

方、戦闘機以外のヘリコプターや飛行機にはヨーロッパ製が多く存する。前掲書『戦闘機入門』七二頁、佐久間一総監修・前掲書『武力戦の諸相』三二三―三四頁（大串康夫）など。

（日本比較法研究所嘱託研究員）

## 台湾における不完全給付

——日本の学説の盲従？——

陳 自 強  
黄 詩 淳  
新 井 誠 監 訳

- 一 はじめに
  - 二 台湾の民法における不完全給付
    - 1 不完全給付の概念
    - 2 民法二二七条の法改正
    - 3 不完全給付と物の瑕疵担保との競合
  - 三 不完全給付の理論の継受の必要性
    - 1 債務不履行の損害賠償責任の一般規定
    - 2 修補請求権
    - 3 契約の解除
  - 四 むすびに
- 台湾における不完全給付（陳）

## 一 はじめに

中国では一九世紀、清朝末期に生じた戊戌の変法以来、多くの留学生が日本へ派遣され最先端の法学理論を学んできている。それから一九七〇年代の中華民国（台湾）に至るまで、日本の民法の学説は、中華民国の民法の発展に最も影響力を与えたものと言われている<sup>(1)</sup>。台湾の現行の民法は一九〇〇年のドイツ民法を継受しているが、民商合一の部分に関してはスイスの債務法を受け継いでいる<sup>(2)</sup>。他方で日本の民法はフランス民法の影響を受けながらも、民法の制定時から一九七〇年代に至るまで、絶えずドイツの学説が盛んに導入され<sup>(3)</sup>、それが日本民法の文言に合わないにもかかわらず、行われ続けてきた。このおかげで、台湾における民法の研究者は、日本の学説を援用する際には特に違和感を感じなかったわけである。詳細は後述するが、実は日本の研究者は、ドイツの学説を継受するときには、多かれ少なかれ日本民法とドイツ民法の違いを念頭に置きながら、重要なところではドイツの学説をそのまま導入するのでなく、「ローカル化」の作業を行っていた。しかし、台湾の学説はこのような微妙な相違を察しておらず、台湾民法と日本民法における構造的な違いを無視し日本の学説を直輸入している。その結果、法律の規定が異なった台湾と日本とは、意外にも同様な方向へ歩んできている。

現在、ヨーロッパ大陸における法史学と比較法の研究は、EU契約法の統合に理論的な基礎付けを与えるため、ヨーロッパ債権法のコモン・コア (common core) を積極的に探求している。ヨーロッパ大陸の国々の民法のコモン・コアは、ほとんど例外なくローマ法であるといえる<sup>(4)</sup>。東アジアの国々にとって、EU契約法のような統合の必要性は必ずしも高くはないが、法史学の研究により東アジア各地域の債権法にもコモン・コアが存在すると感じずにいられない。すなわち日本の研究者によって「ローカル化」されたドイツの学説は、ドイツ原産のものとはすでに異なっているが、東アジアのコモン・コアとなったといえる。実際に国際契約法の整合の流れの下で、このコモン・コアは法学の交流に役立ち、重視されるべき概念であると思われる。その中でも不完全給付制度の発展が、コモン・コアを解明するのにもっともよい素材であると考えられるため、本稿はこれについて考察することとする。

## 二 台湾の民法における不完全給付

一九三〇年に中国大陸において施行された中華民国民法における債務不履行の構造はドイツ的である<sup>(5)</sup>。すなわち、中華民国民法は、一九〇〇年のドイツ民法のように、帰責事由に関する規定がある（二二〇条から二二四条。それはドイツ一九〇〇年民法の二七六条から二七八条に相当）のみならず、給付不能、給付遅滞及び受領遅滞についても詳細な規定が設けられている（二二五条から二四四条）。とはいえ、ドイツや日本の民法に存在しない規定も見られる。例えば二二七条は、「債務者が給付をしないまたは完全な給付をしない場合に、債権者は裁判所に対して強制執行を申し立て、損害賠償を請求することができる」と定めている。それをうけて、台湾の学説は、給付不能や給付遅滞のほか、三つ目の債務不履行の類型を認めるか否かを争うことなく、むしろ二二七条に定められた「完全な給付をしない」とが果たして学説のいう「不完全給付」に該当するかどうかに論争が集中している。したがって、法の欠缺説、明文規定説および新規機能説等が現れるものの、結論に至っていない。

