

履行不能規定についての一考察 (1)

河 原 格

- 一 はじめに
- 二 交換請求権と差額請求権
 - (1) 交換請求権と差額請求権との関係
 - (2) 交換請求権と売買契約
 - (3) 交換請求権と差額請求権との相異
- 三 法的拘束力
- 四 (以下続く)

一 はじめに

民法四一五条後段は債務者に履行不能があれば、債権者が解除するか否かに関わりなく、直ちに損害賠償を請求できるとするのに対し、五四三条の定める履行不能は債務者の履行不能に対し、債権者は解除して、さらに損

害賠償を請求できると定めている。

すると、この二つの履行不能の規定は同じ局面を規定しているのか、または異なった局面を規定しているのか、という疑問が生ずる。

(1) では同じ局面を規定しているとする、ではなぜ同じ局面を二つの規定で定めているのであろうかという疑問がさらにわく。

(2) 一方、異なる場面を規定しているとする、ではいかなる場面を規定しているのか、という疑問が残る。^①

前記二種の履行不能をどのように解釈するかであるが、これについて立法者の見解、例えば梅謙次郎博士によ^②ると、四一五条後段に関し、債務者の責に帰すべき履行不能であれば（たとえば債務者が故意または過失によって特定物を毀損した場合）、債務者に対し損害賠償をせねばならないとするのみで、両者の関係について述べていない。

次に現代の民法学者はいかに考えているかを探ってみよう。

星野博士は履行不能の場合には、「契約であれば解除が可能であり（民法五四三条）、解除して損害賠償を請求できるが（民法五四五三条三項）、解除しないでも、不可能なことを強制できないから、不可能になった債務は消滅し、この場合に、債権者が、解除しないでも、本来の給付に代わる損害賠償（金銭による（民法四一七条））。これを「填補賠償」と呼ぶ）を請求しうる、と解され^③」、「双務契約においては、自己の債務と損害賠償債権とを相殺すれば結果が同じとなることが多い（売主の債務が不能となった場合を考える）。従って、解除はそれほど意味を持たな

い」とする⁽⁴⁾。

平井宜雄教授は「損害賠償責任を生じさせる履行不能とは、債務者の「責ニ帰スヘキ事由」にもとづく履行不能である（四一五条後段）。損害賠償責任のほかに契約から生ずる債務の場合には解除の効果を生じさせる点が重要である（五四三条）。右の事由が存在しない場合には債務者は債務を免れる。」⁽⁵⁾にある通り、不能の場合には解除できるとしつつ、四一五条後段の規定の解釈問題については触れていない。ということは四一五条後段の独自性はないとしているのか。

三宅正男教授はドイツ民法での不能の解釈論を土台として、不能の場合には、反対債権が存続し、その場合、債権者は次の三つの選択権、つまり①不履行による損害賠償、②契約の解除、③反対債務は当然消滅したとの立場の中から選ぶことができ、第一の選択権である損害賠償の性質については、交換説、差額説の争いがある。不能となった当初の債務の履行に代わる損害賠償と、当初の反対債務とが存続する結果、この両者を交換する。が交換はせず、相殺することになり、結果は差額の賠償であり、交換説が結果において異なるのは、交換契約など二つの債務がいずれも金銭以外の給付を目的とする場合である。この場合、債権者は反対給付と交換に、履行に代わる損害賠償を受ける以外ないので、反対債務を免れるには、相殺か、解除を要すると論ずる。⁽⁶⁾ 売買契約では、自己の損害賠償請求権と自己の負う金銭債権とを相殺するという局面を規定するのが、四一五条後段であると考えるのであるから、この点に四一五条後段の意味を認める。つまり四一五条後段は交換請求権の働く場面と考える。

