

ドイツ民法典（BGB）における双務契約・ 片務契約概念と有償契約・無償契約概念の展開

萩原基裕

- I はじめに
- II ドイツ民法典（BGB）における規定上の特徴
- III BGB 成立期の学説
- IV BGB 成立期以降の学説
- V 近時の学説
- VI まとめ
- VII 結びに代えて

I はじめに

本稿は、日本民法における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開に大きな影響を与えたと目される、ドイツにおける双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の各概念の展開を整理することを目的とする⁽¹⁾。日本民法におけるこれら契約類型の概念を史的にみると、まずいわゆる旧民法においては条文中にこれらの契約類型を定義する規定が置かれていた⁽²⁾。他方で改正前民法ではこうした定義規定は姿を消すこととなった⁽³⁾。しかし学説では、教科書において契約総論の個所でこうした契約の分類に言及されることは多く、また論文においても各分類を扱った研究もみられるところで

ある⁽⁴⁾。近時の教科書のうち、中田裕康教授の教科書では以下のような記述がみられる⁽⁵⁾。まず双務契約は「当事者双方が債務を負い、両者の債務が相互に対価としての意義を持つもの」とされ、これに対して片務契約は「そうでない契約」とされる。そして債務に対価的意義があるかどうかは「契約類型により定型的に判断される」、という。そしてこの区別の意義は、「法律上具体的な効果が規定されている重要な分類」であり⁽⁶⁾、またこれは債務の牽連性に関わる問題であり、各債務の対価的意義とは何かが問題となるとされる。他方で双務契約と片務契約の分類はローマ法以来のものであるが牽連性の強弱は各国法制度で一様ではなく、各種契約の規律内容も各国で異なることがあり、対価的意義の有無は実質的には、当該契約の内容に照らして牽連性に関する規律を及ぼすべきかどうかによって判断されるべきとされる。そして有償契約と無償契約の区別については、有償契約は「当事者が互いに経済的な意味での対価性を持つ給付をする契約」であり、無償契約は「そうでない契約」とされる。この点、「双務契約と片務契約は契約から発生する各債務が相互に対価的意義を持つと定型的に評価できるか否かという概念的なもの」であり、これに対して「有償契約と無償契約は契約の成立からその履行までの全体過程を見て、一方の給付に対して経済的な対価としての反対給付がなされているかどうかを実質的に評価することによる」とされている。そして有償契約と無償契約の区別の意義は、「有償契約がビジネス社会の基盤をなし、売買契約の規律が559条を通じて広く及ぶ」のに対し、無償契約は契約の法的拘束力の発生の制御（書面によらない贈与の解除、目的物受取前の使用貸借貸主の解除など）、債務者の注意義務の軽減（659条）、債務者の義務内容の推定（551条1項など）の特殊な規定がある、という点が指摘される。さらに「無償契約は無償の社会的関係から法的規律の対象を切り出したものだが、その規律はなお社会的関係の影響を受ける」ため、「様々の観点からの検討が求められる」、とされている。このように「対価」という概念をメルクマールとして各分類概念を説明することが現在の

日本における理論的メルクマールであると考えられるところ、このような理論は以下本稿で示す通り、ドイツ民法理論の影響を強く受けたものと目される。しかし現在のドイツ民法学説では、これら契約の分類概念の説明についてさらなる理論的展開がみられることが分かる。本稿では日本における各契約の分類概念を検討するための一歩として、ドイツにおける理論的展開を整理することを目的とする。

II ドイツ民法典（BGB）における規定上の特徴

ドイツ民法典（以下 BGB）における規定上の特徴として、契約の分類に関する定義規定は置かれていないという点が指摘できる。ただし双務契約に関しては、双務契約にのみ適用のある規定を集めた節が BGB 中に置かれている（BGB320条以下）。このような規律状況に対応してか、教科書や注釈文献においては BGB320条やその前注で双務契約と片務契約の分類に関して説明される例が多いようである。他方で有償契約と無償契約の分類に関しては、総則における法律行為の説明の中で、有償法律行為と無償法律行為という分類があるというように言及されることもあるようである。ドイツにおいてこの概念区分が生じたのは普通法時代であり、プフォルテン⁽⁷⁾によればエドワード・ガンズによるものとされている⁽⁸⁾。

III BGB 成立期の学説

以下、双務契約と片務契約概念、有償契約と無償契約概念に関するドイツ民法の理論的展開史を整理する。概念区分自体は BGB の成立以前から存在していたものの、ドイツにおける契約の分類概念の本質把握をめぐる議論については、ドイツ民法理論を整理したところエネクチェルスやラーレンツ（いずれも後掲）の時代でいったん固まったものと見受けられる。そして議論の流れを追っていくと、ドイツ民法典制

定期（1900年前後から1910年代）の学説にその萌芽をみることができる。そのため以下に示す通り、本稿では整理に当たっての時代区分として、① BGB 成立期（概ね BGB 成立（1900年）前後から1910年代）、② BGB 成立期以降（1920年代から1980年代）に分けて学説の流れを整理する。そして近時の文献を参照すると、現在では学説において契約の分類概念のうち特に双務契約のメルクマールに関してさらなる理論展開があったようである。これは近年刊行されている注釈文献の記述から推察されるため、これらを③近時の学説として整理する。

一 シュタムラー

シュタムラーは双務契約につき以下のように説明する⁽⁹⁾。双務契約においては二つの義務が、それぞれがそれぞれにとっての等価物 Äquivalent⁽¹⁰⁾であるという方法で対立し、そして約束と反対約束とが双方向的に発生し、条件付けられている。双務契約は当事者一方のみが義務を負う贈与や保証、相手方にも請求権がありうるに過ぎない委任などの片務契約とは異なるとする⁽¹¹⁾。

二 クローメ

双務契約と片務契約について、クローメは以下のように説明する⁽¹²⁾。まず一方の当事者のみが相手方に対して給付を与える契約は一方的 einseitig であり、各当事者が交換的にそのような給付を与える契約は双方向的 zweiseitig であるとする⁽¹³⁾（双方向的契約には不完全双務契約も含まれる⁽¹⁴⁾）。

そして双務契約の特殊性として、給付と反対給付とが特別な牽連関係にある点が指摘される。これは複数の給付のそれぞれが他方の給付のために引き受けられているということであり、この関係の結果として、一方当事者における違反は関連する義務それ自体に対して影響するのみならず、反対義務にも影響するという⁽¹⁵⁾。

次に有償契約と無償契約については以下のように説明している⁽¹⁶⁾。

クローメは、直接に財産的価値がある者の財産から他の者の財産へとくわえられることを出捐とし、この出捐の目的によって、有償契約と無償契約とが分類されるという。出捐の目的により有償（負担付、*oneros*）行為と寛大な（無償）行為が区別される。この区分は基本的であり、これによって経済的取引の行為を形成するグループと非経済的な行為を形成するグループに分類されるという⁽¹⁷⁾。そして出捐という概念にとって本質的であるのは、その出捐が原則として無償であるということ、すなわち出捐に対する等価 *Gegenwert*（等価物 *Äquivalent*）をあらわす反対給付なしに行われるということだけであるとする⁽¹⁸⁾。受領者に対して課される比較的些細な給付（負担）は、この概念を損なうことはなく、負担は出捐の付随的目的のみを形成するという。