戴修瓚（中央大学法学科卒、一九二二年帰国）および陳瑾昆（一九〇八―一九一七年日本留学、東京帝国大学卒）は、一九三〇年の民法制定後にすぐに債権総論の教科書を出版し、そこで不完全給付を「債務者は給付をしたものの、その給付が債務の本旨に適合しないこと」としていた。その後、判例と学説はこのように不完全給付については大体同じ理解をとっている。

(1) 日本の不完全履行の理論の継受

①ドイツの積極的債権侵害論の不完全な継受

台湾における不完全給付の概念は、明らかに日本の伝統的な見解を受け継いでいる。陳瑾昆の見解によれば、給付不能と給付遅滞は債権に対する消極的な侵害に当たり、不完全給付は債権に対する積極的侵害の一つとされる。換言すれば、積極的な債権侵害の概念は、不完全給付より広いものと解され、岡松参太郎の考<sup>(7)</sup>と同様である。このように、陳瑾昆氏は確かにドイツの積極的債権侵害の理論を導入しようとしているものの、日本の学説の影響を受け、積極的債権侵害の類型の中に不完全給付のみを認め、すなわちドイツの理論を完全に採用しているわけではない。

②不完全給付の概念の拡大

中華民國民法債編の制定と公布の同じ年（一九二九年）に、勝本正晃が法学協会雑誌四七卷四―六号・八号に「不完全履行論」を発表し、「不完全履行」を「不履行」から区別し、「真正の不履行」が履行がないという消極的観念で

あのに対して、「不完全履行」とは履行の外観を備えた積極的な行為または状態すなわち表見的履行であると主張した。勝本氏は、不完全履行を以下のように分類している。すなわち、第一に、履行期に関する不完全履行（履行遅滞）、第二に、履行の方法に関する不完全履行、第三に、履行の目的物に関する不完全履行、第四に、加害的履行（債権の積極的侵害）である。そのうち、加害的履行とは、債権者が不完全な履行を受領し、積極的な損害を発生させたことを指しており、つまり、給付は単に完全ではなかったばかりでなく、有害でもあったのである。この加害的な履行は、広義の不完全履行の低位概念である<sup>(8)</sup>。

勝本氏は、「積極的債権侵害」を不完全履行という用語に取って換え、債権の積極的侵害を不完全履行の一種と解した。このように、不完全給付が、もともとの積極的債権侵害の一態様から、積極的債権侵害を含めた上位概念に昇格されたことは、ある意味では不完全給付の概念が拡大された。この考えはその後、日本の研究者だけでなく台湾の学説にも影響を及ぼした。ところで、一九八〇年以降ドイツへ留学した台湾の研究者は、一変してドイツの積極的債権侵害論を直接に輸入し、それを直ちに台湾の不完全給付に適用している。それ以降、積極的債権侵害論は、不完全給付の同義語となったことが疑われたことはない。しかし、そうすると、不完全給付は、債務の本旨に従うものでありながら保護義務に反する履行を含んでいるかが問題となる。

③瑕疵給付と加害給付という二分体系の形成

台湾の不完全給付における「債務の本旨に従わない」ことは、従来の通説によれば、瑕疵給付と加害的履行の二種類が存在する。瑕疵給付の「瑕疵」とは、物の瑕疵とは異なり、例えば、数量の不一致、品質の不良、方法の不当、場所や時間の不適切などの状態を指している。他方で、加害的履行とは、債務者の瑕疵給付によって債権者に履行以

外の損害を及ぼしたことを指す。<sup>(9)</sup> すなわち、瑕疵給付とは、前述の勝本氏が主張した加害的履行以外の三つの不完全履行（履行期、履行方法及び履行目的物に関する不完全履行）とほぼ同じである。

さらに、石田文次郎は一九三六年に「加害的履行」という語に代えて「積極的債権侵害」という語を用いており、<sup>(10)</sup> 不完全履行を瑕疵のある給付と積極的債権侵害に分類した。それは台湾における瑕疵給付と加害給付の分類とは用語が違うのみであり、内実は同様であろう。したがって、不完全給付を、瑕疵給付と加害給付とに分類する考え方は、ドイツではなく日本の影響を受けたものであり、言い換えれば、台湾におけるこの二分体系は、勝本氏及び石田氏の二人の研究者に遡るものであるといえる。

