

ドイツにおける瑕疵担保責任の  
債務不履行化と倒産管財人の履行選択権

田  
村  
耕  
一

はじめに

一 債務法改正の内容

二 双方未履行の双務契約における管財人の履行選択に関する判決の変遷

三 瑕疵担保責任に関する倒産管財人の選択権

四 整理と分析

おわりに

## はじめに

ドイツでは二〇〇二年の債務法現代化により売主の担保責任が改正され、一般給付障害法に統合されたことは周知のとおりである。また、債務法が改正される以前の一九九四年に、清算と再生の入口を一本化した倒産法が制定されている。倒産法一〇三条<sup>1</sup>には、わが国の破産法五三条に該当する倒産管財人の履行選択権が規定されており、瑕疵担保責任は、債務不履行化に伴って正式に選択権の対象となった。本条は、双方未履行の双務契約が前提であるから、まずは瑕疵担保責任において双務性を有する債権債務関係の確認が必要である。また、ドイツでは追完履行が優先し追完が不奏功の場合に他の権利が行使できると解されており、この点に関し倒産手続においても他の権利が行使可能か否かにつき見解が異なり、さらに所有権留保の有無で取扱いが異なるとの指摘も存在する。

わが国でも債権法を中心とする民法典の見直しが始まっており、特に瑕疵担保責任については、制度設計をどうするかが盛んに論じられている。しかし、民法における議論では、必ずしも倒産時の取扱いまで射程に入れて論じられているわけではない。そこで、本稿は、先行して改正されたドイツの議論状況を紹介し、わが国への一定の示唆を得ることを目的とする。

本稿では、まず債務法改正の内容（一）、管財人の履行選択権に関するBGH判決の変遷（二）に触れ、瑕疵担保責任における管財人の履行選択権に関する見解を明らかにし（三）、ドイツにおける特徴を整理・分析する（四）。なお、本稿においては、動産に関する物の瑕疵を前提とする。また、双務性とは「その反対給付を得るために引き

受けられる依存関係」の意味で用いる。本文中の単なる条文はB G Bを指し、倒産法はドイツの倒産法を指す。<sup>(2)</sup>

## 一 債務法改正の内容

債務法改正により担保責任 (Gewährleistungspflicht) は請負をモデルにして売買と請負で統一され、瑕疵なき物の給付は契約上の義務となった。具体的には、売主には物的及び権利の瑕疵のない目的物を買主に供給する義務がある (四三三条一項二文)<sup>(3)</sup>。売主がこの義務を履行しない場合、二八〇条一項<sup>(4)</sup>の義務違反となり、買主の権利と請求権は一般の給付障害法 (二八〇条以下) に基づき生じる。買主に与えられる手段は、四三七条により追完履行 (代物・修補)・解除・代金減額・損害賠償の請求である。

注意を要するのは、追完履行が優先し他の権利は二次的に行使し得ることである。そして、担保責任は売買契約における売主の給付義務であるが、売主は追完の義務を負うばかりでなく原則としてその権限があり、そのために履行すべき相当の期間として買主の権原 (他の権利の行使) を一時停止できる。つまり、売主は、契約に合った履行のための「セカンドチャンス」を有するのであり、買主は、直接に契約を解除または代金を減額する権原を有するだけでなく、売主に契約に合った履行に基づき代金を「取得」する機会を与えなければならない。<sup>(6)</sup>

売買においては担保責任が契約上の義務となったため、代金支払義務に対して瑕疵なき物の給付義務は、売主の双務的な本旨義務 (Synallagma) となった。したがって、代金未払の場合、買主は「追完履行があるまで支払

ない」という契約不履行の抗弁（三二〇条・わが国の同時履行の抗弁に相当）も可能となる（反対に売主も同様である）。なお、追完請求は質的には履行請求であるものの、BGBは消滅時効の起算点と期間を別に規定しており、一応両者を区別する。また、優先とはいえ追完履行は、買主によって採り得る手段の中から選択、行使されて初めて機能する。したがって、買主の選択権行使によって売買代金債権と瑕疵のない代物履行の双務性の実施は初めて基礎づけられる。具体的には、次のようになる。

給付された物に瑕疵がある場合、買主はまず追完を請求する。売主は、追完を履行したら代金全額を得ることができる。代物給付の場合、買主は瑕疵物の返還義務を負う（四三九条四項<sup>7)</sup>。基本的には代金債務と代物給付が双務性を有することになるため、瑕疵物の返還と代物の給付が引換えの関係に立つかは争いがある<sup>8)</sup>。売主の追完拒絶は、「不相当な費用」がかかる場合に認められる（四三九条三項）。追完拒絶の場合及び追完のための相当期間を徒過した場合、買主は、解除・代金減額・損害賠償を請求することになる（四四〇条<sup>9)</sup>。

解除権は形成権であり、双方の本来の債務は消滅し、売主は既払金の返還債務、買主は瑕疵物の返還義務を負い、両者の返還債務関係は双務性を有する。買主は、瑕疵物を利用したことによって取得した利益も返還しなければならぬ<sup>10)</sup>。

代金減額請求は形成権であり、瑕疵物と減額後の代金が「契約に適った給付」として形成される<sup>11)</sup>。買主による支払がなお不足の場合は支払義務が存続し、過払の場合は売主は返還債務を負う（四四一条四項<sup>12)</sup>。以上の場合片務となるため双務性は問題にならない。

給付に代る損害賠償は二種類ある。履行された場合の経済的利益と免れた反対給付の差額とする説（Differenzmethode；差額説）と本来履行されるべき目的物の代償とする説（Surrogationsmethode；代償説）

があり、改正後は事例に応じた自由な選択が可能となった。<sup>13)</sup> いわゆる「大きな損害賠償」である給付に代る損害賠償の場合、本来の給付請求権は排除され（二二八一条四項）、売主は既払金の返還債務、買主は瑕疵物の返還債務を負い、両者の返還債務関係は双務性を有する（結果として解除の場合と同じとなる）。もう一つの「小さな損害賠償」の場合、買主は瑕疵物を保持し、瑕疵によって生じた損害の賠償を請求する。この場合、売主にのみ損害賠償債務が生じ、買主には何ら債務は生じないため、双務性は問題にならない。

以上、買主による権利行使の結果、双務性があるのは、①完全履行と代金支払、②瑕疵物と既払金の返還債務関係である。したがって、代金完済前かつ目的物に瑕疵がある場合に倒産手続が開始されたときは、後述する倒産法一〇三条の倒産管財人の選択権の対象となる。

では、売買目的物に瑕疵があった場合、所有権留保の有無で何か違いは生じるのか。倒産法は管財人の選択権に關して一〇七条に所有権留保の特則を有しており、債務法改正で担保責任が債務不履行化する前に制定されたため、売主倒産の場合に完全履行義務が倒産法一〇七条一項二文の「更なる義務」に該当する可能性がある。該当するならば売主の倒産管財人は追完履行に応じなければならず倒産法一〇三条の選択権はない。そうすると売主の管財人は、所有権留保特約がない場合は追完を拒否でき、ある場合は追完履行に応じなければなくなる。これでは、所有権を得た買主よりも所有権を留保された買主の方が追完の点で保護が厚くなり、所有権のマイナスと評価されている買主の期待権の方が所有権より保護されてしまう。

しかし、追完請求は買主から売主に対する権利であり売主がどこまで履行としてなすべきかという問題であるのに対して、所有権留保は代金債権担保という売主の「権利確保」の問題であり、完全な物を給付する「義務（履行）」の問題ではない。したがって、買主が自らの代金債務を履行する限り、所有権留保の有無で売主の完全履行に關し