三 ヴィントシャイト

ヴィントシャイトは双務契約と片務契約について以下のように述べる⁽¹⁹⁾。この分類は債務契約において特に重要で、給付交換を生じさせることに向けられる分類である。契約を締結している当事者のそれぞれは、その当事者が請求する権利を与えられている給付に関して彼の側で事故の給付において等価のものを与える義務を負っているというべきという。そしてこれらの契約は双方向契約 *zweiseitiger Vertrag*、より適切には交換的あるいは双務契約と呼ばれているとし、その例として売買と請負を挙げる。

他方でこの内容を持たない契約は片務契約であるが、片務契約はさらに二つの種類がありうるとする。第一にその契約が、権利を与える当事者に対して反対給付を義務付けないにもかかわらず、契約が別の方法でその当事者に義務を負わせることを排除しない契約でありその例が委任や使用貸借であるという。第二に契約が厳格に片務であり、その結果契約が権利を有する当事者に義務を負わせる余地を持たない契約がそれであるが、その例は消費貸借であるという。

有償契約と無償契約については、ヴィントシャイトは総則教科書に

おける法律行為に関する記述において、有償法律行為と無償法律行為という区分に言及する⁽²⁰⁾。ただしその分量は乏しく、「…法律行為は、法律行為がその付与に向けられる利益に対して出捐を課すのか否かに応じて、有償法律行為と無償法律行為に区別される」とするにとどまっている。

四 デルンブルク

デルンブルクは、双務契約と片務契約の分類について債務の概念から説明を始める⁽²¹⁾。債務はその最も単純な形式においては片務の債務であり、当事者の一方にのみ権利を与え、そして相手方にのみ義務を負わせるものであるとする⁽²²⁾。このようなもっとも単純な債務の形式の一つに、片務契約があるとする⁽²³⁾。そして双務契約については、たいいてい、債務契約は双務義務を根拠付け、その結果として各当事者が同時に債権者となり債務者となるとするが、この双務性 *Gegenseitigkeit* は不完全な双務と完全な双務があると指摘する。まず不完全双務については、不完全双務契約に基づいて、一方の当事者に主要な義務が生じる。その義務に相手方契約当事者の反対義務 *Gegenverpflichtung* が連結する。主たる義務はとりわけ取引の目的に奉仕するという⁽²⁴⁾。他方で完全双務とは、完全双務義務も同様に取引目的に奉仕するものであり、この義務は双務（いわゆるシナラグマ）契約、とりわけ売買、交換、使用賃貸借、雇用契約、そして請負から生じるとする。この種の取引のみ、BGBは双務取引と呼び、そしてこれらの取引を320条ないし327条の規定に服せしめている、と指摘する。なお、双方向取引 *zweiseitige Geschäfte* の本質として、同一の契約から双務義務 *gegenseitige Verbindlichkeiten* が生じるという点を挙げる⁽²⁵⁾。

また双務契約における各義務の構造についても言及する⁽²⁶⁾。デルンブルクによれば、双務契約における各当事者の義務の関係について歴史的には二通りの理解の仕方が展開されてきたという。第一に双方の義務の独立性を出発点とする説が挙げられている。これによれば二つ

の義務は確かに同一の契約にその成立原因を負っており、一方の義務が他方の義務と引き換えに交換される。しかしいったん成立すると、それぞれの反対義務はもう一方の反対義務とは無関係であり、かつ独立と考えるという。第二に反対義務は永続的に、統一的な債務関係の全体を形作る要素として妥当とする説を挙げる。このことは、身体における手足のように債権と反対債権とが互いに一体となっているといったように表現されてきた、とする。ただしデルンブルクによれば、いずれの説も問題があり、どちらの立場に立つせよもう一方の立場への歩み寄りが求められるとしている⁽²⁷⁾。

五 エルトマン

エルトマンは、双務契約と片務契約について以下のように説明する⁽²⁸⁾。まず債務契約はそこから生じる義務によって三つの種類に区分可能でありその第一が片務契約とする。この契約からは常に一方の当事者に権利が生じ、相手方当事者には義務が生じるとする（例として消費貸借、贈与を挙げる）。第二が不完全双務契約であるが、同契約においては、取引の主要目的の実現に奉仕する本質的な構成要素として当事者の一方に義務が生じる。そしてこれとともに場合によっては相手方の付随的義務も生じるとする（例として寄託、委任を挙げる）。第三が完全双務（シナラグラマ）契約であるが同契約からは常に、そして必然的に両当事者が権利を有し義務を負う。BGBはこの契約をただ第二章において「双務契約 gegenseitige Verträge」という概念としてのみ理解していると指摘する。なお、ある契約が双務契約となるためには給付義務のための条件あるいは法的原因という意味においてのみ反対給付が実施されるということが重要とする⁽²⁹⁾。

エルトマンは有償契約と無償契約（特に有償契約）という概念区分についてモノグラフィーを公表している⁽³⁰⁾。その中でエルトマンは対価 Entgelt の理解について当時のドイツ学説の中に双務契約＝有償契約と単純に図式化していた説があることを批判し、有償契約か無償契約か

によって民法典やその他の法律（破産法など）で特別扱いがなされる場合があることから、有償性概念について検討し明らかにする必要があることを指摘する⁽³¹⁾。エルトマンは、有償契約であるかどうかは対価（反対給付に対して給付がなされる）の存在によるとする⁽³²⁾。対価が存在するかどうかは個別事例ごとの判断を要するとする⁽³³⁾。

六 小 括

以上が BGB 成立期における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念に関する主な民法学説による説明である。双務契約と片務契約という概念区分については多くの学説が言及しており、特に双務契約の特徴について各契約当事者が負う義務の双方向性 *zweiseitig* や双務性 *gegenseitig* が特徴であるとされる点が多い。またそのことから同時履行の抗弁権など双務契約に特有の法理が生じると説明されている（BGB320条以下）。また、その後ドイツ民法学説において主流となってくる、各義務が等価物 *Äquivalent* として対立していることに言及するものもみられる（シュタムラー）。また、各当事者が義務を負うもののそれぞれの義務に双務の関係がないという不完全双務（双方向）契約という分類にも言及がみられる。

他方で有償契約と無償契約という概念区分については、双務契約と片務契約の場合とは異なって比較的説明が少ないように思われる。ただしエルトマンのように、有償契約と無償契約という区分に従って法律効果の分かれる規定が BGB やその他法律上にあることからこの概念区分の明確化・精緻化が必要であると指摘するものや、クローメのように有償契約と無償契約の概念区分を各当事者による出捐 *Zuwendung* の有無によるとし、さらに各当事者の出捐が互いに等価 *Gegenwert*（等価物 *Äquivalent*）を形成する場合には有償契約と定義するクローメのように、対価や等価という概念を有償契約と無償契約のメルクマールとしてむしろ用いるものもみられる。

IV BGB 成立期以降の学説

一 ヘック

ヘックはまず双務契約と片務契約の区分について以下のように説明する⁽³⁴⁾。すなわち債務を根拠付ける契約は目的とされた効果に応じて片務 *einseitige* 契約と双方向 *zweiseitige* 契約に区分される。そして双方向契約はさらに双務 *gegenseitige* 契約と不完全双方向契約に区分されるとする。なお普通法理論は同一の方法で双務契約 *contractus bilaterales* と片務契約 *contractus unilaterales* に区別をし、そして前者において完全 *aequale* 双務契約と不完全 *inaequale* 双務契約に区別するという。また、これらの分類にどのような具体的契約が属するかについては次のようにいう。「双務契約は取引生活において決定的に重要な役割を果たす。双務契約には最も頻繁に行われる取引が属している。売買、使用貸借、雇用契約、そして請負契約である。次のような契約は厳格な片務契約という必要がある。贈与約束、保証約束、そして独立の債務約束である。好意契約、使用貸借、無償寄託、そして委任は不完全双務契約に属している。消費貸借はたいてい、厳格な片務契約の例として説明されることがあるが不適切である。有償の、いわゆる利息付消費貸借は双務契約であり、売買や使用貸借と同様であることは明らかである。もっとも無利息消費貸借は好意契約のカテゴリーに属する」とする⁽³⁵⁾。そして双務契約における利益状況は、二つの給付義務が、一方の給付が相手方の給付に対する対価を形成するという因果関係、つまり交換関係にあるということによって特徴付けられるとする。ここでは契約締結者のそれぞれは、相手方の給付を受領するためにのみ自ら給付するという意思であり、「与えんがために与える」である⁽³⁶⁾。彼の給付が彼に課す出捐行為 *Opfer* によって、彼は彼に反対給付が与えられるという結果を目的としているという。そしてある契約が双務契約であるか否かは契約の客観的意味から明らかになる利益状況が決定的であるとする。