#### ④ 不完全給付の法的効果

不完全給付の法的効果について、それが修補できるのかによって、履行不能または履行遅滞の規定を類推適用すべきであると台湾の学説は一致しており、また一九八八年最高法院第七回民事庭會議決議においても確認されている。石田文次郎は前述した著作において、履行に瑕疵がある場合、債権者は修補または完全な履行を請求することができ、修補の可否により履行遅滞または履行不能の法理を適用すると述べている。こうしてみれば、台湾の不完全給付における法的効果も日本の学説を継受した結果であろう。しかしながら、給付不能と給付遅滞が共に履行利益の問題しか処理していないため、拡大された損害が債権者の完全性利益を侵害する際の損害賠償問題をどのように解決するかについて、以上の伝統的な通説は答えを導き出せていないようである。

#### (2) ドイツの付随義務論の継受

台湾の不完全給付は瑕疵のある給付を中心としているが、債権債務関係には給付義務のほか、付随義務もあると意識して初めて、不完全給付の理論が完全になったといえよう。しかし、付随義務の導入は、日本の学説の啓蒙でもなければ台湾の研究者の独創でもなく、むしろ史尚寛氏がドイツの学説を直接に継受したものである。給付義務と付随義務に対する理論的分析に関して、一九六〇年代の北川善太郎が契約責任構造の研究の開拓者として知られている<sup>(11)</sup>が、それ以前にこれを論じた者は極めて少数であった。<sup>(12)</sup> 史尚寛は、日本の東京帝国大学、ドイツのベルリン大学およびフランスのパリ大学で学んだ経歴を有し、一九五四年に出版された債法総論の中で、「誠信原則与債之関係（信義則と債的關係）」という題名で、一九三二年 Enneccerus-Lehmann 民法教科書の第二巻を引用し、付随義務の概念を提出していた。付随義務を二種類に分けさせ、その一つは補助的あるいは非独立的な付随義務であり、もう一つは独立したあるいは補充的な付随義務であるとし、付随義務の不履行が不完全給付に該当すると主張した。その後、多くの研究者は、付随義務の違反もまた不完全給付を構成するものと認め、付随義務が台湾の債権法において確立しているといえる。

#### 2 民法二二七条の法改正

中華民國が台湾へ移った後、一九九九年に債権法の大改正が行われ、二二七条は「(第一項) 債権者に帰責すべき事由により不完全給付をした場合に、債権者は給付遅滞または給付不能の規定によってその権利を行使することができる」と変る。<sup>(14)</sup> (第二項) 不完全給付によって前項以外の損害を生じた場合に、債権者は損害賠償を請求することができる」と変

更された。

### (1) 三分体系の確立

一九九九年の債権法改正の説明によれば、立法者は給付不能と給付遅滞を消極的な債務違反と捉え、また不完全給付を積極的な債務違反と位置付けた。法改正の目的は、従来の通説および実務の見解で認められた不完全給付を明文化することであり、これによって債務不履行の三分体系を確立することとなった。

債権法の改正に携わった立法者は、不完全給付を積極的な債務違反として考え、これは百年前のシュタウプの主張と変わらないが、不完全給付とは給付が提出されたものの、債務の本旨に従わないものとして認識された部分は戦前の日本の通説である。しかし、付随義務の違反が不完全給付の一種類であるかについては不明である。また、債権法改正で四八三条の一には、雇用人の保護義務が明文化されているが、保護義務が一般的に認められてよいのか、そしてその違反もまた不完全給付に相当するのにかについてはまだ条文では言及されていない。

### (2) 瑕疵給付と加害給付の二元的な構造

債権法改正は、不完全給付を債務不履行の態様として確立した以外に、従来の通説に従い、不完全給付には瑕疵給付と加害給付の二種類があると認めた。改正前の通説と判例では、不完全給付の法的効果は、給付不能もしくは給付遅滞の規定を類推適用するものとしていたが、債権法改正ではこれが瑕疵給付(二七条一項)に限り適用されるものであり、他方で、加害給付に関しては、債権者が損害賠償を請求できると定められた(二七条二項)。これによ

