

契約不適合物の危険移転法理

——危険の移転と解除によるその回帰——

野
中
貴
弘

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 本稿の構成
- II 他人物の引渡しによる危険移転論
 - 1 支配移転理論と所有権
 - 2 他人物の引渡しによる危険移転論
- III 瑕疵物の引渡しによる危険移転論
 - 1 前提
 - 2 解除の原状回復における危険配分論

契約不適合物の危険移転法理（野中）

六七（二八六五）

3 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

IV ドイツの解除効果論と危険移転論

1 債務法改正前の規定と議論状況

2 債務法改正

3 債務法改正後の議論状況

4 小括

V 契約不適合物の引渡しによる危険の移転と解除によるその回帰

1 危険移転と解除法理との重畳

2 解除による危険回帰の範囲

3 民法（債権関係）改正と危険移転法理

VI おわりに

1 本稿のまとめ

2 残された課題

I はじめに

1 問題の所在

売買契約がなされた場合、目的物の対価危険は、その物の支配の移転によって売主から買主に移転するとされる。現在の我が国の有力な見解は、この「支配」を目的物の占有に求め、物の引渡しがあった場合に支配が移転するとし

て危険の移転を認める。したがって、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険は、買主が負うことになる。物が買主の領域に入り、その領域から滅失損傷等の事態が生じた以上、買主が危険を負担すべしとする論理である。

もつとも、このような論理は必ずしも常に妥当するわけではない。買主に目的物が引き渡された後の滅失損傷の危険であっても、売主負担になるケースが承認されている。たとえば、売主が他人物を売却した場合において、当該他人物が引渡し後に買主の許で不可抗力により滅失したというケースである。我が国の学説は、伝統的に、こうした他人物売買において、民法五三四条一項が適用されず、民法五三六条一項により売主負担になるとの解釈をしてきた。

物の引渡しにより危険が移転すると解するにもかかわらず、引渡し後の危険を売主が負担する場合もあるというこの問題は、どう正当化されようか。この点、後述するとおり、右のケースでいえば、他人物売買においては、売主が所有権を取得しない限り買主に所有権が移転しないことを根拠に、引渡しをしても危険が買主に移転しないとして売主負担を説明することもあり得よう。危険の移転と所有権の所在とを結びつける見解である。一般化すれば、契約に適合する物の場合とは異なり、契約に適合しない物（以下「契約不適合物」^①）の場合には、物の引渡しによって危険が移転するという危険移転法理が、売主の契約不適合責任を考慮して修正されるといふ理解になる。^②

しかし、こうした説明以外成り立たないわけではない。むしろ、目的物の事実上の引渡しがなされれば、買主はその物を自己の物として自己の危険で使用する以上、物の危険もいったん買主に移転することを前提とした方が自然ではないか。所有権の所在や売主の契約不適合責任とはいったん切り離して危険移転を論じる可能性はないか。最終的に売主負担とすべき場合には、いったん買主に移転した危険が買主の解除によって売主に回帰することを意味するのではないか。

こうした危険移転と解除による危険の回帰は、瑕疵ある特定物が引き渡された場合における瑕疵担保解除の局面で語られやすい。先述の、物の支配が移転して初めて対価危険が移転するという支配移転理論のうち、危険の移転と所有権の所在とを結びつける右の見解からしても、瑕疵ある特定物が引き渡されれば、物権変動を認め、危険が買主に移転したと結論づけられるからである。瑕疵物の引渡しによる危険移転と解除による危険の回帰は、ドイツにおいて長年にわたって論じられてきた。ドイツ民法においては、目的物の買主への引渡しがあると、いったん買主に危険が移転するが(ドイツ民法四四六条一文)、買主が法定解除権を行使した場合には、売主への危険の跳ね戻り(Zurückspringen der Gefahr)が認められているのである。

本稿は、ドイツ法の危険移転とその跳ね戻りの議論に手がかりを求めながら、^③解除による危険の回帰という可能性を踏まえた、契約不適合物の引渡しによる危険の移転を論じるものである。従来、売買契約が買主から瑕疵担保解除される前に、目的物が買主の許で不可抗力により滅失したというケースにおいて、この危険は契約当事者のどちらが負担するのかという問題が議論されてきた。本稿は、こうした危険配分についての議論を、危険の移転という観点から検討することになる。右のケースにつき、最終的に売主負担とする立場は、瑕疵物の引渡しによる危険移転をどのように考えているのか。そもそも危険が移転しなくなれば、買主が不可抗力による滅失の危険を負ういわれはない。しかし、買主への危険移転を否定することは妥当なのか。それに対し、瑕疵物の引渡しであっても危険移転を認め、買主負担とする立場についていえば、そうして買主に移転した危険が、解除によって売主に回帰することはあり得ないか。この問題は危険負担と契約不適合責任とが競合するためか、議論が錯綜している。こうした中で、結論としての売主負担あるいは買主負担に焦点を当ててではなく、これまでの我が国およびドイツの学説が、それぞれの帰結

に至る過程で危険の移転をどのように考えてきたかを明らかにすることは、あるべき最終的危険負担者を判断する前提として意味があるように思われる。そうした検討の中で、危険移転法理と契約不適合責任とのあるべき競合形態を見出していきたい。

2 本稿の構成

本稿ではまず、これまでの我が国での他人物の引渡しによる危険移転論を明らかにすることから始め(Ⅱ)、その後、我が国およびドイツでの瑕疵物給付の場合における危険移転の議論を分析したい(Ⅲ・Ⅳ)。Ⅴ章では、ドイツにおける議論を受けて再度日本法の分析にもどり、他人物や瑕疵物の引渡しがあった場合に、その物の対価危険がいったん買主に移転したうえで、解除によってその危険が売主に回帰するという構成の可能性を検証したい。契約不適合物の引渡しによる危険移転を認めない構成と比較したとき、どちらが見通しのよい論理を展開できるかが検討されることになる。また、このⅤ章では、「民法(債権関係)の改正に関する法律案」(以下「改正法案」という。)がこの問題にどのような解決策を提示し、今後の議論にどのような影響を与えるのかについても論じることとする。

Ⅱ 他人物の引渡しによる危険移転論

1 支配移転理論と所有権

我が国で、他人物の引渡しによる危険移転の問題は、五三四条の解釈をめぐる展開されてきた。かつては、

五三四条が債権者(買主)負担主義を採用していることを前提に、こうした他人物売買において、売主が所有権を取得して買主に移転する前であったとしても、特段他の場合と区別せず、五三四条一項の適用により買主が生じた危険を負担すべきとする見解も存在した。⁽⁴⁾

ところが、周知のとおり、他人物売買では、買主が期待どおりに目的物を取得できるか否かがきわめて不確定な状況にあるから、いまだ買主への所有権あるいは利益の帰属が確定しておらず、五三四条一項の適用の基礎である所有者主義あるいは「利益の帰するところ損失もまた帰する」という考えの前提が欠けるとして、五三六条一項の債務者主義によって売主が危険を負担すべきとする見解が通説となるに至った。⁽⁵⁾

これに対し、その後、五三四条の債権者主義の合理性自体が疑われるに至り、本稿冒頭でも述べた、目的物の支配が移転してはじめて買主への危険移転を認める考えが有力になる。今日、支配の移転があつてはじめて危険が移転するという点でおよそ争いが無い。そこで問題は、こうした目的物の「支配」の理解になる。

一方では、支配の移転時期として、目的物の引渡しや移転登記に加えて、物権変動が生じた時点をも含めて考える立場がある(以下「A説」とする。⁽⁶⁾)。危険移転を左右する「支配」を、所有権の所在と結びつけていることになる。たとえば、我妻博士は、目的物の引渡しや移転登記がなされるか、あるいは物権変動が生じるか、いずれかの時点での買主への危険移転を認めようとする。もつとも、このように危険移転時期のひとつとして物権変動が生じる時点を含めた場合には、物権変動が生じる時点を契約締結時と解する限り、契約締結時に買主に危険が移転することになり、五三四条一項の帰結と何ら変わらないこととなる。我妻博士は所有権留保がなされていた場合を想定して議論していたとはいえ、五三四条の不合理性を解消できないとして批判された。

そこで、その後、「支配」と所有権とを結びつける立場を引き継ぎつつも、物権変動の時期を遅らせることによって、危険移転時期を遅らせる考えが登場する。広中教授は、「所有権移転の実質的内容をなすところの果実収取権の移転」に着目し、判例によれば果実収取権は、目的物の引渡し、移転登記あるいは代金支払いがなされた時に買主に移転するとされていることから、この時に所有権および果実収取権が買主に移転するとともに危険も移転すると提言した。目的物支配、所有権および果実収取権の三つの移転時期を一致させようとしたわけである。こうして、新所有者主義とも位置付けられるこの立場は、物権変動の時期自体を契約締結時点よりも後の時点に移す考えと結びつくことで、契約締結時より後の時点での危険移転を肯定できるようになった。⁽⁹⁾

しかし、その後、危険移転を生じさせる「支配」としては実質的支配が必要であるとし、危険の移転と観念的な所有権の移転とを切り離す見解が登場するに至る（以下「B説」という⁽¹⁰⁾）。所有権移転のメルクマールとなる「代金支払」は、危険の移転において不要とされる⁽¹¹⁾。もっとも、こうした立場も大きく二つに分けることができる。ひとつが、引渡しまたは移転登記のいずれかがなされた時に危険が移転することを認める立場である（B1説⁽¹²⁾）。

もうひとつは、移転登記による危険の移転をも否定し、占有の移転たる引渡しを支配の移転とする立場である（B2説）。ただし、このB2説もまた、なぜ引渡しにより危険が移転するのかという根拠について、引渡しにより受領者が利益を取得できるようになったことを強調するもの（B2①説⁽¹³⁾）と、「支配」としては目的物に物理的に生じる危険を回避できることが重要であり、これができるのは目的物の占有者であるという論理でもって導くもの（B2②説⁽¹⁴⁾）とがある。

2 他人物の引渡しによる危険移転論

では、こうした支配移転理論からは、他人物の引渡しをどう評価することになるのか。

この点、危険の移転と所有権の所在とを結びつけるA説からすれば、他人物売買の場合、他人物売主が所有権を取得しないことには物権変動が生じない以上、たとえ他人物の引渡しがあっても危険は買主に移転しないことになる。事実、広中教授は、「他人の物の売買においては、たとえ引渡等があつても、目的物についても支配が買主に移るということは法律上ありえないから、つねに五三四条の適用はない」とする¹⁵。

それに対し、所有権との結びつきを否定するB説からすれば、他人物であつても引渡しがなされた以上は、危険の移転を認めるようにも思える。しかしながら、我が国の学説は、引渡しを危険移転の基準としつつも、他人物の引渡しによる危険移転を認めない。たとえば、B1説を代表する船越教授は、他人物売買において、通説が買主に支配が移転しないことを理由に危険が移転しないとしていることに対し、動産についてはやや疑問があるとしながらも、「わが民法の解釈としては、右通説を正当となしえよう¹⁶」とする。また、B2①説についても、半田教授は、「所有権の実質的内容たる利益の取得を危険移転の論拠¹⁷」とし、「危険とはそもそも物について所有者としての真正な支配権、公益権を有する者に帰すると解するのが妥当であり、物が債務関係の裡に入つてもかような関係は当然には変更を受けない¹⁸」とする。このことから、半田教授は、「売買当事者以外に真正な所有権を主張する第三者が現れたときは、最終的にはこの真正な所有者がその物の危険を負担すべきである。売買当事者間では、売主は所有権（所有者としての支配）を買主に移転する義務を履行していないため、売主が対価危険を負担する¹⁹」という。

さらには、B2②説からも他人物の引渡しによる危険移転が否定される。このB2②説は、危険移転を考えるにあ

たり、誰が最も物の滅失損傷の危険を回避しうるかという点に着目しており、こうした根拠づけにおいても所有権との切り離しが明確にされている。それにもかかわらず、他人物の引渡し局面では、「実質的支配の移転」という論理を持ち出し、真の所有者からの追完がなされていない段階では、買主ははまだ目的物を実質的に支配しているといえないとするのである。⁽²⁰⁾

以上のとおり、我が国では、危険の移転と所有権の所在とを切り離し、物の引渡しによる危険移転を認める立場（B説）が有力にもかかわらず、他人物売買の場合には、まるで物の引渡しを基準とした危険移転論を否定するかの⁽²¹⁾ように、一律に危険移転を認めないのである。

しかし、危険の移転と所有権の移転とを切り離しておきながら、他人物売買の場合には別途、危険移転段階で所有権の帰属の有無をとりあげることには問題がないだろうか。また、たとえば、売買当事者が共に目的物が第三者の有物であることを知らなかった場合、買主は当該他人物の受領以降、自己の危険においてその物を使用するはずである。両当事者が物の引渡しにより危険が移転したと考えているにもかかわらず、これを事後的に見て、以前の引渡しには危険を移転させる効果がなかったとすることは適切であろうか。危険移転の段階で最終的な危険負担者を決定するような実質的判断をするのではなく、物の引渡しがあった時点で機械的に危険の移転を認め、場合によって買主の解除による売主への危険の回帰を検討すべきではなからうか。

他人物の引渡しの場合には、物の引渡しがあっても買主に所有権が移転しないがゆえに、危険移転が否定されてきた。それでは、同じ契約不適合物でも、瑕疵物の場合はどうだろうか。物に瑕疵があるに過ぎない場合には、買主に所有権が移転する。そこで、次に、瑕疵物の引渡しの場合において危険移転がどのように論じられているかをみてい

くこととしよう。

Ⅲ 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

1 前提

瑕疵物も他人物と同様に契約不適合物とはいえ、瑕疵物に過ぎない場合には、売主に所有権がある。そうすると、瑕疵物の場合には、支配移転理論のうち、危険移転と所有権とを結び付ける見解からしても、物権変動が生じ、危険が買主に移転することを認めることになるはずである。このことからすれば、一見すると、瑕疵物の場合には、引渡しによって危険が買主に移転するとの考えに争いがないようにも思える。しかし、議論は必ずしもそう単純でなく、後述のとおり、目的物に重大な瑕疵がある場合には、当該物の引渡しを、危険移転を生じさせる「引渡し」とはみない見解が主張されている。⁽²²⁾

瑕疵物が給付された場合の危険負担については、民法五四八条（解除権の消滅）の解釈をめぐって様々な議論が展開されてきた。五四八条が危険配分規定であることが理解されるようになったことにより、解除ができるか否かが危険負担者を決するものとされてきたからである。⁽²³⁾ ここでは、瑕疵が原因で滅失に至った場合や買主の許で不可抗力により滅失した場合の危険負担が問題とされる。このように、この問題が、買主が解除できるか否か、滅失により物を返還できない買主が価値賠償義務を負うか否かといったように、最終的な帰結をめぐって議論されてきたことが、瑕疵物の引渡しによっても危険が移転するのか否かについての議論状況を不明確ならしめているように思われる。

そこで、以下では、まず我が国の解除の原状回復における危険配分論を整理し、そのうえで瑕疵物の引渡しによる危険移転についての議論状況を分析したい。

なお、対価危険が買主に移転しているか否かを検証するうえで最適な事例は、特定物売買において買主に引き渡された瑕疵物が、買主の解除前に買主の許で（瑕疵とは無関係に）不可抗力によって滅失したというケースであろう（以下このケースを「本件設例」という）。仮に引渡しによって危険が買主に移転しているのであれば、不可抗力による滅失の危険は、原則として買主負担となるはずだからである。そこで、こうした事例を中心に据えて、以下、我が国の議論を整理していくこととしたい。

2 解除の原状回復における危険配分論

(1) 従来の学説状況

我が国では、原状回復義務を考えるうえで、五四八条がほとんど意識されていなかった時期がある。五四八条は、単に解除権が消滅するひとつの場合を定めたものに過ぎないとの理解である。そうした時期の我が国の学説は、本件設例について二つの立場に分かれる²⁴。

ひとつが、買主の故意過失なく不可抗力で物が滅失した以上、買主はその滅失についての危険を負わず、（それにもかかわらず売主が代金を返還しなければならない結果として）売主負担になるとする当時の通説的立場である²⁵。こうした立場のなかには、解除の相手方の許で滅失したケース（つまり売主解除のケース）を念頭に置いて論じているものもあるが、これを五四八条が定める解除権者の許での滅失という本件設例に敷衍して当てはめると、解除権者の故意過失あ

る返還不能でない限り、解除権者は責任を負わないということになる。五四八条の「行為」を故意に読み替える伝統的通説の解釈につながる。⁽²⁶⁾ この立場は、受領した物が消滅した以上、買主（返還債務者）に故意過失がない限り賠償義務を負わないとする点で、原状回復義務を不当利得返還債務に近いものと把握しているとの分析もなされている。⁽²⁷⁾