て差異を生じさせる必要はないと考えられる。一般に、所有権留保が合意されている場合も瑕疵担保については倒産法一〇三条の適用対象とされている。<sup>15</sup>このような理解は、担保責任は所有権移転の問題ではなく、債務者がどこまですべきかという債務法の問題であることが意識されているといえよう。

なお、所有権留保が合意されている場合において、売主の倒産手続開始前に既に代物履行が請求されていたときは、代物に期待権が生じるため倒産法一〇七条一項で処理される。また、買主倒産においては、代金債務の履行に関する選択であるから、まさに倒産法一〇三条の特則としての一〇七条二項である。

## 二 双方未履行の双務契約における管財人の履行選択に関する判決の変遷

かつての通説とBGHは、双方が未履行の履行請求権に関して破産の開始は何ら影響を及ぼさず、管財人の「履行拒絶」によって初めて従来の権利関係は解消され契約は不履行による損害賠償の清算関係に変形すると解していた(Fortbestehenstheorie; 存続説)。一九八四年にBGHの第八民事部は、契約当事者の請求権は手続開始と共に破産債権となるが、管財人の履行拒絶によって初めて契約の変形が生じると判示していた。<sup>16</sup>その後、一九八八年に判例が変更された。第九民事部は、双務の履行請求権は破産手続の開始と共に既に消滅し、破産管財人の履行拒絶は何ら権利を形成する効果を有せず、履行請求により元々の履行請求権が再び新しく生じるとする「消滅説(Erlöschenstheorie)」を採用した。<sup>17</sup>消滅説だと、いわゆる倒産実体法は形式的には実体法上の権利との連続性を持たないことになる。しかし、この判決には批判が多く、二〇〇二年に第九民事部は原則判決で消滅説を放棄し

次のように判示した。これは、「履行請求の貫徹力の喪失説 (Theorie vom Verlust der Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche)」といわれる見解であり、次のような内容である。<sup>18)</sup>

①倒産手続の開始は実体法上の変形という意味において双務契約から生じる履行請求権の消滅をもたらさない。むしろ、未だ履行されていない請求権は、手続開始前にもたらされた履行に対する相応の反対給付が整えられていない限り、倒産手続において、その貫徹可能性が消える。<sup>19)</sup>

②管財人が履行を選択した場合、貫徹不可能な履行請求権は、元々の債権の法的性質を保つ (Qualitätssprungと評されている)。もつとも、財団債務ないし財団債権という新しい性質が付与されるため、当初の履行請求権と内容的には同等であるが法的な同一性は有しておらず、当初の履行請求権は消滅し新しい請求権によつて置換えられる。<sup>20)</sup>

③管財人が不履行を選択した場合 (履行が拒まれるか、相手方の促しに拘らず選択が表明されない場合)、履行請求権は、そのままかつ貫徹不可能である。履行拒絶は何ら権利を形成する表明ではないから、契約当事者は、不履行による請求 (倒産法一〇三条二項一文) ではなく倒産手続に参加できる。変形はむしろ契約当事者が不履行に基づき債権を行使して初めて生じる。

倒産法上の権利形成的効力という点からは、存続説では管財人の「履行拒絶 (損害賠償に転化)」が、消滅説では「倒産手続の開始 (消滅)」と「履行の選択 (権利発生)」が重要であった。貫徹力喪失説では、まず倒産開始により請求権自体は存続しその貫徹力が喪失する。その後の管財人の「不履行」選択は失効の「宣言」に過ぎず、管財人が履行を選択すると同等の債権が効力を有するため、管財人の「履行の選択 (効力発生)」が重要な意味を持つ (但し厳密には別債権)。

ブリュッティングは、存続説及び消滅説は履行「請求権」を対象とし、貫徹力喪失説は「双務契約の契約当事者間の厳格な等価性の原則」がより重視されており「契約の履行」である点を示唆する<sup>21)</sup>。貫徹力喪失説では履行の選択によって厳密には別債権であるとしても倒産法の理念に基づき必要な配慮が施されたに過ぎず、貫徹力を復活させるための構成であるから、倒産手続においても双務契約の履行という観点から検討すべきである。以下、本稿では貫徹力喪失説を前提に論を進める。

### 三 瑕疵担保責任に関する倒産管財人の選択権

#### 1 売主の倒産

債務法改正前の状況につき、貫徹力喪失説を判示しMünchKerB.倒産法コンメンタール第一〇三条の著者の一人でもあるKretz判事によると、「特定物売買について支配的見解は肯定していたが、私見では旧四七六a条をみると目的物に瑕疵がある場合に追完の権利・義務はない。請負契約とは別である。したがって、倒産法一〇三条の直接適用はない。売主の倒産において、管財人は全売買代金を得ることはできない。買主が代金減額あるいは損害賠償を請求した場合、効果は財団に対して否定的のみ作用し履行選択はない。解除の場合、売買代金に関する請求は失われる。そこで、管財人は解除に同意を表明でき(旧四六五条)、返還債務関係は破産法一七条の類推適用と見解が生じる。破産者により供給された物がその瑕疵に拘らず支払われた代金より価値がある場合(買主が全く



支払っていない場合)、管財人は上回る価値を現実化する必要がある。」と指摘されている。<sup>22)</sup>

ところで、瑕疵物が既払額よりも価値がある場合、売主の管財人は瑕疵物の財団への組込みを希望することが考えられる(既払金を返還して損害賠償を倒産債権として)。もともと、この場合、買主は瑕疵が軽微で直せばよい場合など、瑕疵物を保持したいときは瑕疵を引合いに出さないことが予想される。では、買主はこの方法で瑕疵物を保持することは可能だろうか。ここでは担保責任における売主の権限、「セカンドチャンス」及び倒産法一〇三条の選択権をどう解するかが問題となる。

まず、新しい瑕疵担保責任法では、売主の「セカンドチャンス」は買主の相応する要求に依存し、まず買主の履行請求が先である。そして、これは倒産法一〇三条に関するBGHの新しい理解(貫徹力喪失説)と一致する。つまり、買主が目的物の瑕疵に関して追完を要求しない限り、倒産法一〇三条は契約に何の効力も与えないので、倒産手続において売主には何ら返還請求権は発生しない。<sup>23)</sup> もちろん、瑕疵について争われている場合は管財人の行為は何ら倒産法一〇三条の意味における選択権行使とはならない。まず管財人による瑕疵の承認があり、買主が追完履行を請求して初めて管財人の履行選択の問題となる。

履行が選択された場合は実体法上の権利が実現(貫徹)される。問題は、追完履行が不奏功の場合にBGBでは解除・代金減額・損害賠償が行使可能であるが、倒産法上はどうなるかである(この点は②で言及する)。

#### (1) 追完請求

完全履行と代金支払は双務性があるので、売主の管財人は倒産法一〇三条の選択権を有する。履行が選択された場合、先の実体法の状態が履行され、管財人は追完履行義務を負う一方で残代金を財団に得ることができ、さらに