すると、疑問となるのは、四一五条後段と五四三条との関係をいかに位置づけるかである。

以下では、ラールブル⁽⁷⁾の見解を随時紹介しつつ、前記の疑問点について考察してみようとするのが本稿の目的である。

注

(1) 四一五条後段の規定する履行不能は、債務不履行一般の規定に對置して規定されているのではないと最近は有力に主張されている。その位置づけについてはここでは触れない。北川善太郎・契約責任の研究(一九六三)三〇〇頁以下。履行不能を前段の「履行ヲ為サルトキ」に含めることは無理があり、履行不能も同様に扱うことを明確にする意図から規定されたとされる(日本近代立法資料叢書三 三六三頁)、吉田邦彦・民法講座別卷二(一九九〇)九頁、辰巳直彦・契約責任の現代的諸相(上巻)(一九九六)所収八頁。

(2) 梅謙次郎・民法要義卷三 訂正増補24版(一九〇六)五六頁。梅博士によると、不能の場合、本旨不履行に關し、仕事の義務が消滅し、更に賠償の義務が生ずるのではないとされている(梅・民法 債權第一章総則 完(明治二九年)二〇九頁。同旨同・明三九年度第一學生講義録)。なお参考条文として旧民法財産編三八三条、三三八条、旧商法三三三条、三二五條、三二八條が上がつている。なお現行四一五條はボアソナード草案四〇三(一八八二、八三年、九一年)↓法律取調委員會民法草案四〇三(一八八八/二/二二)↓元老院議定民法草案財産編三八二↓旧民法財三八三(九〇/四/二一公布)↓法典調査會原案四〇九(一八九五/一/一八)↓同修正案四一四(同四/五)を経て現行四一五條となった(民法典百年Ⅲ参照。なお理由書では五四三條は五四一條で遲滞について解除權を認めたが、不能については認めていないので、特に本條で解除權を与えるとする。この場合、不能となった場合に債務はなぜ消滅するのの根拠が示されていない。

(3) 星野英一・民法概論Ⅲ(債權総論)(一九七八)四五頁。

(4) 星野英一・民法概論Ⅳ(契約)(一九八七)八二頁。

- (5) 平井宣雄・債権総論〔第2版〕（一九九四）六〇頁。
- (6) 三宅正男・契約法（一九七八）一四三頁。
- (7) Rahl, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, 1998.

二 交換請求権と差額請求権

(1) 交換請求権と差額請求権との関係

前述のように、四一五条は履行不能の場合に債権者は損害賠償を請求できると規定し、一方、五四三条は債権者は解除できると規定する結果（明らかに自己の反対債権が残っていることを前提とした規定でもある）、二つの不能規定を置いた意味はどこにあるかの疑問が生ずる。

ところで、オーストリア一般民法典（以下の条文は断わりのない限りオーストリア一般民法典の条文を示す）は、後発不能の場合、債権者に、次の二つの可能性を認める。つまり①不履行による損害賠償を債務者に請求するか、②契約を解除するかである（九二〇条）^①。なお解除した場合にも、日本民法と同じく不履行による損害賠償請求権を認める（九二一条）^②。

つまり、以下のように二つの損害賠償を請求する方法が規定されている。上院の報告によると、③の解除しない場合に不履行による損害賠償を請求することになるが、この場合、自己の反対給付義務が存続しつつ、不履行債務についての価値請求権がある。消滅した給付すべき物について債務者の負う損害賠償と引換え（交換）に、

債権者の契約内容の給付（売買契約では代金支払を指す）の交換がなされる（これがいわゆる交換請求権⁽⁴⁾である。たとえばAがBから自動車を買ひ、Bが引渡し前にその自動車をこわしてしまった。Aは代金を払い、Bに車の価値を損害賠償として請求することが考えられる）。

一方、債権者は解除により自己の反対給付を免れる可能性もある。しなかった自己の給付の価値は差引項目として考慮される。この場合、損害賠償は不能になった給付の価値と自己の給付の価値との差（額）にある（これを差額請求権⁽⁵⁾という。たとえば前記の例にならって考えれば、Aは解除することになる。この場合にはAは、代金を払わず、払わなかった代金を超える自動車の価値を損害賠償として請求する。この場合、反対給付の価値から自己の給付価値を差し引かねばならない。従って債権者は自己の給付の客観的価値が債務者の客観的価値を上回る場合には、損害賠償を請求できないことになる⁽⁶⁾）。