二 ファン・デン・デーレ

BGB 成立期以降、以下で整理するエネクチェルスやラーレンツのように対価や等価という概念でもって双務契約と片務契約という概念区分を説明するメルクマールとする学説がみられる。そのような中でファン・デン・デーレはこのようなメルクマールを設定することに疑問を呈している⁽³⁷⁾。すなわち等価性 Äquivalenz を双務契約の要素とし、さらにこれを主観的なものとするか客観的なものとするかで学説で議論があるとするが、いずれについても問題があると指摘するのである。ファン・デン・デーレは、これまでのドイツ民法学説（普通法学説も含む）は等価性という思想でもって双務契約と片務契約という概念区分を説明してきたが、そもそも双務契約の等価性とは何を意味するのか、との疑問を投げかける⁽³⁸⁾。そしてそれまでのドイツ民法学説や判例における等価性の理解を整理したうえで、その内容はそれほど豊かではないため別の基準を必要とするという⁽³⁹⁾。そして、何をもって「双務」の契約とするのかは契約の構造分析が重要とし、そのための分析視角として契約の原因や目的を挙げ、カウザ理論に依拠した理論展開を試みる⁽⁴⁰⁾。

三 エネクチェルス

エネクチェルスは双務契約と片務契約という分類について以下のように述べる⁽⁴¹⁾。「あらゆる取引は、契約概念が明らかにしているように成立において双務であり、双方向的な意思表示から構成されているという。それにもかかわらずローマ法を手本として双務（双方向）契約と片務契約とを区別するならば契約締結の方法ではなく、契約の効果を想定していることになる。双方向的に義務付ける契約あるいは一方にのみ義務を負わせる契約が想定されている。そして効果に関することでさえ、それぞれの契約当事者の責務である忠実義務 Treuepflicht を別とし、そして契約にその刻印付けを与えているような主たる義務を基準とする場合にのみ、区別がなされうることになる」とする。そ

して片務契約は一方当事者の義務のみを生じさせ、その例として現実消費貸借 *Handdarlehen* および贈与約束 *Schenkungsversprechen* があるという。

双務契約は両当事者に義務を生じさせるところ、ここでは他方で重要な区別を行う必要があるとする。それは①各義務が牽連関係にあり *in einem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit*、一方当事者の給付がその定められた通りの同価値のものを相手方当事者の給付に見出しているというべきである、というような関係にある場合であるとする⁽⁴²⁾。これに属する契約としては売買、使用貸借、雇用契約、請負契約があるとする。そして②各義務が、この必須の牽連関係なしにも契約から以下のように生じることがありうる。すなわち当事者の一方のみが概念的に必然的に義務を負う一方で、相手方当事者はただ特別な事情に基づいてのみ偶然に義務付けられるということである。不完全双務契約 (*contractus bilaterales inaequales*) とも呼ばれているとする⁽⁴³⁾。ここには、委任、無償寄託契約、使用貸借が属するとしている。

また、双務契約については交換型契約とも呼ぶことができ、売買や交換のほか、使用貸借、雇用契約、請負契約などのように、対価と引き換えでの権利利用 *Gebrauchsgewährungen*、仕事や役務の提供の場合、広義の意味で給付の交換と呼ぶことができる、とする⁽⁴⁴⁾。他方で双務契約すべてを交換型契約と呼ぶことは適切ではないが、それは組合契約においては給付の交換が行われなくてもかかわらず双務契約であるからとする⁽⁴⁵⁾。双務契約という概念に関してはただ、各当事者の給付が相手方の給付に対する対価として約束されているということのみが本質であり、そしてこのことは組合契約の場合にも当てはまるとする。その理由としてはそれぞれの組合員がその（共通の目的を促進するための）給付を義務付けられ、別の組合員もまた（同様の目的のための）給付を義務付けられるからである、とする。

そしてエネクチェルスは有償契約と無償契約については以下のように述べる⁽⁴⁶⁾。まず、相手方の財産を増加させる行為が出捐 *Zuwendung*

であるとする⁽⁴⁷⁾。そして出捐は大多数の場合において有償であり、当事者の意思によれば出捐に対する補償を形成するべきである対価と引き換えに、(先行する、同時の、あるいは事後的な) 給付と引き換えに利益を与えるものである(売買、使用賃貸借、雇用契約、利息付消費貸借)とする。これが客観的に、あるいはただ当事者の意見によってのみ、与えられる利益に等しいものとされるということは必要ではなく、当事者の意思によれば出捐の補償となるということ、したがってその対価であるというべきであろうということだけで足りるという。したがって売買は有償取引であり、錯誤によって、あるいはその必要があって意図的に物の真実の価値よりも低い価格で取引されるという場合でも変わらない、としている。

他方で無償行為あるいは好意 *lukrativ* 行為がその対をなすものを形成する(贈与、遺贈、無利息消費貸借)という⁽⁴⁸⁾。取引は、取得者に反対給付ではなく負担のみが課される場合には無償で形成される。そのほか、無償性という概念を用いているそれぞれの規定の下で、この呼称にどのような意義が認められるのかを特に検討する必要があるとする。

四 ラーレンツ

ラーレンツはまず双務契約について以下のように述べる⁽⁴⁹⁾。ラーレンツによれば双務契約とは当事者らが、彼らそれぞれの視点において、各当事者が彼ら自身の給付に対して彼らの価値評価によれば少なくとも同等の価値である反対給付、「等価物 *Äquivalent*」を受け取るという意味において互いに少なくとも同価値である給付を交換する契約である(=「与えんがために与える *do ut des*」)⁽⁵⁰⁾。各当事者が「文脈において」、つまり合意された反対給付に対して相手方の義務と解消不能の関係においてのみ義務を負うつもりである、ということの意味するという。また「双務」債務契約の存在を認めるためには、各当事者の給付が客観的基準で測定して互いに同価値であるという必要はない⁽⁵¹⁾。各当事者が相手方の給付において彼自身の給付に対する十分な対価であ

ると認めているということである。したがってその限りで各契約当事者の主観的判断が重要となるとする（「主観的等価性」）。

双務契約において決定的であるのは、各当事者がまさに反対給付を得るために給付義務を負う意図であるということである、とする⁽⁵²⁾。それゆえにあらゆる「双方に義務を負わせる」契約がすでに必然的に双務契約であるというわけではないとも指摘する。例えば委任の受諾によって受任者は委任の実施やそれによって取得したものを引き渡す義務を負い、委任者は費用賠償の義務を負うが、しかし費用賠償は受任者の労力に対する対価ではない、とする。「双務契約」は少なくとも各当事者の負う給付義務のうちいくつかのものが、一方の給付が当事者の意思によれば相手方の給付に対する反対給付、対価であるということによって互いに結び付けられているような義務を各当事者に負わせる契約であるとしている⁽⁵³⁾。

