

瑕疵担保責任の比較法的考察(8)

——日本・フランス・EU——

野澤正充

序章 本稿の課題と対象

第一章 法定責任説と判例法の形成

第一節 起草者の見解とその評価（以上 73 号）

第二節 法定責任説の形成（以上 74 号）

第三節 大審院大正 14 年判決とその評価

第四節 最高裁昭和 36 年判決の理解（以上 76 号）

第二章 債務不履行責任説の台頭と展開

第一節 債務不履行責任説の台頭（以上 77 号）

第二節 債務不履行責任説の展開

第一款 法定責任説の継承者(1)——下森定教授

第二款 法定責任説の継承者(2)——その他の見解（以上 81 号）

第三款 ウィーン売買条約の制定——1980 年（以上 91 号）

第四款 債務不履行責任説の進展——時的区分説の登場

第五款 まとめ（以上 104 号）

第三章 近年における学説の動向

第一節 危険負担制度への架橋

第一款 1980 年代後半以降の学説——藤田寿夫教授

第二款 担保責任の総合的研究——半田吉信教授

第三款 小括

第二節 瑕疵担保責任と危険負担の関係

第一款 はじめに

第二款 給付危険と対価危険の区別

第三款 「特定の合意」による給付危険の移転

第四款 若干の検討——まとめに代えて（以上本号）

第三節 給付危険の買主への転嫁——潮見佳男教授

第四節 危険負担説の再評価とその修正

終章 総括と展望

第三章 近年における学説の動向

第一節 危険負担制度への架橋

第一款 1980年代後半以降の学説——藤田寿夫教授

1 履行認容の撤回

森田宏樹教授の時的区分説が公にされた後は、目的物の「受領」ないし一定の時点を基準に、債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区分する学説が見受けられた。例えば、藤田寿夫教授は、「履行認容（＝危険移転時）を分岐点として、それ以前は一般債務不履行法の、それ以降は瑕疵担保法の適用領域と分け、瑕疵担保に基づく解除・代物請求の主張を『履行認容撤回』」によるものであると主張した¹⁾。すなわち、藤田教授は、ドイツ法を参照し、売主が瑕疵のある物を買主に給付した場合に、「対価危険の買主への移転を生ぜしめるため」には、「買主の協力的行為」としての「履行として認容することが必要である」とする²⁾。そして、買主は、売主による瑕疵のある物の給付を、次の二つの時点において拒否することができるとする。一つは、目的物の「引渡しに際し、検査すれば発見できる瑕疵の場合」には、その引渡しの時であり、もう一つは、「検査しても発見できない瑕疵の場合」における「瑕疵を発見した時」である。このうち、藤田教授は、「第一の拒否を拒絶とよび、第二の拒否を履行認容撤回と呼ぶ」。そうして、買主が引渡し時に「拒絶」をすれば、「一般債務不履行法が存続」し、その後、瑕疵を発見した時に「履行認容を撤回すれば、瑕疵担保法に基づき解除もしくは代物請求することとなる」とする³⁾。

2 「撤回」の法的根拠

上記の藤田教授の見解は、一方では、買主が履行として認容して受領した時に危険が移転すると解する点で、次節における北居功教授の見解と軌を一にす

1) 藤田寿夫「瑕疵担保責任の再構成——不特定物売買との関係を中心に」同『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994年）69頁（初出、1992年）。

2) 藤田・前掲注1）126頁。

3) 藤田・前掲注1）128-129頁。

る。しかし他方では、買主がなぜ履行認容を「撤回」できるのかが、必ずしも明確ではない。この点につき、藤田教授は、買主が売主の給付を履行として認容していたとしても、「たとえば検査しても発見できない瑕疵のため誤解していた場合」には、買主が「当初の履行認容表明を訂正・撤回し、代物請求・解除（損害賠償を含む）を求めることができる」⁴⁾と説明する。そして、ここにいる「誤解」が、法的には「錯誤」を意味するものであるとすれば、履行認容の「撤回」も、錯誤による無効（民旧95条）ないし取消し（民現95条）によって根拠づけられると解される。そうだとすれば、この限りでは、森田教授の見解の影響がうかがわれる。ただし、森田教授の時的区分説によれば、目的物の受領が錯誤によって無効となる場合には、瑕疵担保責任という名の債務不履行責任が復活する。これに対して、藤田教授の見解によれば、「一般債務不履行法」と、履行認容の撤回による「瑕疵担保法」との論理的関係が明らかではない⁵⁾。

以上のように、藤田教授の見解には、時的区分説の影響を見ることができ。しかし、同見解は、危険負担をも意識する点において、後の学説への架橋となるものであった。

第二款 担保責任の総合的研究——半田吉信教授

1 法的性質論——二分説

(1) 二分説の提唱

時的区分説が提唱される前の1986年に、半田吉信教授による『担保責任の再構成』と題する一書が公刊された。同書は、法定責任説と債務不履行責任説の対立を踏まえ、担保責任に関する「多くの論点を網羅し」、その「総合的研究の実を挙げる」ことを目的としていた⁶⁾。それゆえ、瑕疵担保責任の法的性質論そのものに関する記述は少ない。その立場は、半田教授自らが「二分説」と名付けるもので、担保責任における損害賠償を、「対価的に制限される部分

4) 藤田・前掲注1) 129頁。

5) 藤田教授は、買主が目的物の受領を「拒絶」すれば、「一般債務不履行法」が存続するとともに、「瑕疵担保責任の事前行使の可能性」も認める（藤田・前掲注1) 128頁）ため、両責任を二元的に構成しているものと考えられる。

6) 半田吉信『担保責任の再構成』（三嶺書房、1986年）はしがきiii頁。

とそれを越えた(狭義の)損害の賠償」とに、「二分する考え方」である⁷⁾。そして、一方では、「法定責任説に依拠した今日の判例理論」は、履行利益の賠償を認めず、また、「特定物売買と不特定物売買とであまりにも大きな法律効果上の違いが生ずる」などの、「どうみてもおかしいといわざるをえない点を多々含んで」いるとする⁸⁾。しかし他方では、「契約責任説を無修正のまま採用すると、無過失責任たる担保責任によって買主が総ての損害の賠償を請求することが可能」となり、「過失責任主義の下では法体系上問題の余地がある」とする⁹⁾。そこで、上記の二分説が、「法定責任説と契約責任説を折衷、止揚した見解」であるとした¹⁰⁾。

では、具体的に、二分説とはどのような見解であるのか。半田教授は、まず、売主が「瑕疵のない物の給付義務を負っていること」を前提に、瑕疵担保責任も「広義の債務不履行の一場合」であるとする¹¹⁾。しかし、瑕疵担保責任は、「一般の債務不履行におけるとは異なり、瑕疵による物の減価という損害が履行利益等の取引利益と並んで問題となるのが通常」である¹²⁾。そして、この「瑕疵自体の損害(減価)は売主の注意義務違反によって生じた損害というよりも等価交換が実現しなかったことによるものであり、売主の帰責事由を問わないで当然に填補させることが妥当である」とする¹³⁾。そうだとすれば、「減価」という、瑕疵担保に特有の損害を賠償する売主の責任は、過失責任ではなく、無過失責任であることとなる。

以上の分析に基づき、半田教授は、その主張(二分説)を、次のようにまとめている。すなわち、「瑕疵担保責任は広義の債務不履行責任の一場合ないし性質上不完全履行責任であるとはいえ、一般の債務不履行責任とは異なった多くの特徴を有しているのであって、ローマ法以来の各国の法制が瑕疵担保を独立の制度として扱い、また近代の諸法典が特別の規定を設けているのも単に伝統の所産というだけでなく、それ相応の合理的な論拠を有していることがわか

7) 半田・前掲注6) はしがき i-ii 頁。

8) 半田・前掲注6) はしがき ii-iii 頁。

9) 半田・前掲注6) はしがき iii 頁。

10) 半田・前掲注6) はしがき iii 頁。

11) 半田・前掲注6) 108 頁。

12) 半田・前掲注6) 108 頁。このほか、半田教授は、物の瑕疵によって買主の身体や財産が被った損害としての、「瑕疵惹起損害」も問題となるとする。

13) 半田・前掲注6) 108 頁。

る」¹⁴⁾。

(2) 二分説の問題点

半田教授の二分説は、瑕疵担保責任を債務不履行責任の一場合であるとしつつも、「その特殊性」¹⁵⁾を明らかにし、一般の債務不履行責任と区別して、これを「二分」するものである。しかし、その主張によっても、一般の債務不履行責任と区別された瑕疵担保責任の法的性質は、なお明らかではない。すなわち、仮に瑕疵担保責任が法定された特別の責任であることを強調すれば、その主張は、実質的には法定責任説と異ならず、債務不履行責任であるとの前提が崩れることとなる。また、従来の法定責任説が採用した「特定物のドグマ」を否定し、瑕疵担保責任が債務不履行責任の特則であるとすれば、その主張は、これまでの債務不履行責任説と異ならず、その特則性の根拠が問われることとなる。

半田教授の見解は、従来の法定責任説と債務不履行責任説の対立を止揚し、両者を折衷した結論を目指すものである。しかし、債務不履行責任と二分された瑕疵担保責任そのものの法的性質が不明であり、後の支持者を見いだすには至らなかった。ただし、瑕疵担保責任に特有の損害が「物の減価」であり、この損害は、「等価交換が実現しなかったことによるもの」であって売主が無過失責任を負うことを明らかにした点は注目に値する。というのも、この点は、同見解が対価的制限説の流れを汲むことを明らかにする¹⁶⁾とともに、無過失責任としての瑕疵担保責任を特徴づけるものだからである。

2 瑕疵存否の基準時と危険の移転

半田教授の研究においても一つ注目されるのは、危険負担との関係であ

14) 半田・前掲注6) 108-109頁。

15) 半田・前掲注6) 109頁。

16) 半田・前掲注6) はしがき i-ii 頁は、「昭和二〇年代初期の勝本説(対価的制限説)」に言及するとともに、自らの二分説の背景として、「昭和四〇年代の末に出された来栖教授の対価的に制限される部分とそれを超えた」損害賠償とを二分する見解があることを指摘する。なお、勝本博士および来栖三郎博士の見解については、本稿においてもすでに取り上げた(野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(3)」立教法学 76号 220頁(2009年)および同(4)立教法学 77号 336頁(2009年))。そして、半田教授の二分説は、その主張にもかかわらず、勝本博士や来栖博士と同じく、法定責任説として位置づけられよう。もっとも、同見解が法定責任説であることは、すでに、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元化せずに「二分」したことからも明らかであった、と解される。