もうひとつは、原状回復義務を不当利得返還債務と異なるものと理解することを出発点とする。すなわち、民法五四五条一項本文が相手方の原状回復を規定していることに表れるように、原状回復は債権者の側の状態を回復することを目的とする以上、滅失につき買主に帰責性がなかりと、買主には原状回復義務の一環としての価値賠償義務があるとするのである。⁽²⁸⁾

しかし、一つ目の通説的立場についていえば、そもそも、買主（返還債務者）に故意過失がなければ相手方がその危険を負担する、というのは危険配分の議論として疑問がある。買主に故意過失がないがゆえに買主が損害賠償責任を負わないとしても、この危険をどちらが負担すべきかがまた別途検討されるべきである。⁽²⁹⁾

また、二つ目の原状回復義務の一環としての価値賠償義務を肯定する見解についていえば、五四五条一項本文が相手方（返還債権者の側）の原状の回復を返還債務者に義務づけていることからすれば、返還債務者は物を返せない以上、常に価値による賠償が必要という解釈には、一理あるようにも思える。しかし、返還不能につき返還債権者が有責な場合もあり得るのであって、この場合に返還債務者がその返還不能の危険を負わないことは判例・学説ともに一致して認めるところである。⁽³⁰⁾ 五四五条一項本文の「相手方」の原状回復という規定には、危険配分の観点が抜け落ちていないといわざるを得ない。五四五条一項本文の規定は、少なくともこうした問題を解決するうえでの指針とはなっていないのである。⁽³¹⁾

このように危険配分についての意識が不十分であることは、同時に、この時期の議論には、瑕疵物の引渡しによって危険が移転するかという問題意識がないことをも示していよう。

(2) 現在の学説状況

ア 五四八条二項の機能に着目した整理

現在の学説を俯瞰したとき、五四八条二項の持つ機能について、そもそもの理解の対立がみられる³²。そこで、まずこの点に着目して学説状況を見てみる。

(i) 危険配分規定とみる立場（二項の適用事例＝解除の相手方負担）

現在の多くの学説は、五四八条が当事者間の危険配分規定であると理解する³³。すなわち、同条は、一項で解除権が消滅する場合には滅失損傷等の危険を解除権者（売買では買主）に負担させており、二項で解除権が存続する場合には解除の相手方（売買では売主）に負担させていると解する。

したがって、一項と二項のどちらを広く適用するかによって当事者のどちらが危険を負担するかが変わることになる。学説はこれまで、同条にある「行為」をどう読むかに着目し、一方で、「行為」を故意に読み替える解釈が古くから主張された³⁴。先に指摘したとおり、伝統的通説とされる。五四八条を危険配分規定と理解したうえで故意に読み替えるとすれば、本件設例のように不可抗力による滅失の場合には、二項が適用され、解除の相手方がこの滅失の危険を負担するということになる。現在、我が国における有力説は、五四八条二項がこのように不可抗力による滅失

損傷等の危険を解除の相手方に負担させているとの理解を前提とし、五四八条には解除原因を作出した者に危険を負担させる発想があることを重視する。つまり、解除権者に故意過失がない限り、こうした不可抗力による滅失損傷等の危険は、解除原因を作出した解除の相手方が負担すべきとするのである³⁵。ただし、現在、このように解除原因を作出した者に危険を負担させようとする立場もまた、「行為」を故意と読み替えないものも多いことには注意が必要であろう³⁶。法定解除が問題となる場合、買主が契約不適合を認識するまで受領物を自己の物として処分するのは当然であり、この場合に買主の故意は問題にならないからである。もちろん、「行為」を故意に読み替えずとも、この見解は、「行為」をいわば普通に解除権者の行為による返還不能と解するため、本件設例のような不可抗力によるときには、二項の適用となり、解除の相手方がその危険を負担することになる(以下、こうした立場を「A説」という)。

また他方で、五四八条所定の「行為若しくは過失」を最も広い意味での帰責事由を定めたものとし、この帰責事由の程度としては、「自分の支配領域内においた」、あるいは「信義則上自己の前行為に矛盾した態度をとってはならないこと」という程度のもので足りるとする立場もある。広く、自己の支配下から生じたものは「行為若しくは過失」によるものと捉え、返還不能につき返還債権者が有責な場合や瑕疵が原因での返還不能の場合を除き、不可抗力による滅失損傷等の場合にも一項が適用されることになる。その結果、本件設例の場合には、一項により解除権が消滅し、買主負担となる(以下、こうした立場を「B説」という³⁷)。この点、五三四条の債権者主義を不合理なものとし、同条の適用範囲をできるだけ制限しようとする近時の学説の趨勢からすれば、五四八条二項の適用範囲をできる限り狭めようとするのも、いわば自然な流れである。五四八条を危険配分規定とみる限り、五四八条二項は債権者主義の規定となるからである。

(ii) 危険配分規定とはみない立場（二項の適用事例≠解除の相手方負担）

しかし、五四八条がこのような危険配分をしているとみるとみることに反対する見解も有力に主張されている。二項が適用され解除ができる場合であっても、これを解除の相手方負担には直結させない立場である。⁽³⁸⁾ 本田教授は、当初B説を提言したが、その後、「民法五三四条がその正当性を失った現在、民法五四八条二項もその危険負担規定としての独立の意味を喪失したといってもよい」として改説する。⁽³⁹⁾

五四八条二項を危険配分規定とみない立場には、二項が適用され解除ができる場合であっても、不可抗力によって滅失損傷が生じたようなときに買主の原状回復義務は消滅せず、買主にはそれに代わる価値賠償義務があるとする立場⁽⁴⁰⁾と、二項が適用され解除ができる場合には買主の原状回復義務が消滅するが、双務契約における債務者危険負担主義を定めた民法五三六条一項によって、解除の相手方（返還債権者）の原状回復義務も消滅すると解釈する立場⁽⁴¹⁾（以下「D説」という。）とがある。このC説とD説との構成の差は、目的物の返還不能によって原状回復義務が消滅するとみるか否かによるものであると理解できる。⁽⁴²⁾ 以上のA説からD説を整理すると図表のようになる。

【我が国の現在の学説状況－548条の機能を中心に】

| | 548条を危険配分規定と見るか | 本件設例の処理 |
|---|--|----------------------------------|
| A | ○ 「行為」＝故意 or 通常の意味の行為 → 不可抗力による危険は、解除原因を作出した解除の相手方が負担すべき | 売主負担（売主が解除原因作出 → 買主は548条2項で解除可）※ |
| B | ○ 「行為」＝広く、解除権者の領域内から生じたことを意味する | 買主負担（548条1項で解除不可） |
| C | × 2項で解除できた場合にも解除権者は価値賠償義務を負う | 買主負担（解除ができて買主には価値賠償義務あり） |
| D | × 2項で解除できた場合には反対債務も消滅する（536条1項） | 買主負担（売主の代金返還義務も消滅（536条1項）） |

※この立場は、解除原因作出者に危険を負わせるので、買主の支払遅滞ゆえに売主が解除したケースでは買主負担となる。

イ 結論を導く実質的根拠に着目した再整理

そのうえ、こうしたA説からD説までの各学説を五四八条から切り離して理解するとき、本件設例で、売主負担とする立場(A説)と、買主負担とする立場(構成に差こそあれB説C説D説)とに区別できる。

売主負担を導く立場は、解除原因を作出した者が責任を負うべしとして売主の契約不適合責任を強調する⁽⁴³⁾。当事者の帰責事由や関与状況を契約の清算関係において考慮する立場といえよう。したがって、事例が変わり、買主が支払遅滞をしている場合には、買主負担となる。

これに対して、買主負担を導く立場からは、当該物を自己の領域内で支配していた者が責任を負うべきことや、そもそも双務契約であった以上はその清算においても双務性が尊重されるべき(給付と反対給付との等価交換的均衡を維持すべき)ことが強調される。契約の清算関係において、解除事由を考慮しない立場である⁽⁴⁴⁾。

3 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

以上のような議論状況にある我が国の現在の学説は、瑕疵物の引渡しによる危険移転についてどのように考えているものと分析できようか。

まず、買主の領域内から滅失損傷が生じたことを強調して買主負担を導く見解が、瑕疵物の引渡しによる危険移転を認めているということはいえるであろう。ただ、こうした見解も、滅失損傷が物の瑕疵に起因する場合や滅失損傷につき売主が有責な場合には、構成に差こそあれ、売主負担としている⁽⁴⁵⁾。そうすると、「危険」を広く捉えれば、この場合には、目的物を引き渡すことでいったん買主に移転した危険が、売主に回歸しているとみることができるといえる。

だし、こうした危険の回帰については、明確な記述が見られない。以上に対し、同じく買主負担とする見解の中でも、その根拠を契約の双務性の維持・尊重に求める見解が、瑕疵物の引渡しによる危険移転自体をどのように考えているかは不明確である。

一方で、不可抗力による滅失損傷の場合に売主負担とする見解をみてみると、その中には、物の引渡しによって買主にいったん移転した危険が売主に回帰していることを指摘するものもある⁴⁶。しかし、曖昧なものや危険移転を否定するものが多い。そもそも、契約不適合物の滅失損傷の局面においては、売主の契約不適合責任と危険負担との競合があることから、契約不適合物の危険移転の判断にあたっては、契約不適合責任を加味して決すべきとするものも存する⁴⁷。たとえば、小野教授は、契約不適合物の危険移転にあたり、引渡しのみをその基準とすることに疑問を抱き、「引渡以降、すべての損失を買主が負担するとするのは、売主の担保責任を無視したものとなる。そこで、引渡という時間的な調整に加えて、解除にいたる瑕疵の重大性や量的な調整を考えなければならぬ」とする⁴⁸。そのうえで、契約目的不達成に至るほどの重大な瑕疵がある場合には、買主が目的物につき引渡しを受けているとはいえず、実質的には受領していない状態にあるとする。他の箇所でも一部、解除による売主への危険の回帰を肯定する記述も存するが⁴⁹、「重大ではない瑕疵の存在によつては、危険移転は妨げられない」と述べていることからすれば⁵⁰、やはり小野教授は、重大な瑕疵がある物の引渡しによつては危険が移転しないと考えているものと思われる。事実、また他の箇所では、「そのような重大な瑕疵では、買主は正当に受領を拒絶できるから、危険負担について引渡主義をとつても、『引渡』はありえず危険も移転しない。」として、重大な瑕疵のある物の引渡しによる危険移転を否定するのである⁵¹。また、花本教授は、解除要件の厳格な我が国において、いったん発生した解除権はできるだけ存続させるべきであるとの小

野教授の論理、および解除原因を作出した者が売主であることに着目し、売主負担を主張するが、これにあたって、「そもそも危険は買主に移転していないのだから、『買主がいったん自分に移転した危険を解除によって売主に再転嫁することを許すことになる』という批判はあたらない、ということになる」としており、重大な瑕疵のある物の引渡しでは危険が移転しないことを明言する。⁵²⁾

しかし、重大な瑕疵がありながらも買主が代金減額や瑕疵修補という救済手段を選択した場合、瑕疵分は売主負担であるが、それ以外の物の引渡し以降の損傷等の危険は買主が負うことになる。仮に右のように危険移転を否定する立場に立つとすると、こうした場合の引渡し後の危険は、いつどのように移転したとみることになるのだろうか。

ところで、以上では特定物を前提に検討してきたが、種類売買において瑕疵ある種類物が引き渡された場合に目を向けると、我が国の議論は一層複雑なものとなる。すなわち、瑕疵物の給付による特定（民法四〇一条二項）を認めるか（給付危険の移転があるか）という問題や、（これが否定されるとすれば）給付危険すら買主に移転しない段階で、瑕疵物を引き渡すことでの対価危険の移転を認めて良いか（対価危険の移転が給付危険の移転に先行することを認めるか）といった問題⁵³⁾が立ちほだかり、我が国の学説は混乱を極めることになるのである。

以上のとおり、我が国においては、他人物の場合だけでなく瑕疵物の場合においても、引渡しによる買主への危険移転を認めるか否かについて一致をみない状況にあるといえる。しかし、引渡しによる危険移転についてここまで複雑な議論を呼ぶのは、いったん買主に危険が移転しても、解除によって危険が売主に回帰するという構成を採用しないがためではなからうか。危険移転について、所有権の所在や売主の契約不適合責任を加味しながら判断しようとするがゆえに、こうした、ときに恣意的と指摘される危険移転論⁵⁴⁾に陥ってしまっているのではないか。対価危険の移

転の問題と契約不適合責任とは切り離して判断されるべきであり、こうした形での危険法理と契約不適合責任との競合こそが、簡明な処理をもたらすのではないか。

こうした問題を説明すべく、次に、物の引渡しによる危険移転を承認する規定を民法典に有するドイツでの対応を見ていくことにしよう。

IV ドイツの解除効果論と危険移転論

1 債務法改正前の規定と議論状況

最初に、本稿の問題意識から、二〇〇二年のドイツ債務法改正前の議論状況を振り返っておくこととしたい。⁽⁵⁵⁾

改正前のドイツ民法は、解除の効果につき、約定解除の規定(旧三四六条以下)が法定解除および瑕疵担保解除に準用されるという体系であった(旧三二七条一文、旧四六七条)。そのうえで、旧ドイツ民法では、物の滅失が解除権者の責めに帰すべき事由による場合に解除権を排除する(旧三五一一条)。その結果、契約が維持されて売主は代金を保持し続けるため、物の滅失の危険は買主が負担することになる。それに対して、物が偶然の事情で滅失した場合には、買主は解除権を行使しうるとしていた(旧三五〇条)。この旧三五〇条は、ローマ法上の“*Mortuus Redhibetur*”(死んだ奴隷は返される⁽⁵⁷⁾)を引き継ぐものとされ、解除をした買主は、何らの負担なく、支払った代金の返還を求めることができる⁽⁵⁷⁾と理解されていた。結果として、物の偶然による滅失の危険を売主が負担するのである。

ドイツの学説は、この旧三五〇条で売主が危険を負担する帰結を、「危険の跳ね戻り (*Zurückspringen der Gefahr*)」

と呼んだ。⁽⁵⁸⁾つまりは、旧四四六条一項一文が物の引渡しによる危険の移転を認めるため、売主が買主に物を引き渡したことにより危険が買主に移転する。しかし、こうして買主にいったん移転した危険が、解除により売主に跳ね返ると捉えたのである。たとえ瑕疵物の引渡しであっても、ここでひとまず危険が買主に移転するからこそ、その後の「危険の跳ね戻り」がありうるのであって、ドイツでは改正前より、瑕疵物の引渡しによる対価危険の移転を肯定していたとみることができよう。⁽⁵⁹⁾

こうした偶然滅失の危険を売主負担とする旧三五〇条の帰結は、古くはほとんど問題視されていなかったとされる⁽⁶⁰⁾。その後、この旧三五〇条は後述のとおり猛烈な批判に遭うわけだが、そうしたなかでも通説とも評される立場は、旧三五〇条による危険の跳ね戻りを承認する。こうした立場には、危険の跳ね戻りを正当化するにあたり、自らの義務を完全に履行していない売主よりも買主を保護すべきことを論拠として挙げるものがあつた。たとえば、不当利得法において買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険を買主（返還債務者）負担とするフルーメは、解除効果論においては解除の相手方（返還債権者≡売主）に解除原因を作出した責任があることに着目して旧三五〇条を正当化し、解除の相手方（返還債権者≡売主）が危険を負担するとしたのである。⁽⁶¹⁾また他方で、法定解除の解除権者は、（少なくとも）解除原因を認識する前まで当該物を自己の物として取り扱うし、そう取り扱うことが許されるといふ点を重視するものも多かった。こうした理解を前提として、旧三五一一条の「過失」を「自分自身に対する過失（Verschulden gegen sich selbst）」と解し、⁽⁶²⁾その結果、偶然による滅失の場合には、（後述の有力説とは異なり）いわば自然に、旧三五〇条が適用され、買主に移転していた危険が売主へ跳ね返るとされたのである。⁽⁶⁴⁾