次に有償契約と無償契約については、総則教科書の法律行為に関する説明の一部において以下のように述べている。まず義務付け行為 *Verpflichtungsgeschäft* は、行為の内容によって一方の義務が相手方の義務に、当事者の評価によれば等価のもの、等価物 *Äquivalent* である反対給付として対立している場合、有償であるとする⁽⁵⁴⁾。これによれば義務付け行為は、行為内容になっている当事者の意思によれば反対給付が欠けているという場合には無償であるという。「双務契約」は少なくとも各当事者の負う給付義務のうちいくつかのものが、一方の給付が当事者の意思によれば相手方の給付に対する反対給付、対価であるということによって互いに結び付けられているような各当事者に義務を負わせる契約であるとする。

五 エッサー

エッサーは双務契約について以下のように説明する⁽⁵⁵⁾。双務契約とは、契約が給付の交換に奉仕している限りで、契約当事者のそれぞれがその給付を相手方の給付約束と引き換えに提供する契約である⁽⁵⁶⁾。

したがって契約を特徴付ける取引目的が反対給付の獲得に存在し、これを「シナラグマ」、BGB (320条以下) の言葉においては双務契約と呼ぶとする (= 「与えんがために与える do ut des」 という結びつき)。エッサーはこの結びつきから、成立上のシナラグマ (一方給付の原始的不能等の場合の他方給付の消滅)、機能上のシナラグマ (同時履行の抗弁) が生じるとしている。なお、各当事者が給付義務を負う契約すべてが双務 (シナラグマ) 契約となるわけではなく、一方の給付がまさに他方の給付にとって等価 Gegenwert であるという意味における交換関係が存在するかどうかを常に検討する必要がある、としている⁽⁵⁷⁾。

なおエッサーは、単著となる教科書であるその債務法第2版では、契約構造の紹介において双務契約に先立って有償契約について解説している⁽⁵⁸⁾。それによれば以下の通りである。「契約は動機付けによって区分され、利益の意図を伴う契約は有償契約であり、寛大さ Freigebigkeit を伴う契約は無償契約である」という。また、無償契約の場合には債務者の責任や注意義務が軽減されることがあることや、特殊な契約の解除や解約、終了原因があるとする。

六 小 括

以上が BGB 成立期以降の双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約という分類に関する主だった学説の整理である。注目できるのは、教科書類ではいずれの分類においてもメルクマールとして等価性や対価という概念が用いられるようになっているという点である (エネクチェルスやラーレンツに顕著)。つまり双務契約であるというためには各当事者が互いに交換的に給付するものが (主観的に) 等価であるという点について、各当事者が合意しているかどうか重要であるという理論である。また有償契約についても、各当事者の給付 (出捐) がそれぞれ相手の給付に対する等価 Gegenwert、対価として評価しうるかどうか重要であるとされている。こうした等価性や対価というメルクマールは日本の民法学説においても、例えば鳩山秀夫博士や我妻栄博

士の時代から用いられていることから、この時期のドイツ民法学説の影響が強かったと推測される⁽⁵⁹⁾。

ただし注目すべきはこうした等価性や対価といったメルクマールを用いることに対して、特にファン・デン・デーレが強い批判を投げかけている点である。彼によれば双務契約の概念把握のためには主観的なものとする場合であれ客観的なものとする場合であれ等価性という概念では十分でなく、いわゆるカウザ理論を用いた双務契約の構造把握が重要であるとしている。またファン・デン・デーレ自身はこのカウザ理論をフランス民法理論におけるいわゆるコース論と一致すると指摘する⁽⁶⁰⁾。

V 近時の学説

以上のように BGB 成立期からそれ以降の時期の学説の流れにおいて、ドイツでは双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の分類メルクマールとして等価性や対価という言葉が用いられるようになったと推察される。一方で近年刊行されている注釈文献等を見るに、エネクテルスやラーレンツの時代の学説からさらなる展開があったことが見受けられる。そこでこれらの注釈文献における記述をドイツ民法学説の最新の状況把握のために近時の学説として整理する。本稿ではドイツ学説の一般的な状況を把握するために、2020年前後に刊行されているいくつかの注釈文献を参照した。そこでの共通点として注目すべきであるのは、これまでドイツにおいて主流であったと目される等価性という概念が双務契約の分類メルクマールとして用いられることがなくなっているという点である。

一 エメリッヒ

エメリッヒによると、双務契約と片務契約の概念は以下のように説明されている⁽⁶¹⁾。まず、「片務契約はその契約に基づいて（主たる給付

義務の意味における) 義務が各当事者の一方に関してのみ生じるということによって特徴付けられる。…一方で双方向契約および双務契約はいわば、その契約から(常に主たる給付義務の意味における) 義務が双方の当事者に関して生じるということによって特徴付けられる。…それぞれの義務が交換関係にある場合、双務契約と呼ばれる。そうでない場合、ただ不完全双務契約の問題となり、この契約は双務契約とは反対に以下のことによって特徴付けられる。すなわち、一方の当事者がその給付義務を引き受けるが、ただし、そのために一反対給付として一相手方当事者の給付を受け取することを目的としてはいない、ということである」という。双務契約において各当事者が相手から反対給付を受けるためにその給付を引き受けている *do ut des* の関係が認められる契約であるという。ただしこのとき、それぞれの給付が客観的に、あるいは当事者の主観により等価物であるということはもはや要求されていないという⁽⁶²⁾。各当事者の給付が等価物を形成していないという場合でも問題はないが、特に価値関係が破綻しているような場合には BGB138条⁽⁶³⁾ による効力否定や BGB313条⁽⁶⁴⁾ の行為基礎の喪失の問題となるという。

二 シュヴァルツェ

シュヴァルツェにおいてもエメリッヒと同様の説明が見受けられる⁽⁶⁵⁾。すなわち「双務性は、二人もしくはそれ以上の当事者間に存在する、(給付) 義務の法的結びつきの特定の形態である。法的結びつきの特別性は、目的性 *Finalität* にある。一方の当事者が…相手方当事者のために給付義務を負うのは、相手方がそのような債務を負うからである」という。そしてこれまで主流であった各給付間の等価性という点については、双務契約において必須の要素ではないとされている。「交換的に互いに依存している給付義務の『等価性』(価値平等性) は『双務性』の要素ではない。BGB320条以下の意味における双務性は、給付義務の特定の法的な結びつきを指す一方で、等価性は給付義務の間の経済的

関係（価値関係）を指す。客観的に正しい価値関係、あるいは主観的にのみ正しい価値関係という意味における等価性は、双務契約の理念に属しているかもしれない。BGB320条以下の意味における双務契約という法概念には、等価性は属しない。給付義務と契約は、BGB320条以下の意味におけるその『双務的』性質を、給付義務が客観的に均衡していないというために、あるいは当事者によって均衡していないとみなされているというために失うということはない」、としている⁽⁶⁶⁾。そして当事者らがイメージした給付間の等価性が重大に損なわれることは行為基礎の喪失の問題として扱われうるといふ。

このように双務契約と片務契約とを分類するメルクマールとして目的、目的性という概念からの説明が見られる。一方で有償契約と無償契約の分類に関しては、等価性という概念が分類メルクマールとして依然として維持されているようである。シュヴァルツェによれば「等価性がないということは、契約の有償性を否定するしるしとしての意義を持つ…。問題となっている給付義務が完全に不均衡であり、そして当事者らによってもそのように格付けされている場合、当事者らが給付義務の交換的依存性にもかかわらず無償契約であることを出発点としているということが想定できる」とされている⁽⁶⁷⁾。

