

スイス債務法総則編の改正(1)

半 田 吉 信

目次

- 1 はじめに
- 2 前 史
- 3 改正の目的と趣旨
- 4 改正作業の経緯
- 5 2020年草案の概要（以上本号）
- 6 2020年草案（以下次号）
- 7 結 び

1 はじめに

スイスは、民法の分野の制定法としては、民法典と債務法典という二つの独立した法典を有する。このような民法の分類方法は、同じヨーロッパ大陸でスイス法よりも大きな影響力を有するフランス法やドイツ法とは異なる立場をとったものであるが、2013年にこのスイスで債務法典全体の改正を見据えた、スイス債務法総則編の改正草案が公にされた。同法案は、2020年をめどに制定法とすることが予定されている⁽¹⁾。

これまでわが国では、スイスの法律はドイツ、フランスの法制の影に隠れてあまり問題とされてこなかった。家族法の分野では松倉教授による精力的なスイス法の紹介、検討がなされてきたが⁽²⁾、財産法の分野では法体系の違いもあってか、スイス法に関する研究は乏しい。しかし、現在ヨーロッパ、アジアを通じて民法の改革の気運が熟していることは周知の通りであり、わが国では2009年に債権法改正提案が、2013年2月には中間試案が公表され、今年度中（2014年）には仮案の公表が予定されている。わが国の民法典は、ドイツ式のパンデクテンの体系を採用したが、ルール6割程度はフランス民法に由来するといわれる。2009年の改正提案では英米法的なルールの導入の傾向が強いようにみえたが、2013年の中間試案ではその傾向が弱まっているように感じられ

る。スイス債務法の改正草案では、伝統的なスイス法の体系を維持したうえで、その後の民法学の成果、判例の発展を踏まえてかなり大規模な改定がなされる。それらの改正点の幾つかは、わが国の債権法改正の論点と共通なものであり、また改正の論点となっていなくても、わが国の判例、学説上議論の対象となっていて、紹介、検討の対象とすることが適切と考えられる。本稿はこのような考え方の下に企図された。

スイス債務法総則編改正草案の起草担当者の説明によれば、本改正草案の起草の目的は、20世紀の経過の中で失われた法の見通しの良さを回復し、求められる規範の発見を容易にすることであり、強行法の割合を増加したり、現存の権利、義務を体系的に新たに組み替えたりするというものではない。スイス債務法の総則編は、スイス法の体系のために重要な意味を持っているが、この100年以上同総則編が社会の現状に合っているかどうかの議論はなされなかった。この間の時間を越えて形成されてきた法的形象は法文には反映されていない。スイス債務法には法の欠缺（例えば、継続的契約の告知ルール、失効の原則、事情変更の原則など）がある。規定の中には今日のみからみて詳しすぎるもの、余計であるものもあり、他方では矛盾しているものもある。判例、学説はかような欠缺を埋めようとしたが、十分なものとはなっていない⁽³⁾。

起草者はスイス債務法総則編の全体の改正を行うとの立場である。そのためにスイスのすべての大学の法学部から23名が集められ、現行スイス債務法総則編（1条～183条）の規定を5年間検討した。彼らは、体系的に同法総則編とそれに関する判例を照合し、獲得された学識に基づきかつ多様な比較法的資料を顧慮して現行法の伝統にしばられた草案を作成した。標語は、証明されたものは保持されるべきであるが、新しいことにも道が開かれるべきであるというものである⁽⁴⁾。

関係する研究者はスイスの様々な文化圏および思考伝統のある地域から参集している。総てのスイスの大学、特にバーゼル、ベルン、フライブルク、ジュネーブ、ローザンヌ、ルツェルン、ノイシャテル、セント・ガレンおよびチューリッヒの各大学で教えかつ研究している専門家が集まっている。彼らはその共同活動において、チューリッヒのユゲナンおよびヒルティの共同指導のもとにその計画を調整する若い研究者の小さなチームにより活発に支援された⁽⁵⁾。

本草案はすべての当該分野を包括するものであり、公式の立法手続を経る予定である。本草案は100年間にわたるスイス債務法への奉げものである。その目的は21世紀に適合するようなスイスの理念による置き換えである。本提案は、主権者がそれを望む場合には、現行スイス債務法総則編を変更するようになされる。本草案は制定過程においてその礎石の各々が交換、除去または追加されることにより直ちに變更されうる。検討グループはこの過程をあらかじめ述べるつもりはないし、述べることはできない。中心的な関心事はむしろ統一的な草案を提示することである⁽⁶⁾。

本草案は、それが立法化される前にも私人を契約締結時に支援することができる。本草案は、他のまだ国法となっていないモデル法と同様ソフトローとして私的自治の枠内で国際取引に適用されうる法として選択されうる（スイス連邦国際私法（IPRG）（1987年）116条1項）。本法案はまた様々な文脈で国内のまたは国際的な議論の基礎としてかつ比較法的教育のための観察の素材として役立つ。本草案は債務法の今日の状況の輪郭を描くための好素材でもある⁽⁷⁾。

本草案は四つの言語で作成されている。法文は同時にドイツ語とフランス語で起草された。7人の参加者がフランス語圏、16人の参加者がドイツ語圏の出身者である。イタリア語および英語の法文は後から作成された。作成された原案は全部で四つの言語による法文を含む。それに個々の参加者により執筆された個々の規定に関する解説が附加される⁽⁸⁾。

〈注〉

- (1) Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S.1 [Huguenin/Hilty].
- (2) 松倉耕作・スイス親子法—嫡出推定規定の展開—(千倉書房、1980年)、同・スイスの夫婦財産法(千倉書房、1977年)、同・概説スイス親子法(信山社、1995年)、同・スイス家族法・相続法(信山社、1995年)。
- (3) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 1-2 [Huguenin/Hilty].
- (4) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 2 [Huguenin/Hilty].
- (5) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 2-3 [Huguenin/Hilty].
- (6) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 3 [Huguenin/Hilty].
- (7) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 3 [Huguenin/Hilty].
- (8) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 3 [Huguenin/Hilty]. 本草案につき、www.or

2020.ch.特にwww.co2020.chが詳しい資料を提供する。

2 前 史

(1) 現行スイス債務法の構造

スイスの民法と債務法の分割は、19世紀半ばのブルンチュリのチューリッヒカントン法に由来する⁽¹⁾。同書では、民法の体系は、人法、家族法、物権法、債務法、相続法となっていたが、スイス民法（ZGB）の制定に際してその体系が維持されるとともに、物権法の前に相続法が移された。そのことによって債務法が独立の存在を取得した。現行スイス債務法（OR）は5つの編に分かれている：1 総則（1条～183条）、2 個々の契約関係（184条～551条）、3 商事会社と共同組合（552条～926条）、4 商業登記、商号および商業帳簿（927条～964条）、5 有価証券（965条～1186条）。第1編第1章は不法行為法を含む。契約法の視点からは第1編は総則と呼ばれる。第2編は各則である。事務管理に関する規定が第2編に属するのは、それが委任契約と関わりが深いことに基づいている⁽²⁾。

債務法総則は、債務の発生（第1章）、債務の効力（第2章）、債務の消滅（第3章）、債務における特別の関係（第4章）および債権譲渡および債務引受（第5章）に分けられる。第1章は、契約による発生（1条～40条）、不法行為による発生（41条～61条）および不当利得による発生（62条～67条）から成る。スイスの起草者が商法を債務法典に組み入れたのは、意図的なものというよりもむしろ私法全体の統一がまだ熟していなかったという政治的、時間的な事情のためである。客観的には商法典のみの統一は不可能であったであろう。そのため債務法と商法とが結びつけられることになった（1881/1883のOR）。それはその後においても維持された⁽³⁾。

(2) 旧債務法（aOR）の生成

1848年の憲法は、連邦に訴訟法、刑法におけると同様私法の分野でも立法権を与えなかった。しかし、連邦国家の創設後直ちに、法の分裂は耐え難いものと感じられるようになった。1862年に国民議会は連邦議会に共通商法典を導入すべきか否かを検討させた。連邦議会は、ベルン大学教授ヴァルター・ムン

ツィンガー（1830-1873）に予備作業を委託し、彼は1863年に草案を提出した。1863/1864年に委員会勧告がなされ、1864年には草案が公表された。1865年にはムンツィンガー草案の理由書が提出された。本草案は5編から成り、商法のみでなく、起草者等の固有の考えに基づいて契約法および売買契約法もまた含んでいた。1866年にはドレスデン草案（一般ドイツ債務法草案）が刊行された。1868年に諸州は、商法だけでなく、全債務法の統一を支持した。1871年にムンツィンガーは新たにドレスデン草案の影響を強く受けた草案を提出したが、ムンツィンガーの死後1873年にフィックチュールリッヒ大学教授がその作業を引き継いだ。私法および訴訟法のすべての部分の立法権限を連邦に付与する1872年の憲法改正案が挫折した後、1874年のその後認められた憲法は、すでに存在する予備作業に向けられ、商取引および動産取引に関するあらゆる法律関係（商法および手形法を含む債務法）に関する立法権を連邦に与えた⁽⁴⁾。何年にもわたる更なる作業の後1881年6月14日に完成された草案が承認され、1883年1月1日に債務法に関する連邦法として発効した⁽⁵⁾。

(3) 1911年のORの改正

古いORの制定時には存在していなかったスイス民法典（ZGB）（1907年、発効は1912年1月1日）の制定が古いORの改定の契機になった。その際に古いORの基礎は維持しつつ、修正が加えられた。その場合その間に公布されたドイツ民法典の影響がみられる。ZGBの編集者であるオイゲン・フーバー教授は、ZGBの草案完成後早くも1904年にORの改定に着手し、改定草案は同年ラングエンタールの委員会にかけられ、1905年には連邦議会での審議が開始された。そして専門家委員会での審議を経て、1909年にはより完成された形の草案が完成し、1911年には連邦議会を通過した（発効は1912年1月1日）。しかし、ORは連邦官報上は「スイス民法の補充に関する連邦法（第5部債務法）」となっている⁽⁶⁾。

民法典と債務法典の二本立てになったために、ルールをいずれの法典に規定するかも編纂の段階で議論されるが多かった。債務法総則編では、編集上の形式的な改定と並んでZGBへの条文の移転がなされた⁽⁷⁾。またZGBに倣って法文の欄外注が付加された。一連の個別の規定も新たに置かれた⁽⁸⁾。プーヒャーによれば、総体的になされた改定は疑問の余地がある。編集における不

注意⁽⁹⁾または内容上の誤り⁽¹⁰⁾と並んで、特に1911年の立法者がそれ自体として余計な近代化の装いを意図しているのか、それとも内容的な近代化を意図しているのかしばしば十分にはわからず、それが誤解を招いていることが疑われうる⁽¹¹⁾。これらの場合1881年のaORを参照することが有益な場合が少なくない⁽¹²⁾。

その後のスイス債務法総則編に属する規定の改正のうち主要なものとして以下のものがある：ネガティブオプションに関する規定（6 a 条、1990年追加（1991年発効））、電子署名に関する規定（13条、14条、2003年改正（2005年施行））、訪問販売に関する規定（40 a 条～40 c 条、1990年追加（1991年施行）、40 b 条 a 号および40 c 条は1993年改定（1994年施行））、撤回権に関する規定（40 d 条～40 f 条、1990年追加（1991年施行）、40 d 条、40 e 条は1993年改定（1994年施行））、動物による加害の場合の賠償額の算定（42条3項、2002年追加（2003年施行））、動物の死傷の場合の損害額の算定（43条1 bis項、2002年追加（2003年施行））、不正競争に関する規定（48条）の廃止（不正競争防止法（UWG）の制定に伴い1943年廃止（1945年施行））⁽¹³⁾、人格権侵害に関する新規定（49条）（1983年（1985年施行））、電子署名鍵の保持者の責任に関する規定（59 a 条、2003年追加（2005年施行））、共同生活当事者間の請求権の時効停止（134条1項3 bis号、2004年追加（2007年施行））、訴え却下の場合の追加期間に関する規定の（139条）削除（2008年（2011年施行））、労働契約における使用者の賃金の一部の留保規定（159条）の削除と323 a 条への移行（1971年（1972年施行））、資産または業務の承継に関する規定の合併法（2003年10月3日）の制定に基づく改正（181条4項、182条（削除））（2005年（2008年施行））。

〈注〉

- (1) J.C. Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für Kanton Zürich*, 1853-1855.
- (2) E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allg. Teil*, 2. Aufl., 1988, S. 9-10.
- (3) E. Bucher, aa.O., S. 11-12.
- (4) BV 64 Al. 1. 1898年の憲法改正はその後連邦に民法のその他の分野における包括的立法権を与え（BV 64 Al. 2）、それによってZGBの公布のための憲法上の基礎がつくられた。
- (5) E. Bucher, aa.O., S. 17.
- (6) Schöenberger, *Obligationenrecht Text-Ausgabe*, 30. Aufl., 1971, S. XXI-XXII.
- (7) 例えば、契約能力（一般的行為能力）に関する規定がaOR29条～35条からZGB12

条～19条に、動産担保権に関する規定がaOR199条～228条からZGB713条以下および884条以下に移された。

- (8) E. Bucher, a.a.O., S. 17.
- (9) 例えば、新たに挿入された贈与法（OR239条～252条）。
- (10) 例えば、新たに規定された1年という不当利得法上の時効（OR67条）。
- (11) Vgl. E. Bucher, ZSR 1983, S. 275–287.
- (12) E. Bucher, a.a.O., S. 20.
- (13) 今日では1986年12月19日制定のUWGが適用されている。

3 改正の目的と趣旨

(1) 改正の立法的目的

(a) 統一性

本節ではスイス債務法改正草案の起草者がどのような方針で新しい総則編の規定を作成しようとしているかを公刊されている資料に基づいて明らかにする。起草者は、規範内容とは切り離されない、従ってその限度で実体的な目的でもある三つの規範的な目的を企図している。それらは、①統一性、②明確さおよび短さおよび③法的安定である⁽¹⁾。

本草案は論理的な規範全体を形成し、内部的にも外部的にも摩擦のない規範の協働を保障する。これに対して現行スイス債務法は、部分的に内部からではなく、判例及び学説によってまとめられまたは補完されねばならない、不完全な、場合によっては矛盾さえもする重なりおよび部分から成っている⁽²⁾。この100年の間に全く部分的にのみ規定が改正された（本稿前頁参照）。それに対して書かれていない法ないし法曹法が成長している⁽³⁾。

統一性は理念的に三つの平面で存在する：ミクロの平面では概念が統一され、かつ相互に調整され、規範の重心が統括され、かつ欠缺が補充される。例えば、時効と失効という言葉が正確に用いられる。特に、失効という概念は明示的に導入される。同じものは常に同じものとして、同じでないものは常に同じでないものとして用いられる⁽⁴⁾。

次に、中間的レベルでは個々の形象および制度が体系的な指示ないし整理により相互に関係づけられる。例えば、時効ルールまたは連帯債務に関するルールは統一され、一か所にまとめられる⁽⁵⁾。中間的レベルでの整理の一つの事例

を支払不能になった契約の事例群もまた形成する。これらの場合遅かれ早かれ契約が発生上または履行上の瑕疵のために予定より早く終了することが明らかである。この場合全部または一部の清算が問題になり、草案は統一的な清算レジームを用意している(草案79条~84条)。この場合私的自治及び無効の領域の強行規範の保護目的がこの清算法を貫徹する。かくして他の規定の干渉や個々の規範の相互的な衝突はなくなる。さらに、現行法のあまりにも窮屈な交換契約(売買)に向けられた総則編の縛りも、草案が継続的契約を規定した限りで(144条~147条)、なくなった。かくしてこれは特に、現行法上しばしばスイス債務法各論からの不十分な類推が企図されねばならなかったすべての無名契約について適用されうる。中間的平面での整序のさらなる帰結は、体系的にそこに帰属する法的形象が現実的にもスイス債務法総則に位置づけられたことにある。それは特に、現行法上不当にもスイス債務法各論に位置づけられていたが、契約ではなく、不法行為(草案46条以下)や不当利得(草案64条以下)のように法定の債権が問題になる事務管理についてあてはまる⁽⁶⁾。