債権者は債務者がその債務を遅滞すれば、債権者は債務者に履行を請求し、履行と並んで遅滞により生じた遅滞損害を請求できる。つまり契約内容を実現する可能性がある。このことは遅滞の場合だけでなく、給付が債務者の帰責事由によって不能となる場合にも、債権者が契約を維持する可能性がある。つまり債権者は自己の給付の履行と引換えに、反対給付の価値を主張する場合である。

前述した差額請求と交換請求との相異をオーストリアの学説と判例は受入れている⁽⁷⁾。

差額請求の立場にせよ、交換請求の立場にせよ、二つの考え方は、原則的に不履行による損害の内容は、常に債務者からの適切な履行が債権者にあったとすれば、あるであろう状態に債権者を置くことを目的としているわ

けなので、その点で二つの立場は一致する。つまり、差額請求と交換請求との共通点は、債権者が自己に発生した不利益に対する損害賠償を請求することである。⁽⁸⁾

では前記の共通点と反対に、差額請求と交換請求との相異点はどこにあるのか。⁽⁹⁾ 相異点があるとすると、その相異点は損害賠償請求にとっていかなる意味があるか、という問題でもある。

債権者が交換請求を主張すると、その場合の損害賠償の内容は、抽象的には、なされなかった給付価値である。この場合、債権者の意図した契約内容は実現され、損害賠償はなされなかった給付価値に代わる。一方、債権者は自己の給付をせねばならない。一方売買契約の場合の「交換請求権」の行使は、通常、損害賠償請求権と自己の代金支払いとを相殺することになる。

これに対し、差額請求では、解除により契約関係は債務法上、遡及的に無効とされる。これによって契約によって成立した第一の給付義務は消滅する。債権者に既給付分があれば、それは返還請求される。債権者はそれと並んで反対給付によって免れた自己の給付価値を上回る超過価値⁽¹⁰⁾ Mehrwertである損害賠償を主張できる。その結果、第二の請求権として、差額についての損害賠償請求権と不当利得に基づく自己の既給付内容の返還請求権とが、消滅した契約関係に代わって成立する。

前記のように、差額請求の前提は債務者の給付が債権者の給付価値を上回ることである。給付と反対給付との価値は個々に評価すべき算定項目である。損害賠償は算定した項目による差額にある。交換請求と異なり、相殺はない。残るのは差額についての損害賠償請求権のみである。

(2) 交換請求権と売買契約

前記の交換請求権の理論を売買契約に適用させると、交換請求により債権者は、債務者の反対給付が不能になった場合であっても、次のような方法で自己の契約内容を実現できる。解除した場合と異なり、債権者は自己の給付をするのと引換えに、債務者の反対給付の完全な価値を損害賠償として得ることにより、契約が履行されたら、得られたであろう利益を確保できる。一方、交換請求権を行使するのであるから、債権者は、債務者に給付する、つまり代金を払うことになる。

売買契約以外の契約の場合には、債権者は自己の給付の引受け手がない虞があると考える時にのみ、契約履行の過程で自己の給付を債務者にする利益を有する。この場合、解除するよりは、相手方と交換する。交換しないと、自己の給付に買い手が付かないという危険を負うからである。しかし、債権者の義務が売買契約の買主の負う金銭給付の場合には、この利益を得られる状況は債権者にありえない。金銭には、商品と異なり他に給付すれば、利益が得られるという有効な利用手段がないからである。この点で、買主は売主の給付すべき商品が滅失後は、交換請求の形で損害賠償を請求する理由(利益)がないことになる。買主が金銭を給付しない場合には、通説によれば、⁽¹⁾買主の履行不能とされない。買主が代金を払わなければ、売主に九一八条、九二一条の法的措置がある(交換請求を想定していない)。売主が交換請求を望めば、売主は買主に契約上の給付義務の履行(代金支払い)を要求することになる。このことは売主にとり交換請求では、全く債権内容が変更しない。その理由は第一の請求である代金支払いは金銭を内容とするからである。