て改正前の完全性利益の侵害が不完全給付に該当するかという争いが解決されると同時に、不法行為責任と契約責任との競合の可能性が肯定され、さらに証明責任の転換の効果が生まれた。その他、債務不履行により人格権が侵害された場合に、二七条の一により、不法行為の人格権侵害に対する損害賠償の規定が準用されることとなった。

### 3 不完全給付と物の瑕疵担保との競合

債権法改正後、不完全給付の法的根拠は問題とはならなくなったが、不完全給付に関する研究は法改正後も続いており、特に不完全給付と物の瑕疵担保との関係については論争の焦点となっている。

#### (1) 実務の見解

台湾の最高法院は、一九八八年民事庭会議において「売主はその目的物の瑕疵についての責任を負うべきである。仮にその瑕疵が契約成立後に発生し、かつそれが売主に帰すべき事由により生じた場合に、売主はその瑕疵担保責任のほか、不完全給付の債務不履行の責任をも負わねばならない」と述べ、研究者による厳しい批判を浴びさせられた。しかし最高法院の判断は、決して突然に生まれたものではなく、最高法院裁判官の孫森焱の一九八〇年の見解に影響されたものと推測される。孫森焱は「物の瑕疵について、仮に売買の目的物が特定物である場合に、瑕疵が契約成立時にすでに存在していたとしても、売主は当該特定の物を引き渡せば、債務の本旨に従う給付となり、物の瑕疵については担保責任を負うこととなる。他方で、契約後に瑕疵が生じた場合に、その給付は不完全であり、債務不履行の責任が生じると考えられる。問題は、この時には担保責任も生じるのではないか。これについて、日本の通説は、瑕

疵が契約成立後に発生した場合に、それが債務不履行もしくは危険負担の問題に属し、契約成立時にすでに存在していた瑕疵のみ担保責任の範囲に含まれる」と述べている。<sup>(15)</sup>

(2) 日本における瑕疵担保に関する法定責任説の継受

物の瑕疵に関する債務不履行責任が、瑕疵が契約成立後に発生した場合に限るという孫氏の主張は、日本の学説の影響を受けたものと考えられる。日本の学説では、物の瑕疵責任の法的性質に関して、確かに法定責任説と契約責任説の対立は存在しているが、法定責任説は日本の通説であるとは完全にいきれない。すなわち、民法の起草者が瑕疵担保責任を債務不履行責任として考えており、法定責任説が登場したのは大正時代以後のことである。なお、明治三〇年（一八九七年）岡松参太郎は『註釈民法理由（下）債権編』においては契約責任説を採用しているが、フランスの学説を参照し、瑕疵担保が危険負担の問題であると主張し、危険の移転前に生じた瑕疵は売主が負担すべきものであり、また、瑕疵担保が危険負担の問題であるからこそ、瑕疵を知らないことが故意であれ過失であれ、売主が責任を負わねばならないと解している。<sup>(17)</sup>

法定責任説は岡松による上述の主張ではすでに垣間見ることができ、それを本格的に確立したのは鳩山秀夫であろう。鳩山は、売買の際に瑕疵がなく、その後瑕疵が発生した場合に、売主に帰責できないなら、それが危険負担の問題となり、他方で売主に帰責できる場合には債務不履行責任の規定（日本民法四一五条）が適用されると唱えた。<sup>(18)</sup> すなわち、契約成立後は、民法四〇〇条の規定に基づき、売主には目的物を保管する義務があるため、売買契約の成立後に売主がその保管義務に反して瑕疵が生じた場合には、債務不履行責任（民法四一五条）を負わなければならないが、そうでないなら民法五三四条一項の危険負担の問題として処理されるとした。<sup>(19)</sup>