代物給付の場合、瑕疵物の財団への返還を請求することができる（三四六条以下、四三九条四項）。

不履行が選択された場合、倒産法一〇三条の不履行の選択は、二八一一条二項、三二三条二項一号、四四〇条一文の履行拒絶ではなく、倒産手続開始により既に生じた双方の契約上の義務の失効を「宣言」するに過ぎない。したがって、BGBでは履行拒絶により解除・代金減額・損害賠償が行使できるものの、倒産法では不履行選択により、原則として追完の不履行による買主の損害賠償請求が倒産債権となる（倒産法一〇三条二項一文）。この場合、瑕疵物は買主に残り、不履行に基づく損害賠償の範囲で差額決済（Rechnungsposten）となる。既払金も財団に残り差額決済される。<sup>24</sup> 管財人は瑕疵ある目的物に相応する売買代金を得ることができ、買主が過払いの場合は倒産債権として請求される。<sup>25</sup>

管財人は不履行を選択した上で瑕疵ある目的物を取戻し得るかにつき、Schererは、不履行により買主に発生する損害を瑕疵物が上回るなら管財人は瑕疵物を再び取戻し得る、とする。<sup>26</sup> しかし、売買契約は倒産手続の開始または倒産管財人の履行拒絶に伴い消滅あるいは変形するわけではないから、更なる履行のみが抜落ち、倒産手続開始により管財人に不履行を理由とする請求権は何ら生じない。<sup>27</sup> したがって、管財人の履行拒絶は原則として既履行の返還を基礎づけないとする見解が多数であり、二〇〇三年のBGH判決も同様の立場を採る。<sup>28</sup>

所有権留保が合意されていた場合、既に述べたように、倒産法一〇七条は未だ履行されていない（結果が発生していない）所有権移転の合意に関する条文であり、追完請求に関するのではない。したがって、管財人が履行を選択した場合は、所有権留保が合意されていない場合と同じ扱いであり、代金が支払われて条件が成就するため予定どおり所有権は移転する。

しかし、Schererは、所有権留保が合意されている場合に不履行が選択されたときは、「債権の問題として、双

方の契約上の義務の失効は宣言され、売主の追完履行と買主の支払義務は同時に抜落ちるので、完全な代金の支払という条件はもはや履行され得ない。また、物権の問題として、売主は瑕疵ある売買目的物を自己に留保した所有権に基づき再び財団に取戻すことができる。」とする。<sup>29)</sup>その上で、「売買契約に基づく占有権は四四九条二項、三二三条、三四六条に基づき管財人の売買契約解除によつてのみ抜落ち、瑕疵物の取戻しは解除表明と推定され得るので、新しい瑕疵担保責任法に基づき代金の返還は倒産法五五条一項二号の財団債務となる。また解除による返還債務関係には双務性があるので倒産法一〇三条の類推適用がある。」と述べ、所有権留保の実行は解除によることから(四四九条二項)、実行即ち解除表明は同時に発生した返還債務関係の履行選択の推定を意味する、と指摘する。Schereのように解すると、倒産法上は、管財人が追完の不履行を選択した場合、通常の買主の救済は損害賠償のみ図られ、所有権留保が合意されている場合は解除により瑕疵物が取戻され、既払金の返還は財団債務となり、扱いに差が大きい。

## (2) 解除

倒産手続開始前に解除権が行使されていれば、既にみたように双務性のある返還債務関係が生じる。通説は、双務契約ではないが、その先行する債務関係の後に現れる作用(Nachwirkung)として倒産法一〇三条の類推適用を認める。<sup>32)</sup>問題は、手続開始後の解除の可否である。BGBでは、追完が不奏功の場合に解除・代金減額・損害賠償が行使できる。

まず、管財人により追完履行が選択された後に追完が履行されない場合、そもそも追完が拒否されたと解するかどうか問題となる。(1)で述べたように追完の不履行選択であれば、他の権利は行使できない。しかし、初めから

拒否し得たのに追完履行を選択したのであるから、追完履行が選択された後の追完不履行は、債務不履行あるいは四三九条三項一文や二七五条二・三項の拒絶である。したがって、BGBに從うと解除・代金減額・損害賠償が行使可能である。

しかしながら、倒産手続開始によって実体法上の権利は貫徹力が喪失するため、倒産手続においても解除・代金減額・損害賠償が行使できるかどうかは、見解が分れている。まず、倒産手続開始までに履行または追完のために必要な期間が経過していない場合も倒産手続開始により権利行使の遮断は生じ、期間が満了しても履行請求権の貫徹不能による売買法の停止が解除を排除するため、履行拒絶により四三七条の権利は倒産手続内で行使できないとの見解がある。<sup>34)</sup> もっとも、この場合、買主は開始された倒産手続の中でなお有効に解除することができ、その際は返還債務関係に関する新たな選択権が生じ、処理される。<sup>35)</sup> 代金減額と損害賠償には言及されていないが、これは瑕疵担保ではなく一般の債務不履行を理由とする解除であるからと考えられる。

これに対して、BGBに從って、解除・代金減額・損害賠償が行使できるといふ見解もある(Scherer, Wegener)<sup>36)</sup>。Schererは解除が当然できることを前提に検討している。一方でWegenerは、手続開始前に解除権が成立していない限り、手続開始が権利展開(Rechtsentwicklung)の障害となり、また手続開始前に既に解除権が成立しているも手続開始で遮断される、とする。<sup>37)</sup> もっとも、管財人の履行選択で管財人と買主との間に新しい関係が構築され、その債務不履行として改めて解除権がもたらされる、とする。<sup>38)</sup>

手続開始前後に拘らず、解除による返還債務関係が双方未履行で倒産法一〇三条が適用され、管財人が履行を選択した場合、管財人は売買目的物を再び財産とすることができるとの、売買代金を倒産法五五一条二項二号の財団債務として返還しなければならない。<sup>39)</sup>

なお、債務法改正後の三二五条では解除と損害賠償が同時に行使可能となった。では、倒産法上も行使できるとすると返還債務関係と損害賠償請求の関係はどう解せばよいのか。既払金の返還請求に相応する債務は瑕疵物の返還であり損害賠償ではない。したがって、損害賠償は財団債務ではなく倒産債権（倒産法三八条）として行使される。<sup>40</sup>

管財人が返還債務関係の不履行を選択した場合、双方に返還債務は生じない。買主が過払いの場合、倒産法一〇三条二項で損害賠償となる。Hüderは、この場合に買主は瑕疵物を返還し、その代りに瑕疵のない目的物の価値の損害賠償を倒産債権者として請求し得る、とする。<sup>41</sup>しかし、Schererは、同様の目的は返還債務関係の履行選択で管財人は容易に達成し得るため、管財人が返還関係の不履行を選択した以上、損害賠償において差額決済の関係と考える。<sup>42</sup>

なお、所有権留保に言及するSchererは、解除に関しては同様とする。<sup>43</sup>所有権留保の実行は解除によるからである（四四九条二項）。

### (3) 代金減額

倒産手続開始後の代金減額の行使についても同様の問題がある。Schererは、手続開始の効果に触れることなしに買主は代金を減額できるとする。<sup>44</sup>Wegenerは、管財人が追完履行を選択した後で設定期間内に履行をもたらない場合を除き、手続開始前に生じているが行使されていない代金減額権は手続開始で屈し、解除権同様に制限されて手続開始後は買主は代金を減額できないとする。<sup>45</sup>なお、四四一条一項一文の「解除に代えて」という文言から、代金減額の要件は解除と同じとなる。減額請求が認められたとすると、次のようになる。

形成権である減額請求により減額された売買代金と瑕疵ある目的物が契約に適った履行と形成され、既に引渡された目的物が契約上保護された履行となる。つまり、代金減額の場合、売主は契約上の義務を事後的に履行したと評価され、倒産法一〇三条の適用はない。<sup>(16)</sup>