結論として、ラールは売買契約の場合に、交換請求を行使することは、買主から見てもほとんど意味がないとする。⁽¹²⁾ 金銭債務者としての買主にとり、契約内容の履行を債務者に主張する利益がない。一方、解除すれば、滅失した反対給付の超過価値の差額請求権は差額が評価されれば、その限度で確保される。これに対し、双方が金銭給付でない場合には、交換請求権は十分意味を持つ。たとえば、交換契約を例にとれば、雌牛が羊と交換され、引渡し前に牛の死亡について牛の所有者に帰責事由があれば、羊の所有者は契約を解除でき、牛の超過価値を要求できる。だが、交換請求権を選んで牛の所有者に羊を引き渡せば、羊の所有者は牛の十分な価値を金銭で保持することができる。⁽¹³⁾

(3) 交換請求権と差額請求権との相異

前述の内容にも拘らず、交換請求権と差額請求権との相異についての、以下で記す内容は売買契約を中心とする。その理由は、①本稿では主として売買契約を出発点としていること、②交換請求権を主張する際に生ずる危険が売買契約の例から特に明らかにすることを目的とするからである。

(一) 異なった弁済期到来

買主が、売主の給付不能の際に交換請求権を選べば、互いに二つの同種の債権が対立する。つまり売主の負う損害賠償請求権と買主の負う代金債務とである。共に金銭債権であるから、相殺も可能である。予め売主、買主が相殺契約を結んでいる場合を除き、債権者からの一方的な相殺の意思表示の前提は、対立する二つの有効で同

種の債権の期限が共に到来していることである。この相殺の原則からは、債権者の給付の期限が未到来なら、交換請求の場合、相殺できないと考えられる。¹⁴⁾つまり買主が売主に対する自己の給付(代金支払)と引換えに損害賠償を請求し、代金支払の期限がそれよりも後になって到来する場合には、相殺できない。そのため、この場合目的物を引き渡さない売主は、買主に履行利益の全額(給付価値)を支払うことになる。そのため、売主は代金支払期日に初めて代金を手に入れることができる。

交換請求に対し、差額請求の場合には、買主が有効に解除することになるので、契約はすべて、従って期限到来の合意も解消することになる。買主は自己の給付価値を上回る反対給付の超過価値を差額として直ちに請求できる(期限未到来ならば、反対給付の価値を差し引かれるであろう)。

ラールは次の例を挙げて説明する。¹⁵⁾つまり、買主が売主の履行後、四週目に初めて払わねばならないとすると、数字上、代金から中間利息を差し引いて、この事実を考慮すると次のようになる。この点で、差額請求と交換請求とは区別される。交換請求で次の例を考える。たとえば、商品が二月一日に引き渡されるとする。買主は一カ月後に一〇〇、三三三シリリングの代金を払うと決めたとする。履行期前に売主が商品を有責に滅失させたので、買主が交換請求権を主張すると(九二〇条)、売主は滅失した商品の損害賠償責任を負わねばならない。買主のこの損害賠償請求に対し、売主は直ちに代金債権一〇〇、三三三シリリングで相殺できるとすると、買主に有利に、損害賠償請求権は、利息取得の喪失分、増加する。買主は、売主が契約通り商品を引き渡したとすれば、その時点で一〇〇、三三三シリリングを調達する必要はなく、一カ月後に初めて払うことになるので、一カ月も早く(現在