三 ウルバー

ウルバーにおいても、双務契約の概念区分において等価性という概念がもはや必要とはされていない⁽⁶⁸⁾。ウルバーは、「双務契約の場合、少なくとも個々の給付がそれぞれ相手方の給付を目的として約束され（do ut des）、そして永続的な牽連関係にある。一方の給付は相手方の給付に対する反対給付であることが明らかにされる。それぞれの給付は成立と存続とにおいて交換的に互いに結び付けられる」という。しかし、「引き受けられた義務の双務性は、それぞれの義務が客観的あるいは主観的観点において同価値であるということを前提としない。ある反対給付が合意される限りで、双務性を認めるに足りる」としている⁽⁶⁹⁾。

四 グリューネベルク

グリューネベルクも、「双務（完全双方向）契約の場合、各当事者の義務は互いに牽連関係にある。それぞれの契約当時母その給付義務を反対給付を目的として約束する。一方の給付義務は相手方の給付義務に対する対価である」とする⁽⁷⁰⁾。そして「双務契約にとって特徴的であるのは、各給付義務のシナラグマ的結びつきである…。すなわち「与えんがために与える do ut des」原則に基づいて生じる双方向的な目的結合である」とするが、他方で「各当事者の給付の主観的等価性は双務契約の必然的メルクマールではない。当事者らは契約自由の原則に基づいて、異なる価値を持つ給付を互いに交換することもできる」とする⁽⁷¹⁾。

五 小 括

以上のように近時の注釈文献から推察される双務契約と片務契約概念に関する現在のドイツ民法理論においては、双務契約と片務契約の分類メルクマールとして目的という概念が用いられ、当事者の負うそれぞれの給付義務が互いにその目的を形成しているから双務契約となるとされている。等価性や等価物というそれまで主流であったメルクマールについては、双務契約においては各当事者は通常それぞれの給付が等価値であることを前提としているという理解がみられるものの、そのことは双務契約であるための本質的なメルクマールではないとされている。ここでは、エネクチェルスやラーレンツらの時代にあって、等価性という考え方に批判的であったファン・デン・デーレの影響があるものと目される。

他方で等価性という概念が完全に放棄されたというわけではなく、このメルクマールは有償契約と無償契約の分類メルクマールとして用いられ続けているようである。

VI まとめ

以上がドイツ民法理論における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開である。

BGB 成立期におけるドイツの学説では、双務契約と片務契約のメルクマールと有償契約と無償契約のメルクマールについて、特に前者に関して当事者らの負う義務の双務性や双方向性の牽連関係とする考え方が見受けられた。他方でいずれの分類概念についても、その後主流となったと目される等価性という概念でメルクマールとする考え方もみられる。

BGB 成立期以降、特にエネクチェルスやラーレンツにおいて、双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の各概念の分類メルクマールとして、共通して等価性、対価という概念が用いられ始める。日本の民法学説においても鳩山博士や我妻博士がこれら契約の分類概念のメルクマールとして、等価性や対価という概念を用いているところ、この時期のドイツ民法学説の影響を受けたものと目され、その影響が今日まで残っているものと理解することができる。他方でファン・デン・デーレのように、等価性という概念で双務契約の特徴とし、分類のメルクマールとすることでは足りないとする批判があったことに注目できる。さらにファン・デン・デーレが提唱したのがいわゆるカウザ理論であり、この理論がフランス民法理論におけるいわゆるコース論に類似するとしている点が興味深い。また、日本民法における双務契約と片務契約概念、有償契約と無償契約概念の説明に関してはすでに指摘したように「対価」という概念が用いられているところ、この時期のドイツ民法学説の影響を強く受け、それが現在まで引き継がれていると目される。

以上のようにドイツ民法理論の展開において、等価性や対価という概念が双務契約と片務契約の分類においても有償契約と無償契約の分類においてもメルクマールとして設定されるに至ったと理解できるが、

近時においては特に双務契約と片務契約の分類メルクマールにさらなる変遷がみられる。そこでは双務契約においては当事者の負う各給付義務がそれぞれの給付義務の目的とされているとして、各給付が（当事者の主観的に）等価であるということは双務契約において必須ではないとされるに至っている。ここには、エネクチェルスやラーレンツの時代において等価性や対価という概念に批判的であったファン・デン・デーレの影響があったのではないであろうか。一方で有償契約と無償契約のメルクマールに関しては等価性という概念が用いられ続けている。ドイツ学説においては双務契約と片務契約の分類のメルクマールにつき現在に至るまでもさらなる理論展開がみられるところ、日本民法理論における契約の分類概念の意義を検討するにあたっても有意義な示唆を与えるものと思われる。

VII 結びに代えて

本稿では、日本における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の検討の前段階として、これらの契約の分類概念に関する日本民法学説に大きな影響を与えたと目されるドイツ民法理論の展開を整理した。本文中でも述べたように日本民法学説においては鳩山博士や我妻博士によって対価という概念が双務・片務、そして有償・無償の各契約の分類概念のメルクマールとされるに至り、それが今日まで受け継がれている。このような説明はBGB成立期以降、特にエネクチェルスやラーレンツにみられる説明であり、この時期のドイツ民法理論が日本民法学説の展開に強く影響したと目される。しかしドイツではその後さらなる発展があった。近時の文献では双務契約と片務契約の分類メルクマールとして、等価性や対価ではなく、目的という概念が用いられるようになっている点に注意が必要である。この背後にはファン・デン・デーレの提唱したカウザ理論による双務契約の分析があると目され、またファン・デン・デーレ自身が指摘してい

たようにフランス民法理論におけるコース論との関連もうかがわれる。ドイツにおける理論は今日でも発展しているところ、契約の分類概念について依然としてドイツの動向から示唆を得ることができるであろう。

また、日本民法の成立や学説の発展に大きな影響を与えたもう一つの存在であるフランス民法理論も見逃せない。フランス民法では条文中に双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約に関する規定が置かれているところ、フランス民法学説でもこうした契約の分類概念やそれらと結びつく解除などの法理に係る議論が展開されている。日本民法の成立と発展には仏独それぞれの民法典や民法理論がこれまで強く影響しているところ、双方の展開に注意しつつ研究を進めていくことが望ましいといえるであろう。

注

- (1) 本稿の基礎となっているのは、2022年6月4日に開催された第85回比較法学会におけるミニ・シンポジウムA「フランス法・ドイツ法の狭間で育った日本民法—契約概念の再考を中心に—」における筆者の報告「双務契約・片務契約概念と有償契約・無償契約概念」である。本稿は同報告のうちドイツ法部分をまとめ直し、いくつかの点を補充したものである。日本とフランスを含めた総合的な比較検討については別稿を予定している。なお上記ミニ・シンポジウムの報告要旨については比較法研究83号(2022)を参照されたい。
- (2) 旧民法財産編297条および298条である。各条文については井上正一『民法正義財産編第二部卷ノ壹〔復刻版〕』(信山社、1995)25頁-31頁を参照した。
- (3) 起草担当者である富井政章博士によれば「既成法典はフランス民法などにならって297条から303条まで合意の種類を列挙してある。これも学説にゆだねて少しも差し支えない。法典全体の規定から契約にこういう種類がある、またその種類分けをするについてという結果に違いがあるということは、法典全体の上から自ずから分かると思う。よってこの合意の種類に関する規定はことごとく削除した」とされる。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会、1984)645頁。
- (4) 教科書に関しては枚挙にいとまがないといえるが、差し当たって我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、1954)49頁以下、末川博『契約法上(総