既に支払われた額が減額後の額より低い場合、売主はなお不足額を請求できる。高い場合、買主は三四六条（解除の効果）、四四一条一項に基づき代金返還請求ができる。減額請求により契約は変形されるものの基礎は手続開始時に契約に存在するから、買主の返還請求は倒産債権となる。<sup>(17)</sup>

所有権留保が合意されていた場合、契約で定められた売買代金が減額されるため、減額後の額で条件成就がもたらされた場合、所有権の移転が起こる。したがって、倒産法一〇三条に基づく選択権はやはり存在しない。<sup>(18)</sup>

#### (4) 損害賠償

手続開始後の損害賠償請求も同様の問題がある。Scherer は当然に承認するが、Wegener は四三七条三項の損害賠償を行使できず、損害賠償請求は管財人が契約不履行を選択する前には生じないとする。<sup>(19)</sup>

代償という意味の「大きな損害賠償」の場合、瑕疵ある目的物を買主が保持するのではなく損害賠償の方法で瑕疵なき物が給付された状態を確保することになる。この場合の反対給付に関する二八一条五項は、三四六条―三四八条を指示し、三四八条（同時履行）により瑕疵ある目的物と既払金の返還は双務関係に立つ。したがって、この関係については倒産法一〇三条が適用される。

履行が選択された場合、双方は返還されるが、損害賠償の内で瑕疵に対応する部分（オーバー部分）は双務性がないので倒産債権となる。不履行が選択された場合、買主は損害賠償全額で倒産債権者となる。Scherer は、瑕疵

物の価値に該当する損害賠償を倒産債権として有する限り、瑕疵ある目的物は買主に留まる、とする。<sup>51)</sup>

差額を請求する「小さな損害賠償」の場合、買主は瑕疵物を保持し瑕疵による減価の損害を請求する。この場合、買主から売主に対する請求しか存在しないので倒産法一〇三条の適用はなく、管財人は履行するしかない。もつとも買主は単に倒産債権者として差額を請求できる。代物や修補請求と同時に請求された場合、損害賠償に関してのみ倒産法一〇三条の適用がないだけで、代物や修補については双方未履行の債務関係であり、一〇三条の選択権の対象となることに変りはない。

所有権留保について Scherer は、「大きな損害賠償」に関して履行選択の場合は同じとし、不履行選択の場合は双方の契約上の義務は損害賠償請求に基づきいずれにせよ失効し、売主は自己に留保した所有権に基づき目的物を再び財団に取戻すことができるものの、倒産法五五条一項二文により財団債務として既払金を財団から返還しなければならぬとする。これは履行の選択と同じ結論となることから、Scherer は、管財人がこの結果を望む場合は履行を選択することが予想される、と指摘する。また、不履行を選択した場合、買主は、財団が関心を持たない目的物を保持するなら損害賠償請求の全額で倒産債権者になる、とする。「小さな損害賠償」に関しては、損害賠償の請求によって売買代金請求は失効し、管財人は留保した所有権に基づき売買目的物を再び取戻し得るので、結論の点で追完履行を拒んだ場合と同様である、とする。なお、売買代金を上回る損害賠償については倒産法三八条に基づき買主は倒産債権者とする。

Scherer によると、「大きな損害賠償」の場合、所有権留保の有無にかかわらず履行選択で管財人は瑕疵物の取戻しが可能であり、扱いに差が生じない。しかし、「小さな損害賠償」の場合、管財人の選択権がない（倒産法上の配慮がない）にも拘らず、所有権留保の有無によって（落度のない）買主は瑕疵物の保持という点で差が大きい。

「小さな損害賠償」の場合、形成的効力がある代金減額の場合と異なり、完全な代金の支払という条件が成就しないことが確定するからだと思われる。

なお、二八四条の「無駄になった費用」に関する損害賠償は履行に代えてというわけではないから対応する双務関係がなく、倒産法一〇三条の問題とはならない。<sup>(52)</sup> 買主は倒産債権者となる。所有権留保の場合、既に実行された所有権移転の合意は何ら影響を受けない。<sup>(53)</sup>

## 2 買主の倒産

### (1) 履行請求

管財人は倒産法一〇三条の履行選択権を有すると同時に瑕疵に基づく四三七条の権利も有する。管財人が代金債務の履行を選択した場合、貫徹できない契約上の請求権は元の法的性質を有して行使できる。残代金は、即時に財団債務として財団から支出せねばならない。

代物請求の場合、四三九条四項により三四六条（解除の効果）以下に従うため瑕疵物を返還しなければならぬ。Henckel は代物給付と瑕疵物返還が双務であるとの立場から瑕疵物の返還が財団債務、代金債権は倒産債権とする。<sup>(54)</sup> Scherer は、今や代物請求と売買代金請求が双務性を有し（修補も同様とする）、瑕疵物の返還は四三九条四項、三四六条（解除の効果）、三四八条（同時履行）により契約上の履行として双務関係が生じた場合、履行選択の際に売買代金の支払と財団からの目的物返還が履行されねばならない、とする。<sup>(55)</sup>

これに対して、双方を財団債務とすることは倒産手続開始前に瑕疵物を給付した売主を良い地位に置くことになるとして、売主の代金債権のみが財団債務で瑕疵物の返還は倒産債権とする見解がある。<sup>(56)</sup> Wegener は、



既に買主に所有権が移転した場合は倒産法一〇五条二文<sup>(57)</sup>により売主は目的物を取戻すことができないとする<sup>(58)</sup>。この場合、瑕疵物の価値に相当する売買代金部分が倒産債権であり、瑕疵物は財団に留まる。その上、目的物の価値を二重に取ることになるので、瑕疵物の返還と代金請求の両方を倒産法四五条（債権の換算）に基づき金銭換算して申告することもできない、とする<sup>(59)</sup>。これに対しHinterは、代金は全額で財団債務であり、瑕疵物の返還請求は排除されるものの金銭換算される、とする。また、瑕疵物の取戻しは所有権留保で果たせる、と指摘する<sup>(60)</sup>。

管財人が代金債務の不履行を選択した場合、売主は倒産法一〇三条二項に従い不履行に基づく損害賠償請求権により倒産債権者となる<sup>(61)</sup>。BGHの判決によると倒産開始と共に未だ履行されていない請求である残代金と追完の請求は貫徹力を失ったままとする。Wittigは、倒産法一〇三条と四三七条の瑕疵担保責任は相互に排除する関係にあり、管財人は残代金の支払に関する請求に対し瑕疵に基づく減額請求（四三七条二項、四三八条五項による四項二文<sup>(62)</sup>）が抗弁不可能であるから、管財人は、未払の代金を財団債務として支払うのと引換えに瑕疵担保責任を貫徹するかにつき、価値関係という観点から入念に比較検討しなければならない、とする<sup>(63)</sup>。これに対して、Kretzは瑕疵部分を考慮すると既に支払われた額が過大であれば管財人は返還請求でき、あるいは既払部分に相応する追完履行を請求できる、とする<sup>(64)</sup>。

また、損害賠償の請求に関連してSchererは、財団に保有される瑕疵物と買主により既に支払われた売買代金部分が差額決算となり、買主により支払われた売買代金が履行拒絶により売主に生じた損害を上回る場合、管財人は目的物を返還して売買代金を財団に返還請求し得る、とする<sup>(65)</sup>。

所有権留保の場合、倒産法一〇七条二項に明言されるように倒産法一〇三条の適用がある。Schererによると履行の選択は通常の場合と同様であり、不履行を選択した場合は契約上の義務は失効し、売主は、自らに留保した所