マクロの平面ではスイス債務法各論、スイス民法典、更なる法令との位置づけが問題となりうる(例えば、物権法、相続法、後見法、責任法、強制執行法、破産法との関係である)。本草案と境界を接する他の法分野との正確な対応関係は、当該専門分野の専門家により確認されている⁽⁷⁾。

統一性の特別の側面として、特別法が法典ではなく、特別法令の形で制定されることを考慮すべきである。それは特に数多くのかつ急速な変更に服し、それゆえに特別法で制定されるべき消費者法についてあてはまる。今日事実上少なからざる契約が消費者との間で結ばれているのだから、かような法律はスイス債務法と適当な方法で連携すべきである。本草案はこれを16条でなしている。この礎となる規範の任務は、一般契約法の中に消費者法の核となる内容を植え込むことである。本草案16条によれば、消費者が彼に提供される給付またはその危険を十分に検討しうることなく締結した消費者契約は撤回されうる。この撤回権を消費者は、その物の使用によっても(推断的に)放棄しえない。立法技術的に簡易かつ見通しの良い方法でEU(ヨーロッパ連合)適合性がこのように作り出されている⁽⁸⁾。

(b) 明確性と短さ

スイスの裁判官は比較的抽象的な規範や一般条項の扱いに慣れている。その

伝統および自明性から彼らには、最も小さな分枝にまで分化され、かつ総ての場合をあらかじめ定める規範は提示されない。その代わりに現行法の確証された単純性、明確性および短さが維持されるべきである。それは以下のことを意味する：言語は時代に適ったものであり、関係者がわかりやすいものでなければならぬ。したがって、維持された規範は、古い表現⁽⁹⁾についても批判的にチェックされる。これらは今日用いられている表現（例えば、angebracht（もたらされる）、verursacht（惹起される））に取って代わられる。不必要な総ての法文⁽¹⁰⁾または矛盾ないし欠陥として作用する総ての法文⁽¹¹⁾は放棄されるべきである。最後に、近隣諸国の立法様式ないしEUの技術的でほとんど理解しえない規範用語とは意識的に決別している。すでに現行法上スイスは、内容的に同じルールをはっきりとより簡単かつよくわかるように規定したことにより特徴づけられている。この美点は本草案により推進されている。例えば、本草案の一つの規定には、もはや三つの条項はなく、また一つの条項には一つの法文しかない⁽¹²⁾。

結論的に新草案は220条から成るが、現行法は183カ条から成る。しかし現行法の各々の条文は短くないものが多い。若干の法文は数と文字によって番号が割り振られている（例えば、ス債6 a条（ネガティブオプション）、40 a条以下（訪問販売））。新草案では過度に長い法文は比較的短い規定に分割された（例えば、履行の時期に関する新草案97条～100条）。欠落しておりまたは各論の中に含まれていた幾つかの規定のみが新たに付け加えられた（例えば、清算（新草案79条～84条）や事務管理（新草案73条～78条）⁽¹³⁾。

(c) 法的安定性

規定の欠缺は法的安定性を害する。従ってそれらは除去される。それらの除去のために判例によって展開された解決法が場合により用いられる。かくして新草案では、契約が状況の変更の場合に適合または解除され（新草案19条）または継続的契約が告知されうると規定される（新草案144条）。法の欠缺だけでなく繰り返されないし詳細にすぎる法規定もまた法的安定性を害する。それは今日簡単には理解できない給付障害法（現行ス債97条以下、119条）についてあてはまる。これは直感的に理解でき、法律効果によって導かれたモデル（新草案118条～134条）に取って代わられている。契約違反を受けた者は、法から違反に基づく効果を引き出しうるのでなければならぬ（代金減額、損害賠償

請求、契約解除など)。これに対して、素人は、例えば主観的不能が生じたのか、それとも客観的不能が生じたのかといった理論的な、現行法上もなお議論されている問題は解答し得ないに違いない。同じことは、現行法上時効期間が請求権の性質に依存する（契約に基づく請求権は10年または5年の時効、契約外の請求権は1年の時効）時効法についてもあてはまる。新草案は、原則としてすべての請求権を同じ期間の時効に服させる。例外となるのは、身体および環境損害のみである（新草案150条）⁽¹⁴⁾。

(2) 新草案の内部的目的

(a) はじめに

1911年のスイス債務法総則編のように新草案もまた私的自治の原則に服する。強行法規は、契約自由を上回るまたはそれと同じ価値として問題になる限りにおいて（公の利益、人格権など）のみ関与する。これらの原則は自由、平等、連帯性を適正な程度において相互に関わらせる。それらは国内居住者の福祉および我々の経済の継続的な成長のための条件である。任意法規は、デフォールトルールとして当事者が従来通りその契約をぎりぎりでも保持することができるようにするものである。以下には新草案がどのようにして現行法と比べて契約法の様々な利用者の出発点となる状況を改善しようとしているかが示される⁽¹⁵⁾。

(b) 市民と法律家

新草案は、他の私法典の編纂の場合よりも高い程度において市民の直接の関与を促進する。例えば、彼に約束された給付を取得する努力をする者は、新草案118条1項に述べられているものから、彼が行使しうる法的手段を選ぶ⁽¹⁶⁾。新草案118条2項は、次いで利用者に、彼がこれらの権利を原則として同時に主張しうることを明らかにする（法的救済のこのようなりストップを共通欧州売買法準則（CESL）も定めている。これらはもちろんすぐに再び引き裂かれる。それらは相互に分離して売買およびそれと結びついたサービス契約に関する章において再び見出されうる：CESL106条〔買主の救済手段概観〕、131条〔売り主の救済手段概観〕、155条〔顧客の救済手段〕および157条〔サービス提供者の救済手段〕。新草案123条以下は上記の請求権の各々を列挙している。それに対して現行法のもとでは適切な救済の探求は困難である。関連判例を知らなければ今日素人はほとんどその目的を達し得ない⁽¹⁷⁾。

現行スイス債務法は、それが契約ではないにもかかわらず、体系に反して事務管理を債務法各論に規定している。さらに清算に際して現行法上破綻した契約がどの程度契約法ルールにより、またどの程度契約外ルールにより解決されるべきなのか明らかでない。改正提案では契約法（草案1条～45条）、不法行為法（草案46条～63条）、不当利得法（草案64条～72条）に次いで事務管理法（草案73条～84条）及び清算に基づく法（草案79条～84条）が規定される。後者には契約が無効であり、または他の原因によりその効力が喪失した場合も含まれる（草案79条1項）⁽¹⁸⁾。

(c) 事業者と消費者

新提案は事業者契約と消費者契約への分化を避ける。しかし草案は、彼らに提供される給付を十分に検討することのできなかつた事業者対消費者契約を消費者が撤回しようといういかりとなる規範を包含する（草案16条以下）。それにより消費者契約法と契約法一般との理論的一貫性が作り出され、消費者が簡単な概観及び複雑でないアクセスを通じて法的安定性を獲得する。逆にそれによって特定の間人間関係（事業者対消費者）にのみ適用される規範から債務法を除去することに成功している。債務法はかくしてこれからは傾向として（一部）改訂にはあまり服さなくなるであろう。それが常に新しい不調和をもたらすことになるからである⁽¹⁹⁾。

(d) 内国人と外国人

スイス連邦国際私法（IPRG）116条1項によれば、国際的契約は当事者により選択された法に服する。その場合ソフトロー（国法としてまだ認められていない法）もまた問題となる。これは本草案が今日すでに選択されうることを意味する。法の選択がない場合、本草案は、それが国内で法となっている場合に初めて適用可能となる⁽²⁰⁾。

しかし、スイス債務法はスイス人である契約当事者に適用されるだけではない。2008年7月24日に効力を生じたEU規則（ローマI規則）3条2項は、EU加盟国の国民が国内法以外の法も選択しようと定める。ヨーロッパ法圏においても現代の一貫性ある債務法規としての本草案は、PECLやPICCと同様なソフトローとして関わりうる。本草案の起草者は、本草案が現行スイス債務法と同様仲裁裁判権の枠内で持続的に最も好ましい選択法規に属しうることもまた考慮に入れる。本草案の選択が仲裁裁判官の選択と結びつき、仲裁裁判所の所在

地がスイスにある場合、スイスのより一層の寄与が証明される⁽²¹⁾。

(3) ヨーロッパ法の文脈

(a) EU法

スイスはEUの加盟国でも、またヨーロッパ経済圏の一員でもない。両者はスイスに既存の共同体法を受け入れる義務を負わせるであろう。その代わりに進められた併行的な路線によってスイス債務法総則の草案はスイスとEUとの間の条約により作成されたものではない。法的には本草案にヨーロッパ共同体法ないしヨーロッパ私法から加えられた制限は最小限度である。もう一つの問題は、経済的な基礎または当地の政策が自治的な平準化をもたらすかどうかである。時折国境を越えた積極的な経済ないし消費者の保護のために平準化を進めることが提案される。EUが最も重要な取引相手だからである。この強いEUとの結びつきに基づいて、断片的にその発生が理解されるヨーロッパの契約法は、それゆえにスイスにとっても大きな意味を有する。併行的な路線をさらに辿るか、多元的な道を歩むか、それともいつかあるときに参加すらも選ぶかとは無関係に、スイスは今日すでに体系的にヨーロッパの法発展に取り組むことを助言されている。これはもちろんEU法が無批判に受け入れられることを意味するものではない。1993年のヨーロッパ経済圏への不参加表明の後でスイス議会は、当時の90個のEU法規 (Eurolex) から、スイス法規 (Swisslex) と呼ばれ、1994年に効力を生じた27個のEU法規を選択した。そのうちの4個は消費者契約法に分類されるものである (訪問行為における撤回権 (スイス債務法40 a 条以下)、消費者信用法、パック旅行法、製造物責任法)。しかし訪問行為における撤回権のみが直接スイス債務法総則に規定される⁽²²⁾。

その間にEUの撤回権はしばしば行われる通信販売 (特にインターネット取引) に拡大された⁽²³⁾。スイスがこの法発展を採り入れるかどうかはしばらく措く。従来EUでそうであったように、撤回権が数年間で徐々に拡大されるとしても、スイスにとって再三再四スイス債務法を後追いの形で変えることは意味がない。このために本草案の起草者は、事業者対消費者関係における消費者のために草案16条に一般的な撤回権を規定することに決した。かように礎となる規範が設けられ、簡略かつ概観的にすべての面を受け入れ、ダイナミックに組み立てられうる、なお一般化されるべき特別法の形で消費者に道が開かれた⁽²⁴⁾。

これに対して債務法一般に関しては、ヨーロッパ第二次法 (Sekundärrecht) はあまり展開していない。特に2011年の共通ヨーロッパ売買法草案は、盛んに議論されている。従って、本草案は現行EU法 (例えば、消費者法指令) だけでなく、一般的な議論および法制定作業によっても影響を受けた⁽²⁵⁾。

(b) ヨーロッパおよび国際債務法制定作業

EUの枠内で以前からありうる共通契約法の長所、短所についての広範な議論が展開された。この文脈で無数の比較法的研究がもたされた。これらの資料の多くは、公にアクセス可能であり、本草案起草者によって参照された。同じことはPECL、PICC、DCFR、ACQP (Acquis Principles) のようないわゆるソフトローについてもあてはまる⁽²⁶⁾。

(c) 本草案のための結論

スイスでは新規定や現行法の改定が汎ヨーロッパの文脈の相応な顧慮なしになされないという伝統がある。それは本草案に関する作業についてもあてはまる⁽²⁷⁾。

〈注〉

- (1) Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, S. 4 [Huguenin/Hilty].
- (2) 例えば、継続的契約の告知ルール、無効な、撤回されまたは告知された契約の清算、ス債64条 (不当利得返還義務の範囲) の目的論的演繹。
- (3) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 4 [Huguenin/Hilty].
- (4) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 4 [Huguenin/Hilty].
- (5) 現行法はス債60条、67条および127条~142条または50条以下、70条および143条~150条と分かれているが、草案では各々148条~161条または198条~208条になる。
- (6) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 4-5 [Huguenin/Hilty].
- (7) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 5 [Huguenin/Hilty].
- (8) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 6 [Huguenin/Hilty].
- (9) 例えば、tunlich (実行しうる)、erheischt (必要とされた)、An- und Draufgeld (手付金)。
- (10) 任意法規の場合は自明的であるが、現行法上時折みられる「異なった合意のない限り」、「異なった規定のない限り」という法文。
- (11) 例えば、現行ス債111条の欄外の注は、第三者のための責任の代わりに誤って第三者の負担における契約と述べる。
- (12) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 6-7 [Huguenin/Hilty].

- (13) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 7 [Huguenin/Hilty].
- (14) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 7-8 [Huguenin/Hilty].
- (15) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 7-8 [Huguenin/Hilty].
- (16) 自己の給付の留置 [a]、履行請求 [b]、相応の義務を自ら履行または履行させること [c]、自己の給付の減額 [d]、損害賠償 [e]、利息の請求 [f]、契約解除 [g]。
- (17) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 8-9 [Huguenin/Hilty].
- (18) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 9 [Huguenin/Hilty].
- (19) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 9-10 [Huguenin/Hilty].
- (20) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 10 [Huguenin/Hilty].
- (21) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 10 [Huguenin/Hilty].
- (22) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 10-11 [Huguenin/Hilty].
- (23) 2011/83/EU消費者信用指令9条1項、共通ヨーロッパ売買法草案40条、5(b)条。
- (24) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 11-12 [Huguenin/Hilty].
- (25) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 12 [Huguenin/Hilty].
- (26) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 12 [Huguenin/Hilty].
- (27) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 12 [Huguenin/Hilty].

4 改正作業の経緯

(1) はじめに

各国の法改正においてまたEUやユニドロワの法制定において、各々の法制定準則に従って法が改正、制定されることはいうまでもないことである。憲法の改正については事の性質上一般の法改正よりも厳格な手続要件が課されるのが通例であるが（日憲96条など）、民法など法律の改正、制定は、二院制をとっている国では両議院の出席議員の過半数の賛成を要するのが通例である。しかしここでの問題は、それ以前の法案が作成されるまでの経緯である。わが国の現在の債権法改正手続では、すでに公刊された資料によると、2006年10月に学界有志による研究会として組織された民法（債権法）改正検討委員会（あくまで学者を中心とする私的な研究会組織）が、2年半にわたる活動の結果2009年に債権法改正の基本方針をまとめ公表したが、債権法改正の必要性について検討に着手することを決めた法務省がこの検討委員会の活動に対して当初から大きな関心を寄せ、設立の段階から担当官が参加した。私的な研究会に法務省の立法担当官が加わることは珍しいことではない⁽¹⁾。これとは別に同様に

私的な民法改正研究会（代表加藤雅信）が組織され、約20名の民法研究者がこれに参加して発足したが、その後弁護士会、司法書士会、企業法務担当者、消費者団体等との懇談会を重ねて、2009年10月に民法改正国民・法曹・学界有志案が公表された⁽²⁾。後者は法務省の担当者は参加していない。またこちらの草案は現行民法の手直しに終わっている印象が強く、民法検討委員会案のように突っ込んだ本格的な現行法の見直し、検討は行われていない。その後のわが国の債権法改正作業は、検討委員会草案（2009年草案）に対する各界からの批判を受けた上での見直し、再検討の過程を経て2013年2月の中間試案の公表を見、さらにそれに対する各界からの批判を受けた見直し作業を行って今年（2014年）の仮案提出（予定）の動きにつながっている。

諸外国の立法過程を見てみると、ドイツでは1980年代にドイツの代表的な学者に債権法の各論点に関する鑑定意見の提出を委嘱し、1992年にはその成果を斟酌した上での最終意見書の公表がなされ⁽³⁾、その後はドイツの再統一もあってしばらく作業が中断したが、2000年になってから急に立法化が進み、幾つかの草案を経て2001年には立法化が実現した⁽⁴⁾。ドイツでは連邦政府ないし連邦司法省と学界とが手を携えて債権法改正を実現したという印象が強い。1980年代の債権法改正のための鑑定意見書の刊行は、ドイツ司法省がドイツの有力民法学者に委嘱したものであるし、1990年のドイツ再統一とともに債権法改正作業は一時中断されたが、2000年になってから司法省は立て続けに改正案を提出して立法化を急ぎ、それまでのBGBのルールを大きく変えることになる改正草案に対するドイツ民法学界の批判が巻き起こったときも指導的民法学者カナーリスの呼びかけでそれが抑えられたのである⁽⁵⁾。このようにドイツ政府が債権法改正を急いだのは、消費用品売買指令（1999年（2001年施行））、電子商取引指令（2000年（2002年施行））などのEC指令の国内施行を迫られたためである。フランスではカタラ草案（2005年）、司法省草案（2008年）、テレ草案（2013年）がこれまで出ているが、国家による資金援助がなされるとともに、パリ商工会議所や政府（民事および国璽局）の協力があつたことが述べられており⁽⁶⁾、官民一体となった取り組みが行われているということができよう。独仏を通じて学界の独自性が保たれている。これに対してPECL、DCFRは、EU各国を代表する法学者が中心になって作成されたものである。EUの性格上加盟各国の法務担当者は関与していない。ユニドロワという組織のもとで作成さ