(3) 理論の鵜呑み

上述した孫氏及び最高法院民事庭会議決議の見解が、鳩山秀夫以来の日本の通説に影響されたものといえよう。しかしながらその妥当性は疑わしい。以下では詳しく論じる。

まず、日本の伝統的な通説が、契約成立後の瑕疵を債務不履行の問題と理解することは、日本民法における物権変動と危険の移転の諸制度に関連する。すなわち、日本では特定物の所有権が契約成立と共に移転し、また、日本民法五三四条一項も、特定物の物権移転について、契約成立時に危険が移転すると定めているので、契約成立後に瑕疵が生じた場合に、売主に帰責事由があれば債務不履行の責任を負うものの、そうでなければ、買主がその不利益を負担しなければならない。<sup>(20)</sup> これに対して、台湾の民法では法律行為による所有権の変動は、意思主義ではなく、登記もしくは引渡しによって始めて効果が生じるとなっている（七五八条一項、七六一条）。それに加えて、台湾民法三七三条はドイツ民法四四六条の継受であり、目的物の危険の移転を引渡しの時点と設定している。このような状況の下で、仮に忠実に日本の危険移転説を台湾に導入するならば、引渡し後に発生した瑕疵こそが債務不履行責任の問題とすべきであろう。

次に、上述した台湾の実務は、債務不履行が契約成立後の給付障害のみに適用することを信じているようであるが、債務不履行の判断は、そもそも契約履行期に債務者が債務の本旨に従って給付を提出するかを基準とすべきであり、瑕疵の存在の時点を基準とするものではない。また、売主が売買契約で負う義務は、買主に目的物の所有権と占有を

取得させること（民法三四八条一項）のはずである。売主が瑕疵のない物を給付する義務を負うかはさておき、売主が契約成立後に瑕疵のある給付を提出することは、契約成立後に発生した事実ともいえるだろうが、裁判実務は担保責任の成立を認めている。また、原始的・主観的不能や障害事由は、契約成立前に存在するものであるにもかかわらず、誰もが債務不履行の責任の成立を承認し、担保責任に分類させない。すなわち、不能な給付を目的とする契約を一律に無効としない限り、債務不履行が契約成立後の障害のみに適用するという孫森焱の主張は成り立ちようがない。

第三に、契約成立後の瑕疵により債務不履行の責任が発生するという孫森焱の見解は、特定物の売主が瑕疵のない物を給付する義務を負うことを前提としている。しかし、一旦特定物の売主が瑕疵のない物を給付する義務を負うと認めてしまうと、契約成立後の瑕疵のみが債務不履行を構成するという見解自体が論理的に維持できなくなる。

### 三 不完全給付の理論の継受の必要性

以上のことから、付随義務と保護義務を除き、台湾における不完全給付は、その概念、要件なしし効果のすべてが、日本の戦前の学説に類似していることがわかる。仮にそれが偶然でなければ、学説の継受にほかならない。しかし、この継受が必要であるかについては再考しなければならない。

#### 1 債務不履行の損害賠償責任の一般規定

周知の通り、法の欠缺説および債務不履行の三種の類型は、二〇世紀初期のドイツで築かれたものであるが、一九

世紀末以降のドイツにおける法規定<sup>(22)</sup>、あるいはドイツ民法の制定の過程から見ると、一九〇〇年ドイツ民法二七六条が、債務者の不履行または不良履行に関する一般的な責任規定であることは確かである<sup>(23)</sup>。これに対して、日本民法はすでに四一五条という債務不履行の損害賠償責任に関する一般規定を有するにもかかわらず、ドイツの法の欠缺説および債務不履行の三分体系説を継受した。このことは、新契約責任論者の有力な批判を招いている<sup>(24)</sup>。

本稿は、前述した台湾の一九三〇年民法二七条の規定を、スイス債務法九七条を継受したものと考える。スイス法は、「債務がそもそも履行不可能または債務本旨に従う履行が不能の場合に（Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden）、債務者は自らに故意または過失がないことを証明できないときは、それによって生じた損害を賠償しなければならない。その強制執行は、債務整理法と破産法、および各邦の強制執行の規定による」と定めている。中華民國民法の制定後に、仮にスイスの学説を参考としたなら、一九三〇年の民法二七条を、契約違反の一般原則、すなわち契約違反について債務者が自らに故意または過失を有しないことを証明できない場合に、損害賠償責任を負うという原則を定める条文として、しかもその契約違反が真正な不履行に限らず、債務の本旨に従わない給付も含まれる<sup>(25)</sup>と解するならば、民法の債務不履行には欠缺が存在しないこととなり、ドイツの積極的債権侵害論を継受する必要もない。現在は一九三〇年の民法二七条の「給付をしない」という文言が削除され改正されたため、このような解釈は困難となったが、筆者は、民法二二〇条一項、すなわち「債務者はその故意または過失による行為について責任を負わねばならない」という規定を、債務者が自らの故意または過失による行為について損害賠償責任を負うと定めた一般規定と解してよかろうと考える。そうすると、不良の給付によって完全性利益が侵害された債権者が直ちにその規定により損害賠償を請求できるのみならず、保護義務の違反による損害