論』(岩波書店、1958) 12頁以下を参照。また、松坂佐一『民法提要債権各論〔第4版〕』(有斐閣、1981) 7頁以下、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』(有斐閣、1994) 14頁以下がある。近年の教科書でも、中舎寛樹『債権法—契約総論・契約』(日本評論社、2018) 43頁、平野裕之『債権各論 I—契約法』(日本評論社、2018) 7頁以下、山野目章夫『民法概論4 債権各論』(有斐閣、2020) 11頁以下、近江幸治『民法講義 V 契約法〔第4版〕』(成文堂、2022) 23頁以下などが契約の分類について独立の項目を設けて解説をしている。一方で契約の分類について解説するための独立の項目を設けないが、契約の効力(同時履行の抗弁など)や個別の典型契約の記述に際して契約の分類に言及するという例もある。来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974) 8頁以下、18頁以下、三宅正男『契約法(総論)』(青林書院新社、1978) 57頁以下、鈴木禄弥『債権法講義四訂版』(創文社、2001) 276頁以下、375頁以下、野澤正充『契約法〔第3版〕』(日本評論社、2020) 60頁以下、113頁、潮見佳男『基本講義債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得〔第4版〕』(新世社、2022) 38頁、73頁などがそうである。また、代表的な論文として山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約概念」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) 58頁以下、於保不二雄「無償契約の特質」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) 75頁以下、広中俊雄「有償契約と無償契約」同『広中俊雄著作集2 契約法の理論と解釈』(創文社、1992) 1頁以下(初出:同「契約—有償契約と無償契約—」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座8巻』(有斐閣、1956) 35頁以下)がある。諾成契約という観点から双務契約と有償契約を論ずるものとして、川村泰啓『増補商品交換法の体系 I』(勁草書房、1982) 165頁以下や202頁以下を参照。

- (5) 中田裕康『契約法〔新版〕』(有斐閣、2021) 69-73頁を参照。
- (6) 中田教授は民法533条、536条、553条、破産法53条、民事再生法49条、会社更生法61条を挙げられる。同・前掲注(5)70頁。
- (7) *HKK/Sibylle Hofer*, Bd.3, 1.Tb., vor § 433 Rn.15, Rn.15 Fn.81; *Ludwig von der Pfordten*, Abhandlungen aus dem Pandekten=Recht, 1840, S.302 ff. なお、この点については拙稿「片務契約の終了:片務契約の法定解除をめぐる日独議論の比較を中心に」大東法学26巻1号(2016) 1頁以下(特に4頁以下)を参照されたい。
- (8) *Eduard Gans*, Über römisches Obligationenrecht, 1819, S.1ff.
- (9) *Rudolf Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S.84ff.
- (10) ドイツにおける双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の分類について説明をする際に、等価という言葉の意味する Äquivalent や Äquivalenz という単語が用いられることがある。本稿では Äquivalent

- については等価物、Äquivalenzについては等価性という訳を当てておく。
- (11) シュタムラーは双務契約につき、「双務契約の一般的かつ争いのないメルクマールとして、同契約においては二つの義務が、それぞれがそれぞれにとっての等価物 Äquivalent であるという方法で対立しているということ、そして約束と反対約束とが双方向的に発生し、条件付けられているということを前もって指摘しておいてよい」としつつ、使用貸借についてBGBは双務契約として扱っているとす。しかしこの点について詳細を述べていない。Ders., a.a.O. (Fn.9), S.85. なお、BGB598条は以下の通りである。BGB598条：「使用貸借契約によって、物の貸主は借主に対して物の使用を無償で認める義務を負う」。使用貸借に関してラーレンツは、使用貸借に基づいて貸主は貸借期間中「使用貸借借主に物の使用を無償で認めること」を義務付けられ (598条)、借主は物を注意深く扱うこと、契約により定められた使用以外の使用をしないこと (603条)、そして貸借期間の経過後に物を返還することを義務付けられる (604条) とする。使用貸借は契約の両当事者にとって義務を根拠付けるが、しかしこれらの義務は互いに対価あるいは双務の関係にはないとす。とりわけ返還義務は使用のための移転に対する対価ではなく、使用貸借の場合と同様に使用貸借関係の時間的限定から生じる清算義務である。したがって使用貸借は「双務」契約には属しないが、しかし「双方に義務付けをする契約 zweiseitig verpflichtender Vertrag」に属するという。Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2 Besonderer Teil, 1.Halbbd., 13.Aufl. 1986, S.293. 契約の分類に関するラーレンツの説については後掲本文を参照。なお BGB603条と BGB604条は以下の通り。BGB603条：使用貸借借主は貸借物を契約に適合する使用とは異なる方法で使用してはならない。借主は貸主の許可なく、物の使用を第三者にゆだねる権利を有しない。BGB604条1項：借主は貸借物を使用貸借のために定められた期間の経過後に返還する義務を負う。2項：期間の定めがない場合、借主は使用貸借の目的から明らかとなる使用をしたのちに物を返還しなければならない。貸主は、借主が使用をすることができたであろうというほど長い期間が経過する以前に物の返還を請求できる。3項：使用貸借の期間が定められておらず、目的からも推察できない場合、貸主は物をいつでも返還するように請求できる。4項：借主が物を第三者にゆだねた場合、貸主は使用貸借の終了に従い第三者に対しても返還を請求できる。5項：物の返還請求権の消滅時効は使用貸借の終了とともに開始する。BGB598条と603条については債務法改正前後で条文に変わりはないようである。BGB604条については債務法改正によって5項が追加されたようである。
- (12) Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 1902, S.164ff.
- (13) ドイツ民法理論における説明を見ると、双務契約を説明する際に、

zweiseitig と gegenseitig という言葉の使い分けがみられる。本稿では前者について双方向、後者について双務という訳を当てておく。

- (14) 不完全双務契約は特別な事情によってのみ、相手方当事者の（第二次的な）反対義務が成立する契約であり、ここでは取引にその性質を与える（そのために締結されている）義務に法的に並行して、相手方の付随的義務が存在するに過ぎないとする。なお、「不完全シナラグマ契約」という呼び方は不適切であるとする。クローメによれば、シナラグマとは交換を意味するギリシャ語であるが、不完全双務契約に分類される契約は委任、使用貸借、寄託であり、これらは交換を目的としていないからであるという。Crome, a.a.O. (Fn.12), S.165 Fn.2.
- (15) なお、クローメは双務契約の構造について、給付間に牽連関係があり、それぞれの給付が引き受けられている「二つの債務関係が一つの契約によって結ばれている」と表現する。Crome, a.a.O. (Fn.12), S.169.
- (16) Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 1900, S.323ff.
- (17) 非経済的行為には贈与や死因処分（相続など）が含まれるとする。Crome, a.a.O. (Fn.16), S.330.
- (18) なおクローメは、出捐の目的は主観的側面と同時に客観的な側面もあるとする。主観的な側面は出捐を主として実施するという出捐者にとっての決定原因であるとする。客観的な側面につき、目的は出捐者の意図に従って実現されるというべきという点で、目的が客観的に実現されない場合にはその法律原因に影響するという。Crome, a.a.O. (Fn.16), S.330.
- (19) Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 9.Aufl. 1906, 318.
- (20) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1, 7.Aufl. 1891, S.169f. 時代はかなり進むが、Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 4.Aufl. 1992, S.135も単に有償の出捐行為と無償の出捐行為があるとするのみである。
- (21) Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd.2, 1.Abt., 4.Aufl. 1909, S.236ff.
- (22) デルンブルクにおいては、双務「契約」Vertag という表現だけでなく、双務債務 Obligation、双務義務 Verpflichtung、さらには双務取引 Geschäft という表現も用いられている。
- (23) デルンブルクは、当事者の一方のみが債務を負う場面として、不法行為に基づく債務やこれに類する義務、そして不当利得から生じる義務、一方にのみ義務を負わせる債務契約に基づく義務（消費貸借、保証、債務約束）を挙げる。
- (24) このように述べたうえで、デルンブルクは BGB662条と669条の条文を挙げている。各条文は以下の通りである。BGB662条：委任の受諾に