の相殺時に)買主は契約時より一カ月早く一〇〇、〇〇〇シリングを支払わねばなくなる。これは年四パーセントの利率で計算すると、一カ月では代金一〇〇、三三三シリングになる。一カ月の利息取得を買主に売主は喪失させたのであるから、この部分つまり買主の損害は、三三三シリング、つまり利息喪失分と考えられる。

これに対し差額請求では、相殺することができない。その理由としては、買主の解除は売主の契約上の代金支払請求権を消滅させるからである。残るのは、買主の有する反対給付がされれば得られたであろう超過価値請求権である。代金と商品の価値とは互いに算定項目としてのみ対立する。差額が契約上の代金支払い期日の一カ月前に請求されるので、買主側ではより高い契約上の合意価値一〇〇、三三三シリングでなく、中間利息分を控除した一〇〇、〇〇〇シリングと見積もられる。

(二) 自己の給付の超過価値

さらにラールの論ずるところによると、たとえば、AがBから一〇、〇〇〇円で花びん(だが事実花びんは八、〇〇〇円の価値しかない)を買ったが、Bは引渡し前に有責に花びんを割ったとすると次のようになる(交換請求権と差額請求権との相異を以下考える(給付されなかった反対給付の価値が買主自身の給付より少ない場合には、特に明らかでしかも、事情によっては買主にとり不利となることがわかる))。

交換請求権と差額請求権の構造の相異は、給付しなかった反対給付の価値が買主自身の給付より少なければ、特に明らかで、しかも事情によっては被害を受けた買主にとり不利となる(つまり買主は不利な取引を結んだことになる)。

この場合、買主が解除すれば、反対給付の超過価値がないので、差額請求はない。買主が代金を先履行していれば、買主は売主に不当利得に基づく返還請求ができる(九二一条)。解除権は買主にとり有利である。不利な契約を解消でき、買主が履行したとしたら、こうむる虞のある二、〇〇〇円の損失を免れることができる。これに対しAが契約を履行し、代金を払い、交換請求権を行使すると、反対給付の価値を入手することになる。代金と損害賠償の価値(八、〇〇〇円)は前記のように一致しないので、買主は一部を相殺し、その一部二、〇〇〇円は買主自身の負担となる。つまり残額二、〇〇〇円の代金支払義務は存続する。既に買主が代金全額を支払った場合には、AはBから給付されなかった商品の価値のみを売主に請求できるが、自己の既履行代金を請求できない。つまり相殺しても残る二、〇〇〇円は、売主より返還されないことになる。

(1) この買主にとり不利な交換請求権の構造上の結論をピスコ Pisko はすでに指摘していた。¹⁷⁾ 契約に忠実な買主は、有責な売主の物の毀滅により、不履行による損害賠償請求としてその価値を請求するとすれば、代金を超えた部分を更に払う義務を負うことになる。

(2) これに対し、このような状況は、殆どありえないと反論できる。買主は、解除でき、この状況では、買主はその利益状況を考慮することにより、交換請求を選択しないと考えられる。だがこの反論の前提は、①被害者が引渡しを受けなかった物の価値を明確に知っていることである。だが被害者が常に知っているとは限らない。

物の給付価値は、買主にとり選択時にそれほど、簡単に確認できない。②また買主は給付価値について、全く評価を誤る虞れがある。売買契約では、事実、交換請求権を行使する利益がないと相対化されると、この問題は交

換契約では却って重要である。交換契約では、評価が極めて難しく、特に債権者が毀滅した反対給付だけでなく、更に金銭でない自己の給付も評価せねばならない。Aが自己の豚とBの牛とを交換し、引渡し前に牛が死んだ場合、差額請求として牛の超過価値の賠償ではAの役に立たない。買主は交換価値請求権により豚を「換金」できる。理由としては、Aはこれにより豚の全価値を保持するからである。

すると、次に買主が交換請求権の要請に拘束されるのか、または自らが選択した交換請求を後で解除に切り換えることができるかの問題が生ずる。これに対する考察の一つの方法として、契約の拘束力について、遅滞と不能の場合の債権者の個々の選択の可能性を互いに比較することが必要であると考えられる。