れたPICCも同様である。これらのルールはいわゆるソフトローであって、拘束力をもたない。また作成に際しても各国の専門家から成るワーキンググループによって起草され、特定の商取引における利益代表者の間での交渉によって出来上がったものではない⁽⁷⁾。

翻ってスイスはどうであろうか。スイスの債務法改正草案の作成にあたっては、以下に述べるように、スイスの各大学の民法教授が中心になって分担して作業が行われた。そして本草案（2013年草案）を土台として議会に提出される最終草案が練られると思われる。スイスでは民法草案の作成にあたって法務官僚の影はほとんど感じられない。法案作成にあたっては会合、通信、データの作成、保管などのために多くの費用がかかる。PECLやDCFRでは各種の民間の基金からそのための費用が集められたことが報じられている。わが国の国民・法曹・学界有志案では、科研費その他の各種の基金から費用がまかなわれたことが公表されている⁽⁸⁾。わが国の改正検討委員会では費用の負担については明らかにされていないが、法務省が当事者ないし黒衣として関与していることから、国費が投入されているのではないかと考えられる。スイス債務法改正作業ではどうであろうか。公表されている資料によれば、本草案のために2006年秋にスイス国内基金（SNF）に促進の申請書が届けられた。これは2007年初めに2007年秋からの計画立案者により求められた融資の開始とともに3年間承認された。相当な申請に基づいてさらに2年間延長された。検討作業は2007年10月1日に開始し、2012年中に終了した。SNFの促進費用により主に協力者チームに支払われる報酬、総会および編集会議、特に何日にもわたる審査会議の費用、本草案のイタリア語および英語への翻訳費用がまかなわれた。ウェブ作成費用にもあてられた⁽⁹⁾。

(2) 関与者

最初から終わりまで8校のスイスの大学法学部を代表する研究者が本草案の作成に関与した。これらの研究者は予定期間内に様々な任務を引き受け、様々な構成において数多くの会議に関わった。2011年9月23日に彼らは結局220カ条の新法文を公表し、直ちに解説の作成にあたることになった。これらの研究者はベルンの連邦司法省およびローザンヌのスイス比較法研究所により支援された。また11人の指導的な国内および国外の契約法研究者から成る助言機関

(Advisory Board) が助言を与えた。さらに契約法に接した法分野からの著名な研究者から成る25人の隣接領域グループもまたこれらの研究者グループの傍らに控えていた。25人の隣接領域グループの中の11人は、研究グループにも属していた⁽¹⁰⁾。

SNFの経済的支援を受けた協力者グループは不可欠であることがわかった。彼らの任務は当初組織的な性質を有するものであったが、その機能は草案全部を統括し、継続的に改めて（二言語の間の）一貫性および体系性を調整することに変わっていった。このために協力者グループは数え切れない提案を行い、形式的、非形式的な会合を組織し、全体の整合性を実現した。全部で三つの全体草案が次々と出現したが、それらは次第に計画の目的に適合するものとなった。最終草案は2011年9月に公表された⁽¹¹⁾。

(3) 作業方法

中心的な計画遂行者として二人の共同指導者（ユグナンおよびヒルティ（いずれもチューリッヒ大学））がマスタープランと計画に内在するウェブプラットフォームを立ち上げた。マスタープランは計画遂行作業の過程でしばしばその展開に適合させられた。ウェブプラットフォームでは草案および注釈だけでなく、会議の記録や個々の草案ないし規定に対する態度のような他の資料もまた立法参加者の閲覧に供された。ウェブプラットフォームは、さらに文献や主要なリンクの一覧もまた包含した。また会議の日程の管理などにも役立った。ウェブプラットフォーム自体は関係者のみアクセス可能であったが、外部に対しては、その計画は立法関係者のウェブページに記録された⁽¹²⁾。

2007年9月3日に初めて作業グループがチューリッヒ大学に集められた。彼らはこの機会に目に入る計画の実現のための可能な手がかりを活発に議論した。その後連邦司法省の招集に基づき2008年1月24日に第二回目の総会が連邦政府の建物内で開かれた。ベルンでは共同指導チームの提案で最初のマスタープランが作成された。これはそれに続く四つの変化に適合したマスタープランのように、誰がどのような方式でいつまでにいかなる規範ないしそれに属する注釈をどこで提示しなければならないかについての言明を包含した。当初から研究参加者はフランス語とドイツ語が作業用語として同価値であることに一致を見ていた⁽¹³⁾。

具体的にはスイス債務法総則の特定の部分を改定しなければならない、二人から四人までの研究参加者を有する七つの混成言語からなる作業グループが作られた。第一グループは(普通契約約款を含む)契約による債務の発生、第二グループは不法行為による債務の発生(特に損害概念)、第三グループは不当利得による債務の発生(事務管理も含む)、第四グループは債務の履行と第三者に対する関係、第五グループは不履行の効果、第六グループは連帯債務、条件、手付と解約金、賃金からの控除、違約罰、請求権の移転および債務引受、第七グループは債務の消滅、時効および失効を各々担当する⁽¹⁴⁾。

作業グループは、メンバーは必ずしも同じではないが、同様にフランス語とドイツ語がともに使用される七つの検討グループにより補完された。その任務は、作業グループの草案を批判的に検討し、その背景を探ることであった。それによって個々の計画参加者の包括的な理解の状況だけでなく、特に資料の明らかにより大きな浸透度もまた保証された⁽¹⁵⁾。

もちろん直ちに、これが繰り返し変わる構成にもかわらず不十分であることが示された。このことから暫くすると、例えば連帯債務のような広範囲に広がるテーマの設定を扱わなければならない横断的なグループがつけられた。その助けを得て重複と矛盾を解消することが可能になった。しかし、横断的グループは、一つのテーマにつき議論があって、研究グループの中で当分の間意見の一致が困難な場合にも設けられた。横断的グループの数はその可変的な任務のために継続的に変わり、時宜に応じてつくり、かつ作業が終わると再び解消された。計画作業の後半においては、二人の計画責任者、四人のさらなる研究者および助言機関の一人のフランス語を話す構成員から成る編集委員会が組織された⁽¹⁶⁾。

これらの複雑な全体計画の構成は、個々の研究グループの構成員がどれだけの範囲の要求を受けていたかを知らしめる。しばしば彼らは複数のグループに異なった任務をもって参加しなければならなかった。総ての問題が議論される総会において個々の研究者のこれらの深い印象を与える動きが特別に明らかであった⁽¹⁷⁾。

(4) 草案とその検討

2008年9月15日までにその七つの作業グループは、彼らの担当の最初の、比

較法および他の解説を伴う草案を共通のプラットフォームに接続することに成功した（第一草案）。2008年11月17日には七つの検討グループが時折批判的な対案となる意思表明を行った（第二草案）。これは作業グループが2009年1月5日までに第三草案を作成することに役立った。この段階でまだ相互に調整されていない個々の部分は意識的にバラバラに扱われた⁽¹⁸⁾。

2009年1月18日から23日までの最初の検討会議に際して初めて総会がモンタヴェリタ（テッシン）で助言機関と会合した。その会合の目的は、第三草案を研究者および助言機関の構成員に批判的に検討させることであった。このようにして特にボトムアップ方式から一貫性をどのようにして保つかの問題がもたらされることが明らかになった。作業グループはそのため縮小され、フリーになった研究者によって新たに横断的なグループがつけられた。各々の横断的グループは、スイス債務法の総則全体から取り上げ、かつそれゆえにより高い見地から観察されるべき、範囲の広いテーマを引き受けた。具体的には以下のテーマ：連帯債務、消滅時効および失効および無効の効果、清算および清算の効果の問題とされた。五つの横断的グループには再び五つの、メンバーは同じであるが、新たに組織された検討グループが傍らに置かれた。その結果スイス比較法研究所の助けで、比較法的な内容の問題に専門化した更なる横断的グループを設置することができた。この新たな計画の構成への転換のために2009年1月23日に第二マスタープランが効力を生じた⁽¹⁹⁾。

作業グループは、場合に応じて横断的グループないし検討グループの側の提案および変更提案をその部分草案に組み入れることにより、2009年2月23日に第四草案を、2009年6月8日には第五草案、2009年9月1日には第六草案をインターネットで公表した。これらの終わりの頃のもの、2009年9月7日から11日までヴィヤスィルオヨン（ヴァート）で開かれた第二検討会議のテーマとなった。総会および助言機関はそこで優越的な認識として、もっと改革および合理化の意思が必要になるであろうという見解に達した。第六草案ですらなお極めて現行法に志向していて、あまり改革志向ではないと感じられた。協同作業を利用するために一方では従来の作業および検討グループが引き合わされ、他方では特別に複雑で議論の多い問題設定については新たな横断的グループが設けられた。それに際して以下の側面が採り上げられた： a 契約法および不法行為法の統一？ b 変容関係の整備、c 無効の種類とその効果。2009年

9月22日にはこれらの新しい任務を調整するために第三マスタープランが効力を生じた。作業グループは、2009年10月31日には第七草案を、2010年1月15日には第八草案を提出した⁽²⁰⁾。

結局2010年2月には七つの部会から成る編纂委員会が設置された。それは作業グループの二人の構成員とともに2010年4月29日から5月4日まで1週間の集約的な隔離作業のために集められた。そこでは草案が集団による力技で集められ、支離滅裂なものが溶解され、新たに体系化され、かつ規範の内容が二つの言語でさらに前進させられた。この機会に編纂委員会が、現にある草案の性質、深さおよびもつれ合いを決定的に改善しようとする、従来の計画組織が考えていたよりも広い管轄権が必要であることが示された。このことは、計画参加者の比較的大きな数の糾合ないし研究の少数のグループへの分散（高度の調整の必要）に導かれた。しかし複雑な計画は、選択されたボトムアップ方式が限界にぶつかった（高度の抽象化の必要）⁽²¹⁾。

計画作業は集約的な隔離作業の後最初は二人の計画責任者および共同作業者の指導のもとで進められ、結局2010年6月20日に最初の整理された全体草案が現われた。しかしそれはなお完全に二つの言語で書かれたものではなかった。特にそのために設けられた翻訳グループが2010年7月19日から22日までの間 ショモン（ノイエンブルク）で全体草案を補足した。このグループは座長、一人のフランス語の研究者、一人の助言機関の構成員および二人の交代の補助員から成るものであった⁽²²⁾。

このようにして現われた全体草案は、引き続いて、その任務がスイス法全体との調和および他のスイス法との位置関係を確保し、隣接法分野との関係においてその草案の無欠缺性を吟味することにある、新たに設けられたいわゆる調整官の指導に委ねられた。調整官もまたフランス語圏のスイス人またはドイツ語圏のスイス人であった。彼らのフィードバック（結果からの原因の調整）は2010年7月31日までになされた。彼らは現存規範の削除および変更ならびに規定の追加を提案した。その草案はその後相応に適合させられた⁽²³⁾。

2010年8月6日および7日に研究グループおよび助言機関の個々の構成員がさらなる議論のためにルツェルンに集まった。助言機関の構成員は、提案された全体草案について一部は詳しく、他の一部は批判的にもまた意見を述べた。更なる規定の必要性が発見された。そこで計画責任者および補助員が各々の担

当の研究者との共同作業でもう一度全体草案を改定し、洗練させた。そして研究グループ全体の成果を第三回検討会の審議に付した⁽²⁴⁾。

第三回検討会議は2010年9月12日から16日までの間シグリスヴィル（ベルン）で開かれた。ここでは規定内容および中心的な規範複合の方向性に関して研究者の間で広範な一致がみられた。特に契約の無効および終了について研究者グループは重要な切換えを行った。さらなる未解決の問題について再度三つの新しい横断的グループが設けられた：a 消費者保護、b 違法性および不法行為の概念、ならびにc 異なった留置権の間の関係がそれである。契約の終了と巻き戻しに関する横断的グループはその作業を継続することになった⁽²⁵⁾。

再度作業グループはその任務とされている部分を2011年2月28日まで改定した。それに基づいて作業グループは計画予定書とともに第二回全体整理草案を提出した。作業グループは引き続きこれらを三つの各々二日間の会議で作業した。2011年5月5日および6日に契約に基づく債務の発生および不法行為による債務の発生が議論された。2011年5月20日および21日には続いて、不履行、不当利得および事務管理による債務の発生および契約の終了（清算、継続的契約の告知）が討議された。2011年5月30日および31日には債務の履行、第三者との関係、消滅、消滅時効および失効ならびに連帯債務、条件、手付金および解約金、賃金からの控除、違約金、債権譲渡および債務引受が問題とされた⁽²⁶⁾。

2020年のスイス債務法の礎石がかくして設置された。2011年6月から8月まで翻訳グループが補助員とともにフリブルでの二日間余計に要した会議で草案の二つの言語の使用を調整した。補助員は併行して計画予定書に従い研究グループからの個々の研究員の助力のもとにすべての概念、用語および準用箇所の実体的および形式的統一を図った。さらに体系もまた改定された。この場合優先的な配列順序は、基本的に現行スイス債務法におけるように法律行為のサイクルであった。新たに総則に規定された、ないし新たにそれに加えられた請求権の基礎（例えば、事務管理および清算）は論理的に整序され、時効や連帯債務のような規定の概念は一か所に規定されている⁽²⁷⁾。

2011年8月31日に研究グループには三回目の全体整理草案が提出された。これは2011年9月23日に回覧手続で承認された。2011年9月末には研究者は全体草案の個々の規範の注釈を開始した。2012年中は注釈の編集および当該総則編の準備にあてられた。さらにイタリア語および英語への翻訳が委託され、建設

的－批判的にそれがなされた⁽²⁸⁾。

〈注〉

- (1) 民法（債権法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針（別冊NBL No.126）（2009年）3頁。
- (2) 民法改正研究会編・民法改正国民・法曹・学界有志案（法律時報増刊）（2009年）110頁以下。
- (3) 下森定・岡孝編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究（法政大学現代法研究所叢書15）（1996年）1頁以下参照。
- (4) 拙著・ドイツ債務法現代化法概説（2003年）15頁以下参照。
- (5) 拙著・注4の文献28-31頁参照。
- (6) Terré, Pour une Réforme du Régime Général des Obligations, 2013, pp. VII, X.
- (7) PICCにつき、ユルゲン・バセドー（西谷佑子訳）「統一法条約と国際商事契約に関するユニドロワ原則」民商132巻6号（2005年）733頁以下、PECLにつき、マリー・ローズ・マクガイアー（大中有信訳）「ヨーロッパ契約法原則から共通参照枠へ」民商140巻2号（2009年）143頁以下、DCFRにつき、マリー・ローズ・マクガイアー（大中訳）・前掲論文民商140巻3号（2009年）317頁以下など参照。
- (8) 民法改正研究会編・前掲書2頁。
- (9) Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, S. 12-13 [Huguenin/Hilty].
- (10) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 13 [Huguenin/Hilty].
- (11) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 13-14 [Huguenin/Hilty].
- (12) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 14 [Huguenin/Hilty].
- (13) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 14 [Huguenin/Hilty].
- (14) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 14 [Huguenin/Hilty].
- (15) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 15 [Huguenin/Hilty].
- (16) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 15 [Huguenin/Hilty].
- (17) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 15 [Huguenin/Hilty].
- (18) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 15 [Huguenin/Hilty].
- (19) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 16 [Huguenin/Hilty].
- (20) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 16-17 [Huguenin/Hilty].
- (21) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 17 [Huguenin/Hilty].
- (22) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 17 [Huguenin/Hilty].
- (23) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 17 [Huguenin/Hilty].
- (24) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 17-18 [Huguenin/Hilty].
- (25) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 18 [Huguenin/Hilty].
- (26) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 18 [Huguenin/Hilty].
- (27) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 18 [Huguenin/Hilty].