これに対し、有力説は、旧三五〇条によって偶然による滅失の危険が売主に跳ね返ることに反対した。旧三五〇条

の適用範囲をできる限り狭めることによって、広く買主負担を導こうとする⁽⁶⁵⁾。契約がなかったとしても同様に滅失したであろう場合に限って旧三五〇条を適用しようとする（売主負担を認める）見解⁽⁶⁶⁾、滅失が売主の有責行為や物の瑕疵に起因する場合に限って旧三五〇条を適用しようとする見解が主張された⁽⁶⁷⁾。また、旧三五〇条を解除の相手方への危険配分規定とはみないことで買主負担を導く見解も主張された。双務契約における債務者危険負担主義を定める旧ドイツ民法三二三条を契約の巻き戻しにも類推適用することで、旧三五〇条によって解除ができたとしても、解除権者（返還債務者）は代金返還請求権を有しないと見る見解である⁽⁶⁸⁾。こうした中でおそらく最も有力であった見解は、旧三五一条の過失概念を拡張解釈することによって旧三五〇条の適用範囲を狭めることを志向した。すなわち、旧三五一条の「過失」を、「自分自身に対する過失」と解するのではなく、滅失や本質的な損傷が解除権者の自由な行為（freie Handlung）や滅失損傷の危険を高めるふるまい（risikoerhöhenden Verhalten）に基づく場合を意味するものとする⁽⁶⁹⁾。例えばフォン・ケメラーは、こうした場合には、もはや偶然の事情による滅失といえず、旧三五一条の過失があると見て解除権が排除されると主張したのである。買主による物の受領や使用行為を危険の引受けと評価し、これと矛盾する行為を旧三五一条が禁止していると見る立場も同じ方向を志向した解釈といえるだろう⁽⁷⁰⁾。

有力説が売主への危険の跳ね返りを極力限定する解釈を展開したのは、物の引渡しによる危険移転を認める旧四四六条一項一文の存在が大きい⁽⁷¹⁾。危険の跳ね返りを認める旧三五〇条は、旧四四六条一項一文が引渡し後の危険を買主に負担させていることと矛盾すると位置づけたのである⁽⁷²⁾。たとえば自動車の売買契約でいえば、買主は実際には自らの危険で自動車を使用することにもかかわらず、ここで解除により危険が跳ね返ってしまうとすると、あたかも売主の危険で自動車に乗ることを認めてしまうことになる⁽⁷³⁾と批判したのである。改正前のドイツにおいて、解除による危

険の跳ね戻りを認めることが、物の引渡しによる危険移転法理と矛盾すると捉える立場が有力であったことは注目に値しよう。

改正前のドイツ解除効果論は、こうした議論に加え、旧三二七条二文や旧三四七条の適用対象に関する議論が複雑に絡み合っていた。一方で、法定解除の一定の場合に不当利得法の適用を指示する旧三二七条二文の適用範囲についての理解が、旧三五〇条の適用範囲に影響を与え、また他方では、この旧三二七条二文の解釈や旧三五一一条の「過失」の議論が、旧三四七条一文によって損害賠償義務を負う範囲にリンクして議論されたのである。⁷⁴ 議論は錯綜し、非常に見通しの悪い状態にあったといえる。

2 債務法改正⁷⁵

こうした中でおこなわれた二〇〇二年の債務法改正は、解除効果規定にも大きな変化をもたらした。その核心は、①旧三五〇条以下の解除権の消滅にかかわる規定を削除し、返還債務者に価値賠償義務を課すことでの清算に構造転換した点、および②法定解除の場合に売主への危険の跳ね戻りを一定の限度で肯定した点であろう。以下、本稿の問題意識から重要となる部分に絞って、解除効果規定の中心規定である三四六条を見ていく。⁷⁶

(1) 三四六条一項

一項は、解除の効果として、受領した給付および得られた収益の返還を義務づける。債務法改正前の旧三四六条一文・旧三四七条二文に相当する規定である。

旧法と大きく変わった点として、法定解除と約定解除とが原則として統一的に規定されていることが挙げられる。旧法では三四六条以下で約定解除について規定され、これが法定解除や瑕疵担保解除について準用されていたのに対して、新法では三四六条が直接適用されることが明確にされた。これに伴い、法定解除の一定の場合につき不当利得規定の参照を指示していた旧三二七条二文も削除された。⁽⁷⁷⁾

(2) 三四六条二項

二項は、返還債務者が受領した給付または得られた収益を返還できない場合に、それらの価値賠償を義務づける。一号から三号までにより、返還不能の原因ごとに分けて規定されている。一号は、給付または収益の返還が取得したものの性質により不能であるとき（旧三四六条二文の規定を拡張したもの）、二号は、返還債務者が受領物を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、あるいは改造したとき（旧三五二条及び旧三五三条に相当）、三号は、受領物が損傷または滅失したとき（旧三四七条、旧三五〇条及び旧三五一条に關係する規定）、である。⁽⁷⁸⁾

もちろんこれが債務法改正による大きな転換点のひとつであり、新法は旧三五〇条・旧三五一条のような解除ができるか否かによる危険配分を放棄した。⁽⁷⁹⁾ 新法によれば、旧三五一条が定めていたのとは異なり、受領物の滅失について解除権者が有責であろうと、それを理由としては解除権が排除されない。解除権者が受領物を返還できるか否かは切り離して解除を認めたのである。⁽⁸⁰⁾

それと同時に、返還債務者が受領物を返還できない以上、価値賠償義務を負うのを原則とする。これは、旧法において、旧三四七条一文が九八九条と結びついて、あくまで返還債務者の過失に依存した損害賠償責任を規定していた

のと異なる。新法では、返還債務者の過失に依存しない価値賠償義務が肯定されたことを示す⁽⁸¹⁾。返還不能が、買主の有責な事由によるか、自由な行為によるか、偶然の事情によるか、といった区別は不要である。旧法では受領物の偶然による滅失の危険を返還債権者（解除の相手方）に負担させていた（旧三五〇条）のに対し、新法では原則として返還債務者に負担させることになる（ただし、三項にこれの重大な例外があることは後述のとおりである⁽⁸²⁾）。

返還債務者が原則として危険を負担する根拠については、債務法現代化法連邦政府草案の理由書（以下、単に「草案理由書」という。）では、明示されていない。こうした帰結を支持する学説からは、旧法と同様に、物の引渡しによる危険移転を認める四四六条一文が根拠として挙げられている。目的物の引渡し以降、その物は買主の許にあり、この買主こそが滅失損傷といった危険を回避しうる立場にあるがために、買主が危険を負担するのである⁽⁸³⁾。こうした買主の危険負担が、価値賠償義務の負担という形で反映されるに過ぎないのである。

また、以上からも分かるとおり、旧法では解除権者が優遇されていた（旧三五〇条）のに対し、新法では、解除権者であっても返還債務者として物を原状のまま返還できない以上は原則として価値賠償義務を負うこととされており、解除権者と解除の相手方とが対等に扱われている（ただし、これについても後述のとおり、三項一文三号に重大な例外がある⁽⁸⁴⁾）。

なお、草案理由書は、こうした過失に依存しない価値賠償による解決は、解除後の原状回復障害にも妥当するとする。返還不能の事態が解除前に生じたか解除後に生じたかによって取扱いが異なるのは不合理であるとするのである⁽⁸⁵⁾。

(3) 三四六条三項

三項は、返還債務者の価値賠償義務が例外的に消滅する場合について規定する。

一文一号は、解除を根拠づける瑕疵が物の加工の際に初めて明らかになった場合であり、旧四六七条一文ただし書の法的思考を受け継ぐものである。二項一文二号のうち、返還債務者が受領物を加工した場合の例外になる。学説には、この規定を物の加工の局面に限定せず、瑕疵が物の消費に際して初めて明らかとなった場合にも類推適用するものがある。⁽⁸⁷⁾

二号前段は、物の滅失損傷につき返還債権者が有責な場合である。「有責」の意味については、学説上、滅失損傷の原因が返還債権者の領域に由来することが重要とされ、滅失損傷が瑕疵に基づく場合もまたこれに含まれるとされている。⁽⁸⁸⁾ 二号前段は、厳密な意味での不可抗力による滅失損傷のケースではない。それに対して、二号後段は、不可抗力による滅失損傷の場合を扱う。滅失損傷が返還債権者のもとも同様に生じたであろう場合にも価値賠償義務は消滅する。この二号と次にみる三号は、二項一文三号（滅失損傷の場合の返還債務者の価値賠償義務）の例外となる。二号は、前段後段いずれも、先述のとおり旧法下で学説上有力に主張されてきたものである。⁽⁸⁹⁾

この点、我が国の民法の五三六条二項（債権者有責の場合の債権者主義）をも広く危険負担の問題として捉えるのであれば、三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主有責の場合）もまた危険負担の問題といえよう。こうした広い意味では、三四六条三項一文一号および二号もまた、売主への危険の跳ね戻りを認めていることになる。

危険の跳ね戻りに関して最も重要な規定とされるのが、三号である。三号は、法定解除の場合において、目的物が返還債務者である法定解除権者の許で滅失損傷したとしても、法定解除権者が自己の事務において通常用いられる注

意を尽くしていた限り、価値賠償義務が消滅することを規定する。約定解除には適用されず法定解除の場合に限っての例外であること、解除の相手方には適用されず解除権者に限っての例外であることが特徴的である。⁹⁰ この三号により、滅失損傷それ自体につき解除の相手方が有責でなくても(有責の場合は三項一文二号前段が適用される)、解除の相手方(売主)が危険を負担する。不可抗力による滅失損傷の危険につき、旧三五〇条と同様、売主への跳ね戻りが生じるのである。⁹¹

学説では、危険の跳ね戻りが再度承認されたという評価にとどまらず、むしろ新法により危険の跳ね戻りの範囲が拡大したという評価も存在する。法定解除権者は、たとえ偶然の事情による滅失損傷の場合(旧三五〇条の場合)でなくとも、自己の事務において通常用いられる注意を遵守していた限り(無重過失)、価値賠償を負わないからである。⁹²

なお、この三号は、買主である解除権者の許で物が滅失損傷した場合を規定しているので、当然、売買目的物が解除前に解除権者の手に渡っていることを前提とする。したがって、この三号の適用場面の多くは、契約不適合物が給付された場面となる。⁹³

このように法は、三四六条二項一文三号・四四六条一文によって返還債務者へ転嫁された給付目的物の滅失損傷の危険を、一定の場合に、三四六条三項一文三号によって返還債務者から返還債権者に戻すことになる。つまり、両当事者のいずれもが責めに帰すべき事由がなく、どちらかに危険を負担させる説得的な根拠づけが難しい中でどちらかに危険を割り振らなければならないという「ディレンマ」⁹⁴は、法により、解除権者に有利に解決された。⁹⁵ 改正法は、旧法下で一時的多数説とまで評された前述の有力説を採用せず、危険の跳ね戻りを再度肯定したのである。

こうした法定解除の場合の危険の跳ね戻りの根拠につき、草案理由書は以下のように述べる。⁹⁶

買主（注文者）が法定解除権に基づいて契約を解除する場合にだけ、売主（請負人）への危険の跳ね戻りは事柄の性質上適切である。売主（請負人）は、その義務を完全には履行しなかったがために、ここで解除がなされる。約束に従った履行をしていなかった者は、相手方への危険の移転が最終的なものであると信頼してはならない。

草案理由は、危険の跳ね戻りの根拠を、法定解除の相手方が解除原因を作り出したことに求め、この義務違反（Pflichtverletzung）の帰結として、法定解除の相手方は最終的な危険移転を信頼してはならないとする。つまり、草案理由は、（前述の改正前の有力説に倣い、旧三五〇条に問題があったことは認めつつも）危険の跳ね戻りを全面的に否定するのではなく、買主の法定解除の場合には解除の相手方である売主に義務違反があることに着目し、この限りで売主への危険の跳ね戻りを肯定したのである。

草案理由は、解除権者の自由な行為や危険を高めるふるまいなどに着目して旧三五一条の「過失」を解釈する見解を批判する。こうした方法での旧三五〇条と旧三五一条との区別は、境界付けが困難であり、さらにはそもそも、そうした論者の区別自体も不合理だとするのである。すなわち、フォン・ケメラの考えによれば、購入した自動車が買主の駐車場で火災により滅失した場合には旧三五〇条により売主負担となるのに対し、買主の帰責性のない交通事故により自動車滅失した場合には旧三五一条により買主負担になるとするが、草案理由はそもそもこうした区別をする理由がないとするのである。⁹⁷

現在ドイツでは、この三四六条三項一文三号をどう評価するかが激しく議論されている。そこで次に、改正法における危険移転とその跳ね戻りが、学説によりどう評価されているかを見ていこう。

3 債務法改正後の議論状況

(1) 物の引渡しによる危険の移転

改正法において、価値賠償義務を定める三四六条二項一文三号(滅失損傷の場合)により、返還債務者(買主)が原則として目的物の滅失損傷の危険を負担し、その根拠が、学説上、物の引渡しによる危険移転を認める四四六条一文に求められていることは前述のとおりである。引渡しを受けて物を実際に占有する者こそが偶然による滅失や損傷の危険を負担すべきであるという論理である。もつとも、こうした危険移転を認めることについて、二つの、タイプの異なる批判がある。

ア 返還債務者が原則として危険を負担することへの批判

ひとつは、買主が原則として危険を負担することへのそもそもの疑問提起である。こうした批判は、旧三五〇条の全面的な危険の跳ね返りを肯定する論者に多く、返還債務者は、目的物を使用することで実際に得た収益を返還するだけでなく(三四六条一項・二項)、実際には得られなかった収益についても一定の場合に賠償義務を負う(三四七条一項一文)ことを根拠とする。利益が売主に帰属する以上、危険もまた売主に帰属すべきであるというのである。⁽⁹⁸⁾

これに対して改正後の通説からすれば、四四六条一文は、物を実際に占有する者が危険を負担すべきという論拠から、物の引渡しによる対価危険の移転を定めている以上、物の受領者である返還債務者が原則として危険を負担するのは理に適っているとの反論をすることになろう。⁽⁹⁹⁾もつとも、右の、解除後には買主に広範な収益返還(賠償)義務が課せられることに着目する立場からすれば、四四六条一文はあくまで契約が有効な段階でのものであり、解除後は

売主に収益が帰属する以上、やはり危険も売主に帰属すべしとの反論がなされる。こうした反論に対し、通説は、三四六条二項一文三号本文あるいはただし書（用法に従った“Ingebrauchnahme”から生じた損傷についての価値賠償義務の除外）の適用範囲をめぐる解釈の中で、利益と危険とが同一人に帰属すべきであるとの考え方はドイツ民法において採られていないとして再反論をしている状況にある。¹⁰⁰三四六条二項一文三号が明確に返還債務者負担を原則としているドイツ新解除効果規定において、右の一部学説の批判は、法政策的批判となるうか。

イ 種類売買の場合の特殊性を考慮しての批判

もうひとつは、三四六条二項一文三号（滅失損傷の場合）で買主負担となることの根拠に疑問を投げかける。特定物売買の場合ともかく、種類売買においては、買主が危険を負担する根拠として四四六条一文が根拠にならないと批判する。¹⁰¹売主が瑕疵ある種類物を給付した場合には、ドイツ民法二四三条二項の特定が生じない以上、引渡しによっても対価危険は買主へ移転しないことをその根拠とする。¹⁰²瑕疵ある種類物が給付された場合、物の修補あるいは代金減額がなされたときに初めて、引渡しの時点に遡及して対価危険が買主に移転したことになる¹⁰³とされる。それに対し、買主が瑕疵を理由として解除をしたときには、危険は、三四六条三項一文三号に従って売主のもとに最終的に留まることになる。したがって、この場合には、売主への危険の跳ね戻りではなく、もともと危険は売主のもとに留まっていることになる。この立場は、四四六条のこのような理解から、三四六条二項一文三号が原則として買主負担とするのは四四六条一文では説明がつかないとし、四四六条以外の説明を必要とするのである。

右の主張の背後には、（少なくとも四四六条一文の理解として）「特定が生じず、給付危険が移転しないにも関わらず、

それより先に対価危険が移転することはあり得ない」との危険移転理論があるように思われる。しかし、少なくともドイツでは、意識的か否かはともかく、瑕疵ある種類物の引渡しによっても対価危険の移転を認め(三四六条二項)、そのうえで解除によりこの危険が売主に跳ね戻る(三四六条三項)ことで、右のような遡及しての危険移転という不自然で技巧的な構成を回避できているように思われる。¹⁰⁴ その意味で、対価危険が給付危険より先に移転する場合があることを認めているともいえようか。

(2) 売主の義務違反を根拠とした危険の跳ね戻り

ア 跳ね戻りの根拠をめぐる論争

草案理由書は、先述のとおり、三四六条三項一文三号で不可抗力による滅失損傷の危険の跳ね戻りを認める根拠として、解除の相手方の義務違反を挙げていた。現在、これをそのまま肯定的に受け止める立場も存在する。¹⁰⁵ 旧法以来、先述したディレンマ状態においては、解決方法に本来的な正解がないと言われることもあり、この際に解除原因を考慮して危険配分をすることもひとつの在り方として正しいとされるのである。