有権に基づき目的物を自己に取戻し得るが、既払金を財団に返還しなければならぬ。この場合、取戻権を行使して既払金の返済と同時に履行となる。<sup>66)</sup> 付加的な損害賠償は、倒産法一〇三条二項一文により倒産債権となる。<sup>67)</sup> 以上の所有権留保の有無による差異は、実体法上の権利関係を反映している。

## (2) 解除

管財人が代金債務の履行を選択し追完請求したにも拘らず、売主が追完を履行しない場合、解除・代金減額・損害賠償が行使できるかどうかが問題となる。Scherer, Wegener は肯定するものの、他の文献では殆ど述べられていない。本稿では、以下において両者の見解を述べる。

Wegener は、手続開始前に生じた解除権が手続開始により遮断されるのは買主倒産時と同じであり、管財人の追完履行が選択され、その不履行があれば改めて解除権が発生する、とする。<sup>68)</sup> これに対してScherer は、手続開始前に解除が表明されていた場合のみ返還債務関係は双方未履行であるから管財人に倒産法一〇三条の選択権が生じ、<sup>69)</sup> 履行が選択された場合、管財人は売買目的物を財団から返還し支払った代金を財団に取戻すことができ、不履行選択の場合、倒産法一〇三条二項の倒産債権としての損害賠償において支払われた代金と財団に残る瑕疵物が差額決済とする。また、所有権留保の場合、買主による解除で生じた返還債務関係の不履行を管財人が選択した場合、売主は留保する所有権に基づき目的物を財団から取戻すことができるものの、既払金を財団に返還しなければならぬ、とする。<sup>70)</sup>

## (3) 代金減額

代金減額の場合、売主倒産の場合と同様の理由で倒産法一〇三条の選択権は生じない。減額後もなお代金債務が残る場合、売主は倒産債権者となる。四四一条四項、三四六一条一項（解除の効果）により管財人が過払金を返還請求できる場合、売主は財団に支払わなければならない。

所有権留保の場合、Schererは以下のように述べる。所有権留保の場合も同様に選択権は生ぜず、減額後の代金を支払ってれば条件成就により所有権が移転する。買主が過払の場合は、選択権ではなく三四六、四四一条四項により返還請求権のみが生じる。管財人が残代金の減額を表明した場合は履行の推定であり、倒産法五五一条一項二号に従って財団から残代金を支払わなければならない。<sup>71)</sup>

#### (4) 損害賠償

Schererは、以下のように述べる。<sup>72)</sup>

倒産手続開始前に買主から代償的損害賠償が請求されていた場合のみ、管財人に返還債務関係に関して倒産法一〇三条の選択権が生じる。履行が選択された場合、代金の返還に対して瑕疵物を返還しなければならず、残りの損害賠償を財団は請求し得る。不履行が選択された場合、瑕疵物は財団に留まり、瑕疵物の価値を超過する損害賠償を加えた売買代金の返還は請求できない。管財人が「大きな損害賠償」を請求した場合、返還債務関係に関する履行選択と推定される。「小さな損害賠償」の場合、売主は財団に履行しなければならず、倒産法一〇三条の余地はない。

所有権留保の場合、倒産手続開始前に買主が損害賠償を請求したときは何れの方法であっても、売買代金支払義務は損害賠償請求に基づき失効する。売主は、留保した所有権により瑕疵物を財団から取戻すことができるものの、

売買代金を返還しなければならない。その他の点については、同様である。

#### 四 整理と分析

本稿はドイツにおける現状の紹介を目的としており、ドイツの状況を詳細に検討し一定の解答を用意する準備はできておらず、筆者にその能力もない。したがって、以下、ドイツにおける瑕疵担保責任と倒産法における管財人の履行選択権に関する構造の要と思われる点を指摘し、最後にわが国で今後の検討を要すると思われる点につき、卑見を述べるに留める。

##### 1 一債権者としての契約相手方と他の一般債権者との関係

双務契約に関しては、わが国でも双務契約当事者の一方が破産した場合に相手の債権が破産債権となると公平を欠くとの観点から、管財人の選択権を介した当事者間の関係——相手方債権の格上げ——が論じられている<sup>(7)</sup>。その上で、契約当事者間の公平の先には、一債権者たる契約相手方と他の一般債権者との利益の比較が必要となる。具体的には、双務契約の相手方も倒産財団に対しては一債権者であり、管財人の履行選択、追完以外の権利の行使、所有権留保の存在によって、他の一般債権者に比して優位になっていないか、優位としてその正当性の検証である。

まず確認として、瑕疵担保責任において実体法上の双務性がある債権債務関係は、①完全履行と代金支払、②返還債務関係（解除・履行に代る「大きな損害賠償」）であり、代金減額及び「小さな損害賠償」は双務性がない。な

お、本稿でみたように、②返還債務関係と履行選択については争いがあるため、以下では、まず①完全履行と代金支払の関係についてのみ整理する。

売主倒産において、買主は、他の一般債権者と同じ立場に立ち、財団に対し追完請求権を有している。追完の不履行選択の場合は損害賠償（倒産債権）として処理され、買主は一金銭債権者となり、利益実現の点で他の一般債権者と平等である。追完履行が選択された場合、もちろん双務性から代金の完全な支払は果たされるものの、その代金につき売主の他の一般債権者は債権額に応じた按分的な利益しか得られないため、買主は利益実現（追完）の点で他の債権者より優先する。

買主倒産において、売主は、他の一般債権者と同じ立場に立ち、財団に対し代金債権を有している。売主の代金請求に関し不履行選択の場合、売主は（当初からだ）一金銭債権者となり、利益実現の点で他の一般債権者と平等である。履行が選択された場合、管財人は、目的物保持に関心があるからこそ代金債務を履行選択するため、通常は同時に追完請求を伴うと考えられる（所有権留保が合意されていれば所有権の移転が起こる）。これにより財団財産の充実が図られ、他の一般債権者もその範囲でのみ利益を受ける。代金支払を受ける売主は利益実現の点で他の債権者より優先する。

以上より、契約相手方が他の一般債権者より優先して扱われるのは、売主倒産の際の買主の追完履行請求、買主倒産の際の売主の代金請求であり、後者は追完を伴うことが予想される。したがって、追完がキーワードである。そして、売主倒産時には追完の選択権、買主倒産時には追完の拒絶（ないしは不履行）として、主導権は売主側にあることから、代金全額を得る売主の「セカンドチャンス」が基礎にあり、倒産法においても売主（ないし管財人）の代金確保を許すための追完の履行（選択）と捉えられる。もちろん、通常は、売主倒産時には追完のコストを完

全な代金確保の利益が上回り、買主倒産時にはまず管財人が目的物保持を望み残代金が直ちに提供されるからこそ、売主側で追完が履行選択される。いずれも倒産における債権者自治に基づく選択決定であるから、履行の選択によって契約相手方の利益実現が優先するとしても、必ずしも他の債権者を不利にすると評価する必要はない。

## 2 他の権利の行使可能性

では、他の権利である損害賠償・代金減額・解除は、倒産法上は行使できないのだろうか。確かに、これらの他の権利は売主の代金確保を根拠づけるものではない。

他の権利が行使できない原因は、BGBでは追完が優先すること、倒産手続開始により実体法上の権利は貫徹できなくなること、である。もともと、実体法上は瑕疵担保に関する総ての権利は同時に発生するが追完が優先されるに過ぎない。その意味では、他の権利も未履行の双務契約の一部である。債務法改正後は、個別請求権レベルではなく「双務契約の効力」自体が問題であり、「当事者間の等価性」こそが確保されるべきと考えれば、そもそも瑕疵担保責任という包括的な債務あるいは制度があり、それが倒産手続においても選択の対象となれば、他の権利の行使も肯定される。また、そう解すると手続開始による「貫徹力の遮断」も回避できる。