る。すなわち、同教授は、「瑕疵存否の基準時」について、「諸外国の多くの立法例におけると同様危険負担の問題と相関的に考察することが必要である」とする¹⁷⁾。そして、「民法五三四条の定める買主危険負担主義の下では売買後（不特定物の場合は特定後）の危険は買主に帰する」から、その後に生じた物の損傷は買主が負担し、「売主の担保責任の基準時もこの時期にならざるをえない」¹⁸⁾。しかし、「今日学説、実務上一般化しつつある引渡時危険移転説に従う場合には、引渡時までは売主が危険を負担するのであるから、その時までに生じた目的物の瑕疵は、それについて買主に帰責事由がある場合を除き、売主の帰責事由の有無を問わず売主がその損害を負担する」とする¹⁹⁾。換言すれば、「引渡時危険移転説の下では原始的瑕疵か後発的瑕疵かを問うことなしに売主が瑕疵担保責任を負う」こととなる²⁰⁾。

上記の見解は、あくまで「瑕疵存否の基準時」に関するものであり、瑕疵担保責任と危険負担の関係を明らかにするものではない。しかし、危険負担について引渡時移転説を採用した場合における瑕疵担保責任に言及した意義は、決して小さなものではないと思われる。

第三款 小 括

時的区分説の登場以降は、目的物の「受領」という基準時が注目され、買主が「履行として認容して受領したこと」に対する錯誤や撤回が問題とされた²¹⁾。しかし、時的区分説には危険負担の視点がなく、瑕疵担保責任と危険負担の関係は明らかではなかった。

本節において取り上げた見解は、いずれも危険負担を視野に入れるものであった。とはいえ、両制度の論理的関係はなお曖昧なままであり、その本格的な検討は、1990年代半ば以降を待たなければならなかった。

17) 半田・前掲注6) 148頁。

18) 半田・前掲注6) 148頁。

19) 半田・前掲注6) 148-149頁。

20) 半田・前掲注6) 149頁。

21) このほか、「受領」に着目するものとして、池田清治「不特定物と瑕疵担保——特に目的物の『受領』の法的意味づけについて」みんけん 566号3頁（2004年）がある。

第二節 瑕疵担保責任と危険負担の関係

第一款 はじめに

1996年に公にされた北居功教授の論文²²⁾は、表題(=「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係——種類債務の合意による特定を契機として」)からも明らかにように、瑕疵担保責任と危険負担の関係を正面から論じるものであった。その研究は、瑕疵担保責任に関する「ドイツ民法の立法史から現在に至る議論状況」を「非常に丹念に紹介・検討」し、「多くの新しい観点を提示」する²³⁾ものである。ただし、本稿では、北居教授の見解のうち、とりわけ特徴的な次の2点を取り上げる。一つは、給付危険と対価危険の区別であり²⁴⁾、もう一つは、目的物の給付危険が当事者の「特定の合意」によって買主に移転する、との主張である。以下、順に検討する。

第二款 給付危険と対価危険の区別

1 債権法改正前における通説的理解

民法(債権関係)の改正前における危険負担は、次のように説明されていた。すなわち、双務契約における一方の債務の全部または一部が、債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行不能となって消滅した場合には、他方の債務はいかなる影響を受けるか。例えば、売買の目的である家屋が類焼によって滅失した場合には、売主は家屋を給付する債務を免れ、買主の代金債務は、なお存続するか、それともこの債務もまた消滅するかが危険負担の問題であるとする。そして、この場合に、買主の代金債務もともに消滅するとすれば、「履行不能によって債務が消滅することの危険」は、その消滅した債務の債務者が負担すること(債務者主義)になり、反対に、代金債務が存続するとすれ

22) 北居功「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係——種類債務の合意による特定を契機として(1)～(4・完)」法学研究69巻5号39頁、6号29頁、8号19頁、9号31頁(1996年)。なお、同論文は、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、2013年)に収録されている。そこで、以下の引用も、便宜上、同書によることとする。

23) 松岡久和「民法学のあゆみ——北居功『売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(1)～(4)』」法律時報70巻6号121頁(1998年)。

24) 以下の検討に際しては、北居功「給付危険と対価危険」法学教室454号32頁(2018年)も参照する。

ば、その危険は、債権者が負担すること（債権者主義）になる²⁵⁾。ここでは、後の「物の危険」と「債権的危険」の区別はなく、まして「給付危険」と「対価危険」の区別もないことに留意する必要がある²⁶⁾。

ところで、危険負担の立法主義には、上記の債権者主義と債務者主義のほかに、「所有者主義（双務契約によって所有権が債権者に移転したときから債権者が危険を負担するとなすもの）がある」ことが知られていた²⁷⁾。そして、わが国の改正前民法は、「形式的には債務者主義を原則とする（五三六条）が、債権者主義とする広汎な例外を認めている（五三四条・五三五条）ので、実際上は、債権者主義に近い」と解されていた²⁸⁾。この債権者主義の説明として、我妻栄博士は、(a)「売買契約の締結によって、買主はすでに目的物の価格の騰貴による利益や転売による利益を挙げ得る地位を取得するからだ（利益の帰するところに損失も帰する）と説くもの」と、(b)「売買契約によって所有権が移転するから危険も移転するのが当然である（所有者は危険を負担する）と説くもの」とが、「最も有力である」とした²⁹⁾。このうち、(a)は、民法の起草者が採用した見解であり³⁰⁾、また、(b)は、フランス民法が採用する見解である³¹⁾。そして、民法旧 534 条以下の危険負担の規定が、沿革的にはフランス民法典 1138 条³²⁾に基づくものであったことは、公知の事実である³³⁾。しかし、我妻

25) 我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店、1954 年）85 頁以下。

26) ドイツでもわが国でも、「一般に単に危険といふときは、対価危険を意味する」との指摘がなされている（谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法(13)』〔有斐閣、補訂版、2006 年〕641 頁〔甲斐道太郎執筆〕）。

27) 我妻・前掲注 25) 85 頁。

28) 我妻・前掲注 25) 86 頁。

29) 我妻・前掲注 25) 87 頁。

30) 梅謙次郎『民法要義卷之三』（有斐閣、大正元年復刻版、1984 年）416-417 頁。

31) 我妻・前掲注 25) 86 頁。

32) 2016 年 2 月 10 日の債務法改正前のフランス民法典 1138 条は、次のように規定していた。すなわち、「① 物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。② この債務は、引渡しが行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。ただし、債務者がその物を引き渡すことについて遅滞にある場合には、その限りでない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる」。現行のフランス民法典にも、次の規定が置かれている（フ民 1196 条）。「①所有権の移転または他の権利の譲渡を目的とする契約においては、その移転は、契約の締結のときに生じる。②その移転は、当事者の意思表示または法律の効果として生じる。③所有権の移転は、物の危険の移転を伴う。ただし、引渡債務の債務者が履行遅滞にある場合には、この限りでない」。また、同 1583 条は、売買における目的物の所有権の移転について、次のように規定する。

博士は、(a)に対しては、「買主は目的物の値下がりの不利益をも受けるのだから、目的物の滅失・毀損の責任まで負うべきものとするのは公平に反する」とする。また、(b)に対しては、所有権の移転と危険の移転を一致させていない立法例があることに加え、「観念的な所有権が移転しても、対抗要件（引渡や登記）の済まないうちに危険を移転させることは、必ずしも公平に適する」とはいえないとする。そうして、債権者主義を説明する理由としては、「売買によって買主は目的物を自己の支配内に収めるから危険を負担するに至るという他は」なく、解釈論としても、その適用範囲をできるだけ制限すべきであるとした³⁴⁾。

2 ドイツ民法学に基づく「危険」の概念——浅井清信博士の研究

(1) 物の危険と債権の危険の区別

上記の通説的見解が形成される前に、ドイツ民法学を参照して、「物の危険」(periculum rei)と「債権の危険」(periculum obligationis)との区別を提唱する見解が存在した。浅井清信博士による危険負担に関する一連の研究である³⁵⁾。

浅井博士は、危険を、ドイツの学説に倣い、「特定人の財産に対して法律的关系において生ずる経済的危険である」と定義する³⁶⁾。そして、このうちの「物の危険」とは、「生活貨物が債権関係の対象となっていない場合、又は債権関係に対象となっても債権関係と全くはなれて観念した場合の生活貨物の危険」であるとする。これに対して、「債権的危険」とは、「生活貨物が債権関

すなわち、「売買は、物がいまだ引き渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意するときから当事者間において完全であり、買主は、売主に対する関係で当然に所有権を取得する」(以上の規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係』(法務資料第441号)による)。それゆえ、フランス民法では、「売買の合意のみによって目的物の所有権とともに危険も買主に移転することになる」(甲斐・前掲注26)649頁)。

33) 小野秀誠『危険負担の研究——双務契約と危険負担』(日本評論社、1995年)384頁。

34) 我妻・前掲注25)88頁。

35) 浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』(新青出版、復刻版、1996年〔立命館出版部、初版、1942年〕、以下「浅井・前掲注35」研究」として引用)6頁、同『危険負担論』(日本評論新社、1952年、以下、単に「浅井・前掲注35」)として引用)8頁。なお、用語については論者によって異なり、小野・前掲注33)395頁は、「物的危険」と「契約的危険」という語を用いる。

36) 浅井・前掲注35)7-8頁。

係の対象となっていて、この債権関係と関連せしめて観念される生活貨物の危険」であるとする。そうして、浅井博士は、物の危険が、「債権における危険負担論に対してはそれほど重要な意味を」有しないとした³⁷⁾。

もっとも、ここにいう「生活貨物」が「物」であり、「この物が滅失毀損すればその物の所有者はその所有権をその範囲において喪失する」ことになる。そして、この意味において、所有者は物の危険を負担し、このことが「事変による損害は所有者が負担する」(casum sentit dominus; res perit domino = 所有者責任主義)との原則として表されている。浅井博士は、この原則も、「単にこれに止まるならば特に危険負担論に対して実は無意味なものである」が、この所有者責任主義が「債権的危険」の「負担をも規定すると見る者も」あり、そうすると、この原則も、「極めて重要な課題的意味を有って来る」とする³⁸⁾。

ところで、「債権的危険」は、さらに、「履行危険」(Leistungsgefahr)³⁹⁾と「対価危険」(Entgeltgefahr)とに区別される。「履行危険」とは、「債権関係の目的たる給付の対象たる生活貨物が危害」を被る場合において、給付が不能となるときは、その給付の不能によって債権が侵害されるが、その侵害の危険を表すものである⁴⁰⁾。そして、この履行危険が問題となるのは、「特定の人が、他の特定の人に給付義務を負う」にすぎない、「いわゆる一方的債権関係」の場合である⁴¹⁾。これに対して、売買契約のような「双方的債権関係」においては、「売買の目的物の給付債権と代金支払債権との二つの債権が互いに牽連関係に立って存在するから、売買目的物の滅失によりその給付債権が消滅するとき、他方の代金支払債権が消滅するかどうか」が問題となる。この「生活貨物の危害による対価」(売買における代金債権)の喪失の危険が「対価危険」ないし「代価危険」であるとする⁴²⁾。

37) 浅井・前掲注 35) 8 頁。

38) 浅井・前掲注 35) 研究 6 頁。

39) 北居・前掲注 24) 32 頁は、「給付危険」という語を用いている。

40) 浅井・前掲注 35) 8-9 頁。

41) 浅井・前掲注 35) 9 頁。なお、浅井・同 41 頁は、履行危険が「一方的債権関係における履行不能に関する」ものであるから、「その危険負担の法的構造はきわめて簡単」であり、「論及しない」とする。

