

# 契約適合性への買主の信頼

—— 契約不適合物の買主の許での滅失損傷 ——

野 中 貴 弘

## I 序 論

1 問題の前提

2 問題の所在

## II ドイツにおける対価危険移転契機の評価

1 買主のリスク引受けと矛盾挙動

2 契約適合性への買主の信頼

3 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

4 小 括

## III 我が国における対価危険移転契機としての「受領」の評価

契約適合性への買主の信頼（野中）

- 1 契約適合性への買主の信頼の処遇
  - 2 買主の救済手段とリスク引受けの撤回との関係性
  - 3 対価危険における「履行としての受領」
  - 4 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存
- IV 民法（債権関係）改正法案の検討
- V 結論
- 1 本稿のまとめ
  - 2 残された課題

## I 序論

### 1 問題の前提

売買契約の買主が売主の契約不適合責任を理由に契約を解除する場合において、売買目的物が解除前に買主の許で不可抗力によって滅失していたとき、この滅失の危険は契約当事者のどちらが負担するのか。

筆者は、前稿において、<sup>1)</sup>現行民法五四八条の解釈として、右のケースにおいても買主の解除を許容する余地があり、かつ、契約不適合物の引渡しによって買主にいったん移転した対価危険も、買主の解除によって売主に回帰しうることを明らかにした。そのうえで、ここで危険が回帰するか否かの議論においては、売主が契約不適合物を引き渡したことを強調して危険回帰を認める立場と、買主の領域内から危険が現実化したことから危険回帰を否定する立場

とがあることが分かった。我が国では、現在、前者の売主負担説も有力であるものの、後者の買主負担説が多数を占める状況にあるといえよう。<sup>(2)</sup>

ドイツ法では、右のケースにおいて、物の引渡しによる買主への危険移転を認めたとうえで（ドイツ民法三四六条二項一文、四四六条一文）、買主の解除による売主への危険の跳ね返りを肯定する（三四六条三項一文三号<sup>(3)</sup>）。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。）及び改正後の多数説は、偶然滅失の危険が解除により跳ね返る根拠を売主の義務違反（Pflichtverletzung）に求めていることから、売主が契約不適合物を引き渡したという要素を、買主の支配領域内から危険が現実化したという要素に優先させていることになる。<sup>(4)</sup>

もつとも、売主が契約不適合物を引き渡したことを強調して売主負担とする論理に対しては、ドイツにおいても我が国においても、売主の責任を過度に強調するものであり、もはや売主に対する不当な制裁であるとの批判がある。ドイツにおいてこうした批判を精力的に展開した者として、ホンゼルを挙げる事ができよう。ホンゼルは、一九七〇年の論文において、<sup>(5)</sup> 売主の義務違反を理由として不可抗力による滅失損傷の危険を売主負担とすることを不当とし、その論拠として、履行遅滞中の不能の規定であるドイツ民法旧二八七条<sup>(7)</sup>を持ち出した<sup>(8)</sup>。この旧二八七条二文と解除による売主への危険の跳ね返りを認めるドイツ民法旧三五〇条<sup>(9)</sup>とを比較し、両者の価値判断が矛盾することを論じた。つまり、旧二八七条二文によれば、履行遅滞中に生じた目的物の偶然滅失であっても、遅滞がなかったとしても生じたであろう滅失については、遅滞者は責任を負わない<sup>(10)</sup>。結局、遅滞者が責任を負うのは遅滞と因果関係のある損害に限られるという理解が得られる<sup>(11)</sup>。それにもかかわらず、旧三五〇条が、買主の許で生じた偶然による滅失について義務違反をした売主に帰責させているため不当であるというのである。そこでホンゼルは、遅滞中の不能か

ら得られた命題を瑕疵担保解除の局面に敷衍して当てはめ、売主が責任を負うべきは、物の瑕疵と因果関係のある滅失損傷に限られるとしたのである<sup>12</sup>。

ホンゼルが遅滞中の不能での処理を比較対象として取り上げた根拠は、必ずしも明らかでない。しかし、債務不履行責任はその不履行と因果関係のある範囲にのみ及ぶというように一般的に論じるのではなく、わざわざ遅滞中の不能での処理を比較対象にしたことには意味があるように思われる。本稿冒頭のケースは、右に述べた学説状況が示すように、売主が契約不適合物を引き渡したという要素と買主の領域内から生じた危険であるという要素とが競合する局面であるところ、まさに遅滞中の不能は、契約不適合責任と危険負担との競合局面として理解することも可能だからである。履行遅滞中の不能においては、一方で、遅滞の発生によって遅滞責任の要件が満たされ、他方で、不能時点で両当事者に責めのない不能が生じているのであるから、この不能について危険負担の要件も満たされるため、原則として遅滞責任と危険負担とが競合する<sup>13</sup>。つまり、売主の債務不履行責任といわば責任法理と、危険法理との競合における優先関係を（多くは無意識に）論じてきたのが遅滞中の不能の領域であったのである<sup>14</sup>。遅滞中の不能での議論は、こうした競合領域において、債務不履行と因果関係のある危険の限度で責任法理が優先するとの帰結を支持してきたことになる<sup>15</sup>。

ホンゼルは、こうして遅滞中の不能で発展してきた両要素の射程をめぐる議論を本稿冒頭のケースに敷衍して当てはめ、先に述べたとおり、瑕疵が原因で滅失に至ったような場合に限って売主負担となり、その他は、その物を支配していた買主が危険を負担するとしたのである<sup>16</sup>。つまり、売主が契約不適合物を引き渡したことは、両当事者が無責の滅失損傷の危険負担に影響を与えず、買主の領域内から危険が現実化したという要素が優先するとし、本稿冒頭の

ケースでの危険配分にあたって、売主が不適合物を引き渡したことを根拠として売主負担を導くことを不適切であるとしたのである。<sup>17</sup> 以上のとおり、遅滞中の不能のケースと本稿冒頭のケースとは異なる点があるものの、<sup>18</sup> 契約不適合責任という要素と一方当事者の領域内から生じた危険であるという要素とが競合する局面において、どちらがどの限度で優先するのかが問われるという点では同じ構図となっている。<sup>19</sup> 売主が契約不適合物を引き渡したことを理由として売主負担を導く見解へのホンゼルの批判は、こうした体系的理解に立脚したものであった。売主の義務違反を根拠とした売主負担説は、先述のとおり債務法改正後の多数説ではあるものの、ドイツにおいて一部学説から今なお、原状回復障害についての責任と解除に至らしめた義務違反とを混同しているとの批判を受けている。<sup>20</sup> 我が国では、売主負担説にはこうした理論的難点があるとして買主負担とする見解が多数を占める。<sup>21</sup>

## 2 問題の所在

しかし、売主が契約不適合と因果関係のある危険に限って責任を負うとしても、その因果関係の捉え方には他の理解があり得ないか。そもそも、ホンゼルに限らず、ドイツでも我が国でも、因果関係の判断における起点が「瑕疵」とされてきたが、<sup>22</sup> 売主の瑕疵担保責任も売主の債務不履行責任と理解されるとき、履行遅滞中の不能における「遅滞」に相当する因果関係の起点は、「瑕疵」ではなく「瑕疵物の引渡し」であるべきではなかったか。特定物ドグマを否定する立場からすれば、売主には瑕疵のない物を給付する義務がある以上、因果関係の起点は、「瑕疵」ではなく、「瑕疵物の引渡し」とする方がより論理的に一貫している。<sup>23</sup> このように因果関係の起点を「契約不適合物の引渡し」と解したとき、「売主が契約不適合物を引き渡したことにより、買主の許での不可抗力による滅失が生じた」と

して、契約不適合と買主の許での不可抗力による滅失との間の因果関係を肯定する余地が出てくる。ただし、これに對しては、不可抗力による滅失は契約適合物の引渡しがあるうと買主の許で生じたであろう以上、やはり因果関係を認めることはできないとの反論が可能であろう。

確かに、履行遅滞中の不能の議論においては、遅滞がなく適時に履行されていても買主の許で生じたであろう損害については例外として買主負担とされており、これを単純に本稿冒頭のケースに敷衍させれば、適合物の引渡しがなされていたとしても生じたであろう危険は例外として買主負担となる。しかし、この単純な当てはめによれば、履行遅滞中の不能の場合、現実には売主の許で滅失したが、これが適時に買主に引き渡されていても買主の許でもまた滅失したときを例外とするのに対して、本稿冒頭のケースでは、現実には買主の許で契約不適合物が滅失したが、これが契約適合物でもまた滅失したときを例外とする。つまり、履行遅滞中の不能では、売主の許だけでなく買主の許でも不可抗力滅失をするという、ごく稀なケースのみが例外とされるのに対して、本稿冒頭のケースでは、引渡し自体はされているがために、契約不適合が直接の原因となって滅失した場合を除き、不可抗力による滅失がすべて買主負担となる。両者で、原則と例外が逆転しているような状況にある。果たしてこのような単純な当てはめは、履行遅滞中の不能とパラレルな理解といえるであろうか。

いま、履行遅滞中の不能と同じように、不履行との因果関係の有無という点に着目したとき、ホンゼルのように、買主の領域内から危険が現実化したことを根拠に買主負担を帰結する立場は、「引渡し」(II「受取り」)<sup>24</sup>を重視しており、これは見方を換えれば、引渡し(II「受取り」)を、売主の不履行と滅失との因果関係を遮断する要素として理解しているといえる。しかし、買主は、契約不適合物であることを知っていれば当該物を受け取らなかった可能性があり、受

け取らなければ買主の許での不可抗力による滅失もなかった。このように、受領時の買主には、目的物の契約適合性についての錯誤が存しうる。危険が買主の領域内から生じた以上は買主が責任を負うといった我が国の多数説や、買主が契約においてリスクを<sup>25</sup>引き受けた以上は買主負担となるという近時主張されている見解は、買主のこうした錯誤に特別の保護を与えていないと評価できる。しかし、当事者の認識を完全に捨象した物理的な引渡し（＝受取り）の有無のみに依拠して買主負担を帰結する（＝不履行との因果関係を遮断する）危険負担論は、契約不適合ゆえに契約が解除された場合にも等しく妥当するであろうか。むしろ、受領時の買主に契約適合性についての錯誤がある限り、買主の支配領域内に入ったことを重視せず、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力滅失との因果関係を肯定し、原則としてこの危険を不履行をした売主の負担とすることこそが、履行遅滞中の不能論との真のパラレルな理解ではないだろうか。不適合が原因で滅失した場合に限って不履行との因果関係を認めるのではなく、買主が受領した際に契約適合性についての錯誤がある限り、受領によるリスク引受けを撤回<sup>26</sup>することを認め、不履行と買主の許での不可抗力滅失との因果関係を肯定するわけである。さらにいえば、こうして因果関係が肯定できてはじめて、不可抗力滅失の危険について解除原因を作出した売主の負担とすることが正当化できるように思われる。

そこで、本稿は、冒頭のケースにおける滅失の危険負担を考えるうえで、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係を問題とし、これにあたり、「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」という契約適合性についての買主の錯誤をどう評価すべきかに焦点を当てる。引渡しによる危険移転論のもとで、不適合を知らずにした「受取り (Entgegennahme)」ないし「受領 (Annahme)」<sup>27</sup>には、その後<sup>27</sup>に生じた不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたってどれだけの意味があるのか。最終的な危険負担を決定するにあたり、買主の意思的要素がどの

ように作用するのかが問われることになる。

最後に、本稿の構成を明らかにしておく。本稿は、物の引渡しによる危険移転を前提とするドイツでの議論を分析対象としながら考察を進めていく。目的物の滅失損傷の危険配分の議論にあつては、当該滅失損傷が何に起因するかに着目した議論がなされることが多いが、そうした中でドイツでは、滅失損傷の原因とは離れて、それ以前の買主の契約時の決定あるいは受取りをリスク引受けと評価して、この点からその後の不可抗力による滅失損傷について買主負担を導く見解が存在する。Ⅱ章では、これらの議論を紹介したのち、リスク引受けの際に買主が契約不適合を知らなかった場合に、このリスク引受けがどう取り扱われるべきか、すなわちリスク引受け時の買主の錯誤がどう取り扱われるべきかについて、ドイツ法の議論を取り上げてみたい。Ⅲ章では、こうしたドイツ法での議論を踏まえ、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力による滅失損傷との因果関係を肯定する要素として、契約適合性への買主の信頼に着目する。買主が履行として受領をすることによっていったんリスク引受けをしても、その際の買主に契約適合性についての錯誤がある限り、リスク引受けを撤回しうることを明らかにする。Ⅲ章では、そのうえで、こうしたリスク引受けの撤回と買主が選択する救済手段との関係性や、引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの関係性についても論じる。最後にⅣ章では、民法（債権法）改正における改正法案を検討することとしたい。

## II ドイツにおける対価危険移転契機の評価

### 1 買主のリスク引受けと矛盾挙動

#### (1) フルメの「財産に見合う決定 (vermögensmäßige Entscheidung)」理論

原状回復障害における危険配分にあたり、買主の「受取り」や「受領」をどう評価するかについて検討した論稿は、我が国だけでなく、ドイツにおいても多くない。その理由は、返還目的物の滅失損傷があった場合の危険配分を規律しているときとされる規定自体にあるものと思われる。すなわち、前稿で紹介したとおり、ドイツ民法においては、その二〇〇二年の債務法改正前、解除前の滅失の危険を契約当事者のどちらが負担するのかについて、当該滅失が買主の過失により生じたのか(旧三五一条)<sup>(28)</sup>、偶然の事情により生じたのか(旧三五〇条)に着目した危険配分をしていた<sup>(29)</sup>。このことは、債務法改正後も同様である。滅失損傷の原因が売主にある場合には売主負担となるし(三四六条三項一文、二号前段)、法定解除権者である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滅失損傷の場合には、買主の返還義務に代わる価値賠償義務は消滅し、結果として売主負担となる(三四六条三項一文<sup>(30)</sup>)。このように、法自体が滅失損傷の原因に着目しての危険配分を志向しているために<sup>(31)</sup>、対価危険においては、滅失損傷の原因から離れて時系列的にその前に位置する「受取り」や「受領」がそれほど着目されてこなかったということができよう。

しかし、その一方で、滅失損傷の原因に着目するのではなく、それよりも前の時点での買主の行為をリスク引受けと評価することを起点として買主負担を導く一連の見解がある。買主が契約ないしその後の履行過程においてリスク

を引き受けていることを根拠に、こうしたリスク引受けと矛盾するところの解除による危険の跳ね戻りは禁止されるとし、旧三五一条が解除を認めないのはこのような趣旨によるものと理解するわけである。

こうした考えの嚆矢は、フルーメの「財産に見合う決定 (vermögensmäßige Entscheidung)」<sup>(32)</sup> 理論にあると評することが出来るものと思われる<sup>(33)</sup>。フルーメの議論は、不当利得法において展開された。フルーメは明示的にこそ述べないものの、財産に見合う決定理論とは、物を受領した買主が有する、自己の物であるとの信頼をどう処遇するかに着目した議論と評することが出来るように思われる。

この「自己の物であるとの信頼保護」、すなわち「取得の法的存続についての信頼保護」(Schutz des guten Glaubens an die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs) は、ドイツ民法八一八条三項<sup>(34)</sup>の利得消滅の抗弁の制度趣旨とされる<sup>(35)</sup>。法律上の原因を欠いていることを知らない買主は、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がゆえに、利得消滅について責任を負わないという理解である。こうした買主の自己の物との信頼は、前稿でも取り上げたとおり、ドイツの一部学説により、原状回復障害においても重要な意味を持つものとして取り上げられる。すなわち、一部学説によれば、買主の自己の物との信頼は、三四六条三項一文三号の根拠、つまりは、物が法定解除権者である買主の許で不可抗力によって滅失損傷した場合に解除による売主への危険の跳ね戻りを認める根拠とされるのである<sup>(36)</sup>。例えば、リンケは、三四六条三項一文三号が危険の跳ね戻りを認める趣旨につき、次のように述べる<sup>(37)</sup>。

解除権の行使前には、返還債務者は、(完全な)権利者であり、かつ、——念のために述べておくと法定解除権が問題となる——自身がそう思うことも許される。つまり、解除原因についての認識を欠いている限りで返還義務を見込

む必要がないのである。したがって、返還債務者は、原則として、その受領した給付対象を、これがその契約と合致する限りにおいて、自己の物のように取り扱うこと、とりわけ消費したり譲渡したりすることが許されるだろう。したがって、同時に、法が三四六条三項一文三号において照準を合わせているところの自己の事務における注意の注意基準（自己の物における同一の注意義務）は、説明がつく。この基準によって返還債務者のふるまいを評価することだけが、法定解除権者は、解除原因の認識前に——なぜならば、返還債務者はまさにその給付対象を自身の財産の一部と知っているからである——その物の不注意な取扱いが自己の負担になるということを受け入れなければならないことを十分に斟酌することができる。

もつとも、周知のとおり、こうした理解をもとに双務契約においてもその信頼が保護されて利得消滅の抗弁が認められてしまえば、広く売主負担という帰結が肯定されることになるが、これでは双務契約における牽連性の観点から望ましくないと理解するのが圧倒的多数の見方であった。<sup>(38)</sup> そうであるがゆえに、ドイツでも我が国でも、自己の物との信頼保護を根拠とした利得消滅の抗弁の適用範囲を広く制限する方向での解釈が展開されていったのである。そこで展開された差額説や事実上の双務契約の理論もまた、よく知られている。<sup>(39)</sup> フルーマの見解もまたこの利得消滅の抗弁の適用範囲を目的論的に制限する流れに位置づけられるが、フルーマは、右の諸説のように利得消滅の抗弁の制度趣旨とは別の観点から買主負担を導くのではなく、<sup>(40)</sup> この買主の自己の物であるとの信頼を保護することの是非あるいはその保護条件そのものに立ち向かったといえるように思われる。<sup>(41)</sup> 必ずしも明示的に論じられているわけではないが、買主の信頼とはいったい何かに着目することで、本稿冒頭のケースにおける危険負担を明らかにしようとしたわ

けである。フルーメは、次のようにいう。<sup>(42)</sup>

買主が、自己の意思によって、売買代金を相手方に支払う代わりに目的物を買主自身の財産の一部に組み入るといふ決断をした限りにおいて、その物の運命は、買主の財産の運命の一部であり、買主自身に帰責させられなければならない。なぜならば、買主は、自身の能力においてこの交換を決定したからである。したがって、その物が買主の許で滅失するとき、売買契約の無効は、法的考察にとってもともと関連がない。

このように、フルーメによれば、売買契約の買主には、自身の給付に代えて受け取った反対給付を自身の財産に組み入れるという決定がある。<sup>(43)</sup> すなわち、買主の自己の物であるとの信頼は（言い換えれば、買主が自己の物として取り扱ってよいのは）、対価負担を前提とするものであり、およそ双務契約ではこの対価負担と切り離せない。<sup>(44)</sup> したがって、目的物が偶然の事情で滅失損傷した場合のように、たとえ目的物の滅失損傷そのものについては返還債務者が有責でなくとも、返還債務者にこの危険を帰責可能であるとするのである。<sup>(45)</sup> 契約時の決定後の利得消滅は買主の自己責任となり、対価の限度で八一八条三項の利得消滅の抗弁の対象から外されることになる。<sup>(46)</sup> フルーメはこうして、買主の自己の物との信頼の保護条件として対価負担を求め、この観点から利得消滅の抗弁の援用を否定した。

ただし、フルーメによれば、このような買主（利得債務者）の決定を買主（利得債務者）に帰責しうるか否かという判断が重要である。たとえば、錯誤者や詐欺被害者、さらには制限行為能力者等にはこの契約時の決定を帰責しえないとする。<sup>(47)</sup> したがって、これらの者は、利得が消滅した場合、利得消滅の抗弁を主張することができる。もつとも、

(行為無能力者や制限行為能力者を除いた) 錯誤者や詐欺被害者らは、いつまでも保護されるわけではない。フルーメは、受領物を自己の目的のために何らかの方法で使用した場合には、その自己決定により生じた危険を負担しなければならないとする。契約時の決定を「第一の決定」とすれば、ここでは、自己の物として使用をするという「第二の決定」を理由にそこから生じる危険を帰責されることになる<sup>(48)</sup>。

以上につき、本稿の問題関心との関係で特筆すべきは、フルーメが、返還債務者への帰責を語るにあたり、滅失損傷の原因に着目しての返還債務者への帰責ではなく、その前の時点での買主の行為(決定)をもとに返還債務者への帰責を論じているということである。基本的には契約時の決定を買主のリスク引受けと評価する<sup>(49)</sup>。

この特徴は、当時(債務法改正前)の解除の原状回復論における有力説と比較をすることで鮮明になる。既に前稿で紹介したとおり、債務法改正前においては、偶然滅失の売主負担を定める旧三五〇条は不当であり、この不当な旧三五〇条の適用範囲を狭めるために、旧三五一一条の「過失」を広く解する見解が、時に通説とされるほど有力であった。たとえば、フォン・ケメラは、物の滅失が解除権者の自由な行為により引き起こされれば、旧三五一一条の「過失」として十分であるとする<sup>(50)</sup>。この見解は、滅失損傷に至った買主の自由な行為を、買主のリスク引受けと評価していたとみることができようが、なお滅失損傷時点での原因行為に縛られたリスク引受け論であった。これに対して、フルーメは、滅失損傷の原因に着目するのではなく、給付と引き換えに反対給付を得て自身の財産の一部に組み入れるという契約時の買主の決定に着目して買主負担を導く。ここに、買主のリスク引受けに着目する見解の中にも、有力説のように滅失損傷時の買主にリスク引受けがあるか否かを問題とする立場と、滅失損傷時に限らずに滅失損傷時あるいはそれ以前に買主のリスク引受けがあるか否かを問題とするフルーメの立場との対立構図を見ることができ

のである。<sup>(51)</sup>

以上を要約すれば、フルーメは、契約取消し前の目的物の不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたって、当該滅失損傷の原因にのみ着目するのではなく、買主には対価負担と引き換えに当該物を自分の物にするという決定、あるいは自己の危険で物を使用するという決定があることに着目し、これに買主のリスク引受けを見出し、広く買主負担という帰結を正当化したわけである。買主の自己の物との信頼は、危険の跳ね返りの根拠とはならないと考えられていることに留意すべきであろう。

## (2) 「受取り」によるリスク引受け論

### ア フルーメの財産に見合う決定理論への批判

以上のように、フルーメは、基本的に双務契約の締結それ自体を危険配分における重要な要素と捉えた。したがって、不当利得債務者は実際には契約が有効な場合と同じように危険を負担することになり、利得消滅の抗弁を定めたと八一条三項は広範囲にわたり空文化することになる。<sup>(52)</sup>

こうした契約時の決定に重きを置いたフルーメの理論は、大きくみて二つの方向からの批判を受けることになる。<sup>(53)</sup>一つ目が、契約が無効にもかかわらず、その無効な契約の基礎にある当事者の意思から一定の危険負担を導き出すことは困難であるとの批判である。<sup>(54)</sup> 契約時の決定は、契約の解消に伴って一緒になかったことになるはずであるとされるのである。二つ目の批判は、解除の場合について定めた旧三五〇条の価値判断と矛盾しており妥当でないとのものであった。<sup>(55)</sup>

フルーメは、一つ目の批判に対し、給付と引き換えにするという契約時の決定は「意思表示」(Willenserklärung)ではなく、「現実」(Wirklichkeit)であることから、契約が無効という評価を受けてもこの契約時の決定は影響を受けないとする<sup>(56)</sup>。しかし、そうであれば、先の錯誤者や詐欺被害者等であっても財産に見合う決定をしたという「現実」は存在するはずであり、これらの場合には帰責できないとされていることと矛盾するとの再反論がされている<sup>(57)</sup>。これに対し、二つ目の解除の場合との比較については、フルーメは、例えば買主が法定解除した際には売主に義務違反があり、こうした観点から旧三五〇条が売主負担とすることも不当ではないとし、不当利得法において買主負担となることも矛盾しないとする<sup>(58)</sup>。

その後、ドイツにおける学説は、二つの方向に分化する<sup>(59)</sup>。ひとつが、フルーメとは異なり、旧三五〇条・旧三五一条が滅失損傷の原因に着目した危険配分を行っていることに着目して、あくまで滅失損傷の原因に着目する立場であり、先に示した債務法改正前のフォン・ケメララーの有力説あるいはカナーリスの見解をこうした立場に分類しうる<sup>(60)</sup>。買主の契約不適合物の受取りや受領をどう評価するかという本稿の問題意識はほとんど現れない<sup>(61)</sup>。それに対して、もうひとつ、契約時の決定こそ重視しないものの、滅失損傷以前の買主の「受取り」に着目する点でフルーメの理論に影響を受けた立場がある。そこで、次に、後者の先駆的研究である、ヴィーリングとレープの議論を取り上げ、買主の契約不適合物の受取りや受領をどう評価すべきかの検討に入っていこう。

## イ ヴィーリングのリスク引受け論

まず、ヴィーリングによれば、旧三五一条の「過失」を極めて広く解する当時の有力説、すなわち、滅失損傷が買

主の自由な行為による場合には旧三五一条の過失があるものとして買主負担とする見解は、基準が恣意的で、かつ旧三五一条の適用範囲がなお狭すぎるといふ。<sup>62</sup> ヴィーリングは、不当利得法についての考察から始め、不当利得法における差額説の根拠づけにあたり旧四四六条一項一文の危険負担規定が出発点になるとする。そのうえで、旧四四六条一項一文の制度趣旨は矛盾拳動の禁止にあると理解し、物の占有者が矛盾してはならないところのその事実とは、リスクの引受けであつて、物を害する作用ではないとするのである。先の有力説との違いが浮き彫りになる表現をすれば、矛盾拳動の禁止において大切なのは、当該滅失が自由な行為によつて引き起こされたか否かではなく、むしろ、占有者がその物を使用するために自己の財産の中に受け入れたかどうかであると考えられる。つまり、ヴィーリングは、フルーメと同様に滅失損傷の原因から離れた危険配分を志向しつつも、買主の「受取り」(Entgegennahme)をリスク引受けと評価し、それ故にそれ以降、買主が契約を取り消すことによつて危険を売主に転嫁することを認めないのである。所有者のように物を使うために物を領域内に引き受けた者は、物の危険も負担しなければならず、生じた損害を売主に転嫁してはならない。<sup>64</sup>

ヴィーリングによれば、こうした論理は解除効果論においても同様に妥当する。ヴィーリングは、旧三五〇条が瑕疵と因果関係のない偶然滅失の危険をも売主に負わせている点で、これを極めて不当であると評価し、買主が物を受け取ることでもリスクを引き受けた以上は買主が以後の危険を負担すべきとする。つまり、解除権が消滅するために買主が危険を負担する旧三五一条もまた、矛盾拳動の禁止を受けた規定であるとし、買主は自己の以前のリスク引受けに背いてはならず、その後が生じた危険を売主に転嫁してはならないとするのである。<sup>65</sup>

以上のヴィーリングの理論においては、受取り時の買主の認識は問題とされない。不適合を知らずにした受取りに

強い拘束力が与えられているといえよう。

### ウ レープのリスク引受け論

レープもまた、ヴィーリングと同様、受取りによるリスク引受けを問題とした<sup>(66)</sup>。レープは、フルーメが詐欺被害者等には契約時の第一の決定を帰責できないとしつつも、そうした買主が自身の目的に従って使用した場合（第二の決定があつた場合）にはこれを帰責できるとして買主負担を導いた点に着目する。フルーメによれば、詐欺被害者等である買主が自動車を使用した後に不可抗力によって滅失したケースと、詐欺被害者等である買主が自動車をガレージに駐車していたところ盗難に遭つたケースとで危険負担を異にすることになるが、レープによれば、こうした区別は適切でない<sup>(67)</sup>。一般に買主には、物の「受取り」(Entgegennahme)の時点でリスク引受けたる決定があるのであって、こうして買主がその物を自身の財産として引き受けた以上は、一度使用した後に不可抗力により滅失したか使用前にガレージから盗まれたかは重要でないとするのである。このように、受取りをリスク引受けと評価する点で、レープはヴィーリングと同様である。

ただし、レープは、売主による詐欺があつた場合にもこのリスク引受けを買主に帰責させるべきかどうかは別問題であるとする<sup>(68)</sup>。ここがヴィーリングとの相違点となる。レープによれば、ここで帰責させるべきかどうかの判断にあつては、解除の場合の旧三五〇条・旧三五一条の価値判断は無視できず、不当利得法においてもこの価値判断を前提とすべきだという。解除法と不当利得法とは競合しうる以上、買主が取消しをするか瑕疵担保解除をするかという偶然の事情によつて買主に不利益が生じるのは望ましくないからである。したがつて、レープは、フルーメやヴィー

リングと異なり、買主が過失によって滅失させてしまったような場合（旧三五一条の価値判断で買主負担）を除き、詐欺をされた買主は原則として受取りによるリスク引受けを帰責されないとするのである（旧三五〇条の価値判断）。

このようにレープは、ヴィーリングと同様に受取りをリスク引受けと評価しつつも、ヴィーリングとは異なり、一定の場合に売主負担という結論を支持する。ただし、このレープもまた、ヴィーリングと同様に、受取り時における買主の認識を取り上げてはいなかった。

## 2 契約適合性への買主の信頼

以上のようなリスク引受け論に対して、契約適合性への買主の信頼を問題とし、危険負担において買主の認識を考慮する立場がある。その嚆矢と思われるのは、一八九〇年のボルツェ論文である。ボルツェは、ドイツ普通法の規定上、瑕疵担保解除の場合に売主が偶然滅失の危険を負担することは、売主が瑕疵について責任を負わなければならないことから正当化できるとする。仮に、契約締結の際に買主が売買目的物に瑕疵があることを知っていたならば、買主は、売買契約を締結しなかったであろうし、かつ、滅失という損失も免れているであろうからである。<sup>69</sup>つまり、ボルツェの見解では、売主が瑕疵物を引き渡したことから直接に売主負担を導くのではなく、その媒介項として、買主が瑕疵を知っていたら契約を締結せず、買主が滅失という損失を負うこともなかったという論理が付け加えられているのである。

こうした契約適合性への買主の信頼を加味して売主負担を導く論理は、ドイツ民法典が制定された後もジッキンガーにより主張された。<sup>70</sup>ジッキンガーは、ローマ法上、売買目的物の契約適合性への買主の信頼を保護するため、売

買目的物の全ての瑕疵を買主に告知する義務が売主に課せられており、売主がこの義務を懈怠した場合には、買主が契約締結時に既に物の瑕疵を知っていたかのような立場に置かれるべきとされた点に着目をし、現行法（債務法改正前民法）上も、瑕疵担保法においては、買主が契約締結時点において既に物の瑕疵を知っていた状態を想定することが重要であるとした。そして、このように契約締結時に瑕疵を知っている買主は、契約をまったく締結しないか、あるいはその瑕疵物の対価としてわずかな代金しか払わないという選択をする可能性があるところ、瑕疵担保解除の目的は、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結していなかったという前者の場合において、買主がまるで契約を締結しなかったかのような状態を実現することにあるという。契約がなされなかった場合、当然ながら、物は買主に引き渡されず、したがって物の不可抗力による滅失の危険も買主に移転することはない。ジッキンガーは、こうした論理から、旧三五〇条が解除の相手方である売主負担としていることは、瑕疵担保解除の目的からして必然的な帰結であり、これを正当化できるとしたのである。

以上のような論理は、二〇〇二年債務法改正を経た現在でも、次に挙げるデルによって引き継がれている。デルは、解除による危険の跳ね返りを認める根拠について、基本的には草案理由書と同様、あくまで売主の義務違反に求めるが、これは決して売主への制裁ではないとして次のように述べる。<sup>①</sup>

瑕疵ある給付の場合だけでなく、それ以外の、解除を基礎づける義務違反の場合であっても、解除権者が仮に事後的な義務違反を知っていれば給付対象を受け取らず、その結果、危険は買主に全く移転しなかったであろうことが前提にされるべきである。その限りで、三四六条三項一文三号は、契約に適合した給付の保持についての信頼を保護し

ている。したがって、三四六条以下の新规定においては、議論において既に周知の論拠が取り上げられ、かつ、そこから、契約に適合した給付をしていないがゆえの解除の場合には、三二六条一項一文、四四六条一文、六四四条一項一文から導かれる危険配分が覆されるという規準が形成された。したがって、契約に適合しない給付の場合、（草案理由書が述べているとおり——筆者注）解除の相手方は危険移転が最終的なものであることを信頼してはならないのに対して、危険移転は、結局、契約に適合した給付をした者のみに利益になる。

デルは、ボルツェやジツキングーの見解を瑕疵物の場合だけでなく、契約不適合の場合一般に広げる。また、ボルツェらは、瑕疵を知っていれば「契約を締結しなかった」ことを挙げていたが、デルは、不適合を知っていれば「受け取らなかった」ことを挙げる。つまり、デルは、物の引渡しにより対価危険が移転する法制度（三四六条二項一文、四四六条一文）を前提に、買主が当該物を受け取る際に契約不適合を知っていれば受け取らず、受け取らなければ買主に危険が移転することもなかったことに着目し、買主の許での不可抗力滅失と売主の義務違反とを結び付けようとするのである。

ここで注目されるべきは、フルーメもデルも、「買主の信頼」を問題としつつも、デルは、フルーメが着目した「自己の物であるとの信頼」、すなわち「取得の法的存続についての信頼」を問題とするのではなく、「契約適合性への信頼」を取り上げたことである。「契約適合性への信頼」は、「自己の物であるとの信頼」のいわば出発点を形成するものである。その意味では、両者は同じものという評価もできようが、「自己の物であるとの信頼」が対価負担と引き換えに保護されると考えうるのに対して、「契約適合性への信頼」はそうした対価負担と切り離して論じるこ

とができる筋合いのものと評価することも可能であろう。デルの右の論述は、契約適合性について買主に錯誤がある以上リスク引受けの撤回を認めるといふ形で、「契約適合性への買主の信頼」が保護されるべきであることを示唆している。

ところで、デルは、危険移転が物の引渡しにより生じることを意識してか、不適合を知っていれば受け取らなかつたであろうことを指摘する。しかし、ここでデルが論じている内容からすれば、むしろここで取り上げられるべきは、「受取り」とは区別される、買主の意思的行為である「受領」であろう。もつとも、仮に対価危険が「受領」により買主に移転すると考えるのであれば、この受領をなかつたことにすることで売主に危険が跳ね戻ることを説明しよう。しかし、ドイツ法において、対価危険の移転は、物の「引渡し」により生じる（四四六条一文）。そうであれば、引渡しに後れる「受領」によるリスク引受けがなかつたことにされたとしても、なお、危険移転を生じさせる事実としての引渡し自体は残り続ける以上、買主負担となることは揺らがないとも考えられる。引渡しによる危険移転を認める体系のもとで、それとは別の「受領」やそれに現れるリスク引受けとその撤回を論じる意味があるのか、論じることができるとかが問題となるのである。そこで、次にこの点を検討しよう。

### 3 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

事実としての引渡しによって対価危険が移転する法体系のもとで、買主が目的物を受領した際の認識を基準として最終的な危険負担を決することはできるのか。ここで注目したいのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号である。

ドイツ法においては、物の引渡しにより買主に危険が移転する。そのため、契約が解除された場合においても、目

物的返還不能の危険は、原則として買主が負担する（三四六条二項一文）。その危険の負担は、買主が価値賠償義務を負うという形で実現される。しかし、この買主負担には例外があり、同条三項一文で、一定の場合（一号から三号に該当する場合）には、買主の価値賠償義務が消滅する（つまりは売主負担になる）。前稿で紹介したとおり、三四六条三項一文三号は、法定解除権者である買主の許で生じた不可抗力による滅失損傷について買主を免責するが、一部学説は、この規定の適用を、法定解除権者である買主の解除原因認識前までに限定解釈しようとする<sup>72</sup>。もつとも、このような解除権者の解除原因の認識に着目する視点は、何も学説による解釈に独自のものではない。先に挙げた三四六条三項一文一号は、買主の価値賠償義務が消滅する（売主負担となる）場合として次のように規定する。

#### 三四六条三項一文一号

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

三項一文一号は、解除を基礎づける瑕疵が買主による物の加工等の際に初めて明らかになった場合の規定であり、返還債務者である買主が受領物を加工等した場合には買主に価値賠償義務があるとした二項一文二号の例外になる。学説には、この規定を物の加工や改造の局面に限定せず、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見解がある<sup>73</sup>。この三四六条三項一文一号は、旧四六七条一文ただし書の規定内容を受け継ぐものである<sup>74</sup>。

同号によれば、買主が物の瑕疵を知らずに加工等をした場合には買主は同号により免責されるが、買主が加工する前に瑕疵を発見した場合には免責を受けない（三四六条二項一文二号により価値賠償義務を負担する）。三四六条三項一文

一号においては、物の引渡しによる危険移転を前提としつつも、最終的な危険負担を決するにあたって契約不適合についての買主の認識が重視され、解除原因の認識が危険配分の転換点となることが示されている。ここに、引渡しという事実行為を危険負担にあたって絶対視しない解釈が示唆されている。物の引渡し時点から買主が契約不適合を認識する時点までに生じた危険は、解除によつてなお売主に跳ね戻せるのである。

そのうえで、先にみたデルの論理は、最終的な危険負担を決するにあたって買主の認識が影響することを、三項一文一号に限定をせず、三項一文三号においても広く展開するものとみることができる。

#### 4 小括

以上のように、ドイツにおいては、法自体が滅失損傷の原因に着目した危険配分をしており（旧三五〇条以下、現行法三四六条二項・三項）、学説の多くもこれを尊重した危険配分をしてきたものの、その一方で、フルーメの財産に合う決定理論を皮切りに、滅失損傷の原因よりも前の時点での買主の言動にリスク引受けを見出す見解もまた有力であった。フルーメは、契約取消し前の目的物の不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたって、買主には対価負担と引き換えに当該物を自分の物にするという決定、あるいは自己の危険で物を使用するという決定があることに着目し、これに買主のリスク引受けを見出し、広く買主負担という帰結を正当化したわけである。このフルーメの見解に影響を受けたヴィーリングは、目的物の滅失損傷の前に位置する買主の「受取り」を買主のリスク引受けと評価して、そこから買主負担を導く。こうしたヴィーリングの理論では、受取り時における買主の契約適合性についての錯誤は取り上げられない。受取り時の買主の認識は問題とされず、契約不適合を知らずにした受取りに強い拘束力が与えられ

ている。

それに対して、レープは、ヴィーリングと同様に、買主の「受取り」をリスク引受けと評価しつつも、旧三五〇条の価値判断を尊重し、詐欺被害者等である買主には受取りによるリスク引受けの決定を帰責させることができないとする。しかし、受取りをリスク引受けと評価しつつ、その後生じた不可抗力による滅失という危険を売主負担とするのは矛盾に映る。このレープの論理には、リスク引受けがあつたとはいえ、買主の契約適合性に対する認識を問題としない「受取り」でもって最終的な危険負担を決することの難しさを予兆させるものがあつたといえよう。

事実、こうした契約不適合についての買主の認識を危険負担において重視する見解はドイツにおいて古くより主張され、かつ、こうした契約適合性への買主の信頼が、現行法において売主への危険の跳ね戻りを認める三四六条三項一文三号の根拠づけとして用いられていることも分かつた。すなわち、ボルツェやジッキンガーは、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結しなかつたであろうことを重視し、買主の許での不可抗力による滅失の危険を売主負担とすることを正当化し、デルは、こうした論理を引き継ぎ、買主が不適合を知っていれば受け取らなかつたであろうし、受け取らなければ買主に危険が移転することもなかつたことを根拠に、三四六条三項一文三号が買主の法定解除により危険が売主に跳ね戻るとしていることを正当化するわけである。ヴィーリングが指摘する矛盾拳動という観点から論ずれば、受領時の買主にはその物が契約適合物であると信じたことにつき錯誤がある以上、リスク引受けを撤回することができ、これにより矛盾拳動の対象となる先行行為であるリスク引受けが法的になかつたことになるために、解除による危険転嫁も矛盾拳動とは評されなくなるといふことである。

そして、契約適合物に限らず、契約不適合物であってもその引渡しにより危険が移転するという法体系のもとで、

それとは区別される（時系列的に後れる）受領によるリスク引受けやその際の錯誤を理由とした撤回を論じる可能性について示唆を与えているのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号であり、かつ、三四六条三項一文三号が契約適合性への買主の信頼を保護しているとするドイツ法学説であった。事実たる物の引渡しによって危険が移転する法体系のもとでも、こうした危険移転は終局的なものではなく、最終的な危険負担の決定にあたっては、買主の契約不適合に關する認識を問題にしうるわけである。

そこで次に、こうしたドイツ法における議論を、我が国においてどう受け止めるべきか検討していこう。

### Ⅲ 我が国における対価危険移転契機としての「受領」の評価

#### 1 契約適合性への買主の信頼の処遇

先述のとおり、我が国においては、買主の領域内から生じた危険であることを根拠に不可抗力滅失の危険を買主の負担とする見解が多数を占める。こうした見解は、買主の「受取り」をリスク引受けと評価していると位置づけることが可能であろう。また、近時、我が国の不当利得法においても、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、給付と引き換えに反対給付を得るという買主の契約時の決定を重視する見解も主張されている<sup>(75)</sup>。

なるほど、契約ないしその履行過程における買主の一定の言動をリスク引受けと評価し、それ以降に現実化した危険を買主の負担とすることは説得力を有するようにも思われる。しかし、ドイツでの議論に目を向けたとき、一方で、

フルーメの契約時の決定による買主への帰責論を批判して、契約時の決定は取消しや解除により帰責評価の対象とならないとしておきながら、他方で、その後の契約の履行過程でのリスク引受けは取消しや解除にもかかわらず無条件に存続するというのは、整合しない解釈に映る。問題は、こうしたリスク引受けが、解除によりなかつたことにされるのか否か、解除にそれだけの効果があるか否かであろう。すなわち、契約時の決定やその後の受取りあるいは受領によるリスク引受けは、契約が有効であり続ける過程においては危険負担者の決定のために当然に機能するが、こと契約が解消されるに至った段階において、こうしたこれまでのリスク引受けがなお有効なものとみられるべきか否かの説明が必要なのである。

この点、契約時の決定を重視するフルーメ説の難点も、契約がなかつたことになる以上、契約時の決定も機械的に当然になかつたことになるという形式論理にあるわけではないはずである。買主が契約を取り消したり解除する局面において、契約時に契約不適合を知らなかつた買主としては、契約不適合を知っていればそもそも契約を締結しなかつたとの意思を有するのが通常であり、その場合の買主には、契約解消とともに契約時にした決定もまた撤回する意思があり、売主と買主の利益調整としても買主のそうした意思が保護されると考えるからこそ、契約時の決定を重視する考えが不当であるとの結論に至るはずである。<sup>76</sup>この点は、いみじくもフルーメ自身が認識・指摘しており、買主が詐欺被害者や錯誤者等の場合にはこうした買主の契約時の決定を帰責しえないとしていたわけである。

ところで、こうした思考過程は、契約以後の履行過程における買主のリスク引受けにも妥当するのではないか。デールが指摘するとおり、買主の領域内から危険が生じたことを理由に買主負担とされようとしている買主としては、受領する際に契約不適合物であると知っていれば受領しなかつたと主張したいであろう。こうした要素を完全に蚊帳の

外に置くのは不合理でないか。そもそも、契約不適合物であるとして受け取らなければ買主への危険の移転も生じなかった。この観点からしたとき、買主が解除する局面においては、契約時の決定だけでなく、その後の契約不適合を知らずにしたリスク引受けもまた、買主としては解除とともに撤回しようとするのが当然であり、かつまた、買主に契約適合性についての錯誤がある以上、その撤回を認めるのが出発点ではないか。

こうしていわば自然に、リスク引受けの撤回が認められるならば、その後を生じた不可抗力による滅失損傷という危険を買主が負担するいわれはない。矛盾拳動の禁止という観点からみれば、解除によつて危険を売主に転嫁しようとする際に、これと矛盾するような先行行為たるリスク引受けが存在しないということになるのである。「契約不適合物であろうと買主の領域内から生じた危険は買主が負担する」といういわば徹底した危険負担論や、買主が契約適合物であると勘違いした状態でのリスク引受けには、一定の限界があるということになる。

実は、こうした論理でもつて、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力滅失との因果関係を認める可能性は、既に我が国においても示唆されているように映る。花本教授は、解除前に物が買主の許で不可抗力滅失したケースについて、契約が解消される際には、物の支配をメルクマールとする危険配分法則は妥当しないとする。つまり、買主にとつて既に目的物が不要の物で、かつ自分が支払った代金に見合うものではない以上、物の支配を前提に危険を買主に負担させるのは妥当でないとするのである。花本教授は、しかしだからといって、物の支配も滅失損傷についての帰責事由もない売主に危険を負担させるのは不当であるとし、「一段階前に遡つて契約解除への道を開いた者に危険を負担させるほかない」とする。<sup>77</sup>ここでは、買主の領域内から生じた危険であるというメルクマールを重視すべきでない論拠が語られている点が注目されるべきである。花本教授は、買主にとつて不要の物であつたこ

とを、買主の領域内から生じた危険である以上買主が負担すべきという命題を否定することに用いている。<sup>(78)</sup>しかし、ここでもう一步先に進み、買主にとって不要な物であり、受領時の買主には契約適合性についての錯誤があることにも着目すれば、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失損傷との因果関係を肯定する論理につながるわけである。

## 2 買主の救済手段とリスク引受けの撤回との関係性

こうしてみてくると、リスク引受けの撤回は、買主が契約不適合を認識した際に採る救済手段との関係で、次のように整理できるように思われる。まず、①買主が解除や代物請求ではなく、瑕疵修補請求なり代金減額請求をする場合、買主にとってその契約不適合物も一定の価値があるといえる。言い換えれば、たいていの場合、仮に、受取り時あるいは受領時に不適合を知っていたとしても、（異議を留めるかどうかはともかく）受取りおよび受領をしていたといえる。こうした場合には、引渡し後の危険を買主負担とすることに合理性がある。つまり、契約不適合物の引渡しによって買主に移転した危険が、最終的に買主の許にそのまま留まることになる。<sup>(79)</sup>

しかしその一方で、②買主が契約の解除や代物請求をする場合、当該物では買主がその契約をした目的を達成できないことが考えられ、当該契約不適合物は買主にとって（少なくとも主観的には）不要な物でしかない。つまり、仮に、受領時に契約不適合を知っていれば受領しなかったはずであるから、契約適合性について買主に錯誤が存在する。したがって、契約不適合を知らずにしたリスク引受けの撤回を認めることになる。解除や代物請求という意思表示には、「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」との買主の意思が現れていると解することができるように思わ

れる。<sup>(80)</sup>買主の解除や代物請求は、基本的に、契約適合性についての買主の錯誤を理由としたリスク引受けの撤回を前提としていと位置づけることができよう。<sup>(81)</sup>

### 3 対価危険における「履行としての受領」

以上、買主のリスク引受けとその撤回を論じてきた。ここで、リスク引受けを契約の履行過程において位置づけるならば、「履行としての受領」こそが買主のリスク引受けの典型例といえることができる。この点、契約目的物が売主から買主に物理的に引き渡されれば、当該物が梱包されたままであると、買主の「受取り」となる。しかし、物が梱包されたままであり、買主がその物を実際に確認していない段階では、それを買主のリスク引受けと評価することはできないであろう。リスク引受けは、梱包を解いて、物の状態をひととおり確認し、その物を「履行としての受領」<sup>(82)</sup>した場合に生じる。<sup>(83)</sup>したがって、ここまで展開してきた買主のリスク引受けは、買主の「履行としての受領」<sup>(84)</sup>に見出される。

ところで、この「履行としての受領」概念は、給付危険との関係で生成発展してきたものであり、売主の瑕疵担保責任の法的性質の議論において債務不履行責任説に立脚する立場から、債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区別する契機として主張されてきた。<sup>(85)</sup>もともと、受領を契機に債務不履行責任から瑕疵担保責任へ切り替わるとすると、受領後はその物が全く役に立たない物であろうと、買主は完全履行請求ができなくなる。<sup>(86)</sup>そこで、この「履行としての受領」とはどのような状態を意味するのか、どのような効果があるのかが議論されてきたのである。たとえば、買主の履行としての受領に「契約適合性の承認」(性状の承認)があると解する立場からは、この受領物に隠れた瑕疵があり、

履行としての受領Ⅱ特定合意に瑕疵がある場合には、錯誤無効が認められ、これにより債務不履行責任が「再生」され、代物請求等の完全履行請求ができる<sup>(87)</sup>と主張される。それに対して、履行としての受領には、「契約適合性の承認」（性状の承認）が含まれず、「客体としての承認」のみであると解する立場からは、履行としての受領以後、瑕疵担保責任の特別規律が優先的に適用されるが、「性状の承認」をしていない以上、瑕疵がある点については売主の債務不履行としての評価も残っているとされ、債務不履行責任と瑕疵担保責任との時的区分は否定され、両責任は併存するとされる<sup>(88)</sup>。この立場からは、履行としての受領の錯誤無効は論じられない<sup>(89)</sup>。あるいは、最判昭和三六年一二月一五日のように、「履行としての受領」を「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」ことを意味するものとして理解し、そもそも瑕疵担保責任の適用を後らせることで問題を解決しようとする方向性も示されている<sup>(90)</sup>。このように、「履行としての受領」は、給付危険との関係では、その論者により様々な意味が付与されており、共通の理解があるわけではない。

これに対し、対価危険との関係では履行としての受領が議論されていない。しかし、履行としての受領は、以後、受領物に生じる危険を買主が引き受けるとの意思の現れであり、ここに錯誤があるならば、これの撤回が認められる。これにより、リスク引受けが法的になかったことになるため、矛盾挙動となるような先行行為が存在しないことになり、買主の解除あるいは代物請求によって、物の引渡しによりいったんは買主に移転していた危険が売主へ回帰することになる。履行としての受領は、対価危険におけるこうした説明概念としての役割を担うのである。

#### 4 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

ただし、ドイツ法の分析の中でも述べたように、対価危険において「履行としての受領」とその撤回を重視することに障害がないわけではない。繰り返しになるが、対価危険の移転は、物の引渡しにより生じる以上、引渡しに後れる「履行としての受領」によるリスク引受けが撤回されたとしても、なお、引渡しによる効果自体は残り続け、買主負担となることは揺らがないとも考えられるのである。<sup>91)</sup> 引渡しによる危険移転を認める体系のもとで、それとは別の「受領」によるリスク引受けとその撤回を論じる意味があるのか、論じることができているかが問題となる。<sup>92)</sup>

こうした問題について、ドイツ法は、引渡しによる危険移転は最終的な危険の所在を決めるものではなく、引渡しによる危険移転を認める体系においても、最終的な危険負担を決めるにあたっては、買主が契約不適合性を認識していたか否かを問題にしうることを示唆していた。ドイツ民法三四六条三項一文一号は、あくまで加工や改造の場面に限定されてはいるが、こうした引渡しによる危険移転論と買主の認識を加味したリスク引受け論との共存を、右のような形に限定する合理性はない。引渡しにより対価危険が買主に移転するものの、これは終局的な危険負担を決するものではなく、買主の意思的行為である「履行としての受領」がなされて初めて、終局的な危険負担を決するうえでリスク引受けがなされたといえる。ただし、これには例外があり、リスク引受けたる履行としての受領の際に買主が契約不適合物であることを知らなかった場合には、この受領によるリスク引受けの撤回が認められる。そのため、これを前提とした解除あるいは代物請求によつて、いったんは買主に移転した危険が売主に回帰するのである。

先述のとおり、我が国では給付危険との関係でのみ履行としての受領が議論されてきた。履行としての受領にどのような意味を付与するかはともかく、契約不適合物の引渡しにもかかわらず買主が一定の危険（給付危険）を負担す

るにあたっては、買主がその物を履行として認められたか否かという買主の意思的要素を要求してきたのである。<sup>(93)</sup>このことは、対価危険でも同様に妥当する。やはり、買主が契約不適合を認識する前と後とでは、危険配分をするにあつての利益状況が異なるのである。

#### IV 民法（債権関係）改正法案の検討

改正法案五六七条一項のもとでは、物の引渡しによつて給付危険（同項前段）および対価危険（同項後段）が移転すると説かれる。<sup>(94)</sup>これは、契約適合物の場合に限つていえば妥当である。買主は、引渡し後の不可抗力による滅失損傷を理由としては、代物請求や損害賠償請求をすることができず、代金支払義務も免れない。

しかし、こと契約不適合物が引き渡された場合は複雑である。前稿で検討したとおり、改正法案五六七条一項前段の「目的物」には、特定物売買における契約不適合物はもちろんのこと、種類売買における契約不適合物も含まれると解される。<sup>(95)</sup>そうすると、契約適合物の場合と同様、契約不適合物の場合にも、その引渡しにより給付危険が買主に移転するとも思える。しかしながら、契約不適合物が引き渡された場合、その後に買主の許で不可抗力により滅失損傷したときであっても、買主は、契約不適合を知つて一年以内に売主に通知をすれば（改正法案五六六本文）、追完請求、代金減額請求、損害賠償請求および契約の解除をすることができる。<sup>(96)</sup>したがつて、契約不適合物の引渡しになされた場合には、契・約・不・適・合・の・給・付・危・険・は・な・お・売・主・に・あ・る・と・い・え・よ・う。

それでは、対価危険はどうであろうか。たとえば、本来一〇の価値を持つ物が売買された場合において、売主から

買主に七の価値を持つ契約不適合物が引き渡され、買主は契約不適合を知らずに「履行として受領」し、その後買主の許で不可抗力により損傷して五の価値に下がったとする。この場合において、買主が売主の契約不適合責任に基づき解除あるいは代物請求をしたとき、買主は、現在五の価値しか有さない物を売主に返還しさえすれば、支払った売買代金全額の返還あるいは代物を求めることができるのであろうか。

買主が代金減額請求を選択したときには、物の引渡し後に生じた不可抗力による損傷の危険（七から五に下がった分）は買主負担となる。それに対して、買主が解除や代物請求を選択した場合、引渡し後に生じた不可抗力による損傷の危険（七から五に下がった分）は契約当事者のどちらが負担するのか。先述のとおり、改正法案五六七条一項前段は、引渡し後に滅失損傷したとしても、契約不適合を理由とした代物請求や契約の解除を否定していない（＝契約不適合の給付危険は売主にある）。しかし、これは代物請求や契約の解除ができるというだけであり、代物請求や契約の解除をした場合において、引渡し後の滅失損傷の危険が誰の負担か（対価危険）については規定されていないとみることが可能なのである。

この点、買主が売主の契約不適合責任を追及できるといって、引渡し後に生じた滅失損傷すらも売主に転嫁できるわけではないとの解釈が想定される。改正法案五六七条一項の「目的物」に契約不適合物も含まれ、その引渡しで対価危険が移転すると考える以上、原則として買主負担とするのがむしろ自然である。契約不適合物であろうと引渡し後は買主の支配領域にある以上、そこから生じる危険は買主の負担であるとする解釈が、我が国のこれまでの多数説と符合する。このことを具体的に右の例で示せば、買主が契約を解除したとき、買主は五の価値に下がったその物の返還に加えて、（七から五に下がった分の）二に相当する価値の賠償義務を負うことになる。<sup>97</sup>

しかし、改正法案五六七条一項の「目的物」に種類売買における契約不適合物も含まれると解したとしても、契約不適合物の場合、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の対価危険をも解除や代物請求により売主に転嫁できると解する余地もある。こうした解釈に法的根拠を与える構成こそが、本稿で検討してきた引渡しによる危険移転論および「履行としての受領」に現れるリスク引受けとその撤回というリスク引受け論の共存構成である。契約不適合物であろうとその引渡しによりいったんは危険が移転する。しかし、これは最終的な危険負担を決するものではなく、そこで重要なのは買主の意思的要素である。この買主の意思的行為であるリスク引受けたる履行としての受領は、受領時に買主が契約不適合を知らなかった限り、撤回をすることができる。この撤回は、「契約不適合を知っていれば受領しなかった」という買主の意思の現れである。買主が解除や代物請求をする局面というのは、この撤回が前提とされているとみることができるのである。このことを先の例で示せば、買主は五の価値に下がったその物を売主に返しさえすれば、支払った代金全額の返還を請求できる。つまり、原則として買主が負担するところの、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険が、売主に回帰することになる。これは買主が解除をした場合だけでなく、代物請求をした場合も同様である（Ⅲ章二節参照<sup>99</sup>）。

## V 結論

### 1 本稿のまとめ

買主の法定解除前に売買目的物が買主の許で不可抗力により滅失した場合の危険負担においては、売主が契約不適

合物を引き渡したという要素と買主の領域内から生じた危険であるという要素とが競合している。本稿は、こうした競合局面における危険負担の在り方を検討してきた。その際、履行遅滞中の不能論における責任法理と危険法理との競合の調整のあり方をそのまま単純に右ケースに当てはめると、売主負担となるのは、あくまでその契約不適合ゆえに物が滅失した場合に限られ、それ以外の不可抗力による滅失は全て買主負担となることが導かれた。しかし、その一方で、買主には「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」との契約適合性についての錯誤がありうる。こうした買主の受領時の錯誤は、買主の領域内から生じた危険であるという点から買主負担を帰結することを再考させるとともに、仮にこの錯誤が保護されるとすれば、「受取り」あるいは「受領」を右の因果関係の遮断要素とせず、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許で生じた不可抗力滅失との因果関係をも肯定することにつながりうる。そこで、本稿では、契約不適合を知らずにした買主の「受取り」や「受領」にどれだけの意味があるのかを検討してきたわけである。

日本民法でもドイツ民法でも、右のケースにおける危険配分は、滅失原因に着目した規定で対処してきた（日本民法五四八条、ドイツ民法旧三五〇条以下、ドイツ民法三四六条二項・三項）。そのため、滅失原因から離れてそれ以前の買主の行為（受取りあるいは受領）に着目する見解は決して多くなかった。こうした中で、フルーメの財産に見合う決定理論に影響を受けたヴァーリングは、買主の物の「受取り」をリスク引受けと評価し、以後はたとえ滅失の原因が不可抗力であろうとも買主の負担になるとした。受取りによってリスクを引き受けている以上、それ以後に生じた危険を解除によって売主に転嫁することは矛盾挙動だとしたのである。

しかし、こうしたヴァーリングの論理は、契約適合物の場合には妥当しても、契約不適合物が引き渡され、かつ買

主が契約不適合を認識していない場合には問題があるというのが本稿の検討結果である。レープは、ヴィーリングと同様に「受取り」を買主のリスク引受けと評価しつつも、売主による詐欺があった場合につき、不可抗力滅失について直ちに買主負担とせずに、旧三五〇条以下の価値判断を優先させた。レープは、受取りをリスク引受けと評価するにもかかわらず、なぜその後生じた危険を売主負担とすることができるのかについて必ずしも明確に論じていない。もつとも、ここに、原状回復における最終的な危険負担を決するにあたり、買主の認識を捨象した、物理的な引渡し(受取り)のみに依拠することの限界が現れているとみることも可能であろう。事実、ドイツにおいては、ボルツェのように、「瑕疵がある」と知っていれば契約を締結しなかった」との買主の意思を加味したうえで売主負担とする論理が古くから主張され、債務法改正前にはジッキンガーによって引き継がれ、現行法のもとにおいても、デルのように、契約不適合物であると知っていれば受け取らなかったという要素を重視して、売主の義務違反から売主負担を導くことを正当化する論理が主張されているのである。ヴィーリングが指摘する矛盾挙動という観点から論ずれば、受領時の買主にはその物が契約適合物であると信じたことにつき錯誤がある以上、履行としての受領によるリスク引受けの撤回が認められ、これにより矛盾挙動の対象となるような先行行為が法的になかったことになるために、解除による危険転嫁も矛盾挙動とは評されなくなるのである。

そして、契約適合物に限らず、契約不適合物であってもその引渡しにより危険が移転するという法体系のもとで、それとは区別される(時系列的に後れる)「受領」によるリスク引受けやその撤回を論じる可能性について示唆を与えているのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号であり、かつ、三四六条三項一文二号が契約適合性への買主の信頼を保護しているとするドイツ法学説であった。物理的な物の引渡しによって危険が移転するものの、こうした危険移転

は終局的なものではなく、最終的な危険負担の決定にあたっては、買主の意思的要素が影響する。受領物に契約不適合があった場合、買主は売主の契約不適合責任を理由として契約の解除や代物請求をすることができるが、受領時に買主が契約不適合物であることを知らなかったときには受領によるリスク引受けの撤回を主張できる。これにより、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険をも解除あるいは代物請求によって売主に転嫁できることになる。買主は受領物の滅失損傷につき価値賠償義務を負わない。解除や代物請求は、(原則として)<sup>100</sup>買主のこうした撤回主張を前提に含んだものとして位置づけることが可能である。

先述のとおり、本稿冒頭のケースにおける我が国の多数説は買主負担説であり、その根拠として、①物の契約不適合(瑕疵)と不可抗力による滅失とは因果関係がないこと、②買主の支配下で生じた滅失であること、③買主は契約時に対価負担と引き換えに物を取得するという「財産上の決定」をしていることが挙げられてきた。しかし、本稿での検討の結果、契約時および受領時の買主に契約適合性についての錯誤がある場合、買主の領域内から危険が生じたことや、買主の契約時のリスク引受け決定を重視することはできない(②③が根拠となることの否定)。また、「契約不適合を知っていれば契約を締結せず、受領することもなかった」という要素が媒介項となり、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係が肯定されうる(①が根拠になることの否定)。したがって、受領時の買主に契約適合性についての錯誤があり、契約不適合を知っていれば受領しなかったという場合においては、右の買主負担説の理由付けは説得力を有しないといえよう。そして、右のように、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係が肯定されることによってはじめて、解除原因を作出した売主(解除の相手方)が危険を負担すべきであるという売主(解除の相手方)負担説が説得力を持つように思われる。

これまで我が国では、「履行としての受領」とその錯誤無効が、給付危険との関係でのみ論じられてきた。「履行としての受領」にいかなる意味があるのか、買主の錯誤無効により買主は如何なる権利を主張できるようになるのか等につき争いがあるまま、民法（債権関係）改正を迎える。民法（債権関係）改正法案において、債務不履行責任と契約不適合責任とを区別する契機は物の「引渡し」であり（改正法案五六二条一項）、契約不適合責任の適用契機としての「履行としての受領」は、今回の改正によってその役割を終えることになる<sup>102</sup>。しかし、こうした買主の意思的行為である「履行としての受領」は、今後も、対価危険において最終的な危険負担を決する基準として機能することになるのである。

## 2 残された課題

以上のように、契約適合性についての錯誤を理由としたリスク引受けの撤回を問題にするのであれば、本来、受領時に錯誤が存する限り、買主はいつまでもリスク引受けの撤回が可能ならずである。しかし、いかに受領時には錯誤があろうとも、その後の買主の言動次第では危険配分が変わる余地があり、撤回を主張することが制限される<sup>103</sup>。もはや撤回できないだけの履行としての受領（リスク引受け）があつたと評価することも可能であろう。本稿で論じてきた因果関係という観点からいえば、受取りや契約適合性を知らずにした受領は因果関係を遮断する要素とはならないものの、それ以降の買主の言動が因果関係を遮断する可能性は否定されていないのである。

問題は、そのように評価できる時期如何である。ここでは、受領後、たとえ買主が契約不適合を知らないままであろうとも、買主がその受領物を自身の目的に従って使用した場合には、もはやリスク引受けを撤回できず、以後の不

可抗力による滅失損傷は買主負担になるという解釈も成り立ちうる<sup>104</sup>。一方で、本稿で検討してきた契約適合性への買主の信頼を保護するという観点から考えると、契約不適合を知らずにした使用というリスク引受けについても、契約不適合があることを知っていれば使用しなかった可能性があり、この場合にはやはり使用に現れるリスク引受けの撤回ができるとも考えられる。ただし、以上のふたつの解釈のそもそもの前提として、物の用法に従った使用行為をリスク引受けと評価することの是非も問題となろう。用法に従った使用をする限り、消費物を別とすれば、原則としてその行為自体から滅失損傷が生じることはない。また、用法に従った使用から生じた使用利益については、原状回復として売主に帰属すると解するのが一般である。そうであれば、用法に従った使用の場合、買主に帰責できるのはその使用から生じた利益の返還義務が限度であるとの解釈も成り立つように思われる。この点についての検討は他日を期したい。

- (1) 拙稿「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」日法八二巻四号（二〇一七年）六七頁以下。
- (2) 解除原因を作出した売主が不可抗力による滅失損傷の危険を負担すべきとする前者の見解として、鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』（創文社・二〇〇一年）一六四頁、小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）八二・八三頁、一七八頁以下および二〇八頁、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、岡谷峻「国連統一売買法における解除権と目的物の返還不能」一論一〇九巻一号（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）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 (Riskoverteilung)」関東

学園三三三号（二〇一〇年）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）一〇五頁以下、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）一七四頁以下、平野裕之『民法総合5契約法』（信山社・二〇〇七年）二〇九  
 頁。

それに対し、不可抗力により滅失損傷した物を支配していた買主が危険を負担すべきとする後者の見解として、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、四宮和夫『請求権競合論』（一粒社・  
 一九七八年）二〇四頁、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・一八三頁、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（下）——解除に基づく清算義務の重畳的性格」  
 判タ五五七号（一九八五年）四五・四六頁、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、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、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）四五五・四五六頁、山本敬三『民法講義IV—1契約』（有斐閣・二〇〇五年）  
 二〇一・二〇二頁、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）九〇六頁、  
 内田貴『民法II（第三版）』（東京大学出版会・二〇一一年）九八・九九頁。  
 こうした学説状況の整理と分析については、拙稿・前掲注(1)七六頁以下を参照。

(3) 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。

### 【第四四六条 (危険および負担の移転)】

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。

- (4) Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.196; 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.; Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 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, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RdNr.827; Florian FAUST, in: Peter HUBER / Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, diss., 2011, S.246. この点のドイツにおける学説状況については、拙稿・前掲注(一) 九四頁以下を参照。

(5) Heinrich HONSELL, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR., 1970, S.719.

(6) 履行遅滞中の不能とは、一般に、債務者の責めに帰すべき履行遅滞後に債務者の責めのない履行不能が生じた場面を指す。今日の判例・通説は、この履行遅滞後の不能を、履行不能についての損害賠償の問題として扱う。これまで我が国では、履行遅滞中の不能は債務不履行の問題として、受領遅滞中の不能は危険負担の問題として、それぞれ扱われてきた(小野・前掲注(2)三六二頁の注(10)を参照)。この点につき、北居教授は、「フランス民法から旧民法において危険負担法理で処理されていた遅滞後の不能問題は、現行民法への修正段階で損害賠償法理へと再構成され、その論理が以後の判例および学説にも引き継がれてきた」とし、「ドイツでも我が国でも通説は、すでに発生していた遅滞は不能によって当然に終了し、それ以後履行不能理論によって処理することにより、遅滞と不能の機能領域を完全に区分」していると分析する。詳細は、北居功「遅滞後の不能——危険法理と責任法理との競合」法学雑誌タートヌマン四号(二〇〇〇年)三三二頁以下参照。

(7) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法の邦訳にあたっては、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)および右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂・一九九五年)を参照した(以下同様)。

#### 【旧第二八七条】

債務者は、遅滞中、すべての過失について責任を負わなければならない。債務者は、遅滞中に偶然によって生じた給付不能についても責任を負わなければならない。ただし、給付を適時に行っても損害が生じたであろう場合はこの限りでない。

(8) なお、ホンゼルは、厳密には、旧二八七条に加えて、不法行為の場合のドイツ民法八四八条も比較対象として挙げている。ドイツ不当利得法・不法行為法の条文の邦訳にあたっては、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省

堂・一九九〇年)を参照した。

【第八四八条 (物の侵奪における偶然の事情についての責任)】

不法行為によって他人から侵奪した物を返還する義務を負う者は、その物の偶然の滅失、その他の事由により生じた物の偶然の返還不能あるいは偶然の損傷についても責任を負う。ただし、侵奪がなかったとしても、滅失、その他の返還不能あるいは損傷が生じたであろうときは、この限りでない。

(9) 【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って排除されない。

(10) 北居教授によれば、中世においては、債務の永久化に代表されるような債務者の免責を認めない立場もあったが、そのように解さない立場を引き継いだのがサヴィニーであり、これがモムゼンにより責任法理へと純化され、因果関係の問題とされていったとされる。北居・前掲注(6)四一頁以下。

(11) 我が国には明文規定こそないものの、ドイツと同様に解するのが判例・通説である。通説は、この履行遅滞中の不能を、履行遅滞の問題としてではなく履行不能の問題として扱うことを前提とし、この履行不能を「債務者の責めに帰すべき事由」に基づくものと解する。したがって、債権者が債務者に対して損害賠償を請求できるのが原則となる。もともと、仮に債務者が適時に履行をしていたとしても目的物の滅失といった不能が生じたであろう場合には、例外として債務者は免責される。こうした免責は、当該遅滞と債権者の不能損害との間の因果関係が存在しないためと説明される。我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店・一九六四年)一四五頁、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣・一九七二年)九二頁注(11)・一〇七頁、松坂佐一『民法提要債権総論(第四版)』(有斐閣・一九八二年)八一頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社・一九九二年)一三九頁、林良平ほか『債権総論(第三版)』(林良平(安永正昭補訂)) (青林書院・一九九六年)九四頁注(1)、鈴木・前掲注(2)二一三頁、潮見・前掲注(2)三五八頁、北川善太郎『債権総論(民法講要Ⅲ)(第三版)』(有斐閣・二〇〇四年)九五頁、内田貴『民法Ⅲ(第三版)』(東京大学出版会・二〇〇五年)一四二頁、平野裕之『債権総論』(信山社・二〇〇五年)二二七頁、加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』(有斐閣・二〇〇五年)一五三頁、中田裕康『債権総論(第三版)』(岩波書

店・二〇一四年）一三二・一三三頁。なお、北居・前掲注（6）三三頁以下は、履行遅滞中の不能の問題が一貫して履行不能論として扱われていることに着目し、これを不能論としてではなく遅滞論として論じる可能性を模索する。また、危険負担の問題として検討するものとして、小野・前掲注（2）三五三頁以下も参照。

判例も結論において同様である。大判明治三九年一〇月二九日民録一二輯一三五八頁、東京地判昭和四九年一月一〇日判時七八一号八九頁。

なお、ここで我が国の民法（債権関係）改正についても触れておく。右に述べた我が国における履行遅滞中の不能についての判例・学説の理解については、民法（債権関係）改正の審議過程においても異論がなく、今回の民法（債権関係）改正においても、改正法案四一三条の二として、遅滞中の不能の規定を置くことが提案されている。履行遅滞中の不能を履行不能の問題として扱うことや、例外としての債務者の免責を因果関係の問題として扱っていることも法制審議会の資料から読み取れる（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<sup>(3)</sup>」（<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>）一二頁以下参照）。ただし、中間試案段階まではまさに判例・通説どおりの理解が形にされたものの、それ以降の要綱仮案作成の段階で、例外的に債務者が免責される点（ただし書相当部分）が条文案から抜け落ちていた。債務者が例外的に免責されるただし書の規律は解釈に委ねる形となった（民法（債権関係）部会資料七九一三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その一）補充説明」（<http://www.moj.go.jp/content/000124058.pdf>）一一頁参照）。もっとも、法制審議会での議事録に表れているとおり、これは、正確な表現をすることが難しいという立法技術的理由に起因するものであるとされている。つまり、ただし書相当部分による債務者の免責が適切であることを前提にしており、このただし書を削ったことよって実質を変えようとするものではないことが確認されている（法制審議会民法（債権関係）部会第九〇回会議（二〇一四年六月一〇日）議事録（<http://www.moj.go.jp/content/001128483.pdf>）四八頁以下）。

諸外国における遅滞中の不能の取扱いに関しては、小野・前掲注（2）三四頁以下を参照。危険負担の原則を債権者主義とするか債務者主義とするかによって、危険移転の効果として重要となるのが、「履行遅滞後の不能」なのか「受領遅滞後の不能」なのかに差異が生じることが明らかにされている。

- (12) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.5), S.719.
- (13) こうして、遅滞中の不能の問題の中に、遅滞責任（損害賠償責任・責任法理）と危険負担（無責の当事者のリスク配分・危険法理）との競合・交錯が明らかになる。北居・前掲注（6）三三二頁以下参照。
- (14) 「履行遅滞中の不能」においては危険法理と責任法理とが同時に問題となり、「受領遅滞中の不能」においては危険法理と責任法理とが衝突することが明らかとなる。
- (15) 北居教授は、こうした危険負担と遅滞責任とが競合する場合、「債務者が遅滞責任を負う限り遅滞後の不能について債務者は債務からの解放を原則として主張できないのであるから、遅滞責任が危険負担法理に優先すると解すべき」とし、「遅滞責任が除去されて初めて危険負担法理が前面に登場するとの形で、両者の優劣関係を認めるべき」とする。北居・前掲注（6）六四頁。
- (16) このことは、売主の「瑕疵なくしても滅失したはずである」との仮定的な主張を認めることになろう。つまり、瑕疵がなかったならば当該滅失は生じなかったか否かが立証の争点となる。この点で、小野・前掲注（2）一四七頁参照。
- (17) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.5), S.719.
- (18) 遅滞中の不能は、売主の履行遅滞を理由として損害賠償責任を問おうとする局面であるのに対して、いま本稿で問題としているのは、両当事者が無責の滅失損傷の危険をどう配分するかという危険負担の局面である。つまり、後者は、この危険負担者の決定にあたり、契約不適合という要素を根拠として売主負担とすることができかねるかを問題にしている。売主の契約不適合という要素と買主の領域内から生じたリスクであるという要素とは、あるべき危険負担においてどちらが優先するのかという位置づけをなしているわけである。
- (19) この点、小野・前掲注（2）一四七頁は、「瑕疵ある物の滅失の危険負担は、この『複数の障害』の一例にすぎないのである。同様の問題は、ほかにも指摘できる。たとえば、売主の責任は、瑕疵の代わりに遅滞でもよいし、その責に帰すべき損傷でもよいのである」とする。なお、ここで履行遅滞中の不能を扱うにあたり、本稿は、冒頭にケースとして挙げたとおり、解除前に目的物が返還不能になった局面を問題にしているのであって、解除後に返還不能が生じた局面を想定しているわけではない。

ない。従前、解除後の返還不能について、履行遅滞中の不能が取り上げられることがあった(磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法四八号(一九八五年)四五頁以下。またこうした議論はドイツにも存在する。Timo FEEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.51.)。買主が返還義務を遅滞している間の不可抗力による滅失損傷という点で、履行遅滞中の不能と比較可能だからである。しかし、本稿は、そうした点で履行遅滞中の不能を取り上げるわけではない。

(20) Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.57 f.

(21) 前掲注(2)の各文献参照。また、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Ⅳ各種の契約(1)』(商事法務・二〇一〇年)一一七頁以下も参照。

(22) たとえば、本田純一「給付利得と解除規定」私法四一号(一九七九年)二六頁、小野・前掲注(2)一四七頁など。

(23) 今回の民法(債権関係)改正において、売主の瑕疵担保責任は、契約不適合責任へと移行し、債務不履行責任に統合・一元化される。売主には契約に適合した物を給付する義務があることが前提とされるわけである。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)二三〇頁以下、北居功「不動産売買における売主の契約不適合責任」日三〇巻一号(二〇一六年)一二二頁以下。このことは、本文で述べたとおり、売主の契約不適合責任の射程を考える際の因果関係の起点を、「契約不適合物の引渡し」とする解釈と整合しよう。

(24) 近時こうした見解を展開するものとして、Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.284を参照。

(25) 本稿では、危険負担や危険移転といった「危険」という用語の他、リスク引受けといったように「リスク」という用語も用いるが、基本的に両者を同義のものとして使用する。

(26) 本稿では、受領時に契約適合性についての錯誤があった買主が、受領によるリスク引受けをなかったことにする行為を、リスク引受けの「撤回」と表現する。藤田教授は、買主が「売主の給付を一応履行として認容していたが、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、買主は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

む)を求めることができる」と述べており(藤田寿夫『表示責任と契約法理』(日本評論社・一九九四年)一二九頁)、本稿のリスク引受けとその撤回という構成はこの藤田教授の理論から示唆を得ている。

(27) 「受領」は、物の物理的な「受取り」とは区別される、給付の契約適合性を承認するとの買主の意思的行為である。ドイツ民法では、三六三条において「履行としての受領(Annahme als Erfüllung)」として規定される。その法的性質等の議論については、Dirk OLZEN, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2016, § 363 RdNr. 13 f.を参照。

(28) 【旧第二五一条】

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。

(29) この点についての説明および債務法改正前の学説状況については、拙稿・前掲注(1)八五頁以下を参照。

(30) 拙稿・前掲注(1)九一―九三頁参照。

(31) 本稿で、「滅失損傷の原因に着目する立場」として整理する見解の中には、最終結論として、目的物の不可抗力による滅失損傷の危険を売主負担とする見解もあれば買主負担とする見解もある(具体的には、後掲注(60)参照)。本稿で問題としているのは不可抗力による滅失損傷のケースであるから、滅失損傷の原因に着目することが自動的に何か必然的な帰結を生むわけではないのである。それにもかかわらず、こうした整理をしたのは、滅失損傷の危険配分を考えるにあたり、滅失損傷の原因が何であつたかを検討する立場と、それにとどまらず、滅失損傷以前の買主の行為に着目して一定の結論を導こうとする立場とがあるところ、本稿で買主の「受取り」や「受領」の意味を探究するにあたっては、これらの立場の相違を明確にしておく必要があると考えるからである。

(32) この“vermögensmäßige Entscheidung”については、我が国で「財産的決定」あるいは「財産上の決定」などと訳されることが多いが(前者：山田幸二『現代不当利得法の研究』(創文社・一九八九年)一六一頁、後者：川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年)一二七頁、油納健一「いわゆる『使用利益』返還義務についての一考察——無効な利用型

契約における『使用利益』を中心に」神戸四八巻三号(一九九八年)七一五頁、藤原正則『新注釈民法(15)債権(8)』(窪田充見編)(有斐閣・二〇一七年)一〇〇頁)、本稿では、本文のとおり「財産に見合う決定」との訳語を用いる。なお、原語に込められた意味内容からすれば、「給付と引き換えにする決定」との訳語もありうるものと思われる。

(33) 我が国において、フルーメの財産に見合う決定理論を扱った文献として、本田純一「給付利得と解除規定(3)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城六号(一九八〇年)七五頁以下、山田・前掲注(32)一六〇頁以下、川角・前掲注(32)二二五頁以下、油納・前掲注(32)七一五頁以下などがある。フルーメのローマ不当利得法の研究について、芹澤悟『利得の消滅』とローマ法源——W・フルーメ『利得の消滅』論文前半部の紹介」亜大二九巻二号(一九九四年)一七五頁以下も参照。

(34) 【第八一八条三項】

受領者は、利得が現存していない限度において、返還または価値賠償の義務を免れる。

(35) Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 2, 13 Auflage, 1994, S.296. 日本民法七〇三条の利得消滅の抗弁の趣旨についても基本的に同様に解されている。これについては、藤原・前掲注(32)一一〇頁以下を参照。

(36) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.56 ff.; Christoph COEN, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S.203; Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.364 ff.; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.4), S.XLI ff.; Horst KONZEN, a. a. O. (Fn.4), S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.4), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.4), S.1893; ders., Leistungsstörungen beim Autokauf, DAR., 2006, S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.4), S.246. 下記の拙稿・前掲注(1)九六—九八頁参照。

(37) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.58 f.

(38) Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.35), S.321.

- (39) 不当利得における差額説 (Saldotheorie) 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。差額説や事実上の双務契約の理論については、本田・前掲注(33)七一頁以下、川角・前掲注(32)二四二頁以下、藤原・前掲注(32)一一六頁以下参照。
- (40) 差額説および事実上の双務契約理論 (いわゆる新差額説) に対するフルーメの批判については、川角・前掲注(32)二四四～二四八頁 (とりわけ二四八頁) を参照。フルーメは、契約が無効である以上、契約が有効であることを前提とした法制度を用いてこれを単に巻き戻そうとすることを嫌い、無効という法秩序の判断を前提として不当利得法の枠内で妥当な処理を目指そうとする。
- (41) Bernhard RENGIER, Wegfall der Bereicherung, AcP., 177, 1977, S.425 ff.
- (42) Werner FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S.165.
- (43) Werner FLUME, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.439 f. したがって、それに対して無償契約の場合には、フルーメによれば、受領物を返還できない利得債務者は、返還不能の原因とは無関係に利得消滅の抗弁を主張できる。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.157 ff.
- (44) なお、フルーメによれば、この財産に見合う決定によるリスク引受けにとつて、買主が既に売買代金を支払ったかどうかは重要でない。なぜならば、財産に見合う決定は反対給付の合意によつて既になされているのであつて、反対給付の提供によつて初めてなされるわけではないからである。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.167.
- (45) Werner FLUME, Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW. 1970, S.1163 ff. へこれに対して、フルーメも、給付物それ自体と因果関係のある利得消滅については、八一八条三項の利得消滅の抗弁を認める。この点も我が国において既に、川角・前掲注(32)二四四・二四五頁等に紹介がある。

- (46) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.165 f.; ders., a. a. O. (Fn.45), S.1163 f.
- (47) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.172 f.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.440 f., 450. ただし、フルーメは、錯誤を理由とした取消しの場合、錯誤取消権者は契約時の決定こそ帰責されないものの、ドイツ民法一二二条により信頼利益の賠償義務を負担することになるから、結果として錯誤者である買主が利得消滅の危険を負担するとしていた。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.43), S.441. この点についても、既に川角・前掲注(32)二四六頁および二六四頁注(56)に紹介がある。
- (48) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1164 ff.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.443 f., 445 Fn.47. この点も、本田・前掲注(33)八九頁、川角・前掲注(32)二五三・二五四頁参照。なお、この第二の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に偶然によって生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。この点は、第一の契約時の決定とは取扱いを異にしてはならない。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1166.
- (49) Dagmar KAISER, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S.310 ff.; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.
- (50) Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz. zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff. 詳細は、拙稿・前掲注(1)八七頁を参照。
- (51) これは見方を変えれば、旧三五一条が矛盾挙動禁止の観点からの規定であるとしても、矛盾してはならない先行行為がどの時点まで広げられるかという問題でもある。ただし、以上のフルーメの議論は不当利得法における議論であることには注意を要する。
- (52) Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.
- (53) フルーメの見解に対する批判については、我が国においても既に、山田・前掲注(32)一六四頁で紹介がある。
- (54) Malte DIESELHORST, Die Natur der Sache als außerrechtliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S.153; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.49), S.322; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.440 ff.
- (55) Malte DIESELHORST, a. a. O. (Fn.54), S.58; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.

- (56) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.166 f.; ders., a. a. O. (Fn.45), S.1163 Fn.22; ders., a. a. O. (Fn.43), S.440.
- (57) 下記の通り Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.119 ff. が詳し。
- (58) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.43), S.445.
- (59) フルーマの財産に見合う決定理論がカナリスらの議論に及ぼした影響と相違点につき Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.49), S311 ff.
- (60) ただし、前掲注(31)でも述べたとおり、滅失損傷の原因が不可抗力にある以上、滅失損傷の原因に着目することが自動的に何か必然的な帰結を生むわけではない。事実、先に示した債務法改正前のフォン・ケメラーらの有力説は、滅失損傷の原因が買主の自由な行為によるか否かに着目して、広く買主負担としたが、それに対して、たとえばカナリスは、旧三五〇条の価値判断を尊重し、偶然滅失の場合には売主負担としたわけである。カナリスは、買主には対価負担と引き換えに給付を得るという決定があるとするフルーマの議論に強く影響を受けた一人であり、カナリスの利得消滅の抗弁の犠牲限度 (Obergrenze) 論にその影響をみることができ。しかし、そのカナリスもまた、フルーマと異なり、あくまで滅失損傷の原因に着目しようとする。つまり、滅失損傷の原因から離れてリスク配分を論ずることを基本的に否定するわけである。Claus-Wilhelm CANARIS, Die Gegenleistungskondition, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, 1991, S.24 f.; 29. カナリスの犠牲限度論は、買主が価値賠償義務を負う場合のその賠償価値の算定の問題 (ドイツ民法三四六条二項二文) に大きくかわる。この点についての検討は他日を期したい。
- (61) ただし、滅失損傷時以前の買主の言動に着目しない姿勢は、見方によれば、契約不適合を知らずにした受取りや受領を重視できないと評価していると位置づけることも可能であろうか。
- (62) Hans Josef WIELING, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS, 1973, S.399. ヴィーリングの見解についても、本田純一「給付利得と解除規定(2)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城四号 (一九七九年) 八〇頁以下に紹介がある。
- (63) 【旧第四四六条】

1 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。

2 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。

(64) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.62), S.397.

(65) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.62), S.399. 以上に対し、レンギアは、ウィーリングと同様、買主の矛盾挙動に着目しつつも、無効の場合のリスク配分を両当事者の意思から取り出すことは不可能であるとし、契約時の決定でも受取りでもない、受領物を自身の目的のために使用するという決定にリスク引受けを見出した。Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.440 ff. レンギアの見解については、山田・前掲注(32)一八二頁以下参照。

(66) Hartmut REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S.117 f.

(67) Hartmut REEB, a. a. O. (Fn.66), S.117. なお、上記した区別が適切でないとする評価は、改正草案理由書と同様である。BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(68) Hartmut REEB, a. a. O. (Fn.66), S.117 f. の点につき、既に、本田・前掲注(33)九〇頁に紹介がある。

(69) A. BOLZE, Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP., 76, 1890, S.253.

(70) Christian SICKINGER, Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag, diss., 1994, S.157 ff.

(71) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.4), S.244 f.

(72) Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.827; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.36), S.364 f. なお、偶然による滅失損傷の場合には限定解釈をせずに、偶然ではないが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ても生じた滅失損傷の場合に限って、解除原因認識前までに限定解釈をする見解もある。Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.36), S.617 ff. 詳細は、拙稿・前掲注(1)一三六・一三七頁の注(106)を参照。

(73) Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.36), S.361 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.822.

(74) 【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。

(75) 磯村・前掲注(19)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(二〇一二年)九頁、藤原・前掲注(32)一〇〇頁。磯村教授は、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。

(76) II章一節(2)アを参照。

(77) 花本・前掲注(2)二九六頁。

(78) ただし、拙稿・前掲注(1)一一六・一一七頁で述べたとおり、こうした理由から引渡しによる危険移転自体を否定することは回避すべきである。なお、花本教授ほど明確ではないものの、小野教授の論述もまた、「真に買主の領域内に入ったとはどのような状態なのか」を問題としているとも捉えることができ、買主の領域内から生じた危険は買主が負担すべきとする命題の射程への意識があるように思われる(小野・前掲注(2)二〇八頁)。

(79) この点、磯村保「売買契約法の改正——『担保責任』規定を中心として」LAW AND PRACTICE 一〇号(二〇一六年)八六頁も、修補請求の場合には、「引渡時にすでに存在していた契約不適合部分についての修補請求は排除されない」ものの、「引渡後に生じた目的物の損傷部分についての修補請求はできない」としており、修補請求の場合に引渡し後の危険を買主負担とする点で本稿の立場と同一である。

(80) この①②における危険移転の相違を合理的に説明するのが、契約不適合物であろうとその引渡しによって危険がいったん買主に移転するが、買主の解除や代物請求によって、危険が売主に回帰するという危険移転法理である。拙稿・前掲注(1)一一六・一一七頁を参照。

(81) 藤田教授は、前掲注(26)で紹介したとおり、(引渡しの際に検査をしても発見できない瑕疵がある物の場合に)履行認容

とその撤回という構成により債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区分することを提言する。そのうえで、藤田教授は、こうした履行認容撤回と買主の選択する救済手段との関係について次のように述べており、これは本文で述べた私見と同様である（藤田・前掲注(26)一二九頁）。「買主は売主の給付を一応履行として認容していたが、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、買主は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、物の瑕疵が軽微であり、当初の一応の履行認容が適切であれば、買主は履行認容表明を維持し、瑕疵ある物を保持して、損害賠償のみを求める」。

(82) 我が国において買主の「受領」に着目した研究として、藤田・前掲注(26)六七頁以下、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・二〇〇二年）二八五頁以下、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）一六九頁以下（第二章「特定合意論」・二五九頁以下（第三章「商法第五二六条論」・三六一頁以下（第五章「二つの『受領』概念」）、池田清治「不特定物と瑕疵担保——特に目的物『受領』の法的意味づけについて」民研五六六号（二〇〇四年）三頁以下。

(83) 藤田・前掲注(26)八五頁以下は、クレマーの見解を丁寧に紹介しつつ、いかなる場合に「履行として受領」したといえるかにつき詳細に検討を加えている。なお、藤田教授は、「履行認容」という用語を用いているが、これは本稿を含め一般に用いられる「履行としての受領」と同義のものとして位置づけられる。藤田教授は、クレマーの見解を前提に、日本民法における隠れた瑕疵を、①引渡しに際し検査すれば発見しうる「明白な瑕疵」と、②引渡しに際し検査しても発見できない「隠れた瑕疵」とに区分し、①と②のどちらの物が引き渡されたのかを区別したうえで、いかなる場合に履行認容（履行としての受領）をしたと評価できるのかを考察する（藤田・前掲注(26)一二七頁以下）。

①の「明白な瑕疵」の場合、瑕疵を発見するための相当な機会・期間が経過したにもかかわらず、買主が遅滞なく明確に拒絶を明示しないときに、買主の行態は履行認容と評価されるとする（藤田・前掲注(26)一二七頁）。また、右の検査期間内であり、買主が拒絶権を行使できる状況下であっても、その買主が、「一方で瑕疵を知りながら引き渡された物を使用し、加工し、もしくは転売し、その結果、もはやその物を返還できないか、著しく毀損された状態のみ返還できる状態に至りながら、

他方で拒絶すると表明するというように、買主の矛盾する行態のため信義則により拒絶権の行使が許されるとき、買主は引き渡された物を履行として認容した」と評価されるとする（藤田・前掲注(26)一二七・一二八頁）。それに対し、買主が瑕疵を知らずにその物を使用等する場合、「買主が瑕疵発見のための物の検査にとって不可欠でない使用・加工・転売をするとき」には、「その使用は、民法五四八条のいう『過失』と考えられ、その目的物の使用は、その物の返還を不能とするか著しく毀損するとき、履行認容と評価される」とする（藤田・前掲注(26)一二八頁）。

以上に対し、②の「隠れた瑕疵」の場合、通常、買主は履行として認容するとされ、問題は、買主が瑕疵を発見した際に以前の履行認容を維持するか撤回するか、そして撤回しようとする場合には撤回できるか否かにあるとされる。この認容を撤回できるか否かにあたっては、①の場合と同様、買主が履行として認容した目的物を買主の行為または過失によって返還不能等の状態にした場合が問題となり、「ここでも買主が瑕疵を知っているか否かにより区別」される。買主が瑕疵を知らながら使用等をする場合が撤回権は排除されるのに対し、瑕疵を知らないときは、「原則として買主が物の使用によって生じた物の滅失および著しい毀損」についてのみ責任を負う。物の瑕疵による滅失損傷は売主負担となり、「物の変形に際して初めて瑕疵が現われる場合や、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵が物の使用に際して初めて現われる場合には」撤回権は排除されないとする（藤田・前掲注(26)一二九頁）。

(84) 本文のような「受取り」と「受領」との区別については、前掲注(82)に掲げた文献のほか、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(21)八六頁など参照。

(85) 森田・前掲注(82)二八五頁以下、同「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号（一九八九年）一二九頁以下。また近時では、不履行の証明責任の所在の観点から、その機能が指摘されている。藤田・前掲注(26)一二七頁、北居・前掲注(82)三六一頁以下・五二七頁・五二八頁注(18)参照。北居教授曰く、瑕疵担保責任の適用契機としての受領は、買主の瑕疵の認識を前提とする（認識していなければ履行としての受領と評価されないのではなく、認識せずとも履行としての受領はあるが、錯誤無効が認められるために、結果として買主の瑕疵の認識を前提とすることになる。）のに対して、証明責任の転換時期としての受領は、瑕疵を知らずに受領する場面が想定されるとする（北居・前掲注(82)三八四頁参照）。

(86) 舟橋諄一「判批」判例民事法大正一四年度一六一頁。

(87) 北居・前掲注(82)二〇五頁以下。この北居説からすれば、履行としての受領により種類債権は特定（民法四〇一条二項）するため、以後は特定物ドグマが肯定されることになる。したがって、瑕疵担保責任は、こうした特定物ドグマを前提として、双務契約における対価的均衡を回復するための制度として位置づけられる。当初、森田宏樹教授により展開された、履行としての受領を瑕疵担保責任の適用契機とする時的区分説は、履行としての受領という買主の弁済受領により売主の履行義務が消滅するが、「受領時において買主に通常要求される確認・検査によっても発見しえない『隠れた』瑕疵があった場合には、契約に適合した給付がなされた」と正当に信じて目的物を受領した買主の履行認容の意思には錯誤があったといえる」ため、買主としては「このような履行認容の意思に瑕疵があったことを理由に、買主は弁済受領の有効性を否定して、改めて売主の債務不履行責任を追及しうる」とし、「このように、目的物の『受領』後にも、売主の責任追及が許容される要件を定めたのが瑕疵担保責任の規定である」とした。つまり、買主が弁済受領（債務消滅合意）を否定（錯誤無効主張）して追及できるのが瑕疵担保責任であるとする構成であった（森田・前掲注(85)一二九頁以下、同・前掲注(82)二八五頁以下（とりわけ三〇六・三〇八頁）。森田説のこのような理解につき、下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山崎正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・一九九八年）二二七頁参照。これに対し、北居教授の論理は、履行としての受領があろうとも瑕疵担保責任の追及は可能であり（すなわち、瑕疵担保責任の追及に錯誤無効の主張は不要であり）、履行としての受領の錯誤無効により債務不履行責任が再生されるとする点が特徴的である。

(88) 潮見佳男『法律学の森』契約各論Ⅰ——総論・財産権移転型契約・信用供与型契約』（信山社・二〇〇二年）二〇七頁以下。なお、性状承認および客体承認については、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学一四五・一四六号（一九八八年）四七七頁以下参照。

(89) 潮見教授は、履行としての受領をしたからといって「性質面での適合性」まで承認をしたわけではないとしたうえで、「客体としての承認」を伴う受領があれば、四〇一条二項の意味での給付対象（客体）の特定があったと考える（潮見・前掲注(88)二〇七頁以下）。しかし、そうであれば、それ以後は原則として特定物ドグマを認める方がより論理的であり、履行と

しての受領の錯誤無効を論じることなく当然に代物請求を認めるのは論理的に一貫しないはずである。

(90) 民集一五卷一―二八五二頁。同判決は、「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があつた場合には、債権者が一旦これを受領したからといって」債務不履行責任を追及できなくなるわけではなく、「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有」するものとした。つまり、買主の受領だけでは債務不履行責任は消滅せず、瑕疵があることを知りつつ履行として認容した場合に限って瑕疵担保責任へと切り替わるとの解釈である。こうした解釈に対しては、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」というような状態は通常想定できないとの批判がある（たとえば、星野英一「判批」法協八〇巻五号（一九六四年）七一五頁、野澤正充「瑕疵担保責任と債務不履行責任」私法七二号（二〇一〇年）一五九頁参照）。

(91) ここで、藤田教授のように、履行としての受領（＝藤田教授のいう「履行認容」）により対価危険が移転すると考えるのであれば、この受領をなかつたことにすることでの売主への危険の回帰は容易に理解できる（藤田・前掲注(26)一二六頁）。しかし、拙稿・前掲注(1)六七頁以下で詳細に検討したとおり、物の物理的な引渡しによって対価危険が買主に移転する。このことは、民法（債権関係）改正でも揺るがないものになっており、これは、契約適合物の場合だけでなく、契約不適合物の場合であっても異なる。ここで不適合物であるからといって危険移転を否定することは、買主がその後代金減額請求をした場合や買主の権利が期間制限により消滅した場合の危険移転を説明することを困難にするからである。

(92) 対価危険において履行としての受領がほとんど問題視されてこなかったことには様々な理由が考えられる。もちろん、法（日本民法五四八条）が滅失損傷の原因に着目していることも大きな原因であろう。しかし、解釈では既に、物の引渡しによる危険移転論が有力になっていくことからすれば、本文で述べたように、引渡しによる危険移転を認める体系のもとで買主の意思的要素が危険負担にどう影響するのかについての理解が曖昧であつたことも大きな要因であつたように思われる。また、「物の引渡しにより危険移転が生じた以上、この危険が売主へ回帰することはあり得ない」という我が国のこれまでの前提にも、引渡しに後れる履行としての受領を論じない要因があつたのではないだろうか。

(93) 潮見・前掲注(88)二〇八頁。

(94) 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)一九頁以下、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)九・一四頁以下、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)三六頁以下、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)三七頁。なお、磯村・前掲注(79)八八頁および同頁注(53)も参照。

(95) ただし、前掲注(94)に掲げた文献のうちでも、潮見教授、山本教授および磯村教授は、種類売買において契約不適合物が引き渡されても、「特定」(改正法案五六七条一項前段)されないとして、「目的物」に種類売買における契約不適合物は含まれないとする(潮見・前掲注(94)一九頁以下、山本・前掲注(94)三九頁以下、磯村・前掲注(79)八七頁。ただし、磯村・前掲注(79)八七・八八頁注(52)の記述は、買主が契約不適合物の引渡しを受けた場合にも改正法案五六七条一項の適用があることを前提にしているようにも思える)。しかし、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、民法四〇一条二項が規律する種類債務の特定と同義に解する必然性はない。むしろ、改正法案五六七条二項の表現との対比から、「目的物」には種類売買における契約不適合物も含まれると解するのが自然である。この点につき、拙稿・前掲注(1)一一〇・一一一頁参照。なお、磯村教授は、右のように解しつつも、「目的物の契約不適合とは無関係な事情により生じた滅失・損傷について、いったん自己の支配下に置いた買主がそのリスクを売主に転嫁することができることには疑問の余地もある。」としたうえで、「解釈論としても、買主が滅失した目的物に代えて、代物請求をする場合に、仮に契約不適合であった原物が買主の下にあったとすれば、買主はその原物返還義務を負っていたのであるから、その原物返還不能の場合に、価額返還義務を負わないのか等の問題が残されているように思われる。」と述べる。しかし、民法四〇一条二項による種類債権の特定を認めず、改正法案五六七条一項の適用も否定するのであれば、契約不適合物が売主から買主に引き渡されようと、給付危険も対価危険も移転していないということになる。そうであるがゆえに、磯村教授は、引渡し後に生じた損傷についてであっても、当該「損傷部分について履行の追完として修補請求」することを認めるわけである。しかし、そうであれば、買

主が、何故に、原物返還不能のリスクを価値賠償義務という形で負担しなければならないのか疑問である。買主が価値賠償義務を負うという結論自体はひとつの解釈としてあり得たとしても、その場合には、対価危険を買主が負担することが前提とされるべきではなからうか。

(96) 改正法案五六七条一項前段の表現および同五六二条以下を参照。詳しくは、拙稿・前掲注(1)一一二頁参照。

(97) この点で、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険につき、買主の支配下で生じたことを根拠として買主が価値賠償義務を負担する方向での解釈を示唆するものとして、磯村・前掲注(79)八七頁および同頁注(52)参照。ただし、磯村教授は、本稿本文とは異なり、種類売買における契約不適合物の引渡しには改正法案五六七条一項の適用がないと解したうえで、買主が価値賠償義務を負担する可能性を検討している点には注意を要する。前掲注(95)で述べたとおり、筆