号111頁、186巻１号63頁、186巻２号94頁、187巻１号43頁、187巻３号46頁、187巻６号63頁（2019年～2020年))、そこでは、比較法的な検討に重点を置いていた（そこでの比較の対象とした日本法については、主として現在の議論状況を前提としていた)。これに対し、本稿では、本文で示した問題意識から、無効と解除について、従来からの議論の展開（とりわけ「牽連性」に関する議論）を中心的に取り上げて検討を行う。そのような検討のうえで、本文の二つの問題について、前稿で示した内容も踏まえて今後の展望を示すことを目的としている。

(33)　なお、無効と解除との議論状況の違いから（(Ⅰ）３（２))、免責の問題については、Ⅳでは債務不履行解除に検討対象を限定する。

(34)　類型論については、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（８）〔第２版〕』（有斐閣、2024年）89頁以下〔藤原正則〕、藤原・前掲注(18)②16頁以下、27頁以下等を参照。

(35)　議論の経緯については、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（８)』（有斐閣、2017年）88頁以下、117頁以下〔藤原正則〕、藤原・前掲注(18)②131頁以下、174頁以下等を参照。

(36)　この点についての議論状況は、藤原・前掲注(18)②179頁以下等を参照。

(37)　改正前民法548条

１項　解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。

２項　契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は、消滅しない。

(38)　法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書３法典調査会民法議事速記録三』（商事法務、1984年）826頁以下〔穂積陳重〕、廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）523頁以下。さらに、起草者の一人は、このような場合であっても、解除は認めたうえで、損害賠償責任を負わせるという解決も可能ではあるが、損害賠償には不確実性という問題が認められるとして、解除権が失わせられているともしている（梅謙次郎『民法要義巻之三債権編〔訂正増補33版〕』（有斐閣、1912年、復刻版1984年）460頁）。

(39)　法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(38)827頁〔穂積〕、廣中・前掲注(38)524頁。

(40)　法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(38)827頁以下〔穂積〕。廣中・前掲注(38)524頁も参照。

(41)　本田・前掲注(３)①（下）34頁以下等。

(42)　本田純一「給付利得と解除規定（１）～（３）」成城法学１号293頁、４号75頁、６号71頁（1978年～1980年）（（１）298頁以下）等。

(43)　もちろん、「行為若しくは過失」（改正前民法548条１項）の意味にも解釈の余地があり、その内容が広く解されるほど、解除（解除権の存続）が認められる範囲も狭くなるが、文言上の制約もあり、双務的清算が実現されない部分は残ることになる。

(44)　このような指摘は、本田・前掲注(３)①（上）18頁以下、①（下）42頁以下を参照。

(45)　鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店、1924年）250頁以下、我妻栄『債権各論上巻（民法講義Ⅴ１）』（岩波書店、1954年）206頁、柚木馨『債権各論（契約総論）』（青林書院、1956年）329頁、末川博『契約法上（総論）』（岩波書店、1958年）178頁等。但し、民法典制定直後あるいは債権法改正前の時期には、これとは異なる考え方が有力に主張されていた（Ⅲで後述する）。

(46)　我妻・前掲注(45)195頁以下、柚木・前掲注(45)307頁等。

(47)　鳩山・前掲注(45)235頁以下、末川・前掲注(45)167頁等。

(48)　鳩山・前掲注(45)235頁以下、末川・前掲注(45)167頁等。

(49)　基本的には牽連性を根拠として双務的清算を支持するという立場からも、この問題は指摘されている（好美清光「契約の解除の効力――とりわけ双務契約を中心として」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第２巻現代契約の法理（２）』（有斐閣、1984年）182頁以下）。

(50)　花本広志「『目的物の返還不能と解除権の帰趨』に関する覚書」獨協法学41号（1995年）295頁以下、新田孝二「契約解除における原状回復義務に基く責任の範囲」同『危険負担と危険配分』（信山社、1998年、初出同年）237頁以下等。

(51)　谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（４）〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）891頁以下〔山下末人〕等を参照。

(52)　Ⅱで取り上げる双務的清算に関する議論は、双方返還（価額償還義務を認める構成）を前提とするものだけではないが、価額償還義務構成を採用し、双方返還という形で双務的清算を実現しようとする見解（Ⅰ（Ⅰ）１（３）(b)）が有力になっていく。

(53)　山中康雄①「解除論（１）～（３・完)」法学志林48巻２号２頁、48巻３号30頁、49巻２号43頁（1950年～1951年)、②「解除の効果」同『総合判例研究叢書民法（10)』（有斐閣、1958年）137頁)。

(54)　山中・前掲注(53)①（１）15頁。山中・前掲注(53)②152頁等も参照。

(55)　原契約変容説においては、もちろん、履行利益賠償、物権変動の問題も扱われているが、これらの問題は本稿では取り上げない。

(56)　山中・前掲注(53)①（１）14頁以下。

(57)　山中・前掲注(53)①（１）４頁。

(58)　山中・前掲注(53)①（１）５頁等。

(59)　山中・前掲注(53)①（１）11頁、15頁以下。山中・前掲注(53)②147頁以下、150頁。

(60)　山中・前掲注(53)①（１）15頁。

(61)　山中・前掲注(53)①（１）21頁。

(62)　山中・前掲注(53)①（１）21頁以下。

(63)　解除は、成立上の牽連関係、存続上の牽連関係、履行上の牽連関係とともに、債務不履行上の牽連関係と位置付けられている（山中・前掲注(53)①（２）49頁)。この点については、山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ（契約総論)』（有斐閣、1962年）62頁以下も参照。