⑳ Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 19 [Huguenin/Hilty].

5 2020年草案の概要

(1) はじめに

スイス債務法は、ドイツ民法や日本民法とは異なる体系構成を採用しており、親族法や相続法、物権法および民法総則の一部がスイス民法という債権法を含まない法典にまとめて規定されているだけでなく、債務法の中に労働法や商法も含まれている。今回のスイス債務法の改正作業は、債務法の中でも総則のみが対象となっている。しかも、債務法総則の中に含まれる規定は、ドイツ民法や日本民法では民法総則の一部となっている代理や条件、時効、債権総論の一部となっている債務の目的、債務不履行、連帯債務や債権譲渡、債権各論に属する契約法（各種の契約を除く）だけでなく、不当利得、不法行為などが含まれる。今回のスイス債務法の改正は、このようなスイス債務法の骨格を変えることなく、その中に含まれる個々のルールを時代の流れに沿うように改訂することを目的としている。以下には主に現行のスイス債務法総則規定がどのように改定されようとしているかを規定の順序に従って各々の制度毎に概観しよう。

(2) 債務の発生

(イ) 契約に基づく債務の発生

草案1条～45条は、現行スイス債務法1条～40 f条と同様契約に基づく債務の発生を規定する。第1編第1章の形式的構造は個々の改定を除くとこれからも維持される。現行法と同様第1節は契約の締結（1条～12条）を規定し、それに新しい契約の効力に関する節（13条～19条）と契約の解釈および補充に関する節（20条）が続いている。第4節は契約の方式および内容にあてられ（21条～37条）、最後の節は意思の欠缺に関するものである（38条～45条）。現行法との最も重要な形式的相違点は、代理法に関するものであり、代理法は草案では第6章の第1節に移される⁽¹⁾。

契約の締結に関する節は、現行法と比べると幾つかの精密化と補充により補完される。草案1条3項では、契約が行為を伴う場合であろうと、それを伴わ

ない場合であろうと、古典的な申し込みと承諾以外の方法で生じうるとされる。草案4条2項(同地者間の承諾期間の定めのない申し込み)では、意思伝達技術の進展が考慮に入れられ、(古典的な)電話による同地者間の契約締結がビデオ会議のような同時的なさらなる伝達手段にも拡大された。草案8条2項は、新たに明示的に報酬の公約束の撤回を規定する。草案10条(変更されたまたは遅れた承諾)は、なされた申し込みと内容的に異なってまたは遅れて表示された承諾の法律上の射程距離を規定する。草案12条(債務の承認)は、現行17条とは異なり、承認された債務の存続の(実体法上の)推定を規定する⁽²⁾。

契約の効力に関する節では、新しい草案13条に契約の効力の開始が規定され、その1項は拘束効に、その2項は形成効に関するものである。草案14条(第三者に対する責任)および15条(仮装行為)は、各々現行111条(第三者のためにする契約)および18条2項(仮装行為)に相応する。それに対して草案16条~18条(原則、期間、効果)の消費者契約における撤回権に関する統一規定は新しい規定である。それにより消費者保護法がスイス債務法の中に組み入れられ、特別法としてなるべく理論的に独立化させないことが確保される。新たに草案19条では、契約締結後の後発的な事情の変更に関する基礎的規定が創設された⁽³⁾。

契約の解釈と補完に関する節は個々の規定から成る。草案20条は現行18条1項(誤表は害しない)を踏襲し、これを信頼原則および瑕疵ある契約の裁判上の補完の原則により補充する⁽⁴⁾。

方式および内容に関する章のもとに、共通の節の中で現行11条~16条(方式)および19条~22条(内容)の規定が結びつけられている。これは、共通規定の章(草案34条~37条)のもとで、方式および内容の瑕疵の場合に提出される幾つかの問題がともに規定されうるという利点を有する。まず契約の方式に関する限り、草案21条~29条において現行法が基本的に維持される。もっとも新たにテキスト方式(草案25条)および方式の瑕疵の主張(草案27条)ならびにその治癒(草案29条)に関する一般規定が設けられる。契約の内容に関する限り、草案30条および31条は、原則的に現行19条および20条に相応する。しかし、草案30条は、契約自由の限界をより明瞭に統括し、新たに無効の法律効果を明示的に違反した規定の目的と結びつける。無効の主張に関する草案31条についても同様である。草案32条および33条の両規定は、新たに普通取引約款に

関する法定の解釈および内容コントロールをスイス債務法中に組み入れ、それによって不正競争防止法(UWG) 8条の特別法的規定に特化することを防ぎ、保護を消費者保護に制限しない。草案34条~37条は、契約の方式の瑕疵および内容の瑕疵について、一部無効、有効な契約への転換および無効の法律効果(損害賠償、清算)を定める⁽⁵⁾。

最後の節(草案は38条~45条)は、意思の瑕疵に関するものであり、現行規定(23条以下)に比べてあまり変更はない。法律効果として新たに無効が規定されている。これは損害賠償(草案38条2項2号)および清算(草案45条、79条以下)に導く。さらに草案43条は表示錯誤をより簡潔に、すなわち個々の事例の列挙なしに規定する。草案43条は、一部無効ならびに意思の瑕疵を伴う契約の起こりうる維持を規定する⁽⁶⁾。

従来から知られている錯誤、詐欺および理由ある強迫の三分類(草案38条~40条)は維持される。それらに体系的に新しく過度の利益が付け加えられる(草案41条)。連邦最高裁判決⁽⁷⁾で確定されたように過度の利益とは内容および意思の瑕疵の組み合わせである。スイス債務法が過度の利益において行為の内容的不当さを前面に置き、それを内容により条件づけられた契約の無効の事例に分類したのに対して、近時の契約草案⁽⁸⁾は、意思の瑕疵に分属されうる緊急事態、軽率または未経験による決定自由の侵害とみる。これらの四つの構成要件に、すべての四つの意思の瑕疵の事例に共通に意思の瑕疵の主張およびそれらから生じる効果に関するすべてのルールが続いて規定される(草案42条~45条)。それによって意思の瑕疵の個々の構成要件から法律効果の詳細な規定が割愛される⁽⁹⁾。

(ロ) 不法行為による債務の発生

現行スイス債務法41条~61条に規定されている不法行為による民事責任法は、草案46条~63条における改定の対象となっている。四つの基本的な論点に関して提案された規定は、実体的なルールについて改定をなす。それらは、過失による責任の一般規定の定義の拡大、損害および倫理的な不法行為の古典的概念の拡張、企業の責任の特別な態様を定める規範の導入および危険責任の一般規定の導入である⁽¹⁰⁾。

草案46条は、現行41条⁽¹¹⁾の個人の行為による責任の一般規定を拡大する。不法行為は、正当化される動機なしに絶対権を侵害する場合(結果の違法)また

はそれが被る損害の種類の惹起に対して損害を受ける者を守るために定められた行動規範の正当化されない侵害となる場合（行為の違法）に認められる。正当化される動機を留保して、草案46条は、その代わりに、行為者が法により（明示または黙示で）規定された行為の一般的義務に違反する場合に、その行為が原則的に違法となるとする。この侵害は、それが加害者と同じ時間的および場所的状况に置かれたすべての合理人が行使したであろう注意を用いなかったという事実から生じ得るように、成文規範または一般規範の侵害から生じうる。現行法におけると同様に、行動の一般的義務の違反は客観的な過失に他ならない。判断能力の悪化のみが（スイス民法16条）⁽¹²⁾原則的に加害者がその責任免除を主張することを許容する。もっとも、草案57条は判断能力のない者の責任を企図している。それが現行ス債41条に規定されているような違法性という制限が廃止されるとともに、特定の損害から生じるものに賠償が制限されるという考えも捨て去られ、原則的に純粹の経済損害の賠償も認められる⁽¹³⁾。

草案47条は、賠償されるべき損害の観念を拡大するものと理解されている。連邦裁判所は損害を単なる財産の非自発的な減少と理解するが、草案47条は、損害が財産の喪失（Vermögenseinbusse）または他の損失（andere Einbussen）であるという立場を維持する。意図的になされたが、それに正当化が欠けている損失（横領の損害）または機会が財産的価値を持たないと考えられる限りにおける機会の喪失は、この他の損失の一部である。人格権の侵害の場合の（現行ス債47条、49条）⁽¹⁴⁾満足感の非自発的減少として理解される倫理的不法行為は、草案52条によって公然とは問題とされていない。しかし、この規定は、もはやこの損害を人格権の侵害に従属させない。このことは、倫理的不法行為のための賠償の授与の事例の拡大をもたらさう。いずれにせよ法律学が認め始めた小さな倫理的不法行為の事例（台無しにされた休暇、その他の一定の特徴ある不愉快）を草案47条の意味における他の損失の概念に含ませるのが適切である。また草案49条および50条は現行45条および46条を变容するものであるが、実質的に重要な变容をもたらすものではない⁽¹⁵⁾。

現行55条の法文を採録する草案58条と59条は企業責任の制裁のための特別規定を定める。これらの規定は二つの改定を行っている：1. 彼が状況によって命じられるすべての手段を尽くしたことの挙証をする権利を有する使用者の責任の古典的かつより厳格な概念への回帰、2. 損害の発生を防止するに適した

組織の証明のみが被告を免責することができるという企業の責任の加重がこれである。注意の欠缺なしに企業の活動により惹起されたあらゆる損害に対する責任の観念は維持されていない⁽¹⁶⁾。

草案60条は、危険責任に関する一般規定であり、1991年の民事責任法の改定と統一に関する連邦法草案の提案に答えるものである、ピエール・ヴィドマーとピエール・ヴェスナーの提案⁽¹⁷⁾を採用している。危険責任の一般規定が採用されるとともに、裁判所は、注意のなんらかの欠缺がない場合に、すでに危険責任の特別の規範に服する活動との類似性を示す活動を責任に服せしめる権利を有すべきである。この解決は、立法者が常に技術の革新に追随し、法律を適合させようとは限らないことを考慮に入れたものである⁽¹⁸⁾。

ハ) 不当利得法

現行不当利得法（62条～67条）は、その適用範囲および償還請求権の時効について二重に問題を生じている。第一に、原因なき物の移転の場合の不当利得返還規定は、法律学が、20世紀前半の所有権移転に関する原因の理論が抽象性の原則に取って代わったことにより、伝統的なその適用範囲の一部を失った。これは物の返還がスイス民法典によって規律されることおよびこれらの規定が厳密には物の返還のためのものとされているとしても、多くの場合に現行ス債62条以下の（不当利得）規定が適用されないことを意味する。さらに法律学は、契約の解消の効果を不当利得に関する不適当なルールの適用を免れる契約の返還関係（巻き戻し説）に服させる。最後に返還の要求が服する要件（損失の要求の有無）に関する議論は、不当利得およびス債423条⁽¹⁹⁾に従った利得の返還の各々の適用領域に不確かさをもたらす⁽²⁰⁾。

返還請求権を知ったときから1年という時効（ス債67条1項）は、特別に不満足なものとされ、法律学上の論争の対象となり、現行法上合意の瑕疵の場合およびス債40 a 条以下による契約の解消（撤回）の場合はこれとは異なった解決が採用されている。以上の理由から不当利得に関する現行規定の範囲は不確かなものとなっている⁽²¹⁾。

草案64条～72条の不当利得に関する規定は、これらの困難を解消することを目的としている。不当利得の新しい適用範囲は、一つは不当利得の償還、もう一つは不当な収益の返還である。契約の清算はこれまでは別個に規定されていたが、草案では完全に不当利得規定から除外されている（64条2文）。それは

清算から生じる債務に関する章に規定される(79条～84条)。積極的には不当利得は、前に存在するすべての関係の延長線上の錯誤によりなされた給付(給付不当利得)、利得者の行為に基づく利得(侵害不当利得)、利得が偶然の事実に基づく(稀な)事例(偶発的不当利得)およびより一般的な方法である、有効な原因に基づかない資産の移転に分けられる⁽²²⁾。

第3章～第5章は時効に関する規定はもはや含まない。これは不当利得返還の主張が、損失者が利得者が誰で、かつ返還請求権の原因が何かを知りまたは知るべきであったときから3年(1号)またはすべての場合を通じて返還請求権を主張するときから10年(2号)という草案149条の二つの期間に従って時効にかかることを意味する⁽²³⁾。

返還の要件は、それが他人の保護される利益への悪意による干渉によって獲得されたがゆえに、返還されるべき利益と、それが他人の損害において理由なく取得されたという単純な理由で償還の対象となる利得とを区別するために詳細なものであった。本章の重要な改定は、不当利得を現実にス債423条1項(準事務管理)に依拠させることと関わっている。事務管理規定(ス債419条～424条)は、総則に組み入れるために(草案73条～78条)各論から切り離された。それらは読みやすさを助長し、主張の要件を明確化するために、債務の他の法定の発生原因に近いものとして再グループ化された⁽²⁴⁾。

現在の不当利得とス債423条の不当な利益の返還に関する新たな規定に相応するルールを包含する二つの節が不当利得の章のもとに導入された。第1節は基本的に現行62条～67条に従う。第2節は新しく、特に無体財産権の保護との関係においてス債423条に根付いた利益の返還に関する立法上および司法上の展開を採り入れる。不当利得返還に関する新規定の構造は、以下のごとくである：1. 原則、2. 返還の排除、3. 返還の方法と計算、4. 利用と利益、5. 費用。不当な利益の返還に関する新しい章について、構造は以下のごとくである：1. 原則、2. 利得の計算、3. 減免の取り決め⁽²⁵⁾。

(二) 事務管理

草案73条以下は真正な事務管理に制限されるが、それに類比されうる契約にはこれらの規定が準用される。事務管理から生じる請求権においては管理者の関与の法律行為の基礎が欠けている。現行法上は事務管理は債務法各論(代理商契約と売買委託契約の間)に規定されているが(419条～424条)、管理者の

関与に関する合意が欠けているために、わかりにくい。事務管理は、様々な種類に分類される：真正事務管理と不真正事務管理、正当な事務管理と不当な事務管理、善意の事務管理と悪意の事務管理。本来の事務管理は真正かつ正当なものである。スイス債務法の立法者は、委託されていない管理者は本人の利益および推定上の意思に適するように管理すべきであると規定している（ス債419条）。ス債420条は、管理者はすべての過失について責めを負うと規定する（ス債420条1項）。事情に従って責任は軽減されたり、厳格化されたりする（ス債420条2項、3項）。危殆化された損害を回避するためであるときは、責任は軽減され。厳格な責任は、事務管理が不当なものである場合に課せられる。現行スイス債務法は、管理者に報酬請求権を与えない。学説は特定の前提のもとに報酬請求権を認める。管理者が事務を自己の名で行ったときは（不真正事務管理）、本人はこの事務からの利益を得ることができる。判例・学説は利益を吸い上げる要件と範囲を厳密化した。ス債423条の適用範囲は、判例・学説によりその文言に反して目的論的に悪意の場合に制限された⁽²⁶⁾。

事務管理では債務法総則の三幅対（契約、不当利得および不法行為）に追加されうる請求権の基礎が問題になる。このような考えから事務管理は総則の請求権の基礎の一つに移される。それは上記の三幅対に続いてかつ清算の前に規定される。この新分類にもかかわらず、「委任のない」という言葉は維持される。草案73条は現行419条を僅かしか変えない。「委託された」が「義務を負う」に、また「推定的な意図」が「推定上の意思」に変更されるだけである。両変更は現行法上の事務管理の適用範囲を変容するのに役立つ。欠けている義務は委任によるものであることを要しない。意図という言葉もまた特殊的すぎる。草案の他の請求権の基礎におけると同様、事務管理でも帰責事由（Verschulden）ではなく、義務違反（Pflichtverletzung）が責任要件となる（草案46条、118条参照）。学説は、事務管理の場合数年前から正当にもそれが通常であるときは、報酬が支払われるべきだとする⁽²⁷⁾。草案75条2項は、今日すでにス債394条3項（委任）に規定された原則を事務管理についても規定する。さらに草案は、不真正な悪意による関与を事務管理の領域から排除し、不当利得の領域に移す（69条～71条）。不真正な悪意による事務管理では、本来利他主義的な関与ではなく、利己主義的な関与が問題になるからである⁽²⁸⁾。