賠償責任もそれを根拠とすることができる。

## 2 修補請求権

種類物売買において、売主は瑕疵のない物を引き渡す義務を負うことについて、特に争いが無い。他方で、特定物の売買において、売主が当該目的物をそのまま引き渡す義務しか有しないと考えるなら、目的物の瑕疵は、債務不履行責任とは異なる瑕疵担保責任の問題に属すると帰結される。そうすると、たとえ目的物に瑕疵があるとしても、売主が給付の義務に反するわけではないため、買主は修補を請求できないこととなる。この状況の下では、不完全給付の適用を承認することは、確かにこの問題を解決できる。しかし、台湾民法三〇九条一項の規定によれば、「債務本旨に従い債権者またはその他受領する権利のある者に弁済し、受領を受けた場合に、債権債務関係は消滅する」こととなる。つまり、弁済は債務の本旨に従うものに限って、債務を消滅させる効果を有する。債務者が債務の本旨に従い給付する義務を負うとしたら、本当の問題は瑕疵のある特定物が債務の本旨に従う給付といえるのかという契約の解釈である。台湾の最高法院の従来の見解では、物の売主は瑕疵のない物を給付する義務を負うので、目的物に瑕疵があったことは給付義務の違反となり、したがって債権者は瑕疵のない物の引渡しを請求すれば、修補が達成でき、不完全給付の概念を用いる必要がない。さらに、履行請求権には帰責事由を要件としていないので、それは不完全給付の適用より債権者に有利となっている。<sup>(26)</sup>

## 3 契約の解除

台湾の民法は一九〇〇年ドイツ民法を継受し、一般の法定契約解除事由が給付不能と給付遅滞に分かれているが、給付不能における解除に限って帰責事由が必要であると定めている(民法二五六条。日本民法五四三条に相当)。もし債務者が債務本旨に従って給付する義務を負い、したがって債権者は瑕疵のある物の受領を拒否し、修補の請求ができると考えるならば、債務者が瑕疵のない物を弁済期に引き渡さないことは、遅延に該当し、直接に民法二五四条(日本民法五四一条に相当)と二五五条(日本民法五四二条に相当)を適用することができるはずである。そうすると、不完全給付による契約解除の規定を適用しなくても、解除はできる。また、私見では、法律に他の定めがなければ、台湾民法における法定契約解除は、帰責事由の存在を要件とせず、瑕疵の重大さまたは給付が債権者にとって利益があるかを要件とすればよいのである。<sup>(27)</sup>

## 四 むすびに

台湾の民法における債務不履行の三分体系は、不完全給付の形成によって明確になったのである。一九九九年債権法改正は、六〇年間の学説や判例の蓄積を明文化したが、不完全給付の概念自体、その法的効果、瑕疵給付と加害給付の二分体系ないしそれと目的物の瑕疵担保との関係等においては、日本の戦前の学説を継受した影が濃い。戦後、台湾に身をおいた中華民国の研究者が、直接にドイツ民法の付随義務の理論を輸入し、さらに、一九八〇年以降にド



イツ留学経験者が積極的債権侵害論を導入したため、日本を経由した継受は少しずつ消え、日本民法の学説からの脱却が現れ始めた。とはいえ、台湾の不完全給付制度が民法制定後のまもなくから日本の学説の影響を受けたという経緯から、不完全給付の制度に関する研究にとっては日本民法の学説、特に戦前の理論への理解が不可欠である。