確かに、実体法レベルで契約において保証（保護）される利益は何か、と考えた場合、瑕疵担保における救済手段は並列で当事者が任意に選択できるということはあり得る。さらには、個別契約ごとどこまで合意されたのかは異なり、保護・救済の度合いも異なる可能性がある。しかし、倒産手続において他の一般債権者との関係において何がどこまで保護される利益か、という問題は、別途検討する必要がある。即ち、管財人は当事者が契約で保証した利益を享受し、実現する義務を直ちに引き継ぐ立場ではない。したがって、当事者が実体法上で保護・救

済され得る契約利益の中で、他の一般債権者に比して有利にならない利益のみが、倒産法上も実現可能な利益として果たされ得ることになる。そして、このような視点からみたとき、ドイツにおいて倒産法上も実現可能な利益は当初からの等価関係である「代金・追完」のみであると一般に解されているのは、やはりBGBで優先と解されているように、追完は、救済として与えられる手段というより本来の履行請求であり、その他の救済手段とは質が異なるために債権者自治を介した上で倒産法上も保護されていると分析できる。

### 3 所有権留保の存在

既に見たように、Schererは、売主倒産時の追完拒絶、追完履行選択後の不履行後に行使される「小さな損害賠償」において、貫徹力遮断により代金完済という条件の不成就が確定するとして、留保された所有権に基づく瑕疵物の取戻しを認める。確かに、所有権留保は代金が完済されない場合に効力を發揮する。しかし、契約で保証された利益である約定代金は、同じく「瑕疵なき物の給付」という契約で保証された利益を履行してこそ、確保できるものである。したがって、自ら相手方に対して利益実現を拒み代金を確保できない状況を作り出し、結果として代金全額が得られないことを根拠に留保した所有権で目的物を取戻して利益を確保するのは、如何であろうか。もちろん手続開始による効力遮断、管財人の法的立場の問題はある。しかし、自らの利益実現のために代金を支払う用意がある買主が瑕疵担保責任を請求したために目的物を取戻されてしまうのは、例えば既払金が返還され他の一般債権者との関係で公平であるとしても、本来の所有権留保の合意が対象とする利益を超えていると言わざるを得ない。

買主倒産時は、代金の履行選択は同時に追完請求を伴い、約定された代金支払が継続される。したがって、その

後の支払の不履行、あるいは当初より代金支払につき不履行が選択された場合は、所有権留保の合意がまさに効果を發揮する場面である。なお、買主に倒産手続が開始されたからといって、必ずしも当該売買代金に関して履行遅滞となっているとは限らない。所有権留保の実行は解除によることから（四四九条二項）、倒産手続開始に至るどの時点まで解除可能かという観点からも検討する必要がある。<sup>74</sup>

## おわりに

本稿では、ドイツにおける瑕疵担保責任と倒産管財人の履行選択権をめぐる見解を紹介し、若干の整理と分析を行った。その要点を指摘しつつ、わが国において関連すると思われる点につき言及し本稿を閉じる。

第一に、債務不履行から契約不履行という観点で、問題を債権レベルではなく契約レベルで考えた場合、「双務契約」と「双務性を有する債権債務」の関係について、等価性という点から改めて検討の必要がある。具体的には、同時履行の抗弁権、あるいは管財人の選択権をどのような場合に認めるか、という問題で表面化する。まず、基礎となる実体法の設計において、瑕疵があれば、追完・代金減額・損害賠償・解除という当事者意思を見出す、あるいは制度として規定するとして、その際の相互関係や優先順位をどうするのか。BGBは、本来の履行請求である追完を優先し、等価性の事後的調整である代金減額、事後の填補・代償である損害賠償、債務からの解放である解除は、その後に行使できるとした。「契約は守られるべし」との観点からは、この順に遠ざかっていく救済手段と考えられる。近時、わが国でもレメディ・アプローチも提唱されており、<sup>75</sup>どのような制度設計となるかは幾つかの



可能性があり得る。

第二に、破産法の問題として、まず、わが国では、破産手続開始の効力につき包括執行であるから差押と同様であるとして、それ以上特に論じられていない。実体法上の権利との関係で、再検討する必要はないのか。次に、わが国の破産法五三条の選択権は、履行か解除の選択である。「双務契約において……履行を完了していない」とは、厳密な等価性のみ要求すると、仮に実体法で複数並列の救済手段を用意しても、破産法上においても実現できる権利は他の一般債権者との関係で合理的なものに限定する方法も考えられる。卑見としては、ドイツ法においても、完全な代金確保と完全履行請求が等価性を有するならば、等価性を保つための事後的な契約の調整である減額請求についても、追完と同じ価値を与える可能性があると考ええる。また、瑕疵担保責任の債務不履行化に関連して、解除ではなく、ドイツのように管財人の選択を履行か不履行かの選択とする必要はないのか。

第三に、ドイツでも殆ど論じられていないが、所有権留保の存在は、瑕疵担保責任にどのような影響を及ぼすのか。本稿で述べたように、ドイツ倒産法一〇七条の所有権留保の規定は、管財人の履行選択権の特則であり、担保としての規定ではない。同条一項は、売主倒産時に買主は自らの債務を履行し目的物の所有権を取得することを認め、管財人の選択権の対象としない。わが国の通説的見解は、所有権留保につき、売主になすべき債務は残っていないことを理由に、破産法五三条の適用を認めない。卑見としては、本稿で述べたように、瑕疵担保責任について所有権留保の有無で差を設けるべきではないと考えている。特に売主破産においては、手続開始の効力をどう捉えるかは脇におくと、追完以外の手段が行使される場合、売主側の事情で買主に保証された利益（瑕疵なき物の取得）が変容した以上、契約という観点からは所有権留保の条件である売主の利益（完全な代金の支払）も連関させる必要があり、単に約定代金が得られないことを理由に直ちに所有権留保の実行を認めるべきではないと考える。

## (1) 倒産法第一〇三条「倒産管財人の選択権」

①債務者及び相手方が共に倒産手続開始時に双務契約を履行していないかまたは完全には履行していないときは、倒産管財人は、債務者に代わりその契約を履行しまたは相手方に履行を請求することができる。

②管財人が履行を拒否するときは、相手方は、不履行に基づく債権を倒産債権者としてのみ主張することができる。相手方が管財人によるその選択権の行使を催告したときは、管財人は、履行を請求するか否かを遅滞なく意思表示しなければならない。管財人がこの意思表示を怠るときは、管財人は、履行を主張することができない。

(2) BGBの条文については半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』信山社(二〇〇三年三月)、倒産法の条文については吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』成文堂(二〇〇七年七月)を参照した。ドイツにおける状況については以下を参照した。岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」『契約法における現代化の課題』法政大学出版局(二〇〇二年三月)一〇三頁。同「シンポジウム債務不履行―売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の救済―ドイツ法」比較法研究六八巻(二〇〇六年八月)六頁。同「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」『法の生成と民法の体系』創文社(二〇〇七年一月)七〇九頁。青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判例タイムズ一一六号(二〇〇三年六月)一一二頁。