(64)　山中・前掲注(53)①（２）47頁以下、山中・前掲注(53)②153頁。

(65)　山中・前掲注(53)②154頁、193頁、山中・前掲注(53)①（２）54頁。

(66)　また、このことから、たとえば原契約が商事性を有するような場合は、原状回復債務にも商事債務性が認められるとされる（山中・前掲注(53)②155頁)。

(67)　山中・前掲注(53)②154頁、193頁以下、202頁以下。山中・前掲注(53)①では、原状回復の債権関係自体が双方的債権関係であるともされている（山中・前掲注(53)①（２）53頁以下)。

(68)　山中・前掲注(53)①（２）54頁、①（３）44頁以下（山中・前掲注(53)②202頁以下でも、具体的場面において、同様の考慮がされている)。

(69)　解除権者のもとでの原状回復の不能については、解除権が消滅し、解除が認め

られない場合には、原状回復関係の問題とはならないため、解除が認められるか（改正前民法548条の要件をどのように理解するか）ということが先決問題となる（Ⅱ（Ⅰ）を参照）。ここでは、解除権者の「責めに帰すべき事由」による返還不能等の場合には、解除が認められないが（改正前民法548条１項（金銭賠償は原物返還に比べて原状回復の理想に遠いことから、「有責性」を根拠として解除権が排除されるとする（山中康雄『契約総論〔再版〕』（弘文堂、1950年）232頁））、そのような有責事由によらない滅失等の場合には解除は認められる（同条２項）との立場が前提とされている（山中・前掲注(53)①（３）46頁以下）。

(70)　山中・前掲注(53)①（３）49頁。山中・前掲注(53)②203頁も参照。

なお、解除前の滅失等については、危険負担法理――債権関係の存在を前提として、その履行不能の問題を扱う――の適用（類推適用）の前提として、まずは原状回復債権関係の発生が認められるかどうかが問題となる。ここでも、その問題が検討されており、解除権者有責の場合（改正前民法548条１項）を除き、解除は可能であり、原状回復債権関係の発生が認められるとされている（注69）。したがって、解除前の滅失等の場合であっても、解除権者の有責事由による滅失等の場面を除き、原状回復債権関係の発生が認められ、その場合には、解除前の滅失等は、原状回復債権関係における原始的履行不能であることになる。

もっとも、（このようにして解除が認められる場合であっても）解除前の滅失等の場面については、危険負担ルールへの言及はされておらず（当時の通説によれば、成立上の牽連性の問題となりうることが指摘されている）、等価的均衡を維持しなければならないという解除の制度趣旨（本文（イ）（ウ）に相当する）から、原則として価額償還を認めるという結論が導かれている（山中・前掲注(53)①（３）48頁、山中・前掲注(53)②202頁以下）。

しかし、（原状回復債権関係の発生を前提とするのであれば）原始的不能（解除前の滅失等）の場合であっても、後発的不能（解除後の滅失等）の場合であっても、現在の一般的な考え方を前提とすれば、同様に、危険負担法理の適用場面となる。そこで、本文では、解除前の滅失等について、解除後の滅失等との間で区別はしていない（但し、解除前の滅失等の場面において、解除を認めたうえで消極方式を適用することには、解除にもとづく法律関係を不安定にするという考慮もされている（山中・前掲注(53)①（３）45頁以下））。なお、本文（イ）（ウ）に相当する実質的な考慮は、上記のとおり、解除前の滅失等の場面においてもなされている。

（さらに、危険負担法理の適用場面については、債務者の責めに帰することができない事由による履行不能の場合に限られるかという問題があるが、ここでは、そのように限定する立場（伝統的通説）が前提とされ、有責事由による場合には、

損害賠償（415条）の問題となる（その結果、等価的均衡が積極的に実現される）とされている（山中・前掲注(53)①（３）50頁）。しかしこの点についても、少なくとも現在の有力な考え方にしたがえば、危険負担法理は適用されうる。）

(71)　山中・前掲注(53)①（３）44頁以下における「消極方式」、「積極方式」は、山中・前掲注(69)191頁以下における「（対価）牽連性（等価的均衡）の二実現方式」としての「積極方式」、「消極方式」を前提としている（同書は、山中・前掲注(53)①（３）44頁以下でも引用されている）。

(72)　山中・前掲注(53)①（３）49頁。また、少なくとも原始的不能（解除前の滅失等）については、消極方式の適用には意味がないともされている（45頁。この点については、注(70)の第４段落も参照）。

(73)　改正前民法536条

１項　前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰すること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、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

２項　略

(74)　正確には、「価額償還」ではなく「損害賠償」とされているが（山中・前掲注(53)①（３）48頁以下）、その内容は交換価値の返還であり、損害賠償請求権が認められるための一般的な要件も要求されていない。今日の立場からは、価額償還と位置づけることができる。

(75)　山中・前掲注(53)①（３）48頁以下、山中・前掲注(53)②202頁以下。

(76)　山中・前掲注(53)①（３）48頁以下。山中・前掲注(53)②202頁以下も参照。