しかし、草案理由書が解除の相手方の義務違反(のみ)を根拠とすることには批判も多い。すなわち、解除の相手方の義務違反は、偶然による滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはなつたとしても、偶然によるものではなく、解除権者が自己の事務において通常用いられる注意を尽くしていた(無重過失)というケースにおける滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはならないという批判である。そのうえで、こうしたいわば解除権者の特権は、解除権者が自身に法定解除権のあることを知らないことに求められるという。解除原因を認識するまでの買

主はその目的物を自己の物として取り扱っており、そのように取り扱うことが許される立場であったことに、危険の跳ね返りの根拠を見出す¹⁰⁶。このように信じている買主は、その物を自己の他の財産とは区別して慎重に取り扱う契機を持たないのである。

実は、解除前に買主が目的物に接する態度に着目する観点は、草案理由書の中にも見られないではない。草案理由書は、解除効果規定の中に旧法のような独自の損害賠償規定を置く必要がないとする箇所¹⁰⁷で、次のように指摘している。

法定解除権の場合、当事者は、さしあたり、彼らのもとに移転した目的物が彼らの財産の最終的な要素になったことを根底に置くことができる。注意深い取扱いをする法的義務は、当事者が解除要件の存在を知っているか又は知らなければならぬときに初めて生じる。それは、遅くとも解除が意思表示されたときに始まる。ここにおいても、返還債務者の義務違反についての損害賠償義務は、草案二八〇条に基づいて既に生じている。債務者が法定解除の場合に解除原因につき責任を負わなければならないとき、他方当事者には、草案の三二五条、二八一条により損害賠償請求権が帰属する。

以上のような議論を踏まえ、現在ドイツでは、危険の跳ね返りを正当化するにあたって、草案理由書のように解除の相手方の義務違反を根拠とする立場や買主の自己の物との信頼を根拠とする立場¹⁰⁸のほか、法定解除の相手方の義務違反と法定解除権者の自己の物であるとの信頼との両方を、三四六条三項一文三号の根拠として挙げる見解が主張されるに至っている¹⁰⁹。偶然滅失の場合（旧三五〇条の場合）だけでなく、自己の事務において通常用いられる注意さえ尽

くしていれば(重過失がなければ) 売主負担となることから、前者の場合の危険の跳ね返りの根拠は解除の相手方(売主)の義務違反であり、後者の、偶然ではないが自己の事務において通常用いられる注意を尽くしている場合の危険の跳ね返りの根拠は、買主が自己の物と信頼していたことにあるとする立場である。

イ 危険の跳ね返りへの法政策的批判

以上のような議論とは異なり、そもそも、新法が危険の跳ね返りを認めたことについての法政策的批判もいままお根強く存在する¹⁰⁾。広く買主負担とすべきとする立場からの批判となる。

この立場は、草案理由書のように解除の相手方の義務違反を強調することが、義務違反に対する制裁を意味するという。本来、目的物の滅失損傷を引き起こしたのが誰かを問題にしなければならぬにもかかわらず、草案理由書及びそれに同調する見解は、給付障害につき責任があるのは誰かを問題にできていないというのである¹¹⁾。

そのうえで、この立場は、物の危険はそれを支配していた者が負うのが相当であり、解除の相手方の義務違反も買主の自己の物との信頼も危険が跳ね返る根拠とはなり得ないとする。この立場によれば、物の危険の跳ね返りが認められるのは、滅失または損傷が、解除を基礎づける瑕疵に起因する場合に限られる。こうした場合限り、売主の義務違反と生じた危険との間に因果関係があるからである。偶然の事情による滅失損傷は、解除の相手方の義務違反と因果関係がない以上、相手方の義務違反を理由に責任を負わせるのは不当とするのである¹²⁾。

危険の跳ね返りを否定するこの論拠の中に、草案理由書および多数説が重視する、解除の相手方の義務違反の射程への意識が現れる。こうした立場の提唱者であるヴォルガストは、物の受領者が危険を負担するという四四六条一文

の原則が、三四六条三項一文三号（法定解除権者の解除による危険の跳ね戻り）の議論の際には忘れ去られていることを指摘する。¹¹³ 草案理由書も多数説も四四六条一文を妥当なものとし、三四六条二項でこれを基に買主負担とするにもかかわらず、三四六条三項ではそのことが語られない。ヴォルガストは、危険の跳ね戻りを認めることは四四六条一文と矛盾衝突してしまうがために、三四六条三項一文三号の議論では四四六条一文を語らないのだと述べる。このヴォルガストの指摘は、本稿の問題意識からみれば、物が返還債務者の支配下にあつたことから返還債務者が危険を負担すべしという三四六条二項・四四六条一文の論理的一貫性が、三四六条三項一文三号によって覆されていることの指摘とみることができる。

この観点からみれば、草案理由書は三四六条三項一文三号が四四六条一文に優先する根拠を解除の相手方（＝売主＝返還債権者）の義務違反に求めていることから、少なくとも草案理由書の立場からすれば、ドイツ法は、三四六条三項一文三号の要件のもとで、売主の契約不適合責任を、買主の支配領域内で生じたという要素に優先させていると評価できよう。

4 小括

以上みてきたように、ドイツ法においては、売主が引き渡した物が契約不適合物であろうと、その物の対価危険はいったん買主に移転することが認められている。債務法改正後の三四六条二項はそのことを明らかにする。ここで対価危険が移転するからこそ、買主は、受領物を返還できなければ三四六条二項により価値賠償義務を負うのである。対価危険が移転していなければ、三四六条三項での危険の「跳ね戻り」などあり得ないといえる。¹¹⁴

引渡し後の滅失損傷の危険を原則として買主が負う根拠についての論争(3(1)イ)は、直接には、**瑕疵ある種類物**が引き渡された場合を問題としていた。しかし、そこで明らかにされたのは、不適合物の引渡しであろうとこの段階で買主への危険移転を認めておかないと、その後買主が代金減額等の救済手段を行使したり、あるいは消滅時効などにより解除ができなくなった場合において、引渡し時点に遡及しての危険移転を認めざるを得なくなるという、**瑕疵ある種類物の引渡しの場合には限られない問題であった。**

こうしてドイツでは、契約不適合物の引渡しであっても危険移転を認めたくえで、解除による危険の跳ね戻りを認めてきた。この点において、改正前も改正後も一貫しているといえる。

ただし、ドイツ新解除効果規定では、買主が解除できる場合に常に危険が売主へ跳ね戻るわけではないことも分かった。新解除効果規定では、旧三五〇条から旧三五四条までの削除によって、受領物の返還不能を解除権消滅にかからしめる構成を放棄し、三四六条二項及び三項によって、返還債務者の価値賠償義務の有無や程度による危険配分を志向した⁽¹⁵⁾。言い換えれば、清算をするか否かではなく、どのように清算をするかを問題にしている⁽¹⁶⁾。「物による清算」から「価値による清算 (Rückabwicklung dem Werte nach)」への転換があったと評することもできよう⁽¹⁷⁾。この結果、解除が認められるという事実は、解除の相手方が清算における危険を負担することを意味しない。つまり、解除権の行使は、必ずしも買主への危険移転を覆す効果を有するわけではないのである。

そこで、危険の跳ね戻りが認められている場合に着目すると、まず、ドイツでは、改正前から一貫して、滅失損傷が瑕疵に起因するときや滅失損傷につき売主が有責なときには、売主負担になると解されてきた。これは、改正前の有力説や新法に法政策的に反対する立場であっても異ならない。まさにこれが、“*Mortuus Redhibetur*”が典型的に言

いあらゆる場面である。新法では三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主が有責な場合）がこれを規定する。こうした広い意味での危険は、解除により跳ね戻るのである。

純粹な意味での危険、つまりは不可抗力による滅失損傷の危険の跳ね戻りに関しては、三四六条三項一文三号が重要であった。買主の許での滅失損傷は、買主（返還債務者）の支配領域内から生じた危険であることから、買主（返還債務者）が価値賠償によつて返還不能の危険を負うのが原則ではある（三四六条二項一文三号）。しかし、三項一文三号では、解除原因が売主にある買主の法定解除の場合に、買主が自己の事務において通常用いられる注意を尽くしていても生じた危険に限り、この危険を解除により売主に転嫁することを認めている。この三号の根拠が売主の義務違反に求められるとき、ドイツ法は法定解除の場合において、買主の領域内から危険が生じたという要素よりも売主の義務違反という要素を優位に置くことができよう。草案理由書は、買主の領域内から生じた危険であることからの二項の帰結を、三四六条三項一文三号で売主の義務違反に着目して覆しているのである。もつとも、こうした考え方には、様々な観点からの批判があり、危険の跳ね戻りの根拠についても義務違反以外にいくつかの構成が提言されている状況にあることもわかった。

IV 契約不適合物の引渡しによる危険の移転と解除によるその回帰

1 危険移転と解除法理との重畳

先述のとおり、これまでの我が国の学説は、五三四条を制限解釈し、買主に支配が移転して初めて買主が危険を負

担することを正当化できるとした。そのうえ、多くの学説は、その支配とは物の観念的支配ではなく実質的支配であるとし、その実質的支配の中核は物の占有にあるとしてきた。この点では、物の引渡しによる危険移転を認めるドイツ民法四四六条一文と同様の考えが支持されてきたといえる。

もつとも、我が国の学説は、物の引渡しにより支配が移転するとしつつも、他人物売買において当該他人物が引き渡された局面では、こぞつて買主負担を否定してきた。これは、我が国の有力説が、危険移転を生じさせる支配の移転と所有権の移転とを切り離し、支配の移転として物の引渡しに着目するとはいつても、所有権の所在がなおも影響しつづけている証左といえよう。一方、瑕疵物の場合には、多くの学説は、その最終的危険負担として売主負担や買主負担と論じるのみで、瑕疵物の引渡しによる危険移転を正面からあまり論じてこなかった。あるいは、物の引渡しによる危険移転を意識する論者も、重大な瑕疵を理由として最終的に売主負担とする場面では、危険移転を否定してきたのである。つまり、これまでの我が国の危険移転論は、物の引渡しによって危険が移転するという考えを一般的には支持しながらも、契約不適合物の引渡しの局面では、所有権の所在や売主の契約不適合責任に着目して物の引渡しによる危険移転を否定してきたのである¹¹⁶。

契約不適合物の滅失等をめぐる問題は、危険負担と契約責任法理とが競合する局面である。この観点から契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定する見解をみると、この見解は、右の競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものであったといえよう。売主から買主への危険の移転は、その後の現実化した危険を原則として買主に負担せしめるものである以上、契約適合物の引渡しでは危険移転を認めつつも、契約不適合物では直ちに危険移転を認めないという処理にも一定の説得力がある。

しかし、他方でこうした考え方は、契約の履行過程における各段階で、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかという点の把握を困難ないし曖昧にする。たとえば瑕疵物についていえば、のちに契約不適合をめぐって争いとなり、当該契約不適合が契約を有効に解除できる程のものか否かが明らかにされた時点ではじめて、当初の物の引渡しに危険移転効を有していたか否かが判明することになる。

また、こうした考えをとるとすれば、契約を解除できるほどの契約不適合がありつつも買主が代金減額請求をした場合に、危険移転時期を物の引渡し時に遡及させざるを得ないという理論的難点がある。この場合、買主が契約不適合に相応する代金減額のみを望む以上、目的物の引渡し以降の損傷等の危険は買主負担とするため、危険移転を物の引渡し時に遡及して認めざるを得ないからである。¹¹⁹このことは、買主が解除の権利行使をしない間に除斥期間等の権利行使期間を徒過してしまった場合も同様に当てはまる。

こうした理論的な難点を回避する方策として、契約不適合物の引渡しであろうと危険が買主にいったん移転することを承認したうえで、その後の危険を売主負担とすべきケースにおいては、買主の解除によって危険が売主へ回帰することを認めるのがドイツ法の示唆する解決であった。物の引渡しによる危険の移転を認めつつも、売主に契約不適合責任がある以上、別途、買主による解除を認める。物の引渡しにより買主にいったん移転した危険も、その後の解除により売主に回帰しうることになる。

このような構成は、先の危険法理と契約不適合責任との競合を、従来までの危険移転を否定する見解とは異なっており扱う。すなわち、契約不適合物の引渡しでの危険移転を否定する見解が、競合を危険の移転を認めるか否かの段階において考慮していたのに対し、契約不適合物の引渡しでも危険移転を認めたとうえでその回帰をも承認する考え方

は、危険移転と契約不適合責任とを切り離す。物の引渡しがある以上、まず機械的に買主への危険移転を認めたいうえで、別途解除法理が介入して危険が回帰することを認めるのである。危険負担と契約不適合責任との競合は、危険移転と解除法理との重畳という形で処理されることになる。

このような危険移転と契約不適合責任とを切り離す理解には、我が国でこれまでバラバラに扱われてきた他人物売買、二重売買および瑕疵物給付の場合の危険負担問題について、統一的で見通しのよい処理を可能にするという長所も見出せよう。すなわち、他人物売買の場合も、二重売買の場合も、あるいは瑕疵物給付の場合にも、当該物が引き渡された以上、これにより買主に危険が移転する。そのうえで、こうした危険が買主の解除によって売主に回帰するか否かという思考プロセスを経る。こうした構成によれば、契約の履行過程において今どちらの当事者が危険を負担しているのか明確であり、かつまた、買主が代金減額請求等の権利行使をした場合であっても遡及的な危険移転を認めるといった技巧的説明は不要になる。物の引渡しがある以上、買主への危険移転を認め、あとはどのようなケースであっても、買主の解除により危険が回帰するかどうかという一点でそれぞれの特異性を検討すれば足りるのである。危険移転の段階では、契約不適合があるかどうかの判断が不要となる。

このようなことから、危険負担と契約不適合責任との競合は、契約不適合責任ゆえに危険移転を否定するのではなく、引渡しによる危険移転を肯定しつつ、なお買主が解除することを認め、いったん買主に移転した危険が売主に回帰しうるものとして構成すべきである。このような形での危険移転と解除法理との重畳によって最終的な危険負担を決する構成こそが、問題の見通しのよい処理を可能にするのである。¹²⁰⁾

なお、契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定し、危険を売主にとどめたままにしようとする見解の中には、

いったん買主に移転した危険が買主の解除によって売主に再転嫁されるという事態を懸念するものもみられる⁽¹²¹⁾。契約不適合を利用して売主に危険を転嫁することの不当さへの懸念であろう。確かに、先述のとおり、こうした懸念は、ドイツの債務法改正前から旧三五〇条を不当なものとして位置付ける見解から主張されたことがある⁽¹²²⁾。しかし、結論を買主負担とするドイツの改正前の有力説からであれば格別、危険移転を否定し売主負担とするのであれば、右の点は説明の問題に過ぎないといえないだろうか。少なくとも、当事者とすれば、物の引渡しを受けた段階で自己の物として使用する以上、この引渡しの危険移転効を否定したところで大差はないように思われる。また、ドイツの債務法改正前の有力説であろうと、買主の返還不能につき売主が有責のケースにおいては、この（広い意味での）危険を売主負担とする点で一致をみている。そうだとすれば、一定の場合には、この有力説もまた、危険が回帰することを認めざるを得ない。やはり、いったん移転した危険も、解除により売主に回帰しうるのである。

2 解除による危険回帰の範囲

(1) 危険の回帰が問題のないケース

他人物売買の場合、これまで我が国では、いかに他人物の引渡しがあろうとも、買主に実質的支配がない等の理由で五三四条一項の適用を否定し、買主への危険移転を認めない見解が通説であった。したがって、他人物売買の場合には、引き渡された物が買主の許で不可抗力により滅失したときであっても、物の引渡しによって買主に移転した危険が、買主の解除により売主に回帰すると結論づけることに疑念はないだろう⁽¹²³⁾。

また、特定物売買において瑕疵物が買主に引き渡され、この物が瑕疵ゆえに買主の許で滅失した場合も、売主負担

とすることには理解の一致が見られる。我が国の五三六条二項（債権者が有責の場合の債権者主義）もまた危険負担の問題であるとして「危険」を広く解すれば、この場合にもまた、売主が物を引き渡したことで買主にいったん移転した危険が、買主の解除によって売主に回帰しているとみることとも可能である（ドイツ民法三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主が有責な場合）に相当する。）。

(2) 危険の回帰の是非が争われるケース

一方で、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合、右(1)で述べた他人物売買のときを除けば、解除により当然に危険が売主に回帰すると考えることには慎重な検討が必要となろう。