(ホ) 清算による債務の発生

(a) 概観

契約がその効力を失いまたはその効力が他の原因により喪失した場合は、両当事者がすでに全部または一部の履行をしていたならば、すでになされた契約給付をどのように扱うかという問題が生じる。法的に統一的な規定を以下の理由が支持する：まず瑕疵の除去は必然的にすでになされた給付の返還を要求する（ス債79条）。第二に、契約が失敗したことが明らかになったときに、当事者の一方がその全部または一部の給付をしていたが、他方はそうではないという場合が生じる。この場合予定された給付交換の事前の挫折を理由とする両当事者の不平等取扱を除去すべきである。第三に、当事者の一方が契約を終了させる成立上または履行上の瑕疵に責任がある場合がある。相手方が契約の存続を信頼したために事前の契約の終了により損害を受けたときは、法は彼に出費賠償請求権を与える（草案84条）。賠償請求権は一当事者が不当になされた給付から利益を得た場合や（草案83条1項、2項）その保持につき責任があった場合（草案83条3項）にも与えられる。前者は利益の償還義務、後者は必要費および有益費の賠償請求が問題になる⁽²⁹⁾。

現行法上は契約を終了させる発生上および履行上の瑕疵の給付および先給付への作用に関する調和ある規定は欠けている。スイス債務法およびスイス民法上の契約の清算に向けられた規範群は瑕疵がありかつ矛盾している。さらに時折賠償の方法で関与する契約外の規定は、様々な内部的法適合性により刻印されていて、それらは合意された給付の構造に予期しえない作用を及ぼしうる。すなわち、契約が無効であり、または他の理由で事前に挫折または終了することが公になる前に、当事者の一方または相手方はしばしばすでに異なった範囲で給付をしている。これらの給付はしばしば同種でなく、異なったものであり、それらの返還については他の契約外の規範群が適用される⁽³⁰⁾。場合によってはこれらの特殊かつ完結的な規範群は、給付と反対給付の異種性により同時に適用されうる。例えば、すでになされた物の給付は物権的請求権により、金銭給付は不当利得により返還請求されうる。かくして当事者間の取扱いの不均衡を生じる⁽³¹⁾。当事者間の取扱いの不均衡は、結果的に、返還メカニズムが給付と反対給付の合意された関係の客観的に不当なずれに導く場合には常に存在する。（コントロールされた）つり合いのずれは、過剰な利益を得る場合

(草案41条)のような根拠ある場合にのみ生じうるが、この場合は無効主張が許される。給付と反対給付の不均衡は、無効を要求する規範がこれを求める場合にのみ除去されるべきである。換言すれば、(反対)給付が彼にとって価値があることを合意するのは当事者の問題である。連邦裁判所の一部は、挫折した契約の契約外で押しつけられる清算から生じる幾多の矛盾のために、すでに挫折した契約をまず変換関係(Umwandlungsverhältnisse)に移行させ、統一的に契約法により解決する立場に移行した。実際に契約法が、当事者にまず第一に解除の自由を与え、第二に、自ら契約の無効または終了の強行的ないし任意的な理由を確定することだけで済ませることはできない。それを越えて第三に完結的かつ容易に実行しうる契約法上の清算規定が必要である。これは原始的または後発的な契約を終了させる瑕疵とは何かを規定しなければならない。草案はこのような解決を採用し、一般的に効力を有し、契約の無効または終了に適用されうる規範構造を採った。このために現在の変換関係に関する裁判官法は清算に関する新しい規範に採り入れられ、かつ拡大された。新しい清算規定の目的は、強行法の制限内で最もよく当事者意思に適合する財産秩序への適合である⁽³²⁾。

(b) 現行規定

挫折した契約の効果は、現行スイス債務法では通例契約外で除去される。すなわち、すでに支払われた金銭は、不当利得法および時効法の要件を満たす範囲で不当利得として返還される。すでに引き渡された物は、処分を義務または基礎行為が有効かどうかにかかわらず依存させる原因主義により物権的返還請求の対象となる。原因主義は不動産移転についてはス民974条2項⁽³³⁾に規定がある。判例⁽³⁴⁾は動産の取得に拡大した。これに対して古い判例・学説は、ドイツ普通法に従って抽象主義に固執した。挫折した契約の効果の除去において原因主義は、契約当事者間の以下のような不均等取扱に導く。当初の売り主が破産した場合、当初の買主は金銭債権者として破産債権者となる。それに対して当初の買主が差し押さえを受けたときは、当初の売主は物的権利者として取戻権を有する(ス債242条1項、スイス連邦破産法2条)。これに対して現行スイス債務法は契約上の清算ルールはごく限られた範囲でしか規定していない⁽³⁵⁾。

すでになされた給付および先給付への原始的な契約の瑕疵の効果については現行スイス債務法にはあまり規定がない。方式および内容の瑕疵に関してその

原因は、法制定時に支配的であった厳格な無効学説にある。存在することの許されなかったものは、存在しえないのだから、禁止された契約締結によりもたらされた総てのものは生じなかったものとみなされる。意思の瑕疵の場合はス債26条⁽³⁶⁾が適用される：錯誤が自らの過失に帰せられるべき者は、相手方に対して損害賠償義務を負う。ス債39条⁽³⁷⁾も同様である。同条は、これが衡平に適合する限り、契約の挫折による損害ないし更なる損害について虚偽の代理人に責任を負わせる。ス債320条3項⁽³⁸⁾のようなより遅く制定された規定は、すでにより実用的で、完結し、かつ当事者意思に適合した解決方法を反映している。すなわち、善意で締結された労働契約が無効であったときは、両当事者は、これが解消されるまで、有効な契約に基づく場合と同様に労働関係上の義務を履行しなければならない⁽³⁹⁾。

現行スイス債務法上契約解消の効果について見出される規定は、成立上の瑕疵とは異なり、例えば責めに帰すべき事由による不能についてス債97条が損害賠償義務のみを定め、相手方のための法定解除権を規定していないように、欠缺があるとはいえ、比較的洗練されている。反対給付が確保されていないとしても、相手方に支払能力がなければ、当事者の一方はス債83条2項⁽⁴⁰⁾により契約を解除しうる。しかし、ス債83条はすでになされた給付の運命や損害賠償請求権に関する規定は包含していない。ス債107条～109条は、双務契約における債務者遅滞の効果についてより詳細に規定する。債権者の三つの選択肢の一つは契約解除である(109条1項)⁽⁴¹⁾。さらに彼は、債務者に帰責事由がある場合契約の挫折から生じる損害の賠償を請求しうる(ス債109条2項)。ス債109条は、当事者が契約を締結しなかったとすればあるであろう財産状態の回復に向けられている⁽⁴²⁾。それに対して履行利益を求める者は、他の選択肢を選ぶ：彼は契約を解除するのではなく、単に履行を請求し、不履行による賠償を請求する(ス債107条2項)⁽⁴³⁾。契約を終了させる履行の瑕疵を扱う更なる事例は、後発的な、責めに帰すべからざる事由による不能に関するス債119条に見出される：債務者の責めに帰すべからざる事由によりその給付が不能になったときは、請求権は消滅したものとみなされる(1項)。双務契約においてそれにより免責された債務者は、すでに受け取った反対給付について不当利得返還義務を負い、まだ履行されていない反対給付請求権を失う(2項)。契約を終了させる瑕疵に基づく帰結のための最後の事例として動産売買に関するス債

208条の解除がある：売買が解除されたときは、買主は物と並んでその間に取られた果実を売主に返還する義務を負う（1項）。売主は支払われた売買代価と利息を返還しなければならない（2項）。瑕疵ある物の引渡により買主に直接生じた損害もまた賠償される（2項）。更なる損害は、売主が免責されえない場合に賠償されうる（3項）⁽⁴⁴⁾。

現行スイス債務法が遅滞による解除および物の瑕疵による解除の場合に価値の賠償につき契約上の清算が命じられるというように解釈されうるのに対して⁽⁴⁵⁾、後発的な、責めに帰すべき事由によらない不能の場合は明示的に不当利得法が指示される（ス債119条2項）。契約はその場合契約外で清算される。それによれば、清算関係の性質はいかなるルールがその瑕疵に適用されうるかに依存する。場合によって契約的な清算を行ったり、契約外の清算をしたりすることになる。合理的なシステムは現行法規定からは認められない。両者に共通なのは、終了の効果が通例遡及することである⁽⁴⁶⁾。

請負契約法は多数の終了の選択肢を有する。仕事が未完成である限り、注文者はス債377条により請負人の損失を補填していつでも請負契約を解除し、請負契約を理由を述べることなく将来的に挫折させうる。履行利益ないし逸失利益が賠償されるべきである⁽⁴⁷⁾。委任の場合はス債404条1項によれば、いつでも委任契約は解除されうる。それが不利なときになされる場合は解除者は相手方に生じた損害の賠償義務を負う（ス債404条2項）。404条の（強行的な）適用領域だけでなく、不利な時の意味、賠償されるべき損害の範囲につき議論がある。その他の履行上の瑕疵につきスイス債務法各論に若干の事例がある。これに対して現行法は継続的契約については詳しく規定していない。特別の原因による終了については賃貸借契約および雇用契約の類推が契約関係の継続のために必要な期待可能性についてのある手がかりを与える。特に両分野ではその一般化可能性を制限する明らかな社会保護法が問題になる（草案144条～147条）。組合に関するス債545条1項7号⁽⁴⁸⁾は、法律上当然の組合の解消のためには管轄裁判所の同意が必要なため、同様に適合的ではない⁽⁴⁹⁾。

(c) 判例・学説

契約成立上の瑕疵により無効な契約によりなされた給付の返還請求権は、その基礎を不当利得および物権的請求権に有する⁽⁵⁰⁾。同じことは、締結されたが、結果的に締結されていなかった場合や条件が成就しなかった停止条件付き

契約の場合にもあてはまる⁽⁵¹⁾。連邦裁判所は、すでに給付され、無効、義務の不存在の確定または表明によりもはや正当化されない財貨の移動を物権的請求権および不当利得の原則に基づいて、すなわち契約外で清算する。このような解決は当初合意された給付関係の均衡に適合しない。それは契約外の請求権がその固有の法適合性に服することによっている。不当利得法では物権的請求権の場合は問題にならない一連の返還障害がある。例えば双務契約との関係では、金銭的請求権を物の返還請求権より不利に扱うス債66条（不法原因給付）に言及されうる⁽⁵²⁾。もう一つの事例は、費用を不当利得法とは異なって算定する物権的請求権と結びついた占有法（ス民938条以下）である。その結果請求権は長さの異なった時効に服することになる⁽⁵³⁾。これは当事者の不均衡取扱に導く。発生上の瑕疵の厳格な帰結によっても、一旦瑕疵があるとはいえ契約が締結された事実はなくなならないという事実は、判例の一部が、意思の瑕疵による義務の不存在の場合でも、また無効の場合でも、両当事者が返還給付について反対給付の実行に対して同時履行を主張しうる限りで考慮に入れる⁽⁵⁴⁾。履行段階における双務契約に関してだけでなく、継続的債務関係についても連邦裁判所は、変容説に向けられた例外を認める。かような場合判例は、例えば、錯誤取消に実用性の理由から追及的な契約関係の告知の意味のみを付与する⁽⁵⁵⁾。これは解消までの履行が動かない事実と認められることを意味する。その法律上の典拠は、継続的債務関係に類推解釈、類推適用されるス債320条3項である⁽⁵⁶⁾。事実的契約関係の承認はこの場合は正当にも否定されている。取消まではむしろ有効な契約が存在したのである⁽⁵⁷⁾。変容説とはより新しい柔軟な無効理論からの帰結である⁽⁵⁸⁾。

履行上の瑕疵の場合、古い判例によれば、そのために終了した契約からは契約外の返還請求権が発生するとされた。これらの判例は⁽⁵⁹⁾、後発的な支払い不能により解消した契約が不当利得法により清算されるべきだとする。これに対して新しい判例は、履行上の瑕疵の場合むしろ契約上の返還関係を認めている：有効に生じ、争いのない契約が後発的に生じた事由により挫折したときは、契約が契約上の返還関係に変容した後は、返還関係は契約上のルールに従って観察に現れる⁽⁶⁰⁾。この今日すでに確定した判例は1988年の、買主が売主の遅滞によりス債109条、107条2項に基づいて契約を解除し、主たる給付の返還とともに損害賠償も請求した事例を嚆矢とする。連邦裁判所は、当時その完

結的な解決の論拠を、物、金銭、サービスといった様々な給付と第一次的請求権、第二次的請求権を同様に処理すべきことに求めた⁽⁶¹⁾。ス債107条～109条は、契約の解除から生ずる請求権の時効期間について沈黙する⁽⁶²⁾。連邦裁判所は、上記の判決で、欠缺補充的に返還請求権と損害賠償請求権は時効法上同様に処理すべきだという結論に達している。時効期間が同じことは、契約の相手方がその義務を合意されたように履行しなかったことに求められる⁽⁶³⁾。そのことから連邦裁判所が両請求権が契約上の性質および10年の時効に服すべきだという次の段階に進んだことが導かれうる⁽⁶⁴⁾。

(d) 起草者の立場と草案の規定

連邦裁判所の判例は、現代的な立法への道を示す。契約が挫折した場合、両当事者に契約外の清算領域を示す理由はない。しかし、連邦裁判所が近時において再び強力に指示した発生上の瑕疵と履行上の瑕疵の区分は以下の理由から捨てられるべきである：物の所有者は、瑕疵が成立上の瑕疵とされるか、それとも履行上の瑕疵とされるかによって異なって扱われるのは理由がない。契約成立上の瑕疵の場合売主にはスイス破産法242条により取戻権が帰属するが、債務者遅滞による解除の場合はそうではない。形式的には成立上の瑕疵と履行上の瑕疵の区別に異議を申し立てるものはないが、実体的には様々なそれと結びついた効果を十分に正当化することはできない。物の給付は、債務法および破産法上は、それが成立上の瑕疵に基づくか、それとも履行上の瑕疵に基づくかを問わず、同様に扱われるべきである。同等取扱は、それを超えて、物の給付と反対給付が原則的に同様に扱われることを要求する⁽⁶⁵⁾。

立法の目的は、評価矛盾を除去して明確かつ単純な体系を創設することである。この理由から草案は単一の解決を追求する。すなわち、草案は、挫折した契約が発生上の瑕疵によるか、履行上の瑕疵によるかを問わず、かようなものが必要とされる場合は、その限りで、清算の実行の終了まで存続させる（草案79条）。同条は、無効なまたは他の理由でその効力が喪失した総ての契約に適用される。草案は、それゆえに、清算とともに到達されるべき目的を考慮の中心に置く。これは強行法の基準の枠内の当事者意思に従った価値の均衡にある。草案の統一的解決を簡単に述べると、以下のごとくである：将来の給付の履行からは両当事者は草案79条2項を留保して免責される。付随義務は、清算中それが契約（清算）の新しい目的に同様に資しえない限り存続する。物給付と反

対給付との同等取扱いは、破産財団に対して単に債務的な請求権しか存しないという結論に導く。清算と並んで物権的請求権と不当利得返還請求権は存在の余地はなく、これらは排除される⁽⁶⁶⁾。

統一的解決はそれ自体区分されうる。一般的抽象的に、いかなる理由によるにせよ挫折した、すでに(部分的に)履行された契約のための理想的な解消の時期を確定する代わりに、草案は単に決定的な三つの標識を置く。草案はその具体化を法の適用者(当事者ないし助言または決定する第三者)に委ねる。法律関係を清算すべき時期は、契約の性質、清算の基礎および(または)履行の程度により定まる(草案80条)。清算の開始前に当事者が実質的に清算を済ませた場合はその効力は影響を受けない⁽⁶⁷⁾。(遡及的な)清算がなされねばならないときは、草案81条に従って(具体化された)清算時からなされた給付は返還されるべきである(草案81条1項)。そのままの物の返還が不能であり、または不相当なときは、価値賠償がなされるべきである(草案81条2項)。価値賠償の給付の事例として、違反したサービス給付義務、受任義務および不作為義務の内容やそのままでは返還されえない逸失した物が挙げられる⁽⁶⁸⁾。

広義の返還(償還)義務(物の返還義務、利用賠償義務、出費賠償義務および損害賠償義務)の履行には、草案の一般契約規定(例えば正当な履行、時効など)が適用される。例えば草案81条2項の適用においては、物の給付が金銭の給付に変容した場合は、それはすでに支払われた価格と差引勘定される(草案139条以下)。牽連関係にある給付は同時履行されるべきである(草案101条)。正当に履行されないときは、給付障害法および強制執行法が適用される。個々の清算請求権を具体化する草案81条~84条は、その任意的な性質により両当事者が自らそれに適合する清算方法を予定せずまたは将来的に予定しない場合のみ適用される。リース、一手販売、ライセンスおよびフランチャイズ契約の場合はしばしば契約は固有の終了原則を包含する⁽⁶⁹⁾。

従来の判例は、清算関係のほかに、変容説、契約上の返還関係などといった語を用いていたが、草案ではフランス法の清算という語を用いる。その概念は契約法上は必ずしも熟したものではないが、この場合の事柄の本質に適した概念である。契約上の清算を法典のどこに規定すべきかという問題がある。連邦裁判所によれば、契約上の返還請求権は、他の契約に基づく請求権や不法行為、不当利得返還請求権と同様に発生する⁽⁷⁰⁾。したがって、草案においては、

挫折した契約に基づく清算請求権は債務の発生の章に規定される。通常の契約、不法行為、不当利得、事務管理の次に規定される。清算に基づく請求権は、事務管理に基づく請求権とは共通性が高い⁽⁷¹⁾。

草案の清算制度においては、契約が挫折したとしても、給付移転の原因 (causa) は存続している。その結果返還請求権は債務的な、厳密には契約的な性質を有する。物権的請求権や占有権は所有権が契約に基づいて移転したがゆえに関与しない。その代わりに、主たる給付の返還請求の根拠として契約上の返還関係が措定される。これは給付の法的論拠が瑕疵にもかかわらず挫折しないという結果を生じる。これは移転した物につき、原因が所有権移転について維持されることを意味する。もとの履行請求権の代わりに生じる返還請求権はそれゆえに債務的な性質を有する。契約清算の場合に以前認められていた不当利得返還請求権 (原因のない不当利得返還請求権 (condictiones sine causa)、将来の原因に基づいて与えられたものの不当利得返還請求権 (ob causam futurum)、原因が与えられたが、原因が生じない場合の不当利得返還請求権 (causa data causa non secuta) および限られた目的のために給付されたものの不当利得返還請求権 (ob causam finitam) の代わりに、草案では契約上の返還請求権、すなわち清算請求権が認められる (79条～84条)。変容関係は不当利得の関係ではなく、広義の債務関係である。契約上の基礎がなお存続するがゆえに、契約外の法に立ち戻るには及ばない⁽⁷²⁾。

(3) 債務の履行と不履行

(イ) 債務の履行

草案85条～87条は履行の当事者、草案88条～92条は履行の目的物、草案93条～96条は履行の場所、草案97条～102条は履行の時期を規定する。次いで草案103条～104条は弁済に関する規定、草案105条～110条は履行に関する他の規定、草案111条～117条は債権者遅滞に関する規定である。草案85条～117条は任意法規であるが、そのことを各々の法文で明示することは余計なものとされた⁽⁷³⁾。

草案85条と86条は、債務者の同意がある場合とない場合の第三者による履行を、また草案86条は債務者と第三者との間の内部関係におけるその効果を規定する。草案87条は給付の相手方が債権者以外の者である場合 (第三者のために

する契約)について規定する。履行の当事者を履行に関する章の中に規定することは、第三者に対する債務の効果に関する特別の節(ス債110条~113条)を余計なものにする。その結果弁済代位に関する規定(ス債110条)および第三者のためにする契約に関する規定(ス債112条)は、草案では履行に関する章に規定される。それらが厳密に履行当事者に関わるからである。保証人(ス債111条)はこれからは草案14条に規定される。それは債務の履行の様態一般に関するものではなく、契約の債務的な効果だからである。保険契約に関するス債113条も削除される(連邦保険法(1908年)9条以下によるべきことになる)⁽⁷⁴⁾。

草案88条~92条は履行の目的について規定する。これらの規定は、債務者が義務を負っている者に適合する給付を提供するものでなければ免責されないという原則(DCFRⅢ-2:114条)に依拠している。このようなものとしての給付の内容は原因となった債務の内容によって規定される。債務が契約に由来する場合、給付の内容は当事者の意思の一致に由来する(草案20条、30条、CISG 35条1文)。債務の源泉が直接に給付の内容を決定する(草案46条、64条、69条、74条)。逆に債務者がその内容を具体化するためになすべきことを知るためには草案88条~92条に依拠しなければならない。草案88条~90条および92条は若干の補正や修正はあるが現行ス債69条、71条~73条を維持する。草案91条は債権移転の特別の文脈の中で草案175条が言及する原則を一般的に宣明する新しい規定である。反対にス債70条(不可分給付)は履行の目的に関する規定の中に残されなかった。不可分債務は結果的に当事者複数の特別の場合である。そのためこれからはそれは草案198条2文および208条に規定される⁽⁷⁵⁾。

草案111条~116条は債権者遅滞を規定する。草案111条はその要件を、草案112条~116条はその法律効果を規定する。現行ス債91条~96条(さらに下民263条以下、DCFRⅢ-2:111条以下)のようにこれらの規定は履行に関する章に置かれる(草案85条~117条)。それは履行への協力を拒絶する債権者は、義務に違反しているのではなく、単に負担に任じていないだけであり、(PICC 5.1.3条に規定される契約のように)付随的協力義務が契約に基づく、または(現行ス債211条や324条のように)付随的協力義務を課する特別の契約に基づく場合が留保されるという、通説により支持された考えを捨てる必要はないと考えられるためである。その結果草案118条以下は、原則として草案111条の

意味における債権者遅滞とは矛盾しない。債務者は彼に契約上の利益を含む給付を提供する義務を負う（草案92条）。しかし、草案112条～116条は、遅滞による費用と給付の危険を債権者に負担させ（草案112条）、債務者に給付の目的物の供託または自動売却をもって履行に代えることを許容し（草案113条～115条）、または契約を解消することにより（草案116条）、債務者が債権者の履行協力の拒絶により不利益を受けることを避けることを企図する。草案111条～116条は任意規定である⁽⁷⁶⁾。

(ロ) 債務不履行

現在の契約上の給付障害のルールは現行ス債97条以下とは基本的に異なっている。現行給付障害規定の中心的要素は、債務者の不給付の原因である。不給付または不履行のもとに債務にあってなされるべき給付結果の不発生または不存在が理解される。原始的不能か後発的不能か、責めに帰すべき事由の有無、不完全履行か履行遅滞かにより様々な法律効果が生じる。契約の履行、損害賠償、契約の解除、反対給付の減額、修理または代物給付が問題になる。これらはスイス債務法全体にばらまかれている。重要な規定は、ス債20条（契約の無効）⁽⁷⁷⁾、97条（債務不履行）、102条以下（履行遅滞）ならびに119条（給付不能）である。實際上重要な給付拒絶権はス債82条（同時履行の抗弁権）以下に含まれている。それを超えてスイス債務法各則は特殊的な、部分的に異なった規定を包含している。全体として統一的なルールは存しない。さらにこれに一群の最高裁判決が積み重ねられており、それはその理解と適用をさらに困難にしている。この分野が大きな改定を必要としていることは疑いない⁽⁷⁸⁾。

AがBに2011年8月31日に自動変速装置付きの自動車を引き渡すことを約束した。Aが2011年8月31日に引き渡さなかった場合、Bは履行が可能であれば、遅滞に関する規定によりさらなる履行および場合により遅延損害の賠償を請求しうる。彼が契約解除および不履行による損害の賠償を求めるためには、Aに原則として相当な追完期間を設定しなければならない。給付が不能であったときは、給付が契約締結時にすでに不能であったのであれば、ス債20条により原則として契約は不能になるが、議論がある。後発的不能の場合は、特定物債務か種類債務か、およびAに給付客体の滅失につき責任があるかどうか問われる。特定物売買でAに帰責事由があるときは、彼は履行するに及ばないが、ス債97条1項⁽⁷⁹⁾により損害賠償をしなければならない。帰責事由がないと

きは、Bはス債119条3項、185条1項⁽⁸⁰⁾により偶然の危険を負担するが、この場合Aは引き渡さなくてもよいのに、Bは売買代価を支払わねばならない。種類売買の場合はAが調達危険を負担するがゆえに、Bは履行請求権を有する⁽⁸¹⁾。

次に、Aが2011年8月31日に中古のマニュアル車を引き渡したとしよう。この場合誤給付または不完全給付が存在するかどうかが問題になる。誤給付は、両当事者によって合意された種類の特徴のすべてを備えるとは限らない、すなわち、その種類に属さず、他のものである物の給付である。不完全給付は、引き渡されたものが引き渡されるべき種類に属するが、合意されまたは法律上要求される性質を有さない場合に認められる。その区別は個々の場合に困難であり、しばしば意図された結果から導かれる。誤引き渡しの場合はまだ引き渡しながされていないのだから、給付遅滞の構成要件が存在する。Bが契約を解除しまたは不履行による損害賠償を請求しようとする、彼はス債107条以下（相当期間を定めた催告）に従って行為しなければならない。不完全履行となる場合は、まず帰責事由とは無関係な売買法上の瑕疵担保責任規定が適用される（ス債197条以下）。それによれば、Bは品物を検査し、瑕疵の存在を告知し、引き渡し後1年内に解除、代金減額または代物給付を請求しなければならない。彼はAに追完期間を設定することはできない。それとは選択的にBはス債97条により不履行による損害賠償を請求しうる。もちろん連邦裁判所は、彼が売買法上の検査および告知義務を尽くすとともに、ス債210条の期間内（瑕疵担保請求権の時効、引渡後1年内）にその権利を主張したことを要するとする⁽⁸²⁾。

草案118条～134条の契約上の給付障害法の改定の目的は、現行の原因および帰責事由に依存する体系から法律効果を重視し、担保責任に類似したモデルへの移行である。これは、CISG45条以下、DCFRⅢ-3：101条以下、PECL8：101条以下、PICC7.1.1以下でみられるようにこの間世界標準となった。草案118条は不履行の統一的要件を定める。草案118条1項a号からg号に列举され、草案123条～134条に規定されている債権者の請求権はこれに基づく。かくして契約違反の法律効果の規定に関してもはやその原因は原則として問題とならない。しかし、これには例外がある。履行（草案124条以下）および契約解消（草案130条以下）の場合債権者の請求権について債務者遅滞と他の義務違反とで区別がある。このことから責任の基本的要件とともに（草案118条）遅

滞の発生を規定する草案120条が必要である。それに附加して草案119条が補助者の行為に対する責任を規定する。この規定の内容は基本的にス債101条の今日の解釈に適合する⁽⁸³⁾。

義務の不履行があるときは、契約違反となる。ス債97条1項におけるような帰責事由は前提とされていない。債務者は草案121条によれば義務違反について、これが彼の負担に帰さない事由に基づく場合にのみ責任を負わない。この担保に類似した解決は、CISG、コモンローの体系を志向するものである。ス債97条のもとでの帰責事由の客観化の進行に鑑みて、その違いは外見上よりも小さい。草案122条は契約上の制限または債権者の権利の排除を許容する。それを通じてもちろん権利および義務の合意された分担は著しく加重されるべきでない。免責の制限は結果的に現行ス債100条～101条とは異なりもはや帰責事由には結びつかない。上記の事例に草案118条～134条を適用すれば、中古車が引き渡し前に破壊された場合、草案118条1項の義務違反が存在する。売主が責めに帰すべきでない事情または免責条項により義務違反について責めを負わない場合は（草案121条以下）、義務違反の事例ではあるが、買主は履行、代物請求または損害賠償請求をなさない。しかし、彼は契約解除を請求し、かように自己の給付をなすには及ばない。かくして現行ス債119条が適用されたのと同じ結論に達する。しかし、ス債119条とは異なり、契約は法律上当然に解消されるのではなく、債権者の解除の表示によってのみ解消される（草案133条）⁽⁸⁴⁾。

義務の不履行における債権者の権利は草案123条～134条に規定されている。債権者は自己の給付を留置し（草案123条）、履行を請求しうる。後者は、草案118条1項b号および124条に規定されている。この場合履行請求権がすでに債務の本質から生じることを考慮すべきである。したがって、草案124条における言及は、単に遅滞の発生とともに債権者の履行請求権がさらに存続することを明らかにするのみである。草案125条は瑕疵ある給付の場合に修補または代物給付の形の変容された履行請求権を規定する。さらに債権者は、追完を請求し（草案126条）、自己の給付を減額し（草案127条）、損害賠償および利息を請求し（草案128条以下）、契約を解除することができる（草案130条以下）⁽⁸⁵⁾。

(4) 債務の消滅と継続的契約の告知

債務の不履行にあてられた第3章はこれからは二つの部分に分けられる。一つは債務消滅の原因に関するもので(草案135条~143条)、もう一つは継続的契約の解消に関するものである(草案144条~147条)。草案144条以下が本質的な革新であるのに対して、草案135条以下は現行ス債114条(履行による債務、従たる債務、担保等の消滅)以下を大部分継承する。債務の合意による解消に関する現行ス債115条⁽⁸⁶⁾の削除の理由は、契約の変容は契約の条項のあるものの廃止により決して識別されえないという事実による。この理由により契約の変容および債務の合意による廃止を草案26条のような特別規定において処理することになった。債務の履行不能から生じる結果に関するス債119条も削除され、これからは債務不履行の章にある草案121条で改定された形で規定される。諾約者がその債務を第三者が彼に負担する債務と相殺することができないとする現行ス債122条の削除は、複雑で余計だという理由による。このような場合はこれからは草案87条(第三者のためにする契約)および草案146条(相殺)の適用により処理される⁽⁸⁷⁾。

継続的契約関係の告知も債務の終了ないし消滅に導く。継続的契約ないし継続的契約関係の概念は草案144条~147条には明示的には定義されていない。草案はむしろ通常理解を基礎としている。継続的契約とは、総てのなされるべき給付が契約の継続性により定められる契約であり、この定義のためには契約類型的な主たる給付が問題になる⁽⁸⁸⁾。現行スイス債務法総則には告知によるその終了に関する一般規定を除いて固有の規範は存しない。これに対してスイス債務法各論には賃貸借契約(ス債253条以下)、消費貸借(ス債312条以下)、個別的労働契約(ス債319条以下)のような継続的債務関係が規定されている。これらの契約のためにスイス債務法は特別の告知規定(ス債266 a条以下、318条および355条以下)を有する。賃貸借契約および個別的労働契約の規定は、この場合他の有名契約および無名契約の分野の継続的契約における告知の問題に類推される。しかし、弱者保護というこれらの規定の社会的な背景のために、これらの契約類型の特別な態様を一般法に移植するためには最高度の慎重さが要求される。かように継続的契約の告知に関する一般規定の必要性に鑑みて、かような規定を各則から総則に移すのが正当かつ必要である⁽⁸⁹⁾。

告知は受領が必要な、一方的な法律行為的意思表示であり、形成権として撤

回し得ない⁽⁹⁰⁾。さらに告知権は時効にかからず、個々の場合に失効しうる。形成権として告知権は、その効力発生が表示の受領者の意思に依存しない限りにおいて条件に服さない。方式なしで告知は有効となるが（草案21条参照）、特定の方式が契約によって留保されうる。継続的契約においてもすでに契約の発生において瑕疵（方式の瑕疵、内容の瑕疵または意思の瑕疵）が存する場合には（草案21条以下）告知は問題とならない。むしろ当事者の一方による瑕疵の主張は直接に清算関係に導く（草案79条以下参照）⁽⁹¹⁾。