なお、債務不履行となったため、「担保責任」との語を用いるのが適切か考えたが本稿では従来どおり担保責任と記す。

## (3) BGB第四三三三条「売買契約における契約類型的な義務」

①売買契約により物の売主は、買主に物を引渡し、物の所有権を移転する義務を負う。売主は、物及び権利の瑕疵のない物を移転しなければならない。

②買主は、売主に合意された売買代金を支払い、売却された物を引き取らなければならない。

(4) BGB 第二八〇条「義務違反による損害賠償」

①債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りではない。(二項以下は省略)

(5) BGB 第四三七条「瑕疵における買主の請求権及び権利」

物に瑕疵があるときは、買主は、以下の条項の要件が存在し、かつ異なった定めのない限り、

一 四三九条に従って追完履行を請求し、

二 四四〇、三二三条及び三二六条五項に従って契約を解除し、または四四一条に従って売買代金を減額し、かつ、

三 四四〇、二八〇、二八一、二八三条及び三二一 a 条に従い損害賠償を、または二八四条に従い無駄になった費用の賠償を請求することができる。

(6) Inge Scherer, Neues Kaufgewährleistungsrecht und § 103 InsO, NZI 2002, S. 357, ウルリッヒ・アイゼンハルト、大場浩之・藤巻梓／共訳「債務法改正後のドイツ売買法」比較法学三七卷二号(二〇〇四年)二七八頁。岡・前掲

「目的物の瑕疵についての売主の責任」一〇七頁は、他の制度は期間の設置が必要のために追完が優越すると述べる。

(7) BGB 第四三九条「追完履行」

①買主は、追完履行としてその選択に従い、瑕疵の除去または瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。

②売主は、追完履行のために必要な費用、なかんずく、運送、秤量、労務、及び材料の費用を負担しなければならない。

③売主は、買主によって選択された追完の履行を、二七五条二及び三項にもかかわらず、それが不相当な費用を用いてのみ可能な場合にも拒絶することができる。それに際して、なかんずく、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の意味、及び買主にとって著しい不利益なしに、追完履行の他の種類がなされ得るか否かという問題が、考慮されるべきである。

買主の請求権は、この場合その他の追完履行の種類に制限される。これもまた一文の要件のもとに拒絶することができる。売主の権利は、影響を受けない。

④ 売主が、追完履行のために瑕疵のない物を給付するときは、彼は、買主から三四六―三四八条の標準に従って瑕疵ある物の返還を請求することができる。

(8) ドイツにおける指摘につき岡・前掲「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」七二〇頁。

(9) BGB 第四〇条「解除及び損害賠償のための特別規定」

二八一条二項及び三二三条二項の場合以外に、売主が、追完履行の二つの種類を四三九条三項に従って拒絶し、または買主に帰属する追完履行の種類が不奏効に終わり、または彼にとつて期待し得ない場合にも、期間の指定は必要とはされない。追完履行は、なかならず、物または瑕疵の種類、またはその他の事情に基づいて異なつたことが生じない場合には、無駄に終つた第二の試みの後は、不奏効に終つたものとみなされる。

(第二八一条二項は「債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、または両当事者の利益を考慮して損害賠償請求権の即時の主張が正当化される場合は、期間の指定は不要である。」と規定し、第三二三条二項は、債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶した場合、いわゆる定期行為の場合は期間の設置は不要とする。)

(10) 四三九条四項は三四六条一項を指示。この点については岡・前掲「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」七二八頁。

(11) その際の減価の算定式は、 $\text{代金} \times \text{現実の瑕疵ある状態での価値} \div \text{瑕疵のない状態での物の(仮定的)価値である}$  (岡・前掲「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」七二三頁)。岡論文には、使用利益の算定も具体的に論じられている。

(12) BGB 第四四一条〔減額〕

①買主は、解除に代えて、売主に対する表示により売買代価を減額することができる。三二三条五項二文の排除事由は適用されない。

②買主または売主が複数当事者であるときは、減額は、総ての者からまたは総ての者に対して表示され得る。

③減額に際して、売買代価は、契約締結時に瑕疵のない状態における物の価値が実際の価値との間で有したであろう割合に従って減額される。

④買主が、減額された売買代価以上の額を支払ったときは、差額が売主から返還されるべきである。三四六条一項及び三四七条一項が準用される。

(13) 半田・前掲一二二頁。二つの損害賠償の具体的な点については、岡・前掲「目的物の瑕疵についての売主の責任」一一五頁。

(14) 倒産法第一〇七条〔所有権留保〕

①倒産手続の開始前に債務者が動産を所有権留保の下で売り、かつ、買主にその物の占有を移転したときは、買主は、売買契約の履行を請求することができる。債務者が買主に対して更なる義務を負い、かつ、これらを履行せずまたは完全に履行していないときも、同様とする。

②倒産手続の開始前に債務者が動産を所有権留保の下で買い、かつ、売主からその物の占有を得たときは、売主に選択権の行使を催告される倒産管財人は、報告期日の後に遅滞なく第一〇三条第二項第二文による意思表示をしなければならぬ。報告期日までに物の価値の著しい減少が予想され、かつ、債権者が倒産管財人にこの状況を示したときは、この限りではない。

説  
論

(15) MünchKomm-Inso. 2. Auf. Huber, § 103 Rn 141; Scherer, a. a. O., S. 357. もともと、特に理由は述べられていないため本稿の分析は私見である。

(16) BGHZ 89, 189.

(17) BGHZ 103, 250; BGHZ 106, 236.

(18) BGHZ 150, 353; BGHZ 155, 87. フォトの三塚、Michael Huber, Rücktrittsrecht des Vorbehaltverkäufers in der Insolvenz des Vorbehaltkäufers, NZI 2004, 58. 以下参照。

(19) Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auf., Luchterhand, 2006, S. 296. も同様の見解を述べる。

(20) ノンヌ・ブリュネ、三上威彦／訳「ドイツにおける近時の判例にみられる倒産管財人の選択権」慶応法学六号(二〇〇六年八月)三二三には置換わる点を指摘する。

(21) ブリュネ、前掲三二六頁。記述では、貫徹力喪失説の箇所では、履行請求権という言葉と同時に「契約の処理(三二三頁)」「契約の履行を拒絶……契約の履行を請求(三二三頁)」と表現されており、個別債権レベルの問題ではないことが示唆されている。

(22) Gehart Kreft, Ausgesuchte Fragen zum Einfluss des neuen Schuldrechts auf die Erfüllungswahl nach § 103 Inso, ZInso 2003, S. 1122.

(23) MünchKomm-Inso /Huber, § 103 Rn 141; Scherer, a. a. O., S. 357f.; Arne Wittig, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Insolvenzrecht, ZInso 2003, S. 638.

(24) BGHZ 68, 379 (380) = NJW 1977, 1345.

(25) Dirk Wegener, Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters unter dem Einfluss des

Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Rws 2007, S. 183; Scherer a. a. O., S. 358. Scherer <sup>45</sup> Fn20 <sup>46</sup> Häsemeyer, InsolvenzR. 2. Aufl. (1998), Rn. 20. 26及<sup>47</sup> BGHZ 68, 379 (380) を引用する。

(26) Scherer, a. a. O., S. 358. Scherer <sup>48</sup> BGHZ 68, 379 (380f.) を根拠として挙げる。もちろん、この場合財団から代金が返還されなければならぬ。

(27) MünchKomm-InsO, 2. Auf.-Kreft, § 103 Rn. 32.