まず考察されるべきは、危険移転と解除法理との重畳を認めるにしても、危険移転後に、物がまさに不可抗力により滅失損傷した場合であっても、解除が認められてよいかである。この点では、五四八条一項により解除権が消滅しないかが問題となるが、不可抗力による滅失損傷の場合であっても一項の「行為若しくは過失」に該当して解除権が消滅するという解釈は、「行為若しくは過失」の解釈として無理がある。「行為若しくは過失」をそのままに解し、あるいは伝統的通説とされる「故意若しくは過失」と解すれば、不可抗力による場合には二項により解除権が消滅しないことになる。したがって、危険移転後に物が不可抗力によって滅失損傷した場合であっても、買主はなお解除ができるといえよう。

もつとも、本稿で明らかになったことは、五四八条二項により解除権が存続することが危険配分と結びつかない可能性があるということである。解除ができることは、解除の相手方が不可抗力による滅失損傷の危険を負担するとは

限らない。我が国でも有力説は、解除ができることを危険負担と切り離し、(価値賠償義務の負担ないし五三六条一項(債務者主義)の類推適用という形での)買主負担を導いているのである。したがって、解除により危険が回帰するか否かの検討にあたっては、解除ができるか否かだけでなく、解除ができるとしても買主が価値賠償義務を負うのか否かを検討する必要があることになる。

ところで、我が国において、五四八条の「行為若しくは過失」を右のように極めて広く解して不可抗力による滅失損傷も買主負担とする見解や、買主に価値賠償義務を認めたり、契約関係の巻き戻しにも五三六条一項を類推適用して買主負担とする見解は、先にみたとおり、主として、買主の領域内から危険が生じた以上買主がその危険を負担すべきことを根拠とする。それに対し、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合にも、五四八条二項で買主の解除を認め、解除権者は何も返還せずに支払った代金全額の返還を請求できるとする立場は、解除の相手方が解除原因を作出したことを根拠として解除の相手方負担を導く。

こうしたことからすれば、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険負担は、売主の契約不適合責任と買主の領域内から生じたリスクであるという要素とが競合する局面であり、売主負担とする立場は前者を、買主負担とする立場は後者を優先させていると位置づけることができる。このように、我が国においてもまた、先にみたドイツ法の主な対立構造と同じものをみてとることができるのである。

こうした対立構造を前提とすれば、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合に、この危険が回帰するか否か(買主が価値賠償義務を負うか否か)は、売主の契約不適合責任から売主負担を導くことが説得力を有するか否かがひとつの鍵になるといえよう。

ドイツではこうした競合状態を認識したうえで、草案理由書および改正後の多数説は、買主の法定解除の場合に売主に義務違反があることに着目して、買主の解除による危険の跳ね戻りを認めていたのである。それでは、現在進行中の我が国の民法（債権関係）改正では、どのような解決提案がなされているであろうか。次に、この点をみていくことにしよう。

3 民法（債権関係）改正と危険移転法理

(1) 契約不適合物の引渡しによる危険移転——改正法案五六七条一項

これまで検討してきたとおり、契約目的物が滅失損傷した場合に双務契約における反対債務がどうなるかという対価危険の問題は、現行法上、五三四条以下の危険負担の規定で規律されてきた。現行法五三四条ではこうした対価危険を買主が負担するとされているが、これでは買主に酷であるので、その後有力説は、買主が目的物の支配を取得した時に危険が移転するとし、その「支配」として物の占有に着目し、物の引渡しによる危険移転を支持してきた。改正法案では、こうした解釈を生み出す契機となった五三四条（および五三五条）の削除が提案されるとともに、契約各則の売買の節の五六七条に、目的物の滅失損傷に関する危険の移転についての規定を置くことが提案されている。改正法案五六七条一項は次のとおりである。¹²⁴

（目的物の滅失等についての危険の移転）

第五百六十七條 売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き

渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。

2 (省略)

売買目的物の引渡しの後には、不可抗力による滅失損傷が生じた場合、買主は代金の支払いを拒むことはできない。改正法案五六七条一項後段が、物の引渡しによる対価危険の移転を規定していることは明らかである。買主は物の引渡しにより、その後の物の危険を負担する。本稿Ⅱ章で述べた支配移転理論のうち、危険の移転と所有権とを結びつけない考えによるものである。改正法案は、こうした対価危険の移転を、給付危険の移転と共に規定する¹²⁵。

改正法案は、危険移転を所有権と結びつけないのであるから、他人物の引き渡しであってもその危険は買主に移転することになる。では、瑕疵物の場合はどうか。瑕疵ある特定物の場合には、改正法案五六七条二項の表現との比較が重要である。二項は受領遅滞による危険移転を規定するが、その二項では、「売主が契約の内容に適合する目的物をもって」と規定しており、契約適合物の提供を前提とすることがわざわざ明記されている。これとの対比からすれば、契約適合物という限定のない一項では、契約不適合物の引き渡しであつても、それにより危険が移転することが認められていよう。売主に契約不適合責任があろうとも、契約不適合物そのものの危険は引渡しによって移転するのである。このように、Ⅱ章及びⅢ章で検討した他人物または瑕疵物の引渡しによって危険が移転するかという問題

は、今回の改正法案によると危険移転を肯定する形で解決をみることになる。売主の契約不適合責任は、目的物の引渡しによる危険移転と切り離される。

もつとも、改正法案には問題も残されている。種類売買において瑕疵物が引き渡された場合の危険移転の有無である。先にみたとおり、我が国でもドイツでも、瑕疵ある種類物の引渡しでは、種類債務は特定せず、給付危険が移転しないと議論を前提として、その結果、対価危険も移転しないという論理があつた。ここで、瑕疵ある種類物の引渡しの場合でも対価危険の移転を認める構成としては、二つの構成がありうる。ひとつが、給付危険の移転と対価危険の移転とを分離し、対価危険のみが先行して移転すると解する構成である。つまり、給付危険はなお売主にあるとしても、対価危険は引渡しによって買主に移転するというものである。もうひとつが、対価危険が給付危険に先行して移転することは否定しつつも、瑕疵ある種類物によつても特定すると解する構成である。こうして特定して給付危険が買主に移転することに伴い、引渡しによつて対価危険も移転するというものである。

この観点から改正法案五六七条一項を見てみれば、改正法案五六七条一項には、ドイツ民法四四六条一文と異なり、「目的物（売買の目的として特定した物に限る。以下この条において同じ。）」と挿入されており、この括弧内の意味が問題となる。この点、ここでいう「特定」とは、民法四〇一条二項が規律するところの特定と同意義であるという解釈もありうる。改正法案は、種類物の対価危険の移転にあつて、給付危険が先に移転していることを要求していることとなる。その場合、契約に適合しない種類物の引渡しでは種類債務が特定しないという解釈を前提とすれば、契約に適合しない種類物の引渡しでは改正法案五六七条一項での対価危険の移転も生じないことにならう。¹²⁶ 事実、法制審議会ではこのような説明がなされている。¹²⁷

しかし、一方で、法制審議会では、あくまで文言上ははっきり書かれていないとして、「ささいな瑕疵であれば目的物は特定して危険は移転する」という解釈の可能性も指摘されている。¹²⁸ この解釈には、ふたつの方向性があるのではないか。つまり、ひとつは、些細な瑕疵であれば種類債務が特定するという理解を前提として、改正法案五六七条一項により引渡しによる対価危険の移転を導く構成である。しかし、もうひとつ、改正法案五六七条一項の「特定」を四〇一条二項の特定と結びつけない解釈も可能ではなからうか。¹²⁹ このように改正法案五六七条一項の「特定」が四〇一条二項の特定とは異なる概念であるという解釈を前提とすれば、改正法案五六七条一項は、対価危険が給付危険より先に移転することを認めている可能性があることになる。¹³⁰

以上のとおり、改正法案五六七条一項は、瑕疵ある種類物の取扱いについて解釈の余地を残している。しかし、それ以外については、契約不適合物であってもその引渡しによる危険移転を認めており、これまで不明確で曖昧であった問題につき、一定の限度で立法的解決を図ることができる規定になっているといえよう。

(2) 危険が移転した買主の解除の可否

ア 改正法案五六七条一項における危険移転と解除法理の重畳

右のように、危険が買主に移転することからすれば、それ以降に買主が解除できるのかも問題となり得よう。この点、まず、改正法案五六七条一項前段は、引き渡された「目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によつて滅失し、又は損傷したとき」の買主の解除権を否定する。したがって、この反対解釈として、目的物の滅失損傷につき売主が有責である場合には、買主の解除権は排除されないということになろう。目的物の契約不適合が原因

で滅失損傷した場合が想定される。¹³¹⁾

また、先に述べたとおり、改正法案五六七条一項のもとでは、契約に適合しない特定物であっても、その引渡しにより買主に危険が移転する。そうであれば、危険は買主に移転するものの、売主には契約不適合責任があるという事態が予定されている。改正法案五六七条一項前段の「その滅失又は損傷を理由として」という一節は、契約不適合物を理由としての解除を許容する意味を持つだろう。売主に契約不適合責任があつたことを理由として買主に与えられる権利行使は、遮断されないのである。¹³²⁾

以上より、改正法案五六七条一項によれば、引渡しによつて危険が移転する以上、原則としてその後の不可抗力による滅失損傷の危険は買主負担となるが、滅失損傷につき売主が有責であるときはもちろんのこと、当該滅失損傷と無関係に、売主に契約不適合責任があるときにも、買主は解除等を行うことが可能である。言い換えれば、改正法案もまた、危険移転と解除法理とが重畳することを認めているのである。

イ 改正法案五四八条——不可抗力による滅失損傷等の取扱い

もつとも、買主に危険が移転した後であっても解除できるかという問題と、引渡し後に買主の許で不可抗力による滅失損傷が生じた場合であっても解除できるのかという問題とは区別しうる。後者の問題については、本章2節において現行法五四八条の解釈を検討した。そこで次に、改正法案において現行法五四八条がどう扱われているかをみていこう。改正法案五四八条は次のとおりである。

(解除権者の故意による目的物の損傷等による解除権の消滅)

第五百四十八条 解除権を有する者が故意若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。ただし、解除権を有する者がその解除権を有することを知らなかったときは、この限りでない。

改正法案五四八条は、現行法五四八条一項の「行為」を「故意」に改め、かつ、解除権を有することを知っていた場合に限定する。現行法五四八条二項は削除される。現行法五四八条一項の起草理由は、一項の要件を満たす場合には解除権を黙示に放棄したものといえるという点にあった¹³³。ところが、現行法のもとでは、解除権者が解除権を有することを知らない場合であっても、一項の適用がある。改正法案はこの点に着目し、改正法案五四八条においては、解除原因認識後に発生した故意過失¹³⁴による滅失損傷等のみが解除権の消滅と結び付けられた¹³⁵。解除原因認識前までに発生した滅失損傷等については解除権の消滅につながらない¹³⁶。

したがって、買主がその受領物に契約不適合があることを認識した後に故意過失により滅失損傷等した場合には、もはや解除権は行使できなくなる。その結果、この場合、目的物に生じた危険が買主の負担となる¹³⁷。それに対して、買主が解除原因を認識した後の滅失損傷等ではあるが買主に故意過失がなかった場合、および買主が解除原因を認識する前の段階での滅失損傷等の場合には、広く解除権が存続する。「行為」が「故意」に改められたことにより、買主の許での不可抗力による滅失損傷等の場合には、改正法案五四八条によれば解除権が消滅しないことになる。

(3) 改正五四八条の危険配分機能の消滅と価値賠償による清算構造への転換

そもそも、五四八条については、当初、ドイツの二〇〇二年債務法改正によって旧ドイツ民法三五〇条以下が削除されたのと同様に、我が国でも削除が提案され、ドイツ新解除効果規定と同様に価値賠償による清算が企図された。¹³⁸しかしその後、五四八条を削除することへの批判を受け、要綱仮案段階からは五四八条の削除ではなく、先に見たような修正を施したうえで残すことが提案されるに至っている。¹³⁹

もつとも、現行法五四八条の解釈においても同条二項を危険配分規定とみない見解が有力に主張されていた(Ⅲ章2節(2)ア(ii)参照)。こうした見解からは、解除の可否と危険負担とが切り離され、解除ができることは必ずしも解除の相手方負担を意味しないことになる。そこで、この改正法案五四八条が危険配分機能を持ちうるかについて慎重な検討を要する。

この点、解除原因認識後には、解除後のような返還義務はなくても、将来ありうる返還に備えての保管義務がある。改正法案五四八条は、こうした義務に「故意若しくは過失」によって違反した場合について定める。つまり、改正法案五四八条は、買主が損害賠償義務を負う場合について、解除権が消滅して買主負担になると規定しているに過ぎないことになる。そうすると、現行法の五四八条をどう見るかはともかく、改正法案五四八条を両当事者が滅失損傷に無責の場合における危険配分規定とは評価できないことになる。¹⁴⁰改正法案五四八条に危険法理は現れないのである。以上のように解することができるのであれば、改正法案は解除権の消滅の規定を残すものの、解除ができることは必ずしも危険を解除の相手方が負担することを意味していないといつてよい。このことは、法制審議会において、改正法案五四八条という形で解除権消滅の規定を残すこととなった際にも、目的物を返還できない債務者には価値賠償義

務があることを前提に議論されていたことから裏付けられよう。目的物の返還が不能な場合にも、返還債務者には、原状回復義務としての価値賠償義務があることが度々語られている。¹⁴¹

以上の改正法案五四八条の分析結果を要約すれば、①買主が目的物を受領し、買主の許で滅失した場合であっても、買主が解除原因認識後に故意過失で滅失等したときを除き、買主の解除権の行使は制限されない一方で、②解除と物の滅失損傷の危険負担とは切り離されており、解除ができることは必ずしもその危険を解除の相手方が負担することを意味しないということになる。このことからすれば、改正法案においても、買主が解除できるからといって必ず危険が売主に回帰するとは限らないことになる。解除により売主に所有権が復帰するといっても、それに起因してどのような危険も売主に回帰するわけではない。¹⁴²物の返還不能につき売主に帰責性があれば格別、不可抗力による滅失損傷等の危険の場合には、買主が解除できるからといって、売主への危険の回帰へ直ちにつながるわけではない。

そして、改正法案五四八条にはない危険法理（両当事者が無責の場合の危険配分法理）が現れるのが、改正法案五六七条一項に他ならない。先に見たとおり、引渡しによって、その後の危険が買主に移転することになる。このことからすれば、一見すると、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険は、買主が広く価値賠償義務を負うという形で負担するようにも思われるが、どの範囲で価値賠償義務を認めるかについては改正法案で明確にされておらず、解釈に委ねられている。

ドイツ法において、三四六条二項一文三号（滅失損傷の場合の価値賠償義務）により原則として買主負担としつつも、不可抗力による滅失損傷の場合には、売主の義務違反に着目して売主負担（危険が回帰する）としていたことを思い起こせば、改正法案五六七条一項の存在によって買主が常に価値賠償義務を負うとは限らない。¹⁴³

改正法案は、いかなる場合に買主が価値賠償義務を負うのかにつき、明確な回答を与えていないように思われる。

VII おわりに

1 本稿のまとめ

契約不適合物の滅失等をめぐる問題は、危険負担と契約責任法理とが競合する場面である。本稿は、そうした問題を、売買目的物の対価危険の移転という観点から検討してきた。契約不適合物の引渡しによる対価危険の移転を否定する構成は、右の競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものであった。右の競合を意識し、契約不適合物の危険移転を、契約適合物の危険移転とは区別するわけである。他人物の引渡しでは支配が移転していないとして危険移転を認めず、瑕疵物の引渡しにあっても解除できるほどの重大な瑕疵がある場合には危険移転を否定する。本論でも述べたとおり、売主から買主への危険の移転は、その後の現実化した危険を原則として買主に負担せしめるものである以上、契約不適合物の引渡しでは直ちに危険移転を認めないという論理にも一定の説得力がある。しかし、このような構成には、問題があることも明らかとなった。まず、ドイツにおける議論状況から、危険移転を否定してしまうと、契約を解除できるほどの契約不適合がありつつも買主が代金減額という手段を選択した場合に、理論的難点が生じることが分かった。この場合、買主が契約不適合に相応する代金減額のみを望む以上、目的物の引渡し以降の損傷等の危険は買主負担とするため、危険移転を物の引渡し時に遡及して認めざるを得ないからである。このことは、代金減額請求が選択された場合だけでなく、たとえば、買主が解除等をしないうちに権利行使期間が徒

過してしまった場合にもあてはまる。また、一定の場合に危険移転を否定する見解は、契約の履行過程において、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかについての把握を曖昧にってしまうという問題もあることが分かった。