原則として継続的債務関係にも当然に一般的給付障害法が適用される。考えられる法的救済は債権者による契約解消である（草案118条1項g号、130条以下）。その場合しばしば非正規告知との平行構成に帰着する。契約解除権はかくして給付障害が契約関係の継続の期待不可能に導く重要な原因でない状況において初めて固有の意味を有する。結果的にその違いは、一つは、両事例で契約関係の終了と並んで損害賠償もまた主張されうるために（草案128条、146条）、もう一つは、両方法は最終的な利益考量を顧慮して清算関係に帰着するために（草案134条、147条）、相対化する。信義則に従いその履行を期待不能にする事情の変更の場合に、一部（変更の）告知の代わりに、契約を適合または解消させることを裁判所に求めるかどうかは同様に当事者の一方の裁量に委ねられる（草案19条）。逆に両当事者は、一方的に形成権を行使する代わりに、継続的契約をもちろん合意によっても終了させうる（草案1条、26条）。解除条件の合意（草案209条2項、210条）や契約期間の確定（草案144条2項）はその変種である⁽⁹²⁾。

(5) 消滅時効と失効

(イ) 時効の目的と現行時効規定

時効の中心的な目的は、すべての当事者の利益における法的安定および法的平和の確保にある。時効の法制度は、債権者がその請求権を合理的期間内に行使し、債務者が特定の期間経過後は、債権者が長期間主張しなかった請求権をなお行使するかどうかかわからないという不安を免れることを確保する。かように時効の完成は、法律状態の明確化に導き、債務者を継続する不安定さから解放し、彼らにその将来の態様をそれに則して整序する可能性を与える。債権者の利益は、整序された時効制度においては彼らにその請求権の行使のために十

分な時間を与えることにより考慮される。当事者の利益と並んで時効は、時間の経過により著しい挙証の困難と結びつく訴訟が無駄な立証手続を要求し、かつ誤判断に導きうること、それが全く開始されず、または時効の抗弁が提出された場合により詳細な実体的検討なしに解決されうることにより、裁判所の負担軽減にも導く⁽⁹³⁾。

今日の時効規定は様々な点で納得しうるものではない。改正の必要は広く認められている。今日の時効法は多数の異なった期間により特徴づけられる。スイス債務法総則は、すでに契約に基づく請求権の時効（ス債127条以下：10年間）、不当利得返還請求権の時効（ス債67条：1年間と10年間の絶対的期間）および不法行為による賠償請求権の時効（ス債60条：1年の相対的期間と10年間の絶対的期間）に区別する。さらに契約上の請求権については10年間の正規の期間（ス債127条）と特定の請求権に適用されうる5年の期間（ス債128条）が区別される。それを超えてスイス債務法各則、スイス民法、ならびに特別法には、異なった時効期間を定める数多くの特別規定がある。総体的にはばらばらで不調和な時効期間の規定が存在している。請求権の種類に従った時効の区別および時効期間の不調和の帰結は、契約に基づくものであるか、不法行為に基づくものであるか、または不当利得に基づくものであるかが時効期間にとって決定的な意味をもつことである。これは、統一的に生活関係からしばしば異なった、競合する請求権が生じ、かつ両当事者にとって、どうして不法行為として性質づけられる請求権が1年という短期の時効に服するのに（ス債60条1項）、契約上の請求権が10年の時効に服する（ス債127条）のかがほとんど理解できない限りで問題となる⁽⁹⁴⁾。

スイス債務法は当事者に時効に関する合意につきほとんど余地を与えない。ス債129条は、第3章の一般時効期間（ス債127条、128条および137条2項）が変更されえない、すなわち、短縮も延長もされえないと規定する（ス債129条）。これに対して他の時効期間は、反対解釈により不動の判例に従えば、それがその性質に従って強行法規でない場合に、両当事者により変更されうる⁽⁹⁵⁾。これは総則編の不法行為および不当利得の時効期間についてだけでなく、各則および特別法の期間についてもまたあてはまる⁽⁹⁶⁾。さらにス債141条は、時効があらかじめ放棄されえないと規定する（同旨：日民146条）。連邦裁判所の判例によれば、これは、契約締結前または契約締結時には時効は放棄されえないが、

時効期間進行中はすでに経過した期間については放棄しうると理解されている。もちろん放棄はス債127条に従い10年という最長期間を超えない⁽⁹⁷⁾。ス債141条はス債129条とは異なり、第3章の一般時効期間への適用可能性の制限を定めていないから、これらの原則はすべての時効期間に適用される。しかし、私的自治の制限は様々な理由で問題がある。一方では、それは時効の抗弁としての性質と調和しにくいし、どうして債務者がすでに生じた時効を自由に援用しうるので、時効の完成の時期について債権者と合意することが拒絶されるのか理解しえない。他方において、時効期間の長さについては当事者自治的な合意に対する証明された必要性が存在する。それは現行法上は判例により時効放棄の法的形象によって満足させられねばならない⁽⁹⁸⁾。

失効とは、期間の経過による権利の喪失である。ス債31条の意思の瑕疵の主張期間（遅滞なく行使することを要する）やス債201条の買主の告知期間（直ちに）のようなスイス債務法上またはそれ以外の数多くの期間が失効を規定し、この法的形象の存在を前提としている。しかし現行法は失効の一般的规定を用意していない⁽⁹⁹⁾。

(ロ) 改正規定

時効の分野では草案の最も重要な目的は、請求権のすべての種類に適用される統一的な期間を用意することである。異なった期間を伴う請求権の種類に従った従来の区別は、避けがたい限界の問題に鑑みて問題があることが明らかになった。同じことは数多くの時効法上の特別規定および特別の期間についてあてはまる。しかし今回の改正は総則編のみに関わるから、請求権のすべての種類の時効を統一的な制度に服させるための前提要件が創設される。統一的な期間の導入は、同じ基準に従った総ての請求権のための時効期間の開始が定められ、その期間が常に同じ長さである場合にのみ時効の望まれた調和をもたらしう。これは、現行スイス債務法が契約上、不法行為上および不当利得法上の請求権の間で区別し、そして特にヨーロッパの契約原則で損害賠償請求権が期間の開始に関して他の請求権とは異なって処理される場合にも（ヨーロッパ共通売買法180条2項、DCFRⅢ-7：203条1項、PECL14：203条1項⁽¹⁰⁰⁾）、全く可能であるように思われる。統一原則からの乖離は、本草案では唯一身体損害と環境損害に基づく請求権について規定される。それは他の法秩序およびヨーロッパの契約原則における規定と一致してまた政治的な平面で多くの者に

よって挙げられている基準に一致して長い時効期間に服する⁽¹⁰¹⁾。

本草案のように広範囲の私的自治を考慮し、同時に法的安定のために当事者の行為および合意とは独立した最長期間を定める場合には、三つの異なった、相互に関連する期間をもった体系に帰着する。この場合三つの期間の一つが経過すれば請求権は時効にかかる。①第一の相対的主観的に関わる期間は、請求権の弁済期が到来し、債権者が債務者が誰であるか、および請求権を基礎づける事情を知りまたは当然知るべき限り開始する（草案149条1項）。この主観的期間と並んで債権者が知らない場合でも請求権が時効にかからないのを妨げる客観的期間が定められる。②第二の絶対的客観的に関わる期間は、債権者の認識の如何を問わず、請求権の弁済期の到来とともに進行を開始する（草案149条2項）。相対的期間も絶対的期間も当事者の合意により短縮または延長される。さらにこれらの期間は特定の法律上完結的に定められた要件のもとで停止、満了停止または中断される（草案153条以下）。③永久的に進行する時効期間を妨げるために、最後に絶対的な最長期間として弁済期および請求権の発生の認識とは無関係に進行を開始し、当事者の処分ができず、かつ停止、満了停止または中断により妨げられないで特定の期間の経過後終了する第三の期間が定められる（草案151条）。相対的期間は3年間、絶対的期間は10年間、そして最長期間は30年と定められる。草案はかように期間の長さについては収斂的解決を採用する：契約に基づく請求権は、債権者が大抵は弁済期に請求権および債務者が誰かを知りまたは当然知るべきであるから、どの場合でも明らかに現行法よりも早く時効にかかる。これに対して、不法行為（草案46条以下）や不当利得（草案64条以下）に基づく請求権のような契約外の請求権は、現行の1年後ではなく3年後に時効にかかる。一方では短すぎる契約外の時効期間の延長は被害者の証明された要求であり、また他方では契約債権者には直ちに3年内に少なくとも中断行為をすること（草案154条）または期間を最初から契約により延長すること（草案159条）が期待されるから、両者は衡平に適っているようにみえる⁽¹⁰²⁾。

一般的規定（草案149条）とは異なり身体および環境損害については相対的および絶対的期間という二元的体系ではなく、3年という相対的主観的に関わる期間のみが規定される。これは、債権者が債務者が誰であるかおよび損害の実現を知ったときから進行を開始する（草案150条）。この本草案の唯一の特別

規定の背景事情は、身体および環境損害が時折時間的に遅れてのみ実現し、または遅くなって初めて発見されること（後発損害）である。現行法のように身体および環境損害に基づく請求権の実行が絶対的客観的に関わる時効期間により制限されるとすれば、これらの請求権が被害者が損害の発生を知り、その主張ができる前に時効にかかる危険があろう。この問題ある法律上の帰結は客観的期間を放棄して、時効期間の開始を債権者の事実上の認識を前提とすることにより避けられる。身体および環境損害に基づく請求権の主張にはもちろん他の場合と同様30年という最長期間が設定される（草案151条）⁽¹⁰³⁾。

現行草案の第三の中心的な基準は、時効のある側面に関して法定のルールから離れる可能性を当事者に付与することにある。法的安定の確保という時効の中心的目的を危殆化しない場合には、その活動範囲は制限される。当事者自治への証明された要求は、この場合時効期間の延長または短縮の可能性のため（草案159条）ならびに時効の放棄に際して（草案160条）存在する。それと一致して両当事者が相対的な3年間および絶対的な10年間という枠内で合意によりそれとは異なった期間を定めうることが予定されている。30年の最長期間のみは強行規定である。さらに債務者は時効完成後最長10年間時効の抗弁の提出を放棄することができる。この柔軟性ととも当事者の要求に更なる考慮が加えられる。その他法定の障害事由は強行規定の性質を有する。それは特に、この分野で特別に重要な法的安定性に基づき当事者の処分が認められない停止、満了停止および中断事由についてあてはまる⁽¹⁰⁴⁾。

法定の期間の徒過による失効は本草案で初めて一般的な形で規定された（草案162条）。それに対して当事者の合意に基づく権利の失効や権利の濫用による権利の失効は規定されていない。法定の失効期間の形成の多様性に鑑みて規定は若干の一般的な原則に制限される。すなわち、権利者が行為の遂行のための法定期間を徒過した場合に権利が喪失するとされている⁽¹⁰⁵⁾。

(6) 債権譲渡および債務引受

債権譲渡とは、当初の債権者から新しい債権者への契約による請求権の移転である。譲渡された請求権の債務者はこの法律行為に当事者として参加せず、債務者への通知はスイス法では譲渡が有効になるための要件ではない。債権譲渡法の規定は二つの対立する当事者間の衡平を見出すという目的を追求する。

一方では譲渡人と譲受人の利益において請求権の流動性が促進されるべきである。他方でその認識または協力なしになされうる譲渡により債務者の地位は悪化されるべきでない。債務者は債権者の交代の事実およびそれと結びついた不快さを受け入れねばならない。草案169条（抗弁および抗弁権の保持）および草案172条（譲渡通知前の給付の免責）は、債務者の保護に資するが、契約上の譲渡禁止の効力の制限（草案164条）は請求権の自由な譲渡可能性およびその流動化を容易にする⁽¹⁰⁶⁾。

債権譲渡に関する草案は三つの節：要件（163条～166条）、効力（167条～176条）および特別規定の留保（177条）に分かれる。効力に関する節はさらに、請求権の移転（167条～170条）、債務者の給付（171条～176条）および譲渡人の担保（174条～176条）に分けられる。法の体系は原則的に現行スイス債務法の構造に一致している。もっとも譲渡の効力に関する規定（草案167条～176条）においては請求権移転、すなわち譲渡の本来の効果が新たに債務者の給付に関する規定の前に規定される点で重要な変更がある。本草案はスイスおよび外国のないし国際的な譲渡法の新しい展開を考慮している。特に国際取引における請求権譲渡に関する国連条約（2001年12月12日）はしばしば改定の出発点となった⁽¹⁰⁷⁾。

スイス債務法の債権譲渡法はおおむね維持されたが、請求権譲渡の成長する経済的意義および実用性に基づいて時機に応じた現代化が要請される。二つの最も重要な内部的改定が契約による譲渡禁止および抗弁規定についてなされる。かくして譲渡禁止合意はもはや譲渡の効力に対立しない（草案164条）。さらに債務者は譲受人に対して譲渡またはその基礎となっている義務行為が無効であるという抗弁を提出し得ない（草案169条3項）。さらなる改定として、①（従来の債務者による譲渡の認識の時期（ス債169条1項）に代えて）新たに原則として通知の時期が、譲受人に対して対抗されうるために、いつまでに債務者の抗弁権または抗弁が存在しなければならないかに関して標準となること（草案169条1項）、②譲渡人との基本的関係に基づく抗弁はそれが通知の受領後に基礎づけられる場合でも主張されうること（草案169条2項）、③通知はテキスト方式でなされねばならないこと（草案171条2項）、④譲渡通知前に債務者の給付がなされる場合、給付の免責効はもはや債務者の善意を要件としないこと（草案172条）が特筆に値する。債権譲渡の効力が物権移転のようにその基礎

にある義務行為の効力に依存するか（有因）、それともそうでないか（無因）は議論がある。この議論は草案では明らかにされていない⁽¹⁰⁸⁾。

債務引受に関する規定は1881年の債務法には存在しなかったが、1911年に初めて定められた。債務引受は引き受ける債務者と債権者の間の債務引受合意に基づくものである。更改が存するのではなく、債権者の同意とともに引き受け債務者への当初の債務の移転が生じる（債務の同一性）。債務引受では債務の特性が維持される。現行法との関連で以下の主要な変容が言及されうる。①債務引受に関する規定は、債務引受の効果に関する通常の前提要件である引受人と債務者の間の契約に関する規定（対内的債務引受）（草案178条）、債務者の債務を引受人に移転させることを約束させるメカニズムである引受人と債権者の間の契約に関する規定（外部的債務引受）（草案179条～183条）および資産または事業の移転（草案184条～186条）を明確に区別するために全体的に再構成される。②規定は、同時に実務の必要および資産の合併、分離、変換および移転に関する連邦法⁽¹⁰⁹⁾の存在を考慮するためにス債176条以下との関連で厳密化される。③草案184条～186条は、前掲2003年連邦法をもっと考慮に入れ、同法が適用されない場合の契約の移転の推定の問題を規定する。草案178条～183条は、債務の免責的引受、すなわち、第三者（引受人）による債務の引受により債務者が免責される場合を規定する。この場合と重疊的債務引受とを区別することが必要である⁽¹¹⁰⁾。

(7) 債務の特別の関係

(イ) 代理

一般的な法律行為論のテーマである代理の規定は本草案では総則の終わりに出てくる。これによって契約に基づく債務の発生に関する第1章の負担が軽くされる。さらに代理は債務を基礎づける契約の締結の場合にだけ許容されるのではないことも考慮に入れられる。代理を債務の特別の関係に関する第6章に位置づけることも、代理が債権譲渡や債務引受、連帯債務とは異なり債務と直接かつ特別の関係にはないがゆえに、同様に問題である。（直接）代理は他人の主義における法律行為または法律行為に類似した行為にのみ直接に関わっている。有効な行為に基づいて初めて債務の条件、変更、移転、引受、履行、相殺、猶予または廃止が生じる。それを超えて代理は、物権契約のように

直接にでなく、履行の枠内で間接的に債務と関わる法律行為の場合にも可能である。一般的な法律行為論の放棄のために本草案において体系的に正当な代理の位置づけは困難である。現行代理法がおおむね維持されるがゆえに、草案187条以下はわずかな変更しか包含しない。本人のためにすることを示さない行為（他人の名義による行為）（草案188条）、自己契約（草案191条）および信頼保護に関する規定（草案190条）がそれである⁽¹¹¹⁾。