注

- (1) オーストリア一般民法典九二〇条はわが国の民法四一五条後段と五四三条とを併せて規定するような法形式であり、損害賠償を請求するか、解除するかを選択を認める内容になっている。
- (2) 立法者は、BGBと異なり解除と損害賠償との併存を認めた。
- (3) Herrenhausbericht, S.168.
- (4) Koziol-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd II 1 A(2000) S.45.
- (5) Koziol-Welser, a.a.O.
- (6) Koziol-Welser, a.a.O.
- (7) 折衷説、いわゆる穩健な差額説では選択説が後に主張され、単に債権者に有利に制限された選択権になる。これによれば、本質的にどんな形で債務者が損害賠償を履行するかは債権者の自由である。債権者が交換請求を優先させると、債権者は自己の給付を履行し、損害賠償としてされなかった給付の価値を手に入れる。差額説を選ぶのであれば、

債務者から反対給付の超過価値を得る。債権者は遅滞の場合でも、不能の場合でも、この選択の可能性を持つ。債権者が債務者に自己の給付を既にした時だけ、交換説により損害賠償に限定される。

(8) Koziol/Welserによると、売買契約の場合、いずれの見解に立っても、結論は同じとする。Koziol/Welser, a.a. 0., S.235.

(10) Rabi, aa.0., SS.20ff.

(9) この前提は債権者になお超過価値があればの話である。なければ本文で述べたように自己の給付には別の引き受け手がないと考えざるをえない場合にだけ、契約履行の過程で自己の給付をする利益がある。つまりこの場合、債権者は解除をする代わりに、反対当事者に自己の給付をする。自己の給付をしないと、買い手がつかない虞れがあるからである。

(10) Rabi, aa.0., S.20.

(11) Medicus, AcP 188(1988), 493.

(12) Rabi, aa.0., S.20

(13) Rabi, aa.0

(14) Rabi, aa.0., S.21. この記述はわが国での法定相殺に関する無制限説、制限説の対立を度外視して議論している。

(15) Rabi, aa.0., S.22.

(16) Rabi, aa.0., S.22f.

(17) Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes. 1923 S.188.

三 法的拘束力

前述のように、交換請求権と差額請求権との差異を考える場合、交換請求権を行使すれば、債権者は超過価値の返還を請求できないと考えられる。つまり、その点で債権者は自己の権利行使に拘束されると考えられるから

である。すると、そこで債権者が解除した場合はどうか、履行請求した場合はどうかのそれぞれに応じて考えねばならない。次に以下ではそれぞれの手段をとった場合の債権者の利益状況を学説、判例を紹介しながら個別に考察することにする。

(一) 解 除

債権者は反対給付の遅滞の場合も、不能の場合も契約を解除できる。このような場合に債権者が解除した場合、解除の意思表示が債権者自身を拘束するかの問題について、オーストリアの学説・判例は次の点で一致する。⁽¹⁾

解除は形成権である。解除権を行使すると、契約関係は最終的に終了する。債権者は履行に切り換えることはできず、履行請求権は解除により消滅するので、以後債権者は履行請求できない。

(二) 履行請求

前記の解除した場合に対し、債権者が債務者に履行請求した場合はどうか。

給付が可能で、債権者が更に履行を主張するとしても、学説・判例によれば、⁽²⁾債権者は解除権を失わない。

九一八条の二者択一は九〇六条の意味での選択債務とは理解されない。債務者の遅滞が続く限り、債権者は解除を主張できる。

履行の訴えがいかなる効果を有するかについて学説は分かれている。ピスコは債権者は受領の必要な一方的な表示により解除権を放棄できると主張する。⁽³⁾つまり履行請求の訴え提起が解除権の放棄である。だがピスコと異なり、グシュニツァーは、債務者が判決通り履行期を守らなければ、債権者は解除権をまた取得する。⁽⁴⁾これに対