42) 浅井・前掲注 35) 9 頁。

(2) 履行(給付)危険と対価危険の区別

履行危険と対価危険については、「ドイツ普通法時代の定説」はこれを区別していなかった⁴³⁾。そして、実際上も、「履行危険と対価危険とは同時に移転することが多い」とされる⁴⁴⁾。しかし、浅井博士は、両危険の区別が「明瞭に認識」されなければならないとする。なぜなら、「両者の危険負担は別個の観点から規定される」からである⁴⁵⁾。そして、「両者の危険の交叉点は種類売買における危険移転の時期」であるとする。というのも、危険移転の時期は、日本民法では両危険が共通である(民旧534条2項)のに対し、「ドイツ民法にはそうした明文がない」からである。それゆえ、ドイツ民法では、「とくに履行危険と対価危険とを明確に区別して危険負担問題を取扱うことが肝要である」とする⁴⁶⁾。

では、種類売買における危険移転の時期において、履行危険と対価危険はどのように区別されるのか。

まず、民法(債権関係)の改正前における日本民法534条2項は、不特定物の売買(種類売買)について、次のように規定していた。すなわち、「特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者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、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」という旧534条1項を受けて、「不特定物に関する契約については、第401条第2項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する」とした。それゆえ、日本民法では、不特定物の特定(401条2項)とその危険の移転(旧534条2項)とが同時であり、両者の間に乖離はない。これに対して、ドイツ民法典には、日本民法401条2項に相当する規定(ド民243条2項⁴⁷⁾)は存在するものの、「わが民法第五三四条第二項に該当する規定がない」。それゆえ、「この点から見てもドイツ民法における種類債務の特定と危険移転との連関は必ずしもわが民法と同一

43) 浅井・前掲注35)9頁。

44) 浅井・前掲注35)研究570頁。

45) 浅井・前掲注35)9頁。

46) 浅井・前掲注35)9頁。

47) 浅井・前掲注35)研究560頁は、ドイツ民法典243条を次のように紹介している。すなわち、同1項は、「給付すべき物の種類のみを指示したときは債務者は中等の品質を有する物を給付することを要する」と規定し、その特定に関する同2項は、「債務者が物の給付を為すに必要な行為を完了したときは債権関係はその物についてのみ存する」と規定する。

に解されないことが直ちに知られるであろう」とする⁴⁸⁾。

そこで、「ドイツ民法の解釈」においては、「種類債務の特定と危険の移転とが必然的相関概念」であるか、換言すれば、「特定を規定するところの第二四三条が同時に危険移転の時をも規定しているか」が争われた⁴⁹⁾。そして、ドイツにおいても、両者が「必然的相関概念であると観る」見解⁵⁰⁾と、両者が「全く異なった事象」であるとする見解⁵¹⁾とが対立していた。しかし、浅井博士によれば、その真の対立点は、以下の点にあったとされている。

まず、ドイツ民法 243 条は種類債務の特定を規定し、①「その特定前には債務者が給付しようと思っていた物が滅失しても更に同種の物が存在する限りこれを調達して給付」しなければならない。しかし、②「特定後はその物が事変によって滅失すれば債務者は給付義務を免れるのみならず何等の責」も負わない。そして、これらの点は、「何人も認め」なければならない、両説も争っていない。ところで、①特定前に債務者が調達義務を負うことを「債務者が危険を負担する」とし、②特定後の滅失によって債務者が免責されることを「債権者が危険を負担する」として、「特定は種類債務における危険移転の契機であると論定するのが普通」である⁵²⁾。

しかし、浅井博士は、「一般的に危険と普通にいっているがこの危険にも」、履行危険と対価危険の二つのものがあるとする⁵³⁾。すなわち、前者（＝履行危険）は「一方的債権関係における危険を指し」、後者（＝対価危険）は「双方的債権関係における反対給付請求権の存否に関連して観念される危険」である。そして、「ドイツ民法第二四三条にいう種類債務の特定が危険移転の契機であると普通にいわれているときの危険」は、「一方的債権関係に関して観念されているのであって、履行危険を指しているといわねばなら」ない。にもかかわらず、「その特定が対価危険の移転をも必然的に惹起するかのように説くところに異論の余地が醸し出される」のであり、上記の見解の対立もこのことに「起因するかに見える」とする⁵⁴⁾。もっとも、両見解ともに、「履行危険と対価危

48) 浅井・前掲注 35) 研究 560 頁。

49) 浅井・前掲注 35) 研究 561 頁。

50) 浅井・前掲注 35) 研究 561 頁。

51) 浅井・前掲注 35) 研究 563 頁。

52) 浅井・前掲注 35) 研究 566 頁。

53) 浅井・前掲注 35) 研究 566-567 頁。

険とを明瞭に区別していないから、どちらともいえない」けれども、「少なくとも」種類債務の特定と危険の移転とが必然的相関概念であるとする見解が「いうところの危険移転は履行危険を指しているかに見え」、「もしそうだとすれば」、この見解は「正当」であるとする⁵⁵⁾。

結局、ドイツ民法は、「わが民法第五三四条第二項のように、種類債務の特定のときに対価危険が移転する」旨を「何等規定していない」。すなわち、「ドイツ民法では履行危険と対価危険とを必ずしも同時に移転せしめる」ものではなく、不特定物の売買においては、「履行危険の移転は特定と必然的に関連しているが、対価危険については必ずしも」そうではない⁵⁶⁾。そして、ドイツ民法における対価危険の移転について、「その第四四六条及び第四四七条は特に売買に関して同地売買の場合は引渡、異地売買（送付売買）の場合には運送取扱人・運送人その他運送の実行に定められた人又は営造物への引渡、の時に危険が買主に移転する旨を規定している」⁵⁷⁾。したがって、ドイツ民法における「種類売買について」は、「特定と対価危険とは別個な観念」であり、特定によって履行危険が移転し、その後、引渡し等によって対価危険が移転することとなる⁵⁸⁾。なお、「特定物売買の場合にも、その目的物が初めから具体化さ

54) 浅井・前掲注 35) 研究 567 頁。

55) 浅井・前掲注 35) 研究 568 頁。

56) 浅井・前掲注 35) 研究 569 頁。

57) 浅井・前掲注 35) 研究 569 頁。なお、ドイツ民法典旧 446 条および旧 447 条は、次のように規定していた（規定の訳は、柚木馨＝上村明廣『現代外國法典叢書(2)獨逸民法〔Ⅱ〕債務法』（有斐閣、復刊版、1988 年）374 頁および 378 頁による）。

旧第 446 条 偶発的滅失及び偶発的毀損の危険は、売買目的物の引渡しの時より買主に移転する。引渡しの時より、収益は買主に帰し、かつ、買主は物の負担を負う。

不動産の買主が引渡し前に所有者として不動産登記簿に登録されたときは、登記の時より前項の効力を生じる。

旧第 447 条 売主が買主の請求により売買目的物を履行地以外の場所に送付したときは、危険は、売主が運送取扱人、運送人又は運送の実行のために定められたその他の人又は設備にその物を引き渡した時より買主に移転する。

買主が運送の方法につき特別の指図をなし、かつ、売主が急迫の事由なくしてこの指図に違反したときは、売主は買主に対してこれによって生じた損害につき責めに任じる。

なお、ドイツ民法典 446 条および 447 条は、2001 年のドイツ債務法改正後においても、基本的には維持されている（岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002 年）217 頁参照）。

れていても、引渡のときから対価危険が移転するとなっていてところからも(ドイツ民法四四六条一項参照)」、特定と対価危険とが別個の観念であることが「明かである」とする⁵⁹⁾。もっとも、先にも触れたように、「実際上は履行危険と対価危険とは同時に移転することが多い」とされている⁶⁰⁾。

(3) ドイツ民法学の危険負担論に関する留意点

以上の浅井博士の研究は、『『危険負担の研究』に関する『道標』としての位置を占めるモノグラフィー』⁶¹⁾として、その後の危険負担の研究に大きく寄与している。ただし、その検討に際しては、以下の諸点に留意しなければならない。

第1に、「物の危険」と「債権的危険」(履行危険・対価危険)の区別は、物権と債権とを峻別するドイツ民法に特有の考えであり、比較法的には類例の少ないものである、ということである。このことは、北居教授がその論文の冒頭に引用する、ギュンター・ハーガー教授の論文の記述からもうかがわれる。すなわち、ドイツでは、種類債務の特定による危険の移転は、「対価危険の移転に比して給付危険の移転と呼ばれている」が、「外国では一つの危険概念で済まされている」と記されている。「というのも、給付危険の移転は対価危険の移転と常に一致する」からである⁶²⁾。そして、日本民法の危険負担制度の母法であるフランス民法では、給付危険と対価危険の区別はなく、「物の滅失は所有権者が負担する」(res perit domino)との原則に従って(対価)危険が移転することとなり、「物の危険」と「債権的危険」の区別もない。換言すれば、「一つの危険概念」で足りることとなる。例えば、2016年2月10日の債務法改正によるフランス民法典1196条3項本文は、改正前の旧1138条2項を受けて、より直截に、「所有権の移転は物の危険の移転を伴う」と規定した。そして、同項に付された趣旨説明によれば、同項は、「所有権の移転がその物の危険の移転をもたらすことを前提として、ラテン語の法格言である《res perit domino》によって知られている、所有権者が物の滅失を負担するとの原則を規定したものである」とされている⁶³⁾。それゆえ、フランス民法においては、

58) 浅井・前掲注35) 研究570頁。

59) 浅井・前掲注35) 研究570頁。

60) 浅井・前掲注35) 研究570頁。

61) 浅井・前掲注35) 研究・「解題」〔中井美雄執筆〕2頁。

62) 北居・前掲注22) 4頁。

「物の危険」と「債権的危険」の区別がなく、また、「給付危険」と「対価危険」の区別もない。

なお、後述するように、ドイツ法の理解としても、売買契約においては、物の危険と債権的危険を区別することの困難さが指摘されている⁶⁴⁾。

第2に、給付危険と対価危険の区別も、ドイツ民法に固有の事情を前提としていることが明らかである。すなわち、ドイツ民法学においても、学説上は、両危険の区別が自明のものではなく、必ずしも明確ではなかった。しかし、不特定物の売買（種類売買）における特定による危険の移転と対価危険の移転とがドイツ民法典上は一致せず、その時期がずれることから、給付危険の移転と対価危険の移転とを別異に観念せざるを得なかったことが指摘されている。これに対して、日本民法は、旧534条2項により、特定による危険の移転が対価危険の移転の時期と同一であり、所有権の移転の時に危険も移転するフランス民法の理解とも合致する。

そうだとすれば、給付危険と対価危険とを明確に区別し、その移転時期を異にするドイツ民法の議論は、不要であるとの理解も可能であろう。

第3に、上記の第2の点とも関連するが、仮に給付危険と対価危険とを区別したとしても、双務契約においては給付危険と対価危険は牽連関係を有しているため、給付危険の独立性ないし独自性を認めることは難しいと解される。すなわち、浅井博士によれば、給付危険（履行危険）が問題となるのは「一方的債権関係」であり、例えば片務契約である贈与契約において目的物が滅失した場合には、債権者である受贈者はその給付を受けられないこととなり、その限りでは、「給付危険を負担する」とも考えられる。しかし、このことは、給付が不能であること（＝履行不能）の裏返しに過ぎず、「給付危険」を独自に観念する意義はない⁶⁵⁾。そうだとすれば、不特定物の売買において、特定による危険の移転が対価危険の移転と一致する日本民法（旧534条2項）の下では、

63) J.O., 11 février 2016, cité par N. Dissaux et Ch. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2017, p.97.

64) 小野・前掲注33) 397頁。

65) 小野・前掲注33) 411頁注(5)も、民法旧534条1項を「給付危険の問題」と捉え、「目的物の偶然の滅失によって買主は特定物の給付を請求しえなくなる、ということの表明とみる」こともできるとする。しかし、「給付危険は、給付不能を裏から述べたに過ぎず（売主は不能によって給付義務を免れる）」、旧534条1項を給付危険の「表明」と「読み替え」でも、その「存在意義はそう大きなものではない」とされる。

給付危険と対価危険をあえて区別する実益に乏しいように思われる。

3 給付危険と対価危険の分離——北居教授の見解

(1) 「物危険」と「給付危険」・「対価危険」

浅井博士の研究以降、「物的危険」と「契約的危険」とを「峻別」しようとした見解として、小野秀誠教授のそれを挙げることができる⁶⁶⁾。しかし、北居教授の見解は、これをさらにドイツ流に徹底させたものである。以下では、1996年に公にされた論文⁶⁷⁾を中心に、民法（債権関係）の改正後の2018年に公にされた学生向けの解説⁶⁸⁾をも併せて検討する。

北居教授は、「近時は『危険』の用語法に若干の混乱が見られる」とし、「特定物売買を中心に伝統的な3つの『危険』概念を再確認」するとした⁶⁹⁾。

まず、物の危険は「目的物の価値喪失の危険」であり、これを「負担するのは物の所有者である」とする。そして、賃貸借契約において賃貸目的物が滅失したときは、これによる「目的物の価値喪失の危険は、いうまでもなく目的物の所有者である賃貸人が負担する」。しかし、売買契約においては、物の危険は問題とならないとする。その理由は、北居教授によれば、「物の売買では、物の価値自体は物の所有権の移転とその対価である代金支払に体现されるため、給付危険と対価危険を超えて、物の価値自体の喪失を議論する余地はない」ことにある。換言すれば、物の売買において「物危険が語られ」ることはないとする⁷⁰⁾。

(2) 「給付危険」と「対価危険」

次に、北居教授は、特定物の売買において、給付危険と対価危険の分離を徹底する。すなわち、ドイツ民法にいう「給付危険」とは、「売買契約を典型」とする双務契約において、「債務の目的物が滅失・毀損した場合に債務者の引渡債務がどうなるのかという問題」であり、「対価危険」は、その「反対給付請求権」がどうなるのか、という問題である⁷¹⁾。そして、特定物債務におけ

66) 小野・前掲注33) 395頁以下。

67) 北居・前掲注22) 4頁以下。

68) 北居・前掲注24) 32頁以下。

69) 北居・前掲注24) 32頁。

70) 北居・前掲注24) 33頁。

71) 北居・前掲注22) 4-5頁。

る後発的不能による債務者の解放を定めたドイツ民法旧275条⁷²⁾から、次のことが導かれるとした。すなわち、「特定物債務において債務者は自己の責に帰されるべきではない後発的不能によって給付義務から解放される」。このことは、「債権者の給付請求権の消滅をもたらす」ものであり、「債権者が給付危険を負担することを意味する」。換言すれば、旧275条は、「給付危険の債権者負担を定めている」。これに対して、「種類債務の場合には、特定前は債務者が債権者のために用意した給付目的物が滅失等しても債務者の給付義務には何等の影響も与えず、給付義務はなお存続する（旧第二七九条または第二四三条第二項）」。つまり、「給付危険は債務者が負担する」。しかし、「特定が為されるとそれ以降は特定物論理が適用」されるため、給付目的物の滅失等により、債権者の給付請求権は消滅する（旧民275条）。つまり、「給付危険は債権者が負担すること」になるのであり、「特定は給付危険を債務者から債権者に移転させる」ものである⁷³⁾。

ところで、特定物債務においては、「給付の後発的不能によって双務契約における反対給付請求権も消滅するのが原則である（旧第三二三条第一項）」⁷⁴⁾。しかし、ドイツ民法では、「売買契約において目的物が引渡ししないし発送されていれば、その原則の例外として反対給付請求権は存続することになる（旧第四四六条・旧第四四七条）」⁷⁵⁾。それゆえ、先に浅井博士が指摘したように、北居教授も、種類債務の特定を考えると、「特定時に給付危険が債務者から債権者に移転するが、対価危険はなお債務者の下に止まること」になるとする⁷⁶⁾。そこで、「危険」を「給付危険」と「対価危険」とに分離し⁷⁷⁾、この二

72) ドイツ民法典旧275条は、次のように規定していた。すなわち、「①債務者は、給付が債権関係成立後に生じた、債務者の責めに帰すべからざる事由より不能となる限り、給付の義務を免れる。②債務者の後発的主観的給付不能は、債権関係成立後に生じた不能と同じとする」（規定の訳は、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』〔日本評論社、1988年〕103頁による。なお、北居・前掲注22）90頁も参照）。

73) 北居・前掲注22）147頁。

74) 北居・前掲注22）147頁。なお、ドイツ民法典旧323条1項は、次のように規定していた。すなわち、「双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責めにも帰すべからざる事由により不能となるときは、その反対給付請求権を失う。一部不能のときには、反対給付は、第472条及び第473条により減少する」（規定の訳は、椿＝右近・前掲注72）217頁による）。

75) 北居・前掲注22）147頁。

76) 北居・前掲注22）151頁。

つを債務者と債権者のいずれが負担するかを組み合わせ、論理的には、双務契約について、次の四つの組み合わせが可能であるとする⁷⁸⁾。

- ① 給付危険債権者負担・対価危険債務者負担
- ② 給付危険債権者負担・対価危険債権者負担
- ③ 給付危険債務者負担・対価危険債務者負担
- ④ 給付危険債務者負担・対価危険債権者負担

この北居教授の示した表からは、双務契約においては、給付危険と対価危険とが、牽連関係を有するにもかかわらず、完全に分離しているようにも考えられる。しかし、②と③は両危険の負担者が一致している。すなわち、②は、給付危険も対価危険も債権者が負担する場合であり、「一般に危険負担の債権者主義と呼ばれるもの」である。また、③は、両危険を債務者が負担する場合であり、「種類債務の特定前の債務者が負う給付義務の状況」が該当するとする⁷⁹⁾。さらに、④は、給付危険を債務者が負担するにもかかわらず、対価危険は債権者にすでに移転している場合であるが、ドイツ民法学においても、「このような事態は認められない」。なぜなら、給付危険が「対価危険よりも遅れて移転」することはありえないからである⁸⁰⁾。そうだとすれば、給付危険と対価危険の分離が問題となるのは、実質的には①の場合のみであり、「それ以外の場合には、給付危険と対価危険の帰趨は一致する」ことになる⁸¹⁾。

では、①の場合はどうか。北居教授によれば、「給付危険を債権者が負担する」ことを前提に、「目的物の滅失によって債務者の給付義務は消滅し」、債権者がその引渡しを請求できなくなるとともに、債務者も対価危険を負担し、「反対給付請求権をすべて失うこととなる」。つまり、「双方の債権・債務が目

77) 北居・前掲注 22) 161 頁注(297)は、目的物の滅失という「危険」(＝物の危険)は「分離しえない一つの事実である」ものの、「危険負担における『危険』概念とは、目的物の滅失という事態ではなくその『損失』を意味」し、損失分担のあり方について、二つの危険概念が用いられるとする。

78) 北居・前掲注 22) 148 頁。なお、北居教授は、民法(債権関係)の改正後の危険負担についても、同様の表を用いている(北居・前掲注 24) 33 頁参照)。

79) 北居・前掲注 22) 149 頁。

80) 北居・前掲注 22) 150-151 頁。

81) 北居・前掲注 22) 151 頁。

目的物の滅失によって同時に消滅」する場合であって、「一般に言われる危険負担債務者主義の構造である」とする⁸²⁾。もっとも、後に述べるように、この場合には、必ずしも「給付危険」の概念を介在させなくてもよい。すなわち、目的物の滅失によって債務者の給付義務が消滅し、双務契約における存続上の牽連関係によってその反対給付請求権（代金債権）も消滅する、との説明が可能である⁸³⁾。そうだとすれば、ドイツ民法において、給付危険と対価危険との区別ないし分離を積極的に認めることの実益は、不特定物の売買（種類売買）に関し、「特定時に給付危険が債務者から債権者に移転するが、対価危険はなお債務者の下に止まることを認めること」にある⁸⁴⁾。しかし、ドイツ民法典におけると異なり、両危険が一致する日本民法の規律（民法534条2項）の下では、このような議論は無用であるとも考えられる。そこで、北居教授も、「ドイツ法上の給付危険および対価危険の関係は、我が国ではどのように考慮されるべき」かを問題とする⁸⁵⁾。そして、「給付危険の債権者負担を定めるドイツ民法典旧二七五条の原理は我が国の民法典の何処に求められるのであろうか、特定による給付危険の移転を論じるうえでこの点の検討が不可避である」とする⁸⁶⁾。

(3) 日本法への導入可能性

上記の問題意識の下に、北居教授が着目したのは、特定物の現状引渡しを定めていた民法旧483条である。すなわち、民法（債権関係）の改正前の同条は、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない」と定めていた。そして、周知のように、同条は、瑕疵担保責任に関する法定責任説が依拠した「特定物のドグマ」（＝瑕疵ある特定物の給付は瑕疵なき履行である）の根拠となるものであった。例えば、法定責任説を代表する柚木馨博士は、「民法が『特定物』を明規する数条」の一つとして民法旧483条を挙げ⁸⁷⁾、この場合には、

82) 北居・前掲注22) 148頁。

83) わが国においては、このような説明が通説的見解であったと解される（我妻・前掲注25) 99頁参照）。

84) 北居・前掲注22) 151頁。

85) 北居・前掲注22) 151頁。

86) 北居・前掲注22) 152頁。

87) 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963年）171頁。なお、柚木博士は、民法旧483条のほか、同400条、同484条、および、同534条を挙げている。

「他の物でなくてその物のみが債権の目的とされ、したがって他の物の給付は債務の履行とならずまた債権者も他の物の給付を請求することができない」とする⁸⁸⁾。換言すれば、「当事者がその物の個性に着目して取引したがゆえに、他の物をもってしては債権の目的を達することができない場合」であると⁸⁹⁾、これをその法定責任説の論拠としている。

北居教授は、この民法旧 483 条の沿革を検討し、その基となった旧民法財産編 462 条(草案 483 条)に付されたボワソナードの見解を参照して、次のように主張した。すなわち、「草案第四八三条は特定物債務において目的物の後発的な毀損の際の債務者の引渡義務の運命を定めている」のであり、「給付危険の債権者主義を定める規定と理解できる」とする⁹⁰⁾。そして、この「給付危険の帰趨こそがまさに第四八三条が定める『立法政策』」であり、「特定物債務における後発的毀損の場合の給付危険が債権者によって負担されるべきことは、第四八三条を根拠にして初めて認められることである」とした⁹¹⁾。換言すれば、民法旧 483 条は、「特定物債務あるいは種類債務の特定後には給付危険が債権者に移転すること」を認める「立法政策」の規定であり、これによって、「目的物の毀損(または滅失)の場合には、債務者の給付義務は縮減(または消滅)する」ことになる⁹²⁾。

4 若干の検討

以上の「給付危険」と「対価危険」の分離に関する北居教授の見解を、どのように評価すべきであろうか。以下では、(1)物危険と給付危険・対価危険の区別、(2)給付危険と対価危険の分離、(3)民法旧 483 条に関して、順に検討する。

(1) 物の危険と契約的危険(給付危険・対価危険)の区別

前述のように、北居教授によれば、賃貸借契約におけると異なり、売買契約においては、物の危険が問題となることはないとする。このような見解がドイツでは有力であり、北居教授もその見解に依拠していることは確かである。しかし、一方では、①ドイツ法の研究者にも異論があり、また他方では、②この

88) 柚木・前掲注 87) 171-172 頁。

89) 柚木・前掲注 87) 172 頁。

90) 北居・前掲注 22) 154 頁。

91) 北居・前掲注 22) 158 頁。

92) 北居・前掲注 22) 159 頁。

ような理解が日本民法の危険負担制度の母法であるフランスでは採用されていないことに留意する必要がある。

まず、①について小野教授は、賃貸借と異なり、「売買における危険負担を特徴づけるものは、売買によって所有権が移転することにある」とする⁹³⁾。そして、フランス民法の採用する「所有者主義」では、「売買目的物の所有者が危険を負担するとして、もっぱら所有権の属性として危険負担を解決」しているものであり、「このような物的危険の存在によって、売買の危険負担の特徴が明らかとなるだけでなく、危険負担の諸主義を位置づけることも可能となる」とする⁹⁴⁾。もっとも、小野教授は、売買契約においては、「物的危険と契約的危険の区別が困難」であるとしつつ、両者を区別して、その「適用関係を、従来とは逆に転換しなければならない」と主張する⁹⁵⁾。すなわち、「契約的危険は、物的危険が移転したことによって排除されるのではなく、契約の存続期間中優先して適用されなければならない」とする⁹⁶⁾。しかし、契約的危険と物的危険は、「つねに対立しているわけでは」なく、一方では、「物的危険は、少なくとも物権変動が生じるまでは買主に移転せず、また、買主に責がないかぎり契約的危険も、売主のもとにとどまる」。また他方では、「所有権が現実の引渡をとまって移転し、物的危険も買主に移転するときには、現実の引渡によって契約上の義務がはたされ、契約的危険も移転することになる」⁹⁷⁾。そして、小野教授は、「売買のような移転型の契約」では、「他人の物の売買」や「二重売買」のような例外的な場合⁹⁸⁾を除くと、物的危険と契約的危険とが「分離されにくく、それが競合しまたは一致する関係は不明となる」とする⁹⁹⁾。そうだとすれば、売買契約においては「給付危険と対価危険を超えて、物の価値自体の喪失を議論する余地はない」(北居)ののではなく、物の危険と契約に基づく危険(給付危険・対価危険)とが原則として合致し、両者は「混在」¹⁰⁰⁾していることとなる。

93) 小野・前掲注33) 395頁。

94) 小野・前掲注33) 396頁。

95) 小野・前掲注33) 397-398頁。

96) 小野・前掲注33) 398頁。

97) 小野・前掲注33) 399頁。

98) 小野・前掲注33) 402-406頁。

99) 小野・前掲注33) 399頁。

100) 小野・前掲注33) 402頁。

②については、上にも触れたように、フランス法が採用する所有者主義では、ドイツ法におけると異なり、物の危険と契約の危険とが分離されない。すなわち、今日の学説は、フランス民法典 1138 条 2 項を「所有者主義と解することについてはもはや異論」がなく、「売買契約が完全なものになった時点で、所有権は買主に移転し (1583 条)、危険も移転する」。そして、「買主はそれ以後、目的物が不可抗力により滅失し、それを受け取ることができないとしても、合意した代金を支払わなければならない」が、その根拠は、買主が「滅失した物の債権者ではなく、所有者」であることによる。換言すれば、物の滅失は所有権者が負担するという「*res perit domino* の法格言」に基づくものである¹⁰¹⁾。したがって、日本民法典の危険負担の規定をドイツ法的に解釈すれば、売買においては物の危険を考慮する余地はないとも解し得る。しかし、それは必ずしもわが国における「伝統的な」理解ではなく、あくまでドイツ法的な理解であり、解釈の一つに過ぎないものであると解される。

(2) 給付危険と対価危険の分離

北居教授の論考では、売買契約において、給付危険と対価危険とが完全に分離し、あたかも債権者(買主)と債務者(売主)とが、両危険をそれぞれ別個に負担するかのような表が提示されている。前述の①ないし④の組み合わせがそれである¹⁰²⁾。しかし、この四つは、あくまで「論理的」に「可能」な組合せ¹⁰³⁾、ないし「想定」¹⁰⁴⁾に過ぎず、現実にも両危険が分離して債権者と債務者に分属するのは、「① 給付危険債権者負担・対価危険債務者負担」の場合の

101) 前田敦「特定物売買における所有者主義の危険負担——フランス法からの示唆」法学政治学論究 20 号 484 頁 (1994 年)。もっとも、フランス法においても、物の危険 (*risque de la chose*) と契約の危険 (*risque du contrat*) は区別されている (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t.1, *Les sources*, 2^e éd., Sirey, 1988, Paris, n°133, p.324)。しかし、売主が目的物の履行を遅滞している場合 (フ民 1138 条 2 項ただし書) などのいくつか例外 (前田・同前 482-483 頁参照) を除き、「売買のような所有権移転を伴う契約の場合」には、「物の危険が所有者に帰属すること」が、債権者主義の根拠であると解されている (前田・同前 490 頁)。換言すれば、今日のフランスにおいては、物の滅失は所有者に帰する (*res perit domino*) という法格言は、物が契約の対象ではない場合のみならず、「契約の場面における危険負担の問題 (契約の危険) をも説明し得る考え方として拡張され、支持を得」ているのである (前田・同前 500 頁)。

102) 北居・前掲注 22) 148 頁、同・前掲注 24) 33 頁。

103) 北居・前掲注 22) 148 頁。

104) 北居・前掲注 24) 33 頁。

みである。

ところで、すでに述べたように、ドイツ民法においては、不特定物の売買(種類売買)に関して、特定時に給付危険が債務者から債権者に移転するものの、対価危険はなお債務者の下に止まることから、①が認められた。しかし、ドイツと異なり、両危険が一致する日本民法の規律(民旧534条2項)の下では、不特定物の売買については、給付危険と対価危険の分離は認められない。

むしろ、問題となるのは、北居教授が①の典型とする「危険負担債務者主義の構造」である。やや重複するが、北居教授による、民法536条1項が規定する危険負担の債務者主義の説明は、以下のようである。すなわち、(i)「給付危険を債権者が負担する」ことを前提に、(ii)「目的物の滅失によって債務者の給付義務は消滅し、債務者は給付義務から解放される」。これに対して、(iii)「対価危険は債務者が負担するのであるから、債務者は目的物が滅失した場合には反対給付請求権をすべて失う」。iv)その結果、「双方の債権・債務が目的物の滅失によって同時に消滅する」。そしてこれが、「一般に言われる危険負担債務者主義の構造である」¹⁰⁵⁾。

しかし、(i)の前提については、次の二つの異論があり得る。一つは、(i)の場合における給付危険は、(ii)の給付不能による給付義務の消滅を「裏から述べたにすぎず」、あまり意味がない、との指摘¹⁰⁶⁾である。そして、もう一つは、そもそも特定物の売買において、なぜ債権者が給付危険を負担するのか、という疑問である。この疑問に対しては、「特定物だから」という回答¹⁰⁷⁾があり得る。しかし、後に述べるように、この回答には、ドイツ法学に特有の「特定物のドグマ」が潜んでいることに注意しなければならない。

(3) 民法旧483条の理解

北居教授は、民法旧483条の基となるボワソナード草案483条が、「給付危険の債権者主義を定める規定」としてとした。しかし、すでに指摘したように、フランス民法では、給付危険と対価危険の区別はなく、所有権とともに危険が売主(債務者)から買主(債権者)に移転するのであり、ボワソナード草案483条も、「給付危険」の債権者への移転のみを定めているわけではな

105) 北居・前掲注22)148頁。

106) 小野・前掲注33)411頁注(5)。なお、前掲注65)参照。

107) 中田裕康『契約法』(有斐閣、2017年)329頁。

い¹⁰⁸⁾。そして、便宜上、「給付危険」と「対価危険」という語を用いるとしても、以下に述べるように、民法旧 483 条は、両者の分離を認めて、特定による給付危険のみの債権者への移転を認めた規定ではない。

まず、前述した北居教授の見解を要約すると、ドイツ法では次のようになる。すなわち、特定物債務における後発的不能による債務者の解放を定めたドイツ民法典旧 275 条は、「給付危険の債権者負担」を定めたものであり、種類債務の場合にも、その特定によって「特定物論理が適用」され、給付危険を債権者が負担する。そして、北居教授は、このドイツ法の論理をそのままボワソナード草案に当てはめて、草案 483 条が、「特定物債務において目的物の後発的な毀損の際の債務者の引渡義務の運命を定めている」とした。

しかし、ボワソナードは、特定物の売買において債権者が危険を負うのも、また、不特定物の売買において目的物が特定された時に債権者が危険を負うのも、売買の目的物が特定物だからではなく、債権者がその所有権者だからである、と解していた。すなわち、ボワソナードは、危険負担の債権者主義を定めた草案 355 条について、「単なる合意の効果によって（目的物の）所有権が移転され」、目的物の滅失は、「その所有権が帰属している者の負担に帰する」とする¹⁰⁹⁾。換言すれば、特定物の売買において、「債権者（stipulant）が利益を受けかつ損失を被る理由は、債権者が所有権者である、という単純かつ直裁なものである」。そして、「古くからの法格言で、時に誤って適用されてきた、『物の滅失は所有権者に帰する』（res perit domino）は、今日では、真理であるということができる」とする¹¹⁰⁾。このような危険負担に関する所有者主義

108) 前田敦「特定物債務の現状引渡と危険負担——立法沿革から考察した民法四八三条」法学政治学論究 24 号 410-411 頁注(1)参照 (1995 年)。

109) G. E. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2^e éd., t. II, tokio, 1883, n° 138, p.148.

なお、草案 355 条は、次のように規定する。

〔偶発事および不可抗力による危険〕

355 条 所有権を与える合意（convention de donner）の目的物が個別に特定されているすべての場合において、偶発事または不可抗力に起因する（目的物の）滅失および損傷は、債権者（stipulant）の損失に帰する。ただし、債務者がその危険を引き受けた場合および停止条件が付されている場合には、この限りでない。同様に、目的物の価値の増加は、債権者の利益となる。

② しかし、目的物の引渡しが遅れ、かつ、目的物が引き渡されていれば滅失または損傷を被ることを免れた場合には、その滅失は債務者（promettant）に帰する。

を前提に、ボワソナードは、草案483条についても、それが、特定物の引渡しまでの債務者の善管注意義務を定めた草案354条と、危険負担の債権者主義を定めた草案355条に「定められた原則を認めたものに過ぎない」とした¹¹¹⁾。そうだとすれば、草案483条は、すでに目的物の所有権が債権者に移転しているため、特定物の引渡義務を負う債務者は、たとえ偶発事または不可抗力によって目的物が損傷したとしても、引き渡しになされるべき時の状態でこれを引き渡せば、その債務を免れる旨を規定したに過ぎない。その結果、特定物の引渡義務を負う債務者が目的物に必要費 (*dépenses nécessaires*) または有益費 (*dépenses utiles*) を支出した場合には、その費用は事務管理の規定によって償還されることとなる¹¹²⁾。これに対して、債務者の善管注意義務違反によって目的物が損傷した場合には、当該債務者が損害賠償責任を負うこととなる¹¹³⁾。そして、フランス民法典1245条およびイタリア民法典1247条に、ほぼ同様の文言の規定が存在するとする¹¹⁴⁾。

ところで、草案483条は、特定物の引渡債務に限られる。なぜなら、特定物の引渡債務は、債務者が善管注意義務を負い、その義務に違反したまたは目的物を修補しようとするとともに、債権者が危険を負担するものだからである。これに対して、「種類 (*genre*) または数量 (*quantité*)」によって指定される物 (不特定物) の引渡債務は、特定物債務におけると異なり、債務者の過失によって債務が損害賠償債務に転じたり、偶発的な目的物の滅失・損傷によって債務が消滅し、または縮減することもない。なぜなら、「有名な法格言である、『種類は滅失しない』 (*genera non pereunt*) に従う」からである¹¹⁵⁾。

110) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 140, p.149.

111) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 473, p.518.

112) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 473, p.518.

113) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 473, p.518.

114) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 473, pp.518-519. 2016年2月10日の債務法改正前のフランス民法典1245条は、次のように規定していた (規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部・前掲注32) 95頁参照)。

1245条〔特定物の現状引渡し〕 特定物 (*corps certain et déterminé*) の債務者は、引渡時の現状における物の引渡し (*remise*) によって解放される。ただし、それについて生じた毀損が債務者の行為又は過失から生じたのも、債務者が責任を負う者の過失から生じたのでもないことを、(及び) その毀損前に債務者が遅滞になかったことを条件とする。

なお、同条は、債務法改正後のフランス民法典1342条の5に規定されている。

115) Boissonade, op.cit. (note 109), n° 474, pp.519-520.

以上の、草案 483 条に関するボワソナードの見解は、繰り返しとなるが、特定物の所有権の移転に伴う危険の移転を前提としたものであり¹¹⁶⁾、所有者主義 (res perit domino) に基づくことは明らかである。そうだとすれば、民法旧 483 条は、少なくともその沿革からは、ドイツ法的な「給付危険の債権者主義を定める規定」ではない、と解される。

(4) 小 括

日本民法の解釈における用語法として、便宜上、「物の危険」と「契約の危険」(契約的危険・債権的危険)を区別し、かつ、後者を「給付危険」と「対価危険」に分けることは考えられる。しかし、この三つの概念を完全に分離することは、ドイツ法に特有の考え方であり、とりわけ、種類債務の特定による給付危険の移転と対価危険の移転の時期が異なるドイツ固有の法制度に依拠するものである。そして、少なくとも、日本民法の危険負担制度の母法であるフランスでは、「給付危険」と「対価危険」の区別はなく、危険の移転も物の所有権の移転に結びつけられた所有者主義 (res perit domino) が採用されている。そうだとすれば、学説の主張としてはともかく、日本民法の危険負担をドイツ法的に解釈することは、所与のものではなく、「伝統的な」理解でもない。そして、次に述べるように、特定物売買における給付危険の移転と不特定物の特定の合意を強調する見解は、ドイツ法学に特有の「特定物のドグマ」をその根底に潜ませていることに留意しなければならない。

第三款 「特定の合意」による給付危険の移転

1 北居教授の見解

(1) 概 説

危険負担と瑕疵担保責任の關係に着目する北居教授の見解は、結論的には、(給付)危険が買主に移転したにもかかわらず、目的物に瑕疵があった場合に、「対価的均衡を維持するため」に瑕疵担保責任が適用される、とするものである¹¹⁷⁾。換言すれば、瑕疵担保責任は、「特定物売買であると種類売買であるとを問わず」、給付危険が買主に移転し、売主が調達義務から解放された¹¹⁸⁾にも

116) 前田・前掲注 108) 404-405 頁および 410 頁も、草案 483 条に基づく旧民法典財産編 462 条について、それが所有者主義に基づくものであることを強調する。

117) 北居・前掲注 22) 241 頁。

118) 松岡・前掲注 23) 121 頁。

かわらず、双務契約における「対価的均衡を維持するため」に認められる「制度」である¹¹⁹⁾、ということになる。そして、この結論部分においては、瑕疵担保責任を危険負担の法理に基礎づける私見と大きくは異ならない¹²⁰⁾。しかし、その結論に至るプロセスは、私見とは全く異なるものである。すなわち、北居教授の見解は、①売主から買主への給付危険が、「特定物売買であると種類売買であるとを問わず」に「特定の合意」によって移転すること、および、②その「特定の合意」を契機として、「特定物のドグマ」を認めること(『特定物ドグマ』の承認¹²¹⁾)に特色を有している¹²²⁾。

以下では、北居教授の見解を順に検討するが、まずはその論文の副題でもあった「種類売買」(不特定物の売買)から検討する¹²³⁾。

(2) 「種類売買」における「特定の合意」

北居教授は、上記のように、ドイツ法学に伝統的にみられる「特定物ドグマ」を承認し、瑕疵担保責任が特定物の売買に特有の法理であるとの法定責任説の枠組みを採用する。それゆえ、種類売買に瑕疵担保責任が適用されるか否かについても、次のような問題の設定とならざるを得ない。すなわち、(a)「種類売買における瑕疵ある物の引渡しが不完全履行である」とし、瑕疵担保責任の適用を否定するか、または、(b)「買主の一定の態様が種類売買の『特定』をもたらし、それによる特定物売買への転化を介して瑕疵担保責任を適用するのか」という「対立に集約される」とした¹²⁴⁾。そして、北居教授自らは、(a)の見解を批判し¹²⁵⁾、結論的には、以下のように、(b)の見解を主張した。

119) 北居・前掲注22) 241頁。

120) もっとも、後に再度触れるように、北居教授は、ドイツ民法に倣って、目的物の特定による給付危険のみの移転を認め、対価危険は引渡時に移転するとし、「瑕疵担保責任と対価危険との関係づけは困難」であるとする(北居・前掲注22) 210-211頁)。これに対して、私見は、危険負担制度の母法であるフランス民法に従い、不特定物の特定によって危険(給付危険および対価危険)が買主に移転するのが明治民法の規律であり(民旧534条2項)、これを引渡時に移転すべきである、との多数説に従うものである。

121) 北居・前掲注22) 256頁。

122) 北居教授の見解に対して、私見の特色は、ほぼ同じ結論を、次のように導くことにある。すなわち、①売主から買主への危険は、「特定物売買であると種類売買であるとを問わず」に、目的物の「引渡し」によって移転すること、そして、②「特定物のドグマ」を完全に否定することである。

123) 以下の記述については、野澤正充「瑕疵担保責任と危険負担」大塚直=大村敦志=野澤正充編『社会の発展と権利の創造』(有斐閣、2012年)153頁以下も参照。

124) 北居・前掲注22) 205頁。

まず、北居教授は、「種類売買では瑕疵ある物による特定が認められないのか否か」を問題とし、民法 401 条 2 項の特定について、次のように述べている。すなわち、「我が国の民法典四〇一条二項は、種類債務の特定の方法として債務者の一方的な給付必要行為の完了による特定と当事者の合意による特定の二つを定めている」¹²⁶⁾。しかし、この「二つの特定方法は効果として給付危険の移転をもたらす点で共通するが、拘束力の点で必ずしも同じものではない」。すなわち、「給付必要行為の完了による特定」(民 401 条 2 項前段)は、「種類債務者を給付危険および調達危険から解放することを法が認めた『特典』」である。それゆえ、その「恩恵に浴することを望む債務者は、債務の本旨に従った給付準備」をしなければならず、債務者が一方的に「瑕疵ある物を引渡しても」、種類債務が特定することはない¹²⁷⁾。

これに対して、「当事者の合意による特定」(民 401 条 2 項後段)は、「『合意は拘束する (pacta sunt servanda)』の原理に由来する特定であるため」、「当事者は合意によって特定された目的物の給付に拘束される」。それゆえ、「当事者が合意によって特定した目的物に瑕疵が存在した場合であっても、その目的物の給付は合意に従った給付行為なのであるから、それが直ちに不完全履行であると言うことはできない」¹²⁸⁾。そして、北居教授は、前述のように、民法旧 483 条が不特定物の特定による給付移転を認める規定であると解しているため、「種類売買において」当事者の合意によって目的物が特定されたときは、「この時点から民法第四八三条が適用され、給付危険・調達危険は売主から買主に移転」し、その後に「目的物が毀損・滅失したとしても売主は新たな目的物を用意する必要はなく、瑕疵を修補する必要もない」とする¹²⁹⁾。この点は、不特定物の売買も「当事者の合意による特定」により特定物の売買に転化し、「瑕疵ある物の給付は瑕疵なき履行である」との特定物のドグマを認めるものである。

(3) 当事者の気づかない瑕疵

問題となるのは、「合意によって特定された目的物に瑕疵が存在するにもか

125) 北居・前掲注 22) 205 頁。

126) 北居・前掲注 22) 205 頁。

127) 北居・前掲注 22) 206 頁。

128) 北居・前掲注 22) 206 頁。

129) 北居・前掲注 22) 206 頁。

かわらず、その事実を買主が知らなかった場合」¹³⁰⁾における特定の効果である。この場合に、北居教授は、買主に次の二つの選択肢があるとする。

一つは、錯誤無効(民旧95条)の主張である。すなわち、「買主が錯誤無効を主張すれば特定の合意は無効とされて当初の種類債務が存続することとなり、売主は瑕疵なき物を給付する義務を負うこととなる」¹³¹⁾。換言すれば、「履行として受領する旨の意思表示について、性状錯誤が問題となり」、「当該錯誤が要素の錯誤とされる場合」には、「特定合意は無効となる(95条)」¹³²⁾。ただし、その錯誤無効は、「債務の履行」の無効をもたらすにすぎず、「売買契約自体」を無効とするものではない。それゆえ、「売主と買主の間では、当初に創設された種類債務が再生し、依然として存続する」ため、売主は「なお、買主に対して種類債務に適う目的物を給付しなければならない」¹³²⁾。そして、この点においては、森田宏樹教授の時的区分説の影響が顕著である。

なお、最高裁昭和36年12月15日判決(民集15巻11号2852頁)は、すでに述べたように、勝本正晃博士の見解を採り入れ、買主が「瑕疵の存在を認識した上で」給付を「履行として認容」した場合には、合意による特定を認めるものであった¹³³⁾。この判例法理に従えば、当事者が「瑕疵の存在を認識」しているため、特定の合意における錯誤の問題は生じないことになる。しかし、北居教授は、「瑕疵を知りつつ『履行として認容』した場合には、確かに『特定』は生じうるけれども『隠れた瑕疵』ではない以上、瑕疵担保責任は適用されないはずである」として、これを否定している¹³⁴⁾。

そこで、買主の取り得るもう一つの選択肢は、瑕疵担保責任(民旧570条)の主張である。すなわち、「瑕疵ある物を受取った買主がその瑕疵に気付かず」に債務の履行としてその目的物の契約適合性を承認した場合——これが『履行としての認容』が意味することであり、引渡の物理的な受取ないし引取とは区別される買主の行為である——、売主の種類債務の特定とそれによる債務の弁

130) 北居・前掲注22)207頁。

131) 北居・前掲注22)208頁。

132) 北居功「担保責任の将来展望——履行としての受領の意義」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009年)56-57頁。北居・前掲注22)523頁。

133) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(3)」立教法学76号199頁以下、特に236-238頁(2009年)。

134) 北居・前掲注22)201-203頁。

済の申込に対して買主が同意を与えたと評価できる」。つまり、「給付の契約適合性の承認時に種類債務の特定をもたらす合意が成立したものとみることができる」とする¹³⁵⁾。そして、このような「特定の合意」が成立した場合には、「売主はその瑕疵ある目的物の給付義務を負い、その瑕疵ある目的物の給付によって給付義務から解放される」。すなわち、「売主の債務不履行は問題とならなくなる」。しかし、「それによってもたらされる両当事者の給付の対価性の不均衡は売買契約の有償性の観点からは是正される必要があり、その是正のために債務不履行責任の枠外に位置づけられるべき特別の瑕疵担保責任が存在するものと理解」する¹³⁶⁾。

結局、北居教授によれば、買主は、目的物の瑕疵に気がつかずにこれを受領して、「履行としての認容」をした場合には、その特定の合意を錯誤無効として種類債務を「再生」させ、売主に対して債務不履行責任を問うか、または、特定の合意を維持したまま、瑕疵担保責任を追及するかを選択できることとなる¹³⁷⁾。

(4) 特定物の売買における「特定の合意」

北居教授によれば、以上の不特定物の売買における「特定の合意」の理論は、特定物の売買についても妥当することになる。すなわち、ドイツの学説に倣って、特定物の売買においても、当事者が特定した「この物」から「一旦離れて」、「あるべき物」の給付が観念できるとする¹³⁸⁾。そして、①代替的特定物の売買の場合には、契約締結時に、「当事者が代替物を対象に種類債務を設定する合意」とその「種類債務の履行のために目的物を特定する合意」の二つが「同時に」観念できるとする¹³⁹⁾。また、②不代替的特定物の売買においても、「その目的物が備えるべき性状は当事者で自由に観念」することができ、種類債務における同じく、「あるべき給付義務を設定する第一義的合意と同時に、その給付義務を履行するための目的物を特定する『特定の合意』が認められる」とする¹⁴⁰⁾。そして、「この特定時が給付危険の移転時を意味し、特定

135) 北居・前掲注 22) 209 頁。

136) 北居・前掲注 22) 208-209 頁。

137) 山本豊「売主の瑕疵担保責任」法学教室 354 号 87 頁 (2010 年)。

138) 北居・前掲注 22) 236-237 頁。

139) 北居・前掲注 22) 238 頁。

140) 北居・前掲注 22) 240 頁。

物売買の際には、契約締結時に直ちに給付危険が売主から買主に移転し、それを第四八三条が定めている」とする¹⁴¹⁾。

以上のように解し、北居教授は、「結局、特定物売買であると種類売買であるとを問わず、合意による特定時に買主にとって隠れた瑕疵について、対価的均衡を維持するための制度が、まさに瑕疵担保責任であると理解」している¹⁴²⁾。

2 学界からの評価

(1) 民法 401 条 2 項の解釈

北居教授の見解に関しては、まず、多くの論者が指摘するように¹⁴³⁾、民法 401 条 2 項後段の解釈が、従来の理解と異なっていることに留意しなければならない。すなわち、北居教授は、同規定の「債権者の同意」を当事者の合意による特定として捉える。しかし、「通説」は、「当事者が契約によって目的物を選定」することは当然に認められるとし、民法 401 条 2 項後段は、債務者が「債権者から指定権（一種の形成権）を与えられ、その行使として特定の物を分離指定すること」であると解している¹⁴⁴⁾。もっとも、この相違は、いずれにしても合意による特定が認められるため、細かな違いに過ぎない。

(2) 法定責任説（下森教授）からの批判

北居教授の見解は、「特定の合意に基づいて『特定物ドグマ』」を肯定する¹⁴⁵⁾ため、基本的には伝統的な法定責任説に立脚するものである。そのため、同じく特定物のドグマを認める法定責任説からは、当然のことながら、「契約責任説からの特定物ドグマ批判」等を踏まえ、「不完全履行、瑕疵担保責任、危険負担の三者の関係を、特定物、不特定物売買の両者にわたって、要件論上統一的に、論理一貫して説明する極めて巧妙かつ論理的に明確な法的構成」との高い「評価」が下されている¹⁴⁶⁾。しかし、北居教授の見解は、時的区分説

141) 北居・前掲注 22) 240-241 頁。

142) 北居・前掲注 22) 241 頁。

143) 松岡・前掲注 23) 123 頁、下森定『履行障害法再構築の研究』（信山社、2015 年）431 頁注 (55) 参照（初出「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』山島正男＝五十嵐清＝藪重夫古稀記念論文集〔信山社、1998 年〕209 頁以下）。

144) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964 年）33 頁。

145) 下森・前掲注 143) 422 頁。

146) 下森・前掲注 143) 424 頁。下森教授は、むしろ「北居説に対しては、契約責任説の側か

の影響を受け、「特定の合意」の錯誤無効による、債務不履行責任の「再生」を認めるため、「契約責任説的な見解」¹⁴⁷⁾でもある。そこで、法定責任説からは、まさにこの点に対して批判が向けられることとなる。すなわち、「合意による特定後は瑕疵担保責任のみ」としつつ、「特定の合意に関しての錯誤無効の主張を許すことで本来の履行請求権との選択的主張」を認めると、「不特定物売買に瑕疵担保の適用を認めることの最大のメリットとされる瑕疵担保の短期期間制限の規定の適用が骨抜きとなる」との批判である¹⁴⁸⁾。この批判は適切であり、北居教授の見解は、伝統的な法定責任説の枠組みに、債務不履行責任説である時的区分説を採り入れたため、全体としては、木に竹を接いだ感を否むことができない。そしてまさにこの点が、同見解に対して松岡久和教授が指摘する「疑問」¹⁴⁹⁾と「難点」¹⁵⁰⁾の一因になっていると考えられる。

なお、北居教授の見解に対する私見からの検討は、款を改めて論じることとする。

第四款 若干の検討——まとめて代えて

1 はじめに

北居教授の見解と私見¹⁵¹⁾とを比較すると、同じく危険負担と瑕疵担保責任との関係を問題としながら、その論理が大きく異なることは明らかである。とりわけ、①特定の合意を契機とした「特定物のドグマ」を肯定するか否か、および、②給付危険と対価危険の分離を認めるか否かは大きく異なる。すなわち、北居教授は①および②を肯定するのに対して、私見は①を否定し、②についても、原則的には否定に解している。

ところで、この二つの論点(①および②)は密接に関わり、究極的には、ド

ら、「特定の合意ドグマ」との批判が浴びせられるのではないかと危惧している(下森・同425頁)。

147) 山本・前掲注137) 87頁は、北居教授の見解を、「瑕疵担保責任の性質については法定責任と理解するものの、買主が特定合意の錯誤無効を主張して、売主の債務不履行責任を追求できるという意味では契約責任説的な見解」であるとする。

148) 下森・前掲注143) 426頁。なお、山本・前掲注137) 87頁も参照。

149) 松岡・前掲注23) 123-124頁の①～④の指摘。

150) 松岡・前掲注23) 124頁。

151) 私見の概要は、すでに、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(6)」立教法学91号54-58頁(2015年)、および、同64頁注50)に掲記した論考において示している。

ドイツ民法学に依拠するか、あるいは、フランス民法学に従うのか、という違いに帰着しよう。

2 危険負担制度の理解

(1) 特定による給付危険の移転

北居教授の見解において特徴的なのは、特定物の売買では、売買契約締結時から給付危険を債権者（買主）が負担している、と解する点である。なぜなら、「特定物とは、当事者にとって他に代え難い目的物を意味するから」であり、「特定物売買で目的物が偶然事によって滅失する場合」には、「売主はもはや目的物を新たに調達することはできない」とする¹⁵²⁾。これはまさに、前述の柚木博士の法定責任説が論拠とした「特定物のドグマ」そのものである。そして、北居教授は、不特定物の売買にも同様の論理を用い、合意による特定によって不特定物の売買が特定物の売買に転化し、給付危険の移転が認められるとした（①「特定物のドグマ」の承認）。ただし、対価危険は目的物の引渡しによって認められるとし、これを規定したのが民法旧483条であるとした（②給付危険と対価危険の分離）。

しかし、一方において、これまでのわが国の議論は、まさにこのようなドイツ法学に特有の「特定物のドグマ」を否定する努力をしてきたはずである。にもかかわらず、「特定の合意」を介してこれを認めることの意義は、改めて問われることとなろう。

また、他方において、上記の論理はドイツ民法典の規定に特有の解釈に基づくものであり、日本民法典の規律とは異なるものである。

(2) 日本民法典の構造

すでに述べたように、日本民法典（明治民法）の危険負担に関する規定は、民法旧483条も含めてボワソナード草案に基づくものであり、沿革的にはフランス民法に遡ることには異論がない。そして、危険負担の債権者主義を規定した民法旧534条も、起草者の見解はともかく¹⁵³⁾、規定の構造上は、フランス民法典を継受したものである。すなわち、フランス民法の危険負担は、「物の

152) 北居・前掲注24) 34頁。

153) 民法の起草者が、民法旧534条の債権者主義の根拠として契約締結時主義を採用していたことは、公知の事実である（梅・前掲注30) 416-417頁参照）。しかし、現在では、これを支持する見解は見当たらない。

滅失は所有者が負担する」(res perit domino)との法格言から明らかなように、所有権者が負うものであった(所有者責任主義)。それゆえ、危険の移転も所有権の移転に伴うものであり、フランス民法典も、所有権とともに危険が買主に移転する旨を規定する(フ民旧1138条, 同旧1583条)。そして、明治民法も、少なくともその文理解釈上は、所有権者が危険を負担すると解される。すなわち、所有権の「移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」(民176条)ため、特定物の売買においては、売買契約の締結によって目的物の所有権が売主から買主に移転し、その危険も買主が負うこととなる(民旧534条1項の債権者主義)。また、不特定物の売買においては、「第401条第2項の規定によりその物が確定した時」に所有権が買主に移転するため、その時から買主が危険を負わなければならない(民旧534条2項)。

なお、ドイツ民法におけると異なり、フランス民法では、「物の危険」と「契約の危険」は、概念としては一応区別されるものの、実質的には「契約の危険」も所有権の移転に従うものであるため、区別されない。まして、「給付危険」と「対価危険」の区別はなく、北居教授がその論文の冒頭で引用したギュンター・ハーガー教授の言のように、両危険の移転は「常に一致する」ため、「一つの危険概念で済まされる」こととなる¹⁵⁴⁾。そして、このような相違は、決してドイツ民法学が精緻であるからではなく(そのこと自体を否定するものではないが)、ドイツ民法典の規定そのものが、不特定物の売買に関して、特定による給付危険の移転と引渡しによる対価危険の移転との分離を認めていたことに基づく。

また、再度の繰り返しとなるが、日本民法旧483条は、「特定の合意」によって給付危険が移転することを認めた規定ではない。すなわち、同条は、特定物の所有権が売買契約の締結によって買主に移転している以上、買主がその物の滅失・損傷については危険を負担し、売主は、その責めに帰すべき事由がなければ、「引渡しをすべき時の現状でその物を」買主に引き渡せばよい旨を規定したものである。換言すれば、「事変による損害は所有者が負担する」(res perit domino)という危険負担の原則を定めたに過ぎず、「特定の合意」による給付危険の移転を定めたものではない。

そうだとすれば、規定の構造と論拠の異なる日本民法の解釈として、ドイツ

154) 北居・前掲注22) 4頁。

民法の解釈がそのまま妥当するものではなく、そのように解釈すべきであるとすれば、その正当性を示す根拠をさらに提示する必要があるだろう。もっとも、「給付危険」と「対価危険」という用語が定着しつつある今日では、その語を用いることは吝かではない。しかし、双務契約における牽連性からは、両危険は、原則として分離せずに一致する、と解される¹⁵⁵⁾。

(3) 判例法理の位置づけ

これも繰り返しとなるが、法定責任説が確立される以前の、岡松参太郎博士に代表される明治・大正期の通説的見解は、瑕疵担保責任が売主の無過失責任であり、その根拠を危険負担に求めていた。そして、特定物の売買においては契約締結の時を、また、不特定物の売買の場合には、目的物の特定の時(民401条2項)を基準として、その時に売主から買主に危険が移転し、それ以前に生じた瑕疵については、売主が危険を負うとした。大審院大正14年3月13日判決(民集4巻217頁)が採用したのはこの見解であり、前掲最高裁昭和36年判決も、その延長線上に位置づけられる¹⁵⁶⁾。そして、最高裁昭和36年判決にいう「履行として認容」することが、不特定物の売買における「当事者の合意による特定」を意味することは、同判決までの議論の経緯を検討すれば明らかである¹⁵⁷⁾。ただし、最高裁昭和36年判決(およびその依拠した勝本博士の見解)は、債権者(買主)が「瑕疵の存在を認識した上で」目的物を「履行として認容」した場合に合意による特定を認めるため、錯誤の問題は生じない。それゆえ、買主による目的物の単なる「受領」と、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容」することとは、理論上はもちろん、現実にも明確に区別されることになる¹⁵⁸⁾。

これに対して、北居教授は、買主が瑕疵を知らずに「履行として認容」した場合にも「特定の合意」を認め、その錯誤無効の可能性を主張する。そして、

155) 例外としては、例えば、当事者の合意により、あえて両危険を分離する場合が挙げられよう。

156) 野澤・前掲注133)195頁以下。

157) 野澤・前掲注133)195頁以下、特に234頁以下。

158) ただし、その結果、最高裁昭和36年判決に対しては、損害賠償の範囲が限られ、追完請求もできず、しかも一年の期間制限にかかる「瑕疵担保責任しか追及しない」という意図で、「瑕疵を認容して受領するなどということがありうるだろうか」との批判(星野英一「批判」法学協会雑誌80巻5号715頁[1964年])がなされている。なお、野澤・前掲注133)236-238頁参照。

ここにいう「履行として認容」したとは、前述のように、「債務の履行としてその目的物の契約適合性を承認」することであり、物の「物理的な受取ないし引取とは区別される」とする。しかし、論理的には、「目的物の契約適合性を承認」することと、「物理的な受取ないし引取」(受領)とが区別されるとしても、現実には買主が、「受領」に加えてどのような行為をすれば「履行として認容」したことになるかは、必ずしも明確ではない¹⁵⁹⁾。

なお、「特定の合意」の錯誤無効(民旧 95 条)を認めると、「不特定物売買に瑕疵担保の適用を認めることの最大のメリットとされる瑕疵担保の短期期間制限の規定の適用が骨抜き」になる、との批判が存在したことは、前述したとおりである。

3 瑕疵担保責任の将来に向けて

平成 29 年の民法(債権関係)の改正により、瑕疵担保責任(民旧 570 条)が契約不適合責任(民 562 条以下)へと移行し、債務不履行責任に一元化された。それに伴い、危険負担の債権者主義(民旧 534 条)が削除され、新たに契約不適合責任の規定の中に、目的物の引渡しを基準時とする「目的物の滅失等についての危険の移転」の規定(民 567 条)が創設された。このような旧法から新法への移行をどのように説明するかも、民法(債権関係)の改正の当否やその解釈を検討するうえで、一つの問題となる。

この問題につき、私見からの説明は、次のように単純かつ明快である。すなわち、新法は、「所有権者が物の危険を負担する」(res perit domino)との所有者責任主義を放棄し、民法旧 534 条を削除して、目的物を事実上支配し、危険を防ぐことができた者がその危険を負担するとの考えに基づき、目的物の引渡しによって危険が移転するものとしたのである。その背景には、ウィーン売買条約などのグローバル・スタンダードが存在するとともに、危険負担の債権者主義(民旧 534 条)についても、かねてより、(観念的な)所有権の移転ではなく引渡時移転主義を採るべきである、との主張が通説的見解であったことを指摘することができよう¹⁶⁰⁾。

159) 商法 526 条 1 項によれば、「商人間の売買において、買主は、その売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない」ため、その「検査」をした後に、「履行として認容」することが想定される。しかし、「特定の合意」となる「履行として認容」することが、具体的に買主のどのような行為を指すのかについては、なお検討を要する。

これに対して、「特定の合意」を前提に「特定物のドグマ」を承認する北居教授の見解によれば、民法567条1項による危険の移転を説明することが難しいように思われる。なぜなら、当事者の合意による特定は、前述のように、「『合意は拘束する(pacta sunt servanda)』の原理に由来する」¹⁶¹⁾ものであり、この特定による給付危険の移転は、任意規定である民法567条1項に優先するはずだからである。そして、伝統的な法定責任説が前提とした「特定物のドグマ」は、まさに「ドグマ」であるがゆえに、堅固であると同時に硬直的でもある。そうだとすれば、この「ドグマ」をどのように回避ないし修正するかは、北居教授の見解にとっては重要な課題であるといえよう。

4 おわりに

北居教授の論考は、ドイツ法の議論を丹念に渉猟するものであり、それ自体が「高い資料的価値」を有している¹⁶²⁾ことは疑いない。しかし、ドイツ民法と日本民法(明治民法)とはその規定を異にし、とりわけ、フランス民法にその淵源を有する日本の危険負担制度の解釈論として、ドイツ民法の解釈をそのまま導入することは困難である。そして、まさにこのことが、その主張の難解さ¹⁶³⁾に繋がっていると思われる。

ともあれ、北居教授の見解は、瑕疵担保責任と危険負担の関係を正面から捉えたものであり、錯誤論や「特定物のドグマ」の採用には賛成しかねるものの、大いに示唆に富むものであった。そして、「給付危険・対価危険」の区別

160) 野澤正充「契約責任法の新たな展開——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」NBL1107号6-7頁(2017年)。なお、民法567条にいう「危険」の意義についても、慎重な検討が必要である。すなわち、これを「給付危険」としても、単なる売主の調達義務ではなく、「〈債務不履行による諸救済が排除されて、債務者が債務不履行責任一般を負わなくなる〉という意味での『危険の移転』である」との指摘がなされている(森田修『『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために』〔有斐閣、2020年〕364頁)。それゆえ、「広義の給付危険」という語が用いられている。しかし、実体としては、同条の表題である「目的物の滅失等」を意味する「危険」(ないし「物の危険」)ではないかと考えられる。この点と関連して、瑕疵担保責任における「性質欠如についての危険」を「『物危険』の一種である」とし、これを売主と買主の「どちらの当事者が負担する趣旨で契約が締結されたのか」を問題とする見解として、潮見佳男「売買における物的瑕疵の帰責構造」同『契約責任の体系』(有斐閣、2000年)382頁および404頁がある(初出、1993年)。

161) 北居・前掲注22)206頁。

162) 松岡・前掲注23)121頁。

163) 松岡・前掲注23)124頁。

のないフランス法における危険負担制度の検討も、今後の課題の一つであるといえよう。

【付 記】

本稿は、瑕疵担保責任の本質は何か、という問題意識に基づき、当初は、日本における議論の沿革を辿るとともに、その母法であるフランス法の議論を、あたかも合わせ鏡のように辿ることを企図して書き始めたものである。しかし、実際に作業を始めてみると、このテーマには多くの先人の労力が注がれ、新たな発見も多かったものの、日本法の整理だけでも思いのほか時間を費やすこととなった（もちろん、筆者の怠惰が大きな要因ではあるのだが）。そして、2017年には民法（債権関係）の改正も終わり、2020年4月1日には新法が施行され、瑕疵担保責任（民旧570条）そのものが民法典から削除された。そこで、本稿も、フランス法の部分はさらに先送りとし、とりあえずは「日本法」の章のみを完結させることとした。本稿の目次がこれまでと大きく異なっているのは、このような理由に基づくものである。

なお、本稿をまとめるにあたり、日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号19K01378）の助成を受けていることを付記します。