こうした難点を回避する方策としてドイツ法の示唆する解決こそが、契約不適合物の引渡しであろうと危険が買主にいったん移転することを承認したうえで、その後の危険を売主負担とすべきケースにおいては、買主の解除によって危険が売主へ回帰することを認めるといふ危険移転法理であった。物の引渡しによる危険移転を認めつつも、別途売主に契約不適合責任がある以上、買主の解除を認める。危険移転と契約不適合責任を切り離し、危険移転と解除法理との重畳を認めることこそが、問題の簡明な解決を可能とするのであった。事実、このような危険移転と解除法理との重畳は、我が国でこれまでバラバラに扱われてきた他人物売買、二重売買および瑕疵物給付の場合の危険負担問題につき、統一的で見通しのよい処理を可能にする。物の引渡しがある以上まずは機械的に買主への危険移転を認め、あとはどのようなケースであっても、買主の解除により危険が回帰して良いかどうかという一点でそれぞれの特殊性を検討すれば足りるのである。

そして、こうした危険移転法理は、民法（債権関係）改正とも適合するものであった。危険の移転に関する改正法案五六七条一項は、目的物の引渡しによる危険の移転を定め、なおかつ、この目的物は、同条2項との対比により、契約不適合物であっても足りるといふ解釈が導かれた。改正法案五六七条一項により、従来の契約不適合物の場合の危険移転効を否定する解釈に終止符が打たれることになる。また、改正法案五六七条一項および同五四八条の分析から、買主への危険移転後に物が買主の許で不可抗力によって滅失損傷等した場合であっても、買主は売主の契約不適

合責任に基づき契約を解除しうる事が明らかになった。改正法案においても、危険移転と解除法理との重畳が認められており、買主に移転した危険が解除によつて売主に回帰しうるのである。

もつとも、以上の論理は、契約不適合物が特定物の場合には妥当することが明確だが、種類物の場合についても同じく妥当するか否かは必ずしも明確でない。改正法案五六七条一項では、引き渡された目的物につき「特定」なる文言による限定がなされているが、これが現行法四〇一条二項の意味での特定と同意義であるかが曖昧だからである。本稿が全体として検証してきた、危険移転と解除法理の重畳、つまりは、物の引渡しによる危険の移転と買主の解除による危険の回帰という危険移転法理を前提とすれば、契約不適合物が種類物の場合であつたとしても、やはり物の引渡しによる対価危険の移転を認めても差し支えがないはずである。危険負担と契約責任法理との競合問題を統一的に処理し、かつ見通しのよいものにするという観点からは、契約に適合しない種類物の引渡しの場合にも対価危険の移転を認めるべきということにならう。改正法案五六七条一項が求めているのは売買の目的物としての特定であり、四〇一条二項が規律する種類債務の特定とは別概念であるという解釈も成り立つように思われる。

2 残された課題

最後に、残された課題を示しておきたい。本稿では、物の引渡しによる危険移転とその回帰を検討してきたが、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合、この危険が買主の解除により常に売主に回帰するとは限らないことが明らかになった。そこで、解除による危険の回帰が、どのような場合にどのような根拠で認められるかについての解明が必要となる。これを買主の価値賠償義務の有無という観点から見れば、買主はどのような場合にどのような根拠で

価値賠償義務を負うかについての説明が必要ということになる。

本稿で我が国の議論を分析した結果、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険については、売主の契約不適合責任から売主負担を導く立場と、買主の支配領域から危険が生じたことから買主負担を導く立場とがあることが分かった。また、ドイツの改正草案理由書及び改正後の多数説は、危険回帰の根拠を解除の相手方の義務違反に求めていることから、こうした立場は、売主の契約不適合責任を、買主の支配領域内から生じたという要素に優先させていることになる。今後は、売主の契約不適合責任を根拠として危険の回帰を認めることの是非を検証することが必要である。ドイツにおいて改正草案理由書や改正後の多数説に反対する立場は、売主の契約不適合責任と不可抗力による滅失損傷とは因果関係がないとして批判するわけだが、この因果関係をどう捉えるべきかについてもまた、ひとつの争点となろう。

また、ドイツ法での議論が示唆するとおり、売主の契約不適合責任だけでなく、買主には自己の物との信頼があることや、買主による解除がなされているという要素（解除によってそれまでの危険配分が変更されるのではないかとの指摘）もまた、危険の回帰を生じさせようものとして重要であろう。こうした点の原状回復法における位置づけをする必要がある。

改正法案五六七条一項の存在により、我が国では、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険を、買主負担とする解釈がより支持を増やす可能性がある。しかし、問題とされるべきは、買主の領域内から生じた危険は買主が負担すべきであるという論理が、売主の契約不適合責任や買主の自己の物との信頼等によって修正されるのか否かである。近時、我が国でも、買主負担を導くにあたって、買主の支配領域内から生じたことを強調するのではなく、契約時の

買主の財産上の決定による危険引受けを問題にする見解も主張されているが、こうした論理についてもまた、右の修正を受ける否かの議論が必要に思われる。¹⁴⁵⁾

こうして見てくると、議論は緒に就いたばかりである。危険の回帰根拠に関する詳細な検討は他日を期したい。

(1) 本稿では、「契約不適合物」という概念を、売買目的物に、現行法でいうところの権利の瑕疵あるいは物の瑕疵がある場合を指すものとして用いる。したがって、「売主の契約不適合責任」とは、こうした権利の瑕疵や物の瑕疵についての売主の契約上の責任を意味する。

(2) 詳しくは、II章及びIII章3節参照。

(3) 本稿でドイツ法を手がかりとすることには他にも理由がある。我が国の民法五四八条がドイツ法の影響を受けた規定であることはもちろんのこと（この点につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会・一九八四年）八二六頁以下、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（上）（下）——解除に基づく清算義務の重畳的性格」判タ五五六号（一九八五年）一六頁以下、五五七号（一九八五年）三四頁以下参照）、その後ドイツが二〇〇二年の債務法改正において、日本民法五四八条に相当する旧ドイツ民法三五〇条以下の解除権の消滅にかかわる規定を削除した。買主が売買目的物を返還できるかどうかにかわりなく、解除ができることを前提としたうえで、価値賠償による清算を詳細に規定するに至ったのである。この価値賠償による清算構造については、本稿にて詳論する。

(4) 石坂音二郎『日本民法第三編債権第六卷』（有斐閣書房・一九一六年）二一〇〇頁以下、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣・一九一八年）一六八頁。

(5) 横田秀雄『債権各論』（清水書店・一九二二年）一一八頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店・一九四二年）七六頁、岡村玄治「双務契約における危険負担」志林五〇巻三・四号（一九五三年）七・八頁、我妻榮『債権各論上卷』（岩波書店・一九五四年）一〇三頁、末川博『契約法上（総論）』（岩波書店・一九五八年）八七・八八頁、石田穰『民法V（契約法）』（青

- 林書院・一九八二年) 六〇頁、松坂佐一『民法提要債権各論〔第五版〕』(有斐閣・一九九三年) 四七・四八頁、潮見佳男『法律学の森』債権総論Ⅰ〔第二版〕(信山社・二〇〇三年) 四七五頁、甲斐道太郎『新版注釈民法(二三) 債権(四)〔補訂版〕』〔谷口知平Ⅱ五十嵐清編〕(有斐閣・二〇〇六年) 六六三・六六四頁、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法〔第三版〕』(成文堂・二〇〇六年) 五六頁、川井健『民法概論四債権各論〔補訂版〕』(有斐閣・二〇一〇年) 四二・四三頁、内田貴『民法Ⅱ〔第三版〕』(東京大学出版会・二〇一二年) 六九頁。
- (6) 我妻・前掲注(5) 一〇二頁、石田穰・前掲注(5) 六〇頁、広中俊雄『債権各論講義〔第六版〕』(有斐閣・一九九四年) 三三八・三三九頁。
- (7) 広中・前掲注(6) 三三七頁。
- (8) たとえば、半田吉信『売買契約における危険負担の研究』(信山社・一九九九年) 一六九頁、近江・前掲注(5) 五四頁。
- (9) 広中・前掲注(6) 三三八・三三九頁。
- (10) 物権変動の時期を遅らせるのと買主負担主義の制限とでは目的が異なるとして批判するのは、小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社・一九九五年) 三三七頁以下。
- (11) 代金が支払われた時にも危険が移転するという点への批判として、船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成(三・完)——危険負担と受領遅滞に対するドイツ法・アメリカ法等の政策的配慮とわが国民法の解釈」判時一〇五三号(一九八二年) 一三頁、多治川卓朗「買主危険負担主義(民法五三四条一項)の制限解釈——わが国の学説状況の整理」関法四六巻一号(一九九六年) 九七・九八頁、半田・前掲注(8) 一六二頁を参照。
- (12) 船越・前掲注(11) 一三頁、森島昭夫「危険負担(2)——特定物売買における危険負担」法教一二九号(一九九一年) 七三頁、近江・前掲注(5) 五五頁、平野裕之『民法総合5契約法』(信山社・二〇〇七年) 一二五頁。
- (13) 半田・前掲注(8) 一六七頁以下。
- (14) 小野・前掲注(10) 三四四・三四五頁および四〇三・四〇四頁、潮見・前掲注(5) 四七四頁など。
- (15) 広中・前掲注(6) 三三九頁。

- (16) 船越・前掲注(11)一四頁。
- (17) 半田・前掲注(8)一六八頁。
- (18) 半田・前掲注(8)一六九頁。そのため、この立場は、所有者主義を維持するものとも評される（近江・前掲注(5)五四頁）。
- (19) 半田・前掲注(8)一七〇頁。
- (20) 潮見・前掲注(5)四七五頁、山本敬三『民法講義IV—1契約』（有斐閣・二〇〇五年）一三五頁。
- (21) 他人物の引渡しであっても危険の移転を認めるのは、管見のかぎり、ごく僅かである。小野・前掲注(10)四〇三・四〇四頁、小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）二〇五頁、北居功「二重売買と危険負担——危険負担制度と契約解除制度の競合」法研八四卷一二号（二〇一一年）四五五頁。北居教授は、他人物の引渡しがあっても危険移転を否定するのは、危険移転の契機となる支配が所有権の移転と結びついて初めて可能な論理であるとし、こうした結びつきを認めない考え方の下で危険移転を否定することは論理として通用しないとす。
- (22) 詳しくは、Ⅲ章3節を参照。
- (23) もつとも、現在では、五四八条を危険配分規定とみない見解が主張されるに至っていることは、Ⅲ章2節(2)にて述べる。また、民法（債権関係）改正での改正法案五四八条では、解除ができることと危険負担とが切り離されていることについては、V章3節で分析する。
- (24) この点につき、本田純一「解除に基づく原状回復義務Ⅱ」Law School 四五号（一九八二年）一五頁、好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第2巻現代契約の法理(2)』（有斐閣・一九八四年）一八二頁以下、小野・前掲注(21)一一四頁以下、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』（経済法令研究会・二〇〇〇年）一七三頁以下を参照。
- (25) 我妻・前掲注(5)一九五頁、柚木馨『債権各論（契約総論）』（青林書院・一九五六年）三〇七頁、三宅正男『契約法（総論）』（青林書院・一九七八年）二四三頁、品川孝次『契約法上巻』（青林書院・一九八六年）一六五頁など。

(26) もっとも、この当時は、五四八条が原状回復義務の内容とは切り離されて理解されていたこともあり、本文の二つ目の見解(原状回復義務の一環としての価値賠償義務を認める見解)からも、五四八条所定の「行為」を故意に読み替えるとの主張がされていた。この点は、本稿注(34)を参照。

(27) たとえば、本田・前掲注(24)一五頁、半田・前掲注(24)一七四頁を参照。

(28) 末弘・前掲注(4)二六〇頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(上巻)』(岩波書店・一九二四年)二三五・二三六頁、石田文次郎『債権総論講義』(弘文堂・一九二六年)八二頁、勝本正晃『債権法概論(総論)』(有斐閣・一九四九年)八二頁、末川・前掲注(5)一六七頁、永田菊四郎『新民法要義第三巻下(債権各論)』(帝国判例法規・一九五九年)八九・九〇頁。

(29) その他、この従来通説に対する批判は、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一六頁以下に詳しい。

(30) 最判昭和五年二月一三日民集三〇巻一号一頁(他人物売買が解除された事案において買主の他人物売主に対する使用利益返還義務を認めたもの)は、買主が目的物を返還できないことにつき売主が有責である場合において、買主が価値賠償義務を負わないことを認めている。

(31) すなわち、五四五条一項本文の原状回復義務から包括的な返還債務者負担を導くことはできない。契約当事者の一方の契約がなかった状態を回復することを貫徹することが不当である¹⁾を指摘するのは、Hans Josef WIELING, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, Jus, 1973, S.398. また、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一九頁及び二四頁注(10)も参照。

(32) この点については、本田・前掲注(3)が詳細な分析をおこなっている。

(33) 起草者の穂積陳重が、五四八条二項に關し、解除による危険の転嫁を予定していたかについては、理解が分かれている。売主が解除権を有する場面が念頭に置かれていたことから、解除による危険の転嫁は予定されていなかったと指摘するのは、小野・前掲注(21)一五一頁以下(とりわけ一五三頁、一五六頁注(20))。それに対し、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四〇頁以下も参照。

(34) 末弘・前掲注(4)二七六・二七七頁、鳩山・前掲注(28)二五〇・二五一頁、我妻・前掲注(5)二〇六頁、永田・前掲注

(28) 九五頁、山下末人『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』(谷口知平 五十嵐清編) (有斐閣・二〇〇六年) 九〇五頁など。Ⅲ章2節(1)の二つ目の見解(原状回復義務の一環としての価値賠償義務を認める見解)を説く末弘博士等もまた、「行為」を広く解してしまうと「過失」を規定した意味が無くなってしまふことなどを根拠とし、故意への読み替えを行った(解除権消滅の範囲を縮小させる)ことは興味深い。五四八条二項が危険配分規定とは見られていなかったことの証左であるとともに、これらは、現在の五四八条二項を危険配分規定とみない見解の嚆矢ともいえる。

(35) 鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』(創文社・二〇〇一年) 一六四頁、小野・前掲注(21) 八二・八三頁、一七八・一七九頁、一八〇・一八一頁および二〇八頁、花本広志『目的物の返還不能と解除権の帰趨』に関する覚書〔独協四一号(一九九五年) 二九五頁以下、円谷峻「国連統一売買法における解除権と目的物の返還不能」一論一〇九卷一号(一九九三年) 七九頁注(7)、同『現代契約法の課題——国際取引と民法理論』(一粒社・一九九七年) 三二三頁、新田孝二『危険負担と危険配分』(信山社・一九九八年) 二二四頁以下、同「ドイツ債務法の現代化法における契約解除と日本法との比較」関東学園二五号(二〇〇二年) (以下「新田①論文」という。) 二七頁以下、同「詐欺による取消し・契約解除に基づく清算関係における危険配分 (Risikoverteilung)」関東学園三三三号(二〇一〇年) (以下「新田②論文」という。) 七五頁以下、同「契約解除による原状回復及び取消しによる清算関係における危険配分のまとめ」関東学園三四号(二〇一一年) (以下「新田③論文」という。) 一〇五頁以下、半田・前掲注(24) 一七四頁以下、平野・前掲注(12) 二〇九頁。

(36) 鈴木・前掲注(35) 一六七頁、花本広志「草案三四六条(解説)」下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会の研究』(法政大学出版局・一九九六年) 九八頁、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三〇七頁、新田・前掲注(35)『危険負担と危険配分』二一四頁以下、平野・前掲注(12) 一九五頁。

(37) 本田純一「給付利得と解除規定」私法四二号(一九七九年) 二六・二七頁、本田・前掲注(24) 一七頁(ただし、以上は【本田旧説】)。

(38) これに対して、一項が適用されて解除権が排除される場合について、買主負担となる帰結を動かすことは解釈として不可能である。したがって、この立場からも、一項の限りでは危険配分規定であることを認めていることになろう。

(39) 本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四六頁。

(40) 山中康雄「解除の効果」『総合判例研究叢書10』(有斐閣・一九五八年)二〇二・二〇三頁、好美・前掲注(24)一八二・一八三頁、山下・前掲注(34)九〇六頁、藤原正則『法律学の森』不当利得法(信山社・二〇〇二年)一七三頁、内田・前掲注(5)九八・九九頁、潮見・前掲注(5)四五五・四五六頁、山本・前掲注(20)二〇一・二〇二頁。なお、民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』(商事法務・二〇〇九)三三九頁も、以上と同様の立場から改正提案をしている。なお、好美教授の見解は、五三六条一項類推適用説(D説)として紹介されることがあるが、本稿では右文献の理解として価値賠償義務説(C説)として位置づけた。