し、ピスコは、一旦履行を請求した債権者は、債務者に継続的履行障害があるので解除できる(九二〇条)。給付が訴え提起後初めて、または訴え前に不能ならば、解除権は債権者に帰属する。既に引渡しを求める訴えを得た時でも、解除権は債権者に帰属する。解除権者自身が給付の毀滅、本質的悪化、譲渡またはその他の不能に帰責事由がある時のみ、解除権は消滅するとする。⁽⁵⁾

OGHは最終的に六〇年代、このような学説の不確実な状況を、次のように判断して決着をつけた。OGHは、前記のグシュニツァーとピスコの考え方とは反対に、履行請求の訴えは解除権の放棄ではないと判決した。⁽⁶⁾つまり履行請求の訴えは高度の催告とされ、正に催告のように、相手に履行を求めるという目的を追及する。被告が契約を全く履行できない、または履行しようとせず、しかも差押も極めて時間がかかると係争中に確信した場合、契約に忠実な一方が、なぜ履行を求めて金のかかる法律上の争いを数年間判決に至るまでせざるをえないかは、理解できない。履行のために用意すべき商品が、時の経過により価値を失う場合、債権者に、法律上の争いをすることを期待できない。つまり解除権を行使できることをOGHは認める。

ビデュリンスキーBydylinskiは、前記のOGH判決に賛成し、OGHの見解を以下のように展開させた。⁽⁷⁾債務者の給付(代金支払)の性質が解除により変わらない場合(代金支払に対する売主の損害賠償)だけでなく、債務者が商品の代わりに金銭で賠償せねばならない場合(売主が商品を引き渡さない場合)も、OGHの議論があてはまる。遅滞中の債務者が、給付の対象が債務者の解除により変わすることを訴え前に常に考慮せねばならない場合、なぜ履行に固執するとの信頼が訴え提起により保護すべきかは理解しがたい。九一八条もこれを全く要求せ

ず、両者を同時に主張できないと規定するにすぎない。そうでなければ、法は裁判外と裁判内での履行請求を異なつて扱うことの根拠を示さない。

特にライシャウア Reischauer も前記見解に賛成する。⁽⁸⁾ 債権者は訴訟中だけでなく、差押中(E O 三八六により開始した差押手続の継続を放棄)も解除できる。これは履行拒絶、不能、長期の差押を要件としないとする。

(三) 交換請求権

債権者が交換請求を要求した場合、その要求にどれ位拘束されるかの問題については余り論じられていない。ライシャウアは債務者が交換利益を給付しなければ、債権者は解除できる(九一八条)と主張する。⁽⁹⁾ ピスコとグシュニッアーのみは解除と交換請求権を同じに扱う立場に立つ。⁽¹⁰⁾ 債権者のこれに関する選択権は、明示または選択できる権利の中の一つを主張することにより、もう一方は消滅する。つまり債権者が交換請求権を主張すれば、債権者は九二一条、一四四七条を援用しても契約を解除できない。これによりピスコとグシュニッアーの両者は出発点の時の結論をとることとなる。つまり給付物の毀滅につき責のある債務者は、交換請求を求める債権者から自己の与えねばならない以上の物を受け取ることとなる(以下続く)。

注

- (1) OGH in JBl 1975, 34.Pisko in Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1.A(1938) Bd II/2(1934) 479.
- (2) OGH in JBl 1964, 367.Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I,

2.A(1990)Rz 4 zu § 918.

- (3) Pisko, a.a. 0
- (4) Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 4/2 2.A(1968), 460.
- (5) Pisko, a.a. 0
- (6) JBl 1964, 367.
- (7) JBl 1964, 367(Bydlinki).
- (8) Reischauer, a.a. 0.
- (9) Reischauer, a.a. 0., Rz 13 zu § 920.
- (10) Pisko, a.a. 0., 500; Gschnitzer, a.a. 0., 486.