日本の学説への再認識と再検討を通じ、台湾が継受した日本の不完全履行または積極的債権侵害論は、実は日本の研究者に消化され整理されたものであることが判明し、もはやドイツの学説そのものではない。また、一方で瑕疵が契約成立後に発生し、かつそれが売主に帰責するものであつてはじめて、不完全給付に該当するという見解は、台湾と日本の民法における物権変動および危険の移転の違いを無視し、軽率に移植した結果である。他方で、日本の民法研究者は、戦後、英米法、国連国際動産売買条約、ヨーロッパ契約法原則、ユニドロア国際商事契約原則等の影響の下で、ドイツの学説継受の当否について深く議論し、一九九〇年代以降に債務不履行一元論および契約解除における帰責事由不要説等の新契約責任論が広く受け入れられ、<sup>(28)</sup> それもまた日本民法(債権法)の改正の方向になりそうである。<sup>(29)</sup> また、台湾の債務不履行の母法であるドイツも、二〇〇二年の債務法現代化をきっかけに大きな変貌を遂げた。このように、台湾の母法であるドイツも、また、学説の主な継受先であつた日本も、大きく変わりつつある現在、台湾の債務不履行制度は、従来のままドイツと日本から間接であれ直接であれ輸入することが困難となる。現行制度の運営を維持しようとするなら、自らで現行法の構造の下で研究を重ね、可能な方向と改革案を探り出さねばならない。いずれにせよ、台湾は従来の法継受の態度を改めなければならない状態に來たと考えられる。

(1) 日本の民法が台湾の民法に与えた影響について、陳自強著、周作彩・村田彰共訳「台湾民法に対する日本民法の影響」流

経法学二一巻一号(二〇一二年)九三一―一九九頁。

(2) 詳しくは陳自強「第五章 民商合一与民商分立」『代理權与經理權之間——民商合一与民商分立』(元照、二〇〇六年)を参照。

(3) 加藤雅信「現代民法學の展開」(有斐閣、一九九三年)二二一―二四頁。

(4) 陳自強「整合中之契約法」(元照、二〇一二年)一八八―一八九頁。

(5) 本稿以下の二一と二の内容は、拙稿(陳自強「從継受觀點看不完全給付之生成發展」政大法学評論二二〇期(二〇一三年)掲載予定)をまとめたものであり、脚注とりわけ中国語の文献を相当に省略している。したがって、台湾の不完全給付の詳しい發展は当該論文を参照されたい。(訳者注) なお、本稿のテーマである「不完全給付」は、日本では一般的に「不完全履行」と称されるが、台湾の制度を述べることを明確にするため、原文の用語(給付)を維持することとした。

(6) 台湾の財産法の發展について、陳自強著、黃淨愉・鈴木賢共訳「台湾民法の百年——財産法の改正を中心として」北大法學論集六一巻三号(二〇一〇年)二二七―二八五頁。

(7) 岡松参太郎は一九〇六年に発表した「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」という論文で、シュタウプによる積極的債権侵害のケースとして、不作為義務違反、不完全給付、給付の拒絶の三つを取り上げて検討した。その結果、不作為義務違反が履行不能に属すること、次に、給付の拒絶が履行期の前に明確に給付を拒絶するのであり、履行期に給付をする権利を失わないため、債務不履行に該当しないことをもって特に独立した類型として認める必要がない。これに対して、債務者の不完全給付により債権者が損害を受けた場合、例えば、瑕疵のある物の給付、履行地以外の場所における給付、不正な報告書の提出など、債務者が給付をしたものの債務の本旨に合わない場合は、履行不能に該当しないので、遅滞と不能のほかに、不完全給付を独立した類型を承認すべきであると主張される。これについては、早川真一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編集代表「民法講座4 債権総論」(有斐閣、一九八五年)五六頁を参照。

(8) 潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩・平井一雄編「日本民法学史・各論」(信山社、一九九七年)一九四―一九五頁。

(9) (七) なられた最高法院院長の) 錢国成「不完全給付与瑕疵担保」法令月刊三一巻一〇期(一九八〇年)五七―五八頁は、不完全給付の状況を、給付の目的物・給付の方法・給付の時間・給付の場所の不完全および付随的義務の不履行という五種類に分類した。