(ロ) 連帯債務関係

草案198条以下は連帯債務関係の様々な形態を規定する。しかし、時効の中断の問題は草案158条で規定される。草案198条は、現行ス債143条と比較して内容的には変わっていない。しかし、草案198条2号および3号は、現行法上はス債143条2項に規定されている二つの事例、すなわち、ス債50条および51条ないし70条の定める事例に言及する。かようにスイス債務法総則の連帯債務関係のすべての発生原因が一か所に定められる。草案198条1号および4号は、ス債143条1項および2項と同じである。草案198条は、連帯債務関係がこの規定の中に言及されている事例においてのみ発生することを間接的に明らかにする。草案の分割債務の存在の基本的な推定は現行法とも一致する。分割債務の存在のための法律上の推定によって草案は様々なヨーロッパ契約原則における展開（DCFR 4：103条、PECL10：102条、PICC11. 1. 2条）にも、また若干のEU加盟国の法制（ドイツ、オーストリア、イタリア、イギリス）にも従っていない。これらの国では逆に連帯債務が基本原則として採用されている。しかしこの場合、これらの契約原則やEU加盟国の法制では連帯債務の推定のための標識が時によって同じではなく、かつこれらの契約原則や法制の適用領域が同じでないことを考慮すべきである。結果的にこれらの連帯債務の推定の体系と草案の分割債務の推定の体系とは相対的に近似してくる。上記のヨーロッパおよびEU各国の法体系における基本原則としての連帯債務の承認の論拠は様々であるが、主に債権者および被害者の保護に求められている。草案ではスイスの自由の伝統に依拠している：契約法では債権者は当初から何人の債務者がいるか明らかであり、彼は自由にこれらの者と連帯債務を合意することができる。不法行為法については、草案198条3号に明示的に連帯責任であることが規定されているためにこの問題は存しない⁽¹¹²⁾。

(ハ) 条件、手付、違約金など

条件に関する規定の構造は現行法と比べて著しく修正された。現行法の基礎は大部分維持されても、草案209条以下は共通のテーマの機能について停止条件と解除条件に共通のルールを再グループ分けする。結果的に現行ス債151条以下は、時折一般規定を停止条件に関する規定のもとで論じており、そのことはその適用を微妙なものにしている⁽¹¹³⁾。

草案216条～220条はス債158条～163条を継承する。これらの規定は、理解を容易にするためや実務の発展に適合させるため（草案216条）または草案の規定が現行法と比べて異なっている不履行の制度を特別に考慮に入れるために、若干の形式的な修正を受けるのみである。手付、違約金および違約罰は、主債務の履行を強化し（手付、違約罰）、または契約上の信頼に違反することを許容する（違約金）当事者間の特別の合意である。これらの規定は、1911年の立法により再グループ化されて、今日ではそれらの規定のすべてが同様に、それらが強い払い込みが過度の性質を有するか否かに関する裁判所の判断に服するがゆえに（草案217条3項、220条1項）、同じ章下に規定される⁽¹¹⁴⁾。

〈注〉

- (1) Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, S. 29 [Probst].
- (2) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 29–30 [Probst].
- (3) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 30 [Probst].
- (4) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 30 [Probst].
- (5) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 30–31 [Probst].
- (6) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 31 [Probst].
- (7) BGE Urt. v. 14. 2. 1958, 84 II 107 (112–113).
- (8) 例えば、PICC 3. 2. 7条。
- (9) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 128 [Ernst W].
- (10) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 152 [Fellmann/Müller/Werro].
- (11) ス債41条 A 責任一般 I 責任要件「(1) 他人に違法に損害を及ぼした者は、故意によるにせよ、過失によるにせよ、彼に対して損害賠償義務を負う。(2) 同様に他人に良俗に違反する方法で故意に損害を及ぼした者も損害賠償義務を負う。」
- (12) ス民16条 d 判断無能力「その低年齢、精神的損害、心理的障害、酩酊またはその他の類似の状況により理性的に行為する能力を欠いていない者は、本法の意味における判断能力を有する。」

- (13) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 152-153 [Fellmann/Müller/Werro].
- (14) ス債47条 c 名誉の回復「人の死亡または身体の障害の場合は、裁判官は特別の事情を考慮して被害者または死者の遺族に名誉の回復 (Genugtuung) として相当な金額の支払を命じうる。」ス債49条 3 人格権の侵害「(1) その人格権を違法に侵害された者は、その侵害の重大さがそれを正当化しかつこれが異なった方法で回復されなかった限り、名誉の回復として金銭の給付を請求しうる。(2) この給付に代わってまたはそれとともに裁判官は、他の方法による名誉の回復を判決しうる。」(1983年改訂、1985年施行)。
- (15) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 153 [Fellmann/Müller/Werro].
- (16) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 153-154 [Fellmann/Müller/Werro].
- (17) P. Widmer/P. Wessner, Révision et unification du droit de la responsabilité civil, Rapport explicative, Berne 2000, p. 134ss.
- (18) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 154 [Fellmann/Müller/Werro].
- (19) ス債423条 II 管理者のためにする事務管理「(1) 事務管理を本人の利益のために引き受けなかった場合でも、本人は同様にその行為の遂行から生じる利益を獲得することができる。(2) 管理人への賠償給付およびその免責については本人は、彼が利益をえている限りにおいてのみ義務を負う。」
- (20) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 196 [Chappuis/de Werra].
- (21) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 196 [Chappuis/de Werra].
- (22) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 196-197 [Chappuis/de Werra].
- (23) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 197 [Chappuis/de Werra].
- (24) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 197 [Chappuis/de Werra].
- (25) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 198 [Chappuis/de Werra].
- (26) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 223-224 [Huguenin/Chappuis].
- (27) C. Chappuis, La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandate en droit privé Suisse, Basel 1991, p. 36 et s.
- (28) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 224-225 [Huguenin/Chappuis].
- (29) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 243 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (30) 例えば、一方ではス民641条2項の物権的返還請求権およびス民938条以下の占有法、他方ではス債62条以下の不当利得返還請求権。
- (31) 契約解消の物権的効果と債権的効果の間の違いに関して、S. Hartmann, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich/Basel/Genf 2005, N. 102ff. 参照。
- (32) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 243-246 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (33) ス民974条 3 善意の第三者に対する関係「(1) 物権の登記が不当であるときは、瑕疵を知りまたは知るべき第三者は登記を援用することができない。(2) 法的原因なくまたは拘束力のない法律行為に基づいてなされた登記は不当である。(3) 物権におけるかような登記により侵害を受けた者は、直接に悪意の第三者に対して登記の瑕疵を援用しうる。」
- (34) BGE Urt. v. 29. 11. 1929, 55 II 302ff.; BGE Urt. v. 6. 10. 1995, 121 III 345ff.

- (35) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 245-246 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (36) ス債26条 4 過失ある錯誤 「(1) 契約の効力を自らに対して生ぜしめない錯誤者がその錯誤を自己の過失に帰せしめねばならない場合は、彼は、相手方が錯誤を知りまた知ることをうべき場合を除いて契約の挫折から生じた損害の賠償義務を負う。(2) それが衡平に適合する場合は、裁判官は、単なる損害の賠償を命じる判決をなすうる。」
- (37) ス債39条 2 無権代理の不承認 「(1) 追認が明示または黙示で拒絶されたときは、代理人として行為した者は、彼が相手方が代理権の瑕疵を知りまたは知ることをうべかりしことを証明しない限り、契約の挫折から生じた損害の賠償を請求される。(2) 代理人に帰責事由がある場合、裁判官は、それが衡平に適する場合は、さらなる損害の賠償を判決しうる。(3) 総ての事例で不当利得に基づく請求権が留保される。」
- (38) ス債320条 II 個別的労働契約の発生 「(1) 法律に異なった定めのない場合は、個別的労働契約が有効となるためには特別の方式は不要である。(2) それは、使用者が労働を時間決めてその給付が事情に従い報酬と引き換えでのみ期待されるべきサービスにおいて受ける場合にも締結されたものとみなされる。(3) 労働者が善意で、後で無効であることが明らかになった労働契約に基づいて使用者のために労働を給付したときは、両当事者は、これが一方または相手方により契約の無効のために解消されるまで有効な契約に基づく場合と同様に労働関係に基づく義務を履行しなければならない。」
- (39) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 246 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (40) ス債83条 2 一方的支払不能の顧慮 「(1) 双務契約において一当事者が、特に破産しまたは差押えを受けて寄る辺ない場合のように無資力となり、かつこの財産状態の悪化により他の者の請求権が危殆化されるときは、この者は、彼に反対給付が確保されるまでその給付を留置することができる。(2) 彼の請求権が相当な期間内に確保されないときは、彼は契約を解除しうる。」
- (41) ス債109条 C 解除の効果 「(1) 契約を解除する者は、約束された反対給付を拒絶しかつ給付されたものを返還請求しうる。(2) これを超えて彼は、債務者が彼にいかなる過失の責任もないことを証明しない限り、契約の挫折から生じた損害の賠償請求権を有する。」
- (42) BGE Urt. v. 15. I. 1997, 123 III 16 (22).
- (43) ス債107条 4 解除と損害賠償 a 期限付きの場合 「(1) 双務契約における債務者が遅滞に陥ったときは、債権者は、彼に後でなされるべき履行のために相当期間を定めまたは管轄官署に定めさせる権利を有する。(2) この期間が徒過するまでも履行がなされないときは、債権者は、遅滞による損害賠償と並んで履行を訴求しうる。彼はその代わりに、それを遅滞なく表明するときは、後でなされるべき給付を拒絶し、不履行により生じた損害の賠償を請求するか契約を解除しうる。」
- (44) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 246-247 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (45) BGE Urt. v. 3. 3. 2011, 137 III 243 (249-250); BGE Urt. v. 16. 5. 1988, 114 II 152

(156ff).

- (46) Huguenin/Hilty, (Hrsg.), a.a.O., S. 247-248 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (47) BGE 4C. 120/1999 E. 5. a.
- (48) ス債545条1項7号「組合は、重要な事由による解消の場合は、裁判官の判決により解消する。」
- (49) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 248 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (50) 前掲BGE 137 III 243 (251-252).
- (51) 前掲BGE 137 III 243 (251-252); BGE Urt. v. 14. 6. 2001, 127 III 421 (426).
- (52) BGE Urt. v. 12. 6. 2008, 134 III 438 (445).
- (53) スイス民法における占有訴権の時効期間は侵奪の時から1年である(ス民929条2項)。また所有者が物の返還を請求するときは、善意の占有者は必要費および有益費の償還請求権を有し(ス民939条1項)、悪意の占有者は、費用が権利者にとっても必要であったであろう場合にのみ償還請求をなしうる(ス民940条2項)。
- (54) 前掲BGE 137 III 243 (248ff.).
- (55) 前掲BGE 137 III 243 (250).
- (56) BGE Urt. v. 21. 2. 2003, 129 III 320 (328-329).
- (57) 前掲BGE 129 III 320 (329).
- (58) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 248-250 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (59) BGE Urt. v. 14. 6. 1938, 64 II 264 (268).
- (60) 前掲BGE 137 III 243 (251-252).
- (61) BGE Urt. v. 16. 5. 1988, 114 II 152 (156ff.).
- (62) 前掲BGE 114 II 152 (159).
- (63) 前掲BGE 114 II 152 (155).
- (64) 前掲BGE 114 II 152 (156ff.); Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 251 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (65) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 251-252 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (66) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 252-253 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (67) 前掲BGE 129 III 320 (329).
- (68) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 253 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (69) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 253-254 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (70) 前掲BGE III 243 (247-248).
- (71) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 254-255 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (72) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 255-256 [Huguenin/Hilty/Purtschert].
- (73) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 279 [Morin/Stöckli/Stoffel].
- (74) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 280 [Morin].
- (75) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 287-288 [Morin].
- (76) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 335 [Morin].
- (77) ス債20条 II 無効「(1) 不能または違法な内容を有しまたは良俗に反する契約は無効である。(2) しかし瑕疵が単に契約の個々の部分のみに関わるときは、契約

が無効な部分がないければそもそも締結されなかったであろうことが認められえない限り、この部分だけが無効になる。」

- (78) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 346 [Müller-Chen].
- (79) ス債97条 A 債務不履行 I 債務者の賠償義務 I 一般「(1) 債務の履行がそもそもまたは正当になされえない場合は、債務者は、彼が彼に帰責事由がないことを証明しない限り、それから生じた損害の賠償をしなければならない。」
- (80) ス債119条 E 給付の不能「(1) 債務者の責めに帰すべからざる事由により彼の給付が不能になったときは、請求権は消滅したものとみなされる。(2) 双務契約においてそれにより免責された債務者は、すでに受け取った反対給付について不当利得により責めを負い、かつまた履行されていない反対給付を失う。(3) 危険が法律規定（ス債185条、324 a条、531条3項）によりまたは契約の内容に基づいて履行前に債権者に移転する場合は例外となる。」ス債185条 B 果実と危険「(1) 特別の事情（ス債220条）または約定が例外を基礎づけられない限り、物の果実および危険は契約締結とともに取得者に移転する。(2) 譲渡された物が種類によってのみ定められる場合は、それは、これを超えて分離され、かつそれが送付されるべき場合には、送付のために（運送機関に）交付されねばならない。(3) 停止条件つきで締結された契約の場合は、譲渡された物の果実および危険は、条件の成就によって始めて取得者に移転する。」
- (81) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 346-347 [Müller-Chen].
- (82) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 347 [Müller-Chen].
- (83) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 348 [Müller-Chen].
- (84) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 348-349 [Müller-Chen].
- (85) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 349 [Müller-Chen].
- (86) ス債115条 B 合意による廃除「請求権は、義務の発生のために方式が必要とされまたはそれが契約締結当事者によって選択された場合でも、合意によりその全部または一部が無方式で廃除される。」
- (87) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 400 [Gilliéron].
- (88) BGE Ur. v. 3. 4. 2002, 128 III 428 (430-431).
- (89) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 412 [Hilty/Purtschert].
- (90) BGE Ur. v. 10. 12. 2001, 128 III 129 (135).
- (91) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 413 [Hilty/Purtschert].
- (92) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 413-414 [Hilty/Purtschert].
- (93) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 427 [Thouvenin/Purtschert].
- (94) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 427-428 [Thouvenin/Purtschert].
- (95) BGE Ur. v. 21. 9. 1982, 108 II 194 (196-197).
- (96) わが国ではこれまで消滅時効期間の延長を認める合意は、日民639条のような特別規定のある場合を除き許容されないが、これを短縮する合意は一定の範囲では有効とされてきた。しかし近時は、いずれの場合も一方がその有利な地位を利用したかどうか（佐久間毅・民法の基礎1総則〔第3版〕（2009年）407頁以下）や消費者

や顧客の保護に資するかどうかという個別的事情によって判断する見解（河上正二・民法総則講義（2007年）528-529頁）が有力化している（椿寿夫編著・強行法・任意法でみる民法（2013年）77-78頁〔吉井啓子〕参照）。

- (97) BGE Urt. v. 13. 2. 2006, 132 III 226 (238ff.).
- (98) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 428-429 [Thouvenin/Purtschert].
- (99) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 429 [Thouvenin/Purtschert].
- (100) CESL180条2項は、長期時効期間（10年間）につき、またDCFRIII-7:203条1項およびPECL14:203条1項は、一般の消滅時効期間（3年間）につき、通常の場合は債務者が履行すべきとき、損害賠償請求権の場合は、その権利（債権）を生ぜしめた行為のときから起算すると規定する。
- (101) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 429-430 [Thouvenin/Purtschert].
- (102) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 430-431 [Thouvenin/Purtschert].
- (103) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 431-432 [Thouvenin/Purtschert].
- (104) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 432 [Thouvenin/Purtschert].
- (105) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 432 [Thouvenin/Purtschert].
- (106) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 481 [Girsberger/Hermann].
- (107) その他PECL11:101~11:401条、PICC 9. 1. 1条~9. 1. 15条およびDCFRIII-5:101条~5:122条も参照された (Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 482-483 [Girsberger/Hermann])。
- (108) Hugenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 483-484 [Girsberger/Hermann].
- (109) 2003年10月3日、RS 221, 301.
- (110) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 535 [Pichonnaz].
- (111) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 562 [Jung].
- (112) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 594 [Furrer/Körner].
- (113) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 617 [Pichonnaz].
- (114) Huguenin/Hilty (Hrsg.), a.a.O., S. 640 [Pichonnaz].