(28) BGHZ 155, 87. (Urteil vom 27. 05. 2003 - IX ZR 51/02)

(29) Scherer, a. a. O., S. 358. もつと<sup>49</sup>、既に支払われた売買代金を財団から返還しなければならない。

(30) B G B 第四四九条「所有権留保」

① 動産の売主が売買代金の支払まで所有権を留保した場合において、疑わしいときは、所有権は、売買代金の完全な支払という停止条件の下で移転することが認められなければならない(所有権留保)。

② 所有権留保に基づいて、売主は、契約を解除した場合にのみ目的物の返還を請求することができる。

③ 所有権移転が、買主が第三者、特に売主と密接な関係にある事業者の債権を履行することに依存する限り、所有権留保の合意は、無効である。

(債務法現代化における所有権留保については、拙稿「債務法現代化法後のドイツ民法典における所有権留保」熊本法学一〇七号(二〇〇五年一月)四九頁。)

(31) 倒産法第五五条「その他の財団債務」

① 以下の債務も、財団債務とする。

一 倒産管財人の行為によりまたは他に倒産財団の管理、換価及び配当により生じた債務で、倒産手続の費用に属しな

いもの。

二 双務契約に基づく債務で、倒産財団に対し履行が求められるかまたは倒産手続開始後の分につき履行されなければならぬもの。

三 財団の不当利得に基づく債務

(二項以下、省略)

(32) MünchKomm-Inso /Huber, §103 Rn. 86.

(33) B G B 第二七五条「給付義務の排除」

① 給付請求権は、これが債務者または誰でもにとって不可能になったときは、排除される。

② 債務者は、これが、債務関係の内容及び信義誠実の原則の考慮のもとに、債権者の給付利益と著しい不均衡にある費用を必要とする限り、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき緊張の決定に際しては、債務者が給付障害について責を追うべきかどうかもまた、顧慮されるべきである。

③ 債務者は、更に、彼が給付を自らなす義務を負い、かつそれが彼にとって、債権者の給付利益とともに、彼の給付の障害となっている事情を考慮して、期待されない場合にも、給付を拒絶することができる。

④ 債権者の権利は、二八〇条、二八三条—二八五条、三一一 a 条及び三二六条に従って決定される。

(34) MünchKomm-Inso /Huber, §103 Rn. 139.

(35) MünchKomm-Inso /Huber, §103 Rn. 142.

(36) Wegener, a. a. O., Rn. 682. 147 倒産法第一〇三条は介入していないので買主はこれらの権利行使を妨げられないと指

摘する。



- (37) Wegener, a. a. O., Rn. 700.
- (38) Wegener, a. a. O., Rn. 306ff. 但し、BGHの判決 (Urteil vom 23. 10. 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379) は、手続開始後の買主の解除のいき可能か否かの判断を意識的に回避したと指摘する (Rn. 701.)°
- (39) Scherer, a. a. O., S. 359.
- (40) Scherer, a. a. O., S. 359.
- (41) MünchKomm-Inso / Huber, § 103 Rn. 138, 141.
- (42) Scherer, a. a. O., S. 359.; Wegener, a. a. O., Rn. 698.
- (43) Scherer, a. a. O., S. 360.
- (44) Scherer, a. a. O., S. 359.
- (45) Wegener, a. a. O., Rn. 707.
- (46) Scherer, a. a. O., S. 358.
- (47) Scherer, a. a. O., S. 359.
- (48) Scherer, a. a. O., S. 359.
- (49) Scherer, a. a. O., S. 358.
- (50) Wegener, a. a. O., Rn. 724.
- (51) Scherer, a. a. O., S. 360.
- (52) 以上の見解は、Scherer, a. a. O., S. 360.
- (53) Scherer, a. a. O., S. 361.

- (5) Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. (1997), § 17 Rn. 103 (見解と) Scherer, a. a. O., S. 361. (Fn. 52.) 及び Wegener, a. a. O., Rn. 745. と言及される。
- (56) Scherer, a. a. O., S. 361.
- (59) Kübler/Pritting/Tintelnot, InsO, § 103 Rn. 65. の見解と) Wegener, a. a. O., S. 214. (Fn. 647.) と言及される。
- (57) 倒産法第二〇五条〔可分給付〕
- 債務として負担する給付が可分であり、かつ、相手方が倒産手続開始時においてその負担する債務を一部履行している場合には、倒産管財人が給付が未履行であることに基づいて履行を求めるときであっても、相手方は、反対給付を求めるその請求権の一部給付に対応する額について倒産債権者とする。相手方は、その反対給付を求める請求権の不履行に基づいて、手続開始前に債務者の財産となった一部給付を倒産財団から返還請求する権利を有しない。
- (58) Wegener, a. a. O., Rn. 752.
- (59) Wegener, a. a. O., Rn. 754.
- (60) MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 143. なお、Huberは、以上の内 Wegenerの見解のみを引用し記述している。
- (61) Scherer, a. a. O., S. 361.
- (62) BGB第四三八条〔瑕疵担保請求権の時効〕
- ④ 四三七条に述べられた解除権については、二一八条が適用される。買主は、二一八条一項による解除の無効にもかかわらず、彼が解除に基づいてその権利を有するであろう限り、売買代金の支払いを拒絶することができる。彼がこの権利を行使したときは、売主は、契約を解除することができる。

- (63) Witting, a. a. O., S. 639. 残代金債権が過大な場合は、追完請求をしない方が財団にとって得策である。
- (64) MünchKomm-InsO /Kreft, § 105 Rn. 19.
- (65) Scherer, a. a. O., S. 361.
- (66) MünchKomm-InsO /Huber, § 103 Rn. 143.
- (67) Scherer, a. a. O., S. 361.
- (68) Wegener, a. a. O., Rn. 762ff. なお、Wegener は買主倒産時の代金減額と損害賠償の具体的内容については殆ど言及していない。
- (69) Scherer, a. a. O., S. 362.
- (70) Scherer, a. a. O., S. 361f. 履行の選択については述べられていないが、解除による返還債務関係が実現するため、買主は目的物を、売主は既払金を返還することになり、結論は変わらない。
- (71) Scherer, a. a. O., S. 361.
- (72) Scherer, a. a. O., S. 362.
- (73) この問題は改めて本稿で触れる必要はないと考えるため要点のみ記す。通説は、双務契約当事者の公平性から、履行選択の際には相手方請求権を財団債権に格上げすると解する。これに対して、伊藤真教授は不利な契約は解除できるよう管財人に有利に変更したもの、福永有利教授は同時履行の抗弁付き破産債権であり両すくみ状態を打破するために履行選択時は特別に財団債権に変更される、と主張されており、通説と共になお議論が交わされている。
- (74) この点は、Michael Huber の前掲論文が検討しており、別稿を予定している。
- (75) 特にインパクトがあったものとして、特別座談会「債権法の改正に向けて」ジュリスト一三〇七号（二〇〇六年三月）

一〇二頁、同一三〇八号（二〇〇六年三月）一三四頁。特集「契約責任の再構築」ジュリスト一三二八号（二〇〇六年九月）八一頁。また、契約との観点から破産法上の効力を検討するものとして、中田裕康「契約当事者の倒産」『倒産手続と民事実体法』別冊NBL六〇（二〇〇〇年一〇月）商事法務研究会。

(76) 手続開始前に解除権が行使されたが返還債務関係が履行されない間に破産手続が開始された場合や、履行選択後に不履行となった場合の解除の問題などが考えられる。実体法上の解除権との関係については、福永有利「倒産手続と契約解除権—倒産手続開始後における倒産者の相手方による解除権行使を中心として—」『権利実現過程の基本構造』（二〇〇二年六月）有斐閣、が検討している。