- (10) 潮見佳男、前掲注(8)一九五—一九六頁。
- (11) 田中宏治「北川善太郎「契約責任の研究——構造論」加藤雅信ほか編集『民法学説百年史』(三省堂、一九九九年)四五八—四六一頁、潮見佳男「債権総論I——債権関係・契約規範・履行障害」2版』(信山社、二〇〇三年)一六頁。
- (12) 潮見佳男「契約規範の構造と展開」(有斐閣、一九九一年)五六頁註二によると、中嶋玉吉『民法釈義卷之三 債権総論上』(一九二二年)が唯一の例外である。
- (13) 潮見佳男、前掲注(12)五八頁もまた、Lehmannをドイツの付随義務論の原始的形態を提出した者と位置づける。
- (14) 陳自強著、長坂純・周作彩共訳「台湾民法債権編修正から日本(債権法)改正を考える」(明治大学法律研究所) 法律論叢八六卷六号(二〇一二年)、一七九—二二三頁。
- (15) 孫森焱『民法債編総論』[3版]』(自費出版、一九八〇年)三八七頁註8は、鳩山秀夫、石田文次郎、勝本正晃等の見解を引用している。
- (16) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(1)」立教法学七三号(二〇〇七年)五六頁。
- (17) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(2)」立教法学七四号(二〇〇七年)八五—八七頁から転載。
- (18) 鳩山氏の主張については、野澤正充、前掲注(17)一〇七—一〇頁。
- (19) 法定責任説は、山本敬三『民法講義IV—2 契約』(有斐閣、二〇〇五年)二六四—二六八頁を参照。
- (20) 山本敬三、前掲注(19)一二四頁。契約成立時に危険と利益がともに買主に移転すること(periculum emptoris)もまた、ローマ法、フランス民法(一一三八条)およびスイス債務法(一八五条)に見られる。これに関しては、Pichonnaz, Periculum emptoris und das schweizerische Recht Ein Fall des Rücktritts auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht in/Jakob/ Ernst, Kaufen nach Römischen Recht, Berlin Heidelberg, 2008, S.186-187。
- (21) 原始的・主観的不能については、陳自強「契約責任之帰責事由」台大法学論叢四一期(二〇一二年)九五—一〇三頁。
- (22) ローマ法古典時期の法学者であるJuraは、売主は、瑕疵のある木材や伝染病のある動物等、目的物の価値の減損について責任を負うのみならず、仮に買主が当該木材により家屋を建築し、それが倒壊した場合、また、買主の所有した他の牛に病気が移り、結局牛が死亡した場合等、すなわち目的物の瑕疵により引き起こされた損害(拡大損害)もまた買主訴権(actio empti)の範囲内にあると述べている。Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian

Tradition, Oxford 1996, 310 を参照。また、Chiusi, Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischem Recht, Jura 2003, S.220 によれば、シュタウフの理論が当時の法律規定にも裁判上のケースにも合ならぬにもかかわらず、広く学説に賛同されたことは、法学史上の不可解の謎である。

- (23) Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II/1, §§ 276-278, 2007, Rn. 98.
- (24) 平井直雄『債権総論』[2版]』(弘文堂、一九九四年)四九頁。
- (25) Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2. Aufl. 1988, S. 334, N25; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 1992, Art.97, N. 1.
- (26) 台湾の売買の瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係について、陳自強「買売物之瑕疵担保羅馬法之継受」月旦法学雜誌二二期(二〇一二年)一五五—一七三頁、同「買売物之瑕疵担保規定之法律性質」月旦法学雜誌二三期(二〇一二年)一九四—二一六頁、同「買売物之瑕疵債務不履行一般規定之適用」月旦法学雜誌二四期(二〇一二年)の三つの拙稿を参照。
- (27) 契約の解除については、陳自強「主給付義務以外其他義務違反之契約解除」東吳法律學報二三卷四期(二〇一二年)一—四六頁、同「未按時給付之契約解除与帰責事由」台大法学論叢四一期三期(二〇一二年)八七—九二頁。
- (28) 潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリスト一三八号(二〇〇六年)八一—八六頁。
- (29) 中国語での紹介は、陳自強「台湾民法与日本債権法之現代化」(元照、二〇一一年)二二七—三〇三頁。

[監訳者あとがき] 本稿は、陳自強教授が二〇一二年七月五日に本校で行った講演原稿を同教授が加筆のうえ翻訳したものである。翻訳は黄詩淳助理教授にお願いした。本稿は、「不完全履行」と「不完全給付」概念の系譜をドイツ法、日本法そして台湾法の中で究明しようとする意欲的なものであり、従来の見解に根本的な見直しを迫っている。本稿は、陳教授の多年にわたる研究成果が結実した秀作である。このような貴重な論稿を本誌に寄稿して頂いた陳教授に深謝したい。

(国立台湾大学法律学院教授)

(国立台湾大学法律学院助理教授)

(本学教授)