(41) 四宮和夫『請求権競合論』(一粒社・一九七八年)二〇四頁、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四五・四六頁(【本田新説】)、松本恒雄『現代民法講義5契約法(改訂版)』(石外克喜編(法律文化社・一九九四年)一二二・一二八頁。四宮教授は、売主の代金返還義務も消滅ないし縮減するという形での処理を原則としつつも、受領者が解除原因を作った場合には「受領者は全部返還義務を負う」としている。この点で、四宮説はA説としても位置づける。なお、不当利得法での議論だが、不可抗力による滅失損傷の危険を受領者である買主負担と説いた川村泰啓教授は、買主に価値賠償義務を認める見解(C説)として紹介されることが多いが、返還が全部不能の場合には五三六条一項によるが、返還の一部不能の場合については、五三六条一項の処理によるか、買主が不能分の価値賠償をする代わりに代金全額の返還を請求する処理によるかを買主が選択できるとしている(川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型(2)」判例評論七七号(一九六五年)六〇頁)。その他、不当利得法におけるものとして、奥田昌道「契約が取り消されたり無効の場合の返還請求権について」法学教室(第二期)七号(一九七五年)四一頁、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐較・一九八六年)四五一頁、同『加藤雅信著作集第三卷不当利得論』(信山社・二〇一六年)四三二・四三三頁も参照。

(42) こうした指摘は、既に本田・前掲注(24)一七頁にある。

(43) なお、小野・前掲注(21)二〇八頁は、売主負担という結論を導くにあたり、解除権の成立要件における厳格性あるいは制限性の程度に着目する。要件の厳格な解除権が認められた以上、その意味を重視するものであり、これも清算処理において解

除原因を考慮する考えの一種ということができよう。

- (44) このようないわば価値中立的な清算を志向する立場として代表的なのは、好美清光「不当利得法の新しい動向について(上)(下)」判タ三八六号(一九七九年)一五頁以下、三八七号(一九七九年)一二二頁以下。
- (45) 売主負担とする根拠は、B説では五四八条二項に、C説では買主の支配領域外であるという点に、D説では五三六条二項に、それぞれ求めることになるう。
- (46) 新田・前掲注(35)新田②論文八〇頁。
- (47) 小野・前掲注(21)七四頁。
- (48) 小野・前掲注(21)一四八頁。
- (49) 小野・前掲注(21)二〇八頁。
- (50) 小野・前掲注(21)二〇八頁。
- (51) 小野・前掲注(21)八二・八三頁。その他、一五〇頁、一七八・一七九頁および一八〇・一八一頁も同様。なお、平野・前掲注(12)一二六頁も参照。
- (52) 花本・前掲注(36)九七・九八頁および一〇〇頁注(19)を参照。
- (53) 瑕疵ある種類物が給付されて給付危険が移転しない場合には、対価危険も移転しないとされてきた。対価危険は給付危険に先行して移転しないとされてきたのである。この点につき、小野秀誠『反対給付論の展開』(信山社・一九九六年)九二頁、北居功『契約履行の動態理論Ⅱ——弁済受領論』(慶應義塾大学出版会・二〇一三年)一四六頁以下参照。
- (54) 北居・前掲注(21)四五二頁および四五八頁。
- (55) 旧法下でのドイツの議論状況の紹介として、北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開」龍谷九卷一号(一九七六年)五七頁以下、本田純一「給付利得と解除規定(1)(2)(3)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城一号(一九七八年)二九三頁以下、四号(一九七九年)七五頁以下、六号(一九八〇年)七一頁以下、同・前掲注(37)二三頁以下、同・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」三四頁以下、小野・前掲注(21)一〇三頁以下および一二二頁以下、新田・

前掲注(35)新田①論文八頁以下、半田・前掲注(24)一五九頁以下、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三〇七頁以下、花本・前掲注(36)九〇頁以下。なお、ドイツ以外の諸外国における危険移転論については、小野・前掲注(21)一〇六頁および一二二頁以下を参照。

(56) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法関連条文(邦訳にあたっては、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社・一九八八年)を参照した。)

【旧第三二七条】

第三二五条および第三二六条に定める解除権については、約定解除権に関する第三四六条から第三五六条までの規定を準用する。相手方の責めに帰することのできない事由に基づいて解除がされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定によつてのみ責任を負う。

【旧第三四六条】

契約において、一方の当事者が解除を留保した場合、その解除を行使するときは、当事者は、受領した給付を互いに返還することを義務づけられる。履行された労務及び物の使用の譲渡については、その価値を支払わなければならないか、あるいは、仮に契約において反対給付を金銭で定めている場合にはこれを支払わなければならない。

【旧第三四七条】

解除の場合において、損傷、滅失その他の事由によつて生じた返還不能による損害賠償請求は、給付の受領の時から、所有者と占有者との関係について所有権に基づく請求権の訴訟継続の初めから適用される規定によつて定まる。収益の返還請求または補償請求及び費用償還請求についても同様である。金銭には、受領の時から利息を付さなければならない。

【旧第三五〇条】

解除は、解除権者の受領した対象が偶然により滅失したことによつて排除されない。

【旧第三五一条】

解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について、解除権者に過失があつた場合に、排除される。対象

の重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とし、第二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

【旧第三五二条】

解除は、解除権者が受領した物を加工または改造により他の種類の物に変えた場合に、排除される。

【旧第三五三条】

一 解除権者が、受領した対象もしくはその対象の重要な部分を譲渡し、またはその上に第三者の権利を負担させた場合において、これらの処分によりその対象を取得した者の許で第三五一条または第三五二条の定める要件が発生したときは、解除が排除される。

二（省略）

【旧第四四六条】

一 売買目的物の引渡しによって、その偶然的滅失および損傷の危険は買主に移転する。その引渡しの中から、収益は買主に移転し、買主は物の負担を引き受ける。

二 土地または登記された船舶もしくは建造中の船舶の買主が、引渡しの前に所有者として土地登記簿、船舶登記簿、建造中船舶登記簿に登記した場合には、前項の効力は、登記の時から生じる。

【旧第四六七条】

瑕疵担保解除については、約定解除権に適用される第三四六条から第三四八条、第三五〇条から第三五四条、および第三五六条の規定を準用する。ただし、第三五二条の場合において、瑕疵が物の加工に際して初めて明らかになったときは、解除は排除されない。売主は買主に対して、契約の費用を賠償しなければならない。

【第九八九条】

占有者は、訴訟係属後、自らの過失によって物が損傷もしくは滅失し、またはその他の理由から同人により返還されえないことにより生じる損害について、所有者に対し責任を負う。

- (57) この“*Mortuus Redhibetur*”（死んだ奴隷は返される）という法諺は、売却された奴隷または家畜が買主の許で死亡したときであっても、その死亡が売買の際に罹患していた病気の原因である限り、買主は、契約を解除して支払済みの売買代金の返還を請求することができ、奴隷または家畜が死亡したことが売主の負担になるということを意味したとされる。しかしその後、ドイツ普通法において、物の瑕疵と因果関係のない偶然滅失の場合にもこの法諺が拡大されていった。旧三五〇条は、このドイツ普通法の理解を引き継ぐものである。一方で、プロイセン一般ラント法（ALR）では、買主が受領した状態で目的物を返還できるときにのみ買主に瑕疵担保解除を認めていたが、実務では、例外として、滅失または損傷が物の瑕疵から生じたものであるときは売買代金の返還請求をすることができたとされる。フランスは、こうしたプロイセン一般ラント法の下での実務と同様に理解し、目的物の滅失が物の瑕疵の結果として生じた場合にのみ売主負担とするという立場をとった。この法諺とその後理解の変遷については、本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1)」二一九八頁以下、小野・前掲注(21)八七頁以下（とりわけ九二頁、九三頁注(6)、九五頁注(11)）参照。
- (58) Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S.408; Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.17; Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.50.
- (59) 小野・前掲注(21)一四三頁も参照。これは物の瑕疵に限られず、権利の瑕疵がある場合であっても引渡しによる危険移転が認められていた。このことは既に小野・前掲注(21)二〇三頁の注(3)に指摘がある。
- (60) 小野・前掲注(21)一〇四頁。
- (61) Werner FLUME, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.445.
- (62) 我が国でいうところの「自己の財産における同一の注意違反」である。花本・前掲注(36)九二頁参照。
- (63) Dieter MEDICUS, Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen, JuS., 1990, S.692; Helmut HEINRICHS, in: Palandt Kommentar zum BGB., 56. Auflage, 1997, § 351 Rdnr.3. なお、法定解除の場合で解除権者が解除原因認識前のときとは異なり、約定解除のときや法定解除の場合で解除権者が解除原因認識後のときには、多くの学説は、通常の過失、つまり善管注意

義務違反を意味すると理解していたが、この点には争いもあった。Johannes HAGER, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S.439. 上の点については、花本・前掲注(35) 三〇〇頁の注②に指摘がある。

(64) Dagmar KAISER, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 2, 2001, § 350 RdNr.12 ff.

(65) 旧三五〇条の適用範囲を狭めようとする債務法改正前の学説状況については、本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1) 三〇五頁以下および同「給付利得と解除規定(2)」七五頁以下が詳細な紹介をしよう。

(66) Hermann SCHWENN, Die Gefährtragung beim Rücktritt, *AcP*, 152, 1952 / 1953, S.138 ff.

(67) Heinrich HONSELL, Gefährtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, *MDR*, 1970, S.717 ff.

(68) Ernst WOLF, Rücktritt, Vertretensmissen und Verschulden, *AcP*, 153, 1954, S.142 f.; Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S.213 ff.

(69) 前者については Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibitur, *Festschrift für Karl Larenz*, zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff.; Karl LARENZ, a. a. O. (Fn.58), S.409 ff. 後者については Ernst WOLF, a. a. O. (Fn.68), S.129 f.; Hans G. LESER, a. a. O. (Fn.68), S.198.

(70) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.399. なお、フルーメの不当利得法における財産的観点からの決定 (vermögensmäßige Entscheidung) 理論やヴァーリングの見解を前提として、買主のいかなる行為を危険の引受けと評価するかという観点から検討したものと、Bernhard RENGIER, *Wegfall der Bereicherung*, *AcP*, 177, 1977, S.419,438 ff. また、フルーメの財産的観点からの決定理論につき、川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年) 二二五頁以下も参照。

(71) その他、双務契約の牽連性(旧三三三条)や不当利得における差額説(Saldotheorie)に反することもまた、有力説の論拠とされた。不当利得における差額説とは、物の引渡しの際点における客観的価値と支払われた代金との差額(Saldo)を不当利得における利得とする立場であり、双務契約における双方の給付の依存関係を認めることに特徴がある。こうした差額説

によると、買主は差額分の利得返還請求権しか有さないことになるため、目的物滅失の危険は買主が負うことになる。

(72) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.397 ff.; Ernst von CAEMMERER, a. a. O. (Fn.69), S.631.

(73) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.398; Ernst von CAEMMERER, a. a. O. (Fn.69), S.634,642.

(74) Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.191,193,196. この点につき、小野・前掲注(21)二一四以下頁および二二四頁以下も参照。

(75) 二〇〇二年債務法改正後のドイツ民法関連条文(邦訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局・二〇〇二年)を参照した。)

【第三四六条(解除の効果)】

1 契約当事者の一方が契約により解除権を留保した場合または法定解除権を有する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、收取した利益を返還しなければならない。

2 次の各号に規定する場合には、債務者は、給付または収益の返還に代えて、価値賠償をしなければならない。

- (1) 給付または収益の返還が、取得したものの性質によって排除されるとき
- (2) 債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、または改造したとき
- (3) 受領した対象が損傷または滅失したとき。ただし、用法に従って使用に置いた (Ingebrauchnahme) ことにより生じた損傷についてはこの限りでない

契約において反対給付が定められたときは、その反対給付は、価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償がなされるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを立証することができる。

3 価値賠償義務は、次の各号の場合に消滅する。

- (1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象を加工または改造中に初めて明らかになったとき
- (2) 債権者が損傷または滅失について有責であるとき、またはその損害が債権者の許でも同様に生じたであろうとき
- (3) 法定解除権の場合において、解除権者が自己の事務について通常用いるべき注意を尽くしていたにもかかわらず、損

傷または滅失が解除権者（権限者）の許で生じたとき

残存する利得は返還しなければならない。

4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、第二八〇条から第二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。

【第三四七条（解除による収益と費用）】

1 債務者が、通常の経済法則に従えば収益を得ることができたにもかかわらず、これに反して収益を得なかったときは、債権者に対して価値賠償することを義務づけられる。法定解除権の場合、解除権者は、収益に関して、彼が自己の事務について通常用いるのと同じの注意についてのみ、責任を負わなければならない。

2 (省略)

【第四四六条（危険及び負担の移転）】

売買目的物の引渡しによって、その偶然的滅失および損傷の危険は買主に移転する。その引渡しの中から、収益は買主に帰属し、買主は物の負担を引き受ける。買主が受領遅滞に陥るときは、引渡しがあったのと同様とする。

- (76) ドイツ新解除効果規定を紹介する我が国での先行業績として、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）二二三頁以下、新田・前掲注(35)新田①論文一七頁以下、同・前掲注(35)新田②論文三五頁以下、同・前掲注(35)新田③論文四九頁以下、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』（創文社・二〇〇六年）七二頁以下などがある。また、改正草案段階の規定の紹介として、小野・前掲注(21)二二二頁以下、花本・前掲注(36)一〇一頁以下、潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣・二〇〇〇年）五八・五九頁も参照。

(77) BT-Drucks.14 / 6040, S.194.

(78) BT-Drucks.14 / 6040, S.196. なお、三四六条二項一文三号には、ただし書があり、例外的に価値賠償義務を負わない場合についての定めがある。このただし書の射程（“Ingebrauchnahme”の解釈）については学説上争いがあるところだが、本稿で

はこの点に立ち入らない。同様に、以上は二項一文であり、二項一文には、価値賠償をするにあたっての賠償価値の算定の規定が置かれている。この点の検討も他日を期したい。

- (6) Claus-Wilhelm CANNARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI.
- (8) BT-Drucks.14 / 6040, S.194.
- (15) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, § 346 RdNr.134; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.92 ff.,162.
- (28) BT-Drucks.14 / 6040, S.194; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.79), S. XXXVI; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.63), S.439; Florian FAUST, in: Peter HUBER / Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.21; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.54. リンケは「この点で、解除効果法における危険負担は、(二四六条三項による重要な例外をいったん度外視すれば) 差額説を通して実現された危険配分と一致する」ことを指摘する。
- (38) Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.21; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.174,199 ff.; Timo FEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.34 ff.; Richard MOTSCH, Neues Schuldrecht: Rücktritt vom Kauf, JR., 2002, S.226; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.162 ff.
- (84) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.133.
- (85) 旧三四七条は、旧三五〇条以下が解除権者のみに関係する規定であったのと異なり、解除権者にも解除の相手方にも適用される。そこで、旧法下においては、物が解除権者の許で解除権者の責めに帰すべき事由によって滅失した場合、解除前であれば三五一条で解除権が排除され、解除後であれば旧三四七条で解除権者が損害賠償義務を負うと解釈されていた。これに対して、解除の相手方の許での滅失の場合には、解除前であろうと旧三四七条が適用される。しかし、旧三四七条が指示する九八九条は、物の返還請求訴訟が提起された後に生じる問題に対する規律であるため、この占有者は自らの返還義務を認識し

ている。本来、これと比較できるのは、解除権行使後の解除権者ないし解除の相手方でしかない。それにもかかわらず、旧三四七条が九八九条を持ち出していることに強い批判があった。以上につき、BT-Drucks.14 / 6040, S.190,192。なお、小野・前掲注(21)二二四頁以下、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』二二六頁も参照。

(98) BT-Drucks.14 / 6040, S.194. 学説も多くはこの草案理由書の立場に賛同する。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.132. 反対するもの、Richard GIESEN, Höhe des Wertersatzes nach Rücktritt und Widerruf, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S.234 ff. ギーゼンは、三四六条二項による価値賠償の適用対象を解除前に返還不能が生じた場合に限定すべきであり、解除後の原状回復障害については専ら三四六条四項による損害賠償の規律に復すべきとする。ただし、ドイツ解除効果規定は今回の改正で、解除前に過失に依存しない価値賠償義務を設けたために、ギーゼンのように解除前と解除後を区別するとなると、解除前の無過失での原状回復障害のときには返還債務者が責任を負うにもかかわらず、解除後の無過失の原状回復障害のときには返還債務者が責任を負わないことになってしまおうとして批判を受けている。なお、草案理由書および改正後の通説のように理解するとき、ドイツ民法三四六条は、責任法理(損害賠償法理)と危険法理(両当事者が無責の場合の危険を配分する法理)とが一緒に扱われた規定とされることになる。

(75) Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.361 f.; Dirk LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RnNr.822.

(88) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.192; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XI; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.30; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.362 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RnNr.823. なお、ファウストは、二号前段には、売主が当該売買目的物の使用方法等について誤った情報を提供したがゆえに物が滅失損傷した場合も含まれるとしている。

(89) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(96) BT-Drucks.14 / 6040, S.196. 草案理由書は、旧法下においては、買主の支払遅滞ゆえに売主が解除したにもかかわらず、既に物が買主の許で偶然滅失していたという場合にも、旧三五〇条が適用されて売主負担になりかねなかったことを指摘し、

旧法下では、こうした帰結を回避するために、一一九条二項の類推適用をして解除の意思表示を遡及的に取り消すことや、行為基礎の喪失による撤回権を売主に認めることが主張されていたとする。

(91) 改正前には旧三五〇条があらうと、これを危険配分規定とはみないことで買主負担とする見解があったが、この三四六条はその明確性から、三四六条三項一文二号が適用される限り売主負担になるとして、いわば自然に理解されている。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.202; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.35; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.363 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RnNr.826; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.237.

(92) Heinrich HONSELL, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ., 2001, S.281; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.238, 246. ただし、この点は、旧法下において旧三五一条の「過失」をどう解釈するかは依存するものであり、「過失」を自分自身に対する過失と捉える立場からすれば、この点での危険の跳ね返りの拡大はないように思われ⁹⁰。Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.122. なお、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社・二〇〇九年）一四三頁も参照。

(93) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI.

(94) Axel FLESSNER, Haftung und Gefahrbelastung des getäuschten Käufers, NJW., 1972, S.1780.

(95) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(96) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(97) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(98) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.199; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.363; Richard MOTSCH, a. a. O. (Fn.83), S.225 ff.; Thomas WETZEL, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz—Der Große Wurf zum 1.1.2002?, ZRP., 2001, S.124 ff.

(99) 行った四四六条の理解については、Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB., Bd.3, 12. Auflage, 1991, § 446 RdNr.44を参照。

- (100) さしあたり、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.164 ff.を参照。
- (101) Timo FEST, a. a. O. (Fn.83), S.35.
- (102) なお、改正前のものだが、Eberhard GLASS, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, 1959, S.29を参照。
- (103) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.99), §446 RdNr.60. ウルリッヒ・フーバーは、この欄外番号六〇において次のように述べている(条文はすべて債務法改正前の条文である)。「瑕疵ある物の引渡しの場合(四五九条)にも、危険負担の問題は、さしあたり、宙に浮いた未決定の状態にある。この決定は、買主がいかなる法的救済を選択するかにかかっている。買主が瑕疵担保解除(四六二条)あるいは種類売買の場合に代物給付(四八〇条一項)を請求したとき、こうした権利は、物が引渡し後あるいは四四七条の場合には送付後に、偶然的事情により滅失、損傷あるいは紛失したことによって、妨げられない(四六七条、四八〇条一項との結びつきでの三五〇条)。つまり、危険は売主に返される。そのような場合において、物の滅失が『偶然』とみなされるべきときが何時かについては、四六七条の欄外番号六一以下を参照。それに対して、買主が代金減額請求をし、売主がそれに同意したとき、買主は瑕疵担保解除権および追履行請求権を失う(四六五条)。買主が通知期間(商法三七七条)や消滅時効期間(四七七条)を徒過したときには、買主はその物があるままの姿で履行として甘受しなければならない。これら場合においては、引渡しや登記、送付以降の危険は、買主の許にある。」
- (104) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.167 ff.
- (105) 例えは、Andreas THIER, *Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von §346 Abs.3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S444 ff.ただし、ティアアは、こゝで重要なのは解除の相手方の義務違反であり、(草案理由書の論じる)「義務違反をした売主は買主への危険移転を信頼してはならない」という箇所に意味はないとする。このことは既に、半田・前掲注(92)一四三頁に紹介がある。
- (91) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), §346 RdNr.206; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI ff. じれど、旧三五一条の過失の解釈において、自分自身に対する過失と解する論理と同じものである。学説では、三四六条三項一文二号の

適用を法定解除権者が解除原因を認識する前までに限定すべきとする立場も有力である。Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.827; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.364 f. 一方で、偶然による滅失損傷の場合には限定をせずに、偶然ではないが解除権者が自己の事務におけると同一の注意を尽くしていた場合に限り解除原因を認識する前までの限定がありうるとする見解もある。Stephan LORENZ, *Leistungstörungen beim Autokauf*, DAR., 2006, S.617 ff. これらに対し、約定解除の場合や法定解除の解除原因認識後の場合であっても三四六条三項一文三号を適用しつつ、別途買主に損害賠償義務を認める見解もある。Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.47 f. さらに現在ドイツでは、買主の解除原因の不知が買主の過失による場合にも適用を制限すべきか争われている。以上につき、Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.183 ff.; Michael SONNENTAG, *Das Rückgewährschuldverhältnis*, 2016, S.94 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.205 を参照。この点について、花本・前掲注(35)二九四頁及び同・前掲注(36)九四頁は、債務法改正草案段階のものが、草案の三四六条三項一文三号が解除原因認識前までの法定解除権者に限定をしなかったこと、および債務法改正委員会の最終報告書が、その根拠として「定められた給付をしない者は相手方に究極的に危険が移転したと信頼することは許されない」ことを挙げていることを紹介している。なお、半田・前掲注(92)一四四頁も参照。

(107) BT-Drucks.14 / 6040, S.195.

(108) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.56 ff.; Christoph COEN, *Vertrags scheitern und Rückabwicklung*, 2003, S.203; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.364 ff.

(109) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI ff.; Horst KONZEN, *Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.83), S.1893; ders., a. a. O. (Fn.106), S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.246.

(110) 他にも、法定解除と約定解除との区別に関わる批判もなされている。すなわち、新法は、解除の相手方の義務違反を根拠として法定解除の場合に危険の跳ね返りを認めたが、法定解除の場合であっても売主に義務違反がないときもある一方で、約

定解除の場合であってもこれが存在する場合もある。法定解除であっても義務違反が前提とされないケースとして、三二三条三項一文の行為基礎の喪失ゆえの解除の事例等が挙げられる。また、両解除の区別も改正によって変わることが指摘されている。こうしたことから、法定解除と約定解除を区別し、危険の跳ね返りを認める場合を法定解除の場合に限定することに反対するのである。草案理由書の立場に賛成し、義務違反を重視する見解の中には、こうした批判もあり、三四六条三項一文三号の適用にあたり、義務違反があった場合に限定をしようとするものも有力となっている。約定解除と法定解除とを比較しての詳細な検討をするのは、Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.171 ff. その他 Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.207; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLV ff.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.826; Andreas THER, a. a. O. (Fn.105), S.445ff.を参照。

(11) Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.182. ヴォルガストは、こうした制裁思考は、旧三五〇条のモデルとなったドイツ普通法上の解除訴権 (actio redhibitoria) の影響であるとする。Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.177,178. この点について小野・前掲注(21)九五頁注(1)を参照。

(12) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.92), S.281.

(13) Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.200.

(14) 小野・前掲注(21)一四三頁もまた次のように指摘している。「三五〇条は瑕疵の存在によって危険移転が影響されないことを前提としたものであり、また、その危険移転によって担保責任(解除権)が影響されないことをも承認したものである。」

(15) 花本・前掲注(35)二九四頁。この点については Michael SONNENTAG, a. a. O. (Fn.106), S.73 ff.を参照。

(16) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.65.

(17) BT-Drucks.14 / 6040, S.195; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.52. なお、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三四五頁も参照。

(18) これまでの学説が本文のような理解をしてきたことにつき、法制審議会民法(債権関係)部会第八四回会議(二〇一四年

二月二十五日) 議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/000124769.pdf>) 二〇・二二頁(山本敬三幹事発言)も参照。民法(債権関係)改正についてはまとめて後述する。

(119) 解除ができるにもかかわらず代金減額請求をするような事態はあまり考えられない。しかし、ありうるかどうかはともかく、技巧的な説明なくしては説明の困難な法的状態を帰結してしまう法理論であることは確かであろう。

(120) 北居・前掲注(21)四二五頁。なお、既に、津田利治・内池慶四郎編著『神戸寅次郎民法講義』(慶應通信・一九九六年)三四八頁の注(2)が、他人物売買においてこうした解決を示唆している。

(121) 花本・前掲注(36)一〇〇頁の注(19)および注(22)参照。

(122) IV章1節の有力説参照。また、本田・前掲注(37)二二頁、民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針』別冊NBL一三六号(二〇〇九年)二八八頁も参照。

(123) 契約不適合物の引渡しによる危険移転を認める私見からすれば、他人物売買において当該他人物が買主に引き渡された後に、真の所有者からの追奪に遭い、買主がこれを返還したというケースにおいても、物の引渡しによって物の不可抗力による滅失損傷の危険は買主に移転していることを認めることになる。追奪による損失自体は、売主が有責の局面であり、狭義の危険負担の問題ではないにしても(小野・前掲注(10)四〇三頁)、契約の履行過程において物の不可抗力による滅失損傷の危険がどこにあるのかを明らかにすることは重要である。

(124) 「民法(債権関係)の改正に関する法律案」については、法務省のホームページ(http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html)に公表されている。また、改正法案の概要についての解説として、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(金融財政事情研究会・二〇一五年)も参照。

(125) 追完請求、代物請求および修補請求は、目的物が滅失損傷した場合に買主の代金請求権がどのようになるかという対価危険の問題ではなく、売主が給付を再調達する義務から解放されるかどうかという給付危険の問題であることから、対価危険について定める改正法案五六七条一項で、給付危険に属するものまで移転するかのように規定したことを批判するものとして、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」曹時六八巻五号(二〇一六年)四〇・四一頁。

- (126) こうした解釈をするものとして、潮見・前掲注(124)二四二頁、山本・前掲注(125)三九・四〇頁。
- (127) 法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議(二〇一四年八月二六日)議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001137511.pdf>) (以下では「第九六回会議議事録」という。) 四八・四九頁〔住友関係官発言〕参照。
- (128) 前掲注(127)第九六回会議議事録四九頁〔内田委員発言〕。
- (129) 山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時六八巻一号(二〇一六年)一五頁以下、野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法セミ七三九号(二〇一六年)三八頁以下参照。なお、潮見佳男「売買・請負の担保責任——契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL一〇四五号(二〇一五年)二〇頁注(42)は、こうした「特定」概念の相対的解釈を支持しない。
- (130) 改正法案に至る過程に着目すると、民法(債権関係)部会資料七五A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(6)」(<http://www.moj.go.jp/content/000121259.pdf>) 三〇・三一頁では、契約適合物であることが前提とされていた(したがって、特定物であっても契約不適合があればその引渡しによっても危険が移転しないとされていた)が、民法(債権関係)部会資料八一―三「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3)補充説明」(<http://www.moj.go.jp/content/000125163.pdf>) 九・一〇頁では、契約不適合物の引渡しであっても危険移転を認めることを志向し、かつ同所の説明を読む限り、瑕疵ある種類物の引渡しであっても原則として対価危険が移転することを認めていた。
- (131) 潮見・前掲注(124)二四二頁は、機械の売買で売主が操作方法について誤った説明をしたためにその機械が爆発して破損した場合を挙げている。
- (132) 潮見・前掲注(124)二四二頁。
- (133) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(3)八二六頁以下〔穂積発言〕、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣・一九八四年)四六〇頁。ただし、学説においては、この解除権の放棄という説明よりも、この場合に解除を認めると相手方は解除権者に対して損害賠償請求をすることになるが、物の滅失後その価値を調べることが困難であるがために解除権を消滅させたという説明(梅・前掲四六〇頁)の方が着目されていた。この点で、平井宜雄『債権各論I上契約総論』(弘文堂・

二〇〇八年）二五〇頁参照。ドイツ民法の第一草案の際にもこの算定の困難さが理由とされていたことについては、既に本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1)」三〇五頁の注(20)に紹介がある。

(134) 改正法案五四八条が、解除権を有することを認識した後の故意過失による滅失損傷等に限定したことによって、この解除権の放棄という規定趣旨は比較的明確になったと評することができる(ただし、現行民法の起草者が、現行法五四八条は解除原因認識後に適用対象とされると理解していたと指摘するものとして、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四一頁)。しかしながら、解除原因認識後の故意による滅失損傷等は解除権の放棄とみることができたとしても、過失による滅失損傷等を解除権の放棄とみることが適切かどうかは疑問の余地がある。この点で、法制審議会民法(債権関係)部会第九一回会議(二〇一四年六月一七日)議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf>) 四頁〔鹿野幹事発言〕参照。

(135) 民法(債権関係)部会資料六八A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」(<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>) (以下では「部会資料六八A」という。)三一・三二頁。なお、潮見・前掲注(124)二二二頁も参照。

(136) 解除後の滅失損傷等についても適用されるかは、改正法案五四八条が、解除権の「消滅」を規定していることから否定されそうではあるが、現行法においても解除後への適用を認める学説がある以上、今後解釈が分かれる可能性がある。現行法五四八条を解除後にも適用する見解があったことについて、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一八頁及び「民法五四八条の系譜的考察(下)」四二頁以下、新田・前掲注(35)新田①論文二九頁以下参照。

(137) この場合に、買主はなお代金減額請求ができるかが問題となろう。もちろん、改正法案五四八条は解除権に関するものであり、改正法案五六七条一項は売主に契約不適合責任がある場合の買主の権利行使を遮断しないとすれば、解除権が消滅したとしても別途代金減額請求権はなお行使するという論理もありうる。ただし、代金減額には契約の一部解除という実質があることは否定できないうえ、実際問題としても、引渡し後に滅失損傷しており、当初の契約不適合がどれほどのものか算定が困難であることも考えられ、ここで代金減額請求を認めるか否かは難しい問題である。

(138) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(商事法務・二〇一三年)一三八頁以下参照。なお、債権法改正の基本方針の段階では、「三、一、一、八三」(解除権の消滅)として解除権消滅規定を残しつつも、買主は、解除

できる場合であっても別途価値賠償義務を負うとされており(三二一、一、八二二(解除の効果))、解除権の消滅規定の危険配分規定としての性格は弱められていた(解除ができることと、解除の相手方が目的物の滅失損傷の危険を負担することとが切り離されていた)。民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(122)一四八・一四九頁参照。また、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(40)三三九頁も参照。

(139) 前掲注(135)部会資料六八Aの三二二頁を参照。

(140) 旧ドイツ民法三五一一条の「過失」について、Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.399は次のように指摘していた(条文は債務法改正前のものである)。「三五一一条の意味における過失は、技術的な意味における過失を意味しない。さもなければ、解除権者がその解除権を知っていたか又は知らなければならなかったときにだけ、三五一一条が介入することになってしまわうだろう。」

(141) 法制審議会民法(債権関係)部会第七八回会議(二〇一三年一〇月八日)議事録(<http://www.moj.jp/content/001186486.pdf>) 四七頁、法制審議会民法(債権関係)部会第九一回会議(二〇一四年六月一七日)議事録(<http://www.moj.jp/content/001129006.pdf>) 三頁以下参照。また、潮見・前掲注(124)二二〇頁も、買主が解除できる場合の買主の価値賠償義務を肯定する。なお、無効・取消しの効果としての原状回復義務につき、民法(債権関係)部会資料六六A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(1)」(<http://www.moj.jp/content/000118124.pdf>) 三五頁以下、法制審議会民法(債権関係)部会第七六回会議(二〇一三年九月一〇日)議事録(<http://www.moj.jp/content/000118123.pdf>) (以下では「第七六回会議事録」という。) 四六頁以下、潮見・前掲注(124)二七・二八頁も参照。

(142) したがって、解除の法的性質に関する直接効果説や間接効果説等のうちいずれを採用するかといった議論とも、基本的に関係を有しない。それに対して、半田・前掲注(24)一五五頁は、「売買契約締結後、解除、取消までに生じた危険については、それらのもつ遡及効との関係で売主に復帰すると解するのか、危険にまで遡及効は及ばないと解するのかの問題が生じよう」としており、危険の回帰を解除の遡及効と結びつけて問題提起をしている。なお、解除の法的性質論に関しては、山中・前掲注(40)一三九頁以下、北村実「解除の効果」『民法講座5契約』(有斐閣・一九八五年)一一三頁、高森八四郎「契約解除の原

状回復義務は、不当利得の返還とどういふ関係に立つか」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望五契約の一般的課題』（日本評論社・一九九〇年）一五一頁以下を参照。

(143) この点で、前掲注(141)第七六回会議事録四九頁以下も参照。

(144) 磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法四八号（一九八六年）五二頁、松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ一四二八号（二〇一一年）九頁。

(145) 磯村・前掲注(144)五二頁は、買主の所有権帰属に対する信頼は、必然的に、目的物の対価として支払った代金が買主の財産から逸出して売主に確定的に帰属するという観念と不可分に結びついているとする。