よって、受任者は委任者から彼に委託された取引を委任者のために無償で実施することを義務付けられる。BGB669条：委任の実施のために必要となる費用のため、委任者は受任者に対して請求に応じて前払を給付する必要がある。いずれの規定も債務法改正前後で変わりはないようである。

(25) 双務義務についてデルンブルクは給付と反対給付が同一の人物らの間で交換されるということであると解説する。さらにこのことから、契約締結時に一方の給付が不能である場合の相手方の給付義務の消滅や、契約不履行の抗弁などが生じるとしている。*Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.237 Fn.2.

(26) *Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.238f.

(27) *Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.239.

(28) *Paul Oertmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, Bd.1, 1.Abt., 5.Auf. 1928, Vorb. zu §§ 320-327 S.261ff.

(29) ただしエルトマンは、これによって契約は有償契約となり得るが、双務契約ともなるわけではないという。この点については、「ある契約を双務契約として決定するためには、引き受けられた義務の両方向性 *Beiderseitigkeit* だけでは不十分である。むしろ各当事者の義務は確かにその客観的な価値関係、あるいはまた主観的なイメージによれば同価値、等価であるという必要はないが、しかしおそらくは、主観的に取引目的によれば補てんとするもの *Ausgleich* をあらわしているという必要がある」としている。*Oertmann*, a.a.O. (Fn.28), S.261f. エルトマンによれば、エルトマンの時代にあっては双務契約の概念を極めて広くとらえようとする見解や、反対に極めて狭くとらえようとした見解があるという。前者の例としてエルトマンはハイマン *Haymann* を挙げ、彼は反対給付さえあれば双務契約と認めるに足りるとしているという。後者についてエルトマンはコーラー *Kohler* やミュラー＝エルツバッハ *Müller=Erzbach* を挙げ、彼らは継続的債務関係を双務契約から除外しようとしているという。エルトマンはいずれについても十分な証明がなく、また行き過ぎた理論であると批判する。*Oertmann*, a.a.O. (Fn.28), S.262. なお、本文におけるエルトマンの学説は前掲注(28)の文献に掲載の記述によったが同書の初版 (*ders.*, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1899, Vorb. zu §§ 320-7 S.67) でも同様の記述が見受けられる。しかし本注で扱った双務契約の判断基準に関する記述は初版では見られない。そのため版を重ねていく中で追加されていったものと目される。そうすると、本注で紹介した記述の記載されている前掲注(28)の文献が第5版であり、出版年が1928年であることから、BGB 成立期の学説状況とそれにまつわる議論を経たエルトマンの見解として位置付けることができるであろう。

(30) *Paul Oertmann*, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912. なおこのエルトマンのモノグラフィーについては嘩道文芸「有償行為ヲ論ス」京都法学会雑誌10

卷8号(1915)1頁以下も参照。

- (31) *Oertmann*, a.a.O. (Fn.30), S.2ff.
- (32) *Oertmann*, a.a.O. (Fn.30), S.50f.
- (33) なお有償契約と無償契約の概念区分について、出捐 *Zuwendung* の有償性、無償性との関連で論じるものとして *Andreas von Thur*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd.2, 2.Hälfte, 1918, S.136ff. がある。
- (34) *Philipp Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929, S.126f.
- (35) *Heck*, a.a.O. (Fn.34), S.126.
- (36) *Heck*, a.a.O. (Fn.34), S.126f. なお不完全双務契約の場合、この因果関係が欠けるとする。
- (37) *Wolfgang van den Daele*, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, 1968.
- (38) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.2.
- (39) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.3-14.
- (40) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.15f. ファン・デン・デーレはカウザ理論につき、フランス民法におけるコーズ理論との一致を指摘する(ファン・デン・デーレはドマ *Domat* を挙げている)。フランス民法への視点も見受けられる点で興味深い。
- (41) *Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15.Bearb. 1958, S.138ff.
- (42) ただしエネクチェルスは、対価として約束された給付が客観的に同価値であるとされていること、すなわち実際の等価物であるとされていることは必要ないとし、いわゆる主観的等価性があれば双務契約を認めるに足りるとする。*Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.138.
- (43) *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.138f.
- (44) *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.139.
- (45) BGBにおける組合契約 *Gesellschaft* の冒頭規定である BGB705条は以下のような規定である。BGB705条：組合契約によって、組合員は双務に *gegenseitig* 共通の目的の達成を契約によって定められた方法で促進すること、とりわけ合意された出資を給付することを義務付けられる。組合契約の双務契約性に関してはドイツでは争いがある(この点については後掲注(66)も参照)。なお、組合契約に関しては現在ドイツにおいて改正論議が進行中であり、705条の改正案においては条文中から *gegenseitig* という文言が削除されている。改正案は以下の通り。新705条1項：組合は、共同の目的の達成を契約によって定められている方法において促進することを組合員に義務付ける組合契約の締結によって設立される。2項：組合が組合員の共通の意思によって法取引に参加することとされる場合(権利能力ある組合)、組合は自ら権利を取得し、義務を負うことができ、あるいは組合は組合員らの権利関係の形成のために組合員らに対して互いに奉

仕することができる（権利能力なき組合）。この改正案は、2021年3月17日付の連邦議会文書（BT-Drs.19/27635）における連邦政府の法律草案による（新705条の条文案は同文書14頁に記載）。

- (46) *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbbd., 15.Aufl. 1960, S.912ff.
- (47) *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn.46), S.913. また出捐は例えば、所有権の移転、その他物権の移転や設定、債権の譲渡、他人のための債権の設定 Begründung、債務免除、他人の物に存在する物権の放棄、あるいは財産減少の回避によっても行われうる、とする。
- (48) *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn.46), S.914.
- (49) *Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.1 Allgemeiner Teil, 14.Aufl. 1987, S.202ff.
- (50) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.202.
- (51) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.203.
- (52) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.203f.
- (53) なおラーレンツは双務契約に対して片務契約がどのような契約であるのかについては特段言及していないようである。
- (54) *Karl Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7.Aufl. 1989, S.330ff. ラーレンツは法律行為の枠内で有償と無償の分類について言及しているためか、契約ではなく行為 Geschäft と述べている。ヴォルフの補訂版においても、ほぼ同様の内容となっている。*Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl. 2004, S.423f. また、債務法各則教科書における贈与に関する説明において無償性要件に言及がなされている。それによれば「出捐は最終的に、その無償性に関する各当事者の合意に基づいて行われる必要がある。それゆえに、出捐をする者が実際に対価 Entgelt、等価 Gegenwert を受領しないということでは足りず、むしろ出捐者の意思と受領者の意思とが認識可能なかたちで、給付が債務の履行でもなく、反対給付を受け、取得し、あるいは受領者に反対給付を義務付けるという目的でなされたのではないという内容となっている必要がある」という。*Larenz*, a.a.O. (Fn.11), S.198.
- (55) *Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht Bd.1, Allgemeiner Teil, 6.Aufl. 1984, S.187ff.
- (56) *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn.55), S.187.
- (57) *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn.55), S.188f. 「例としてこの種の双方向的関係は、委任の場合には存在しない。すなわち受任者はその費用の償還を請求してよい（670条）が、他方で受任者は委任を履行し（662条）、また事務処理によって得たものを引き渡す必要がある（667条）。しかし費用の償還はすでに662条から明らかであるように、給付の対象である活動に対

する『対価 Entgelt』ではない。そのような補完的な給付の結びつきが欠けていることから、320条以下の抗弁やその他の救済は問題とならない」とする。なお BGB667条および670条は以下の通り（662条については前掲注(24)を参照）。BGB667条：受任者は委任者に対し、彼が委任の実行のために受領したもの、そして彼が事務処理に基づいて取得したものすべてを引き渡す義務を負う。BGB670条：受任者が委任を実行する目的で、事情に従い必要とみなされてよい費用を支出した場合、委任者は賠償義務を負う。なお、いずれの条文も債務法改正前後で変わりはないようである。

(58) *Josef Esser, Schuldrecht, 2.Aufl. 1960, S.57ff.*

(59) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店、1924）9頁（双務契約）および11頁（有償契約）、我妻・前掲注(4)49頁（双務契約）および49-50頁（有償契約）。また、本文中でも指摘した通り中田裕康教授も対価という概念を用いて説明されている（同・前掲注(5)69頁以下）。なお注(1)で述べた通り、日本における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開については、フランス法の検討も含めて別稿を予定している。

(60) なお、岩川隆嗣准教授もファン・デン・デーレの理論に注目されている。同『双務契約の牽連性と担保の原理』（有斐閣、2020）101頁注262）。

(61) *MünchenerKommentar BGB/Volker Emmerich, 8.Aufl. 2019, vor § 320 Rn.2.*

(62) *MünchenerKommentar BGB/Emmerich, a.a.O. (Fn.61), vor § 320 Rn.6.* なお、*Bamberger/Roth/Hau/Posack/Hubert Schmidt, Bd.1, 4.Aufl. 2019, § 320 Rn.4*も、双務契約においては各当事者がその義務を相手方の反対給付を受けるために引き受けるという点を指摘する。

(63) BGB138条は以下の通り。BGB138条1項：良俗に違反する法律行為は無効である。2項：とりわけ、それによってある者が相手方の窮状、経験不足、判断能力の欠如、あるいは相当な意思の弱さを利用して、自身あるいは第三者に対し、給付に対して極端な不釣り合いにある財産的利益を給付するための約束をさせ、あるいは保障させる場合、法律行為は無効である。

(64) BGB313条は以下の通り。BGB313条1項：契約の基礎となった諸事情が契約締結後に重大に変更され、そして当事者らがこの変更を予見していたならば契約を締結しなかったか、あるいは異なる内容で締結していたであろう場合、一方当事者にとって個別事例のあらゆる事情、とりわけ契約あるいは法律に基づくリスク配分を考慮して変更されない契約を維持することが期待不可能である限りで契約の改訂を求めることができる。2項：契約の基礎となった本質的なイメージが偽りであることが判明した場合、事情の変更に等しい。3項：契約の改訂が不能であるか、あるいは一方当事者にとって期待不能である場合、不利益を受ける当事者は契約を解

除することができる。継続的債務関係に関しては解約告知権が解除権に代わる。

- (65) *Staudinger/Roland Schwarze*, 2020, Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.5.
- (66) *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.7. また、双務契約を交換型（シナラゲマ）契約、つまり A が B に給付をし、B が A に給付をするという関係にある契約と理解することについては争いがあることが指摘されている。この点については特に組合契約の双務契約性を承認するかどうかは主に論じられている。組合契約において各組合員の負う出資義務は、組合員の間で交換されるわけではない。しかし BGB における組合契約の冒頭規定である BGB705条では文言上、出資義務が双務 *gegenseitig* の義務であるという点から、BGB 上組合契約は双務契約ではあるが交換を目的とする契約ではないこととなり、交換が双務契約の要素となるとは必ずしもいえないのではないかという疑問に端を発している議論のようである（BGB705条については前掲注(45)を参照されたい）。しかしこの問題については、当事者間で給付が交換されるわけではないが双務とされる（組合契約のような）契約において BGB320条以下の双務契約に関する規定が適用されうるかどうかという問題に集約されるところ、個別具体的な問題ごとに適用の可否などを問題とすれば足りるとされているようである。*Münchener Kommentar BGB/Emmerich*, a.a.O. (Fn.61), vor § 320 Rn.5; *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.6を参照。なお、*Bamberger/Roth/Hau/Posack/Schmidt*, a.a.O. (Fn.62), § 320 Rn.5は組合契約を BGB320条以下の適用下に置くことを肯定する。
- (67) *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.8. なおノイナーも有償契約と無償契約の分類メルクマールとして等価性の概念を挙げている。*Jörg Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.Aufl. 2020, § 29 Rn.82を参照。また、メディクス＝ローレンツによると有償契約は一方の当事者の給付義務に（たいていは金銭である）相手方の給付義務が存在する、とのみされている。そうではない無償契約においては債務者の責任制限という共通性があり、その根拠を利益原理にあるとしている。なおメディクス＝ローレンツは無償契約における債務者の責任制限の例として、BGB521条（贈与者の責任制限）、599条（使用貸借貸主の責任制限）、690条（無償受寄者の注意義務の軽減）を挙げている。この点については *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 18.Aufl. 2018, S.1f. を参照。メディクス＝ローレンツの列挙する各条文の訳は以下の通り。BGB521条：贈与者は故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。BGB599条：使用貸借貸主は故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。BGB690条：寄託が無償で引き受けられた場合、

受寄者は自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意のためにのみ責任を負う。これらの条文は債務法改正の前後で変わりはないようである。

- (68) *Erman/Daniel Ulber*, 16.Aufl. 2020, vor § 320 Rn.10.
 (69) *Erman/Ulber*, a.a.O. (Fn.68), vor § 320 Rn.15.
 (70) *Palandt/Christian Grüneberg*, BGB, 80.Aufl. 2021, Einf. v. § 320 Rn.5.
 (71) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn.70), Einf. v. § 320 Rn.8. ただし、グリュネベルクは当事者は典型的には各給付の価値が等しいことを出発点としていると指摘する。そのため給付の価値が等しいことは行為基礎(BGB313条)であり、各給付の価値に不均衡がある場合にはBGB138条やBGB313条の問題となるとする。そのほか一方当事者の給付の目的が相手方当事者の給付義務にあると説明するものとして *Bamberger/Roth/Hau/Posack/Schmidt*, a.a.O. (Fn.62), § 320 Rn.4; *Jauernig/Astrid Stadler*, BGB, 18.Aufl. 2021, § 311 Rn.12がある。本文でも指摘したようにBGB成立期以降の学説において、ファン・デン・デーレはエネクチェルスやラーレンツらに対し、等価性という概念で双務契約のメルクマールとすることを批判していたが、近時のドイツでも双務契約のメルクマールとして等価性という概念が用いられなくなった。本稿で参照したシュタウディンガーコンメンタールやミュンヘナーコンメンタールにおいてファン・デン・デーレの文献が引用されていることから、エネクチェルスやラーレンツの時代から現在に至る過程においてファン・デン・デーレの理論が学説において受け入れられていったものと予想される。この受容過程を跡付けていくことも重要であるが、これについては今後の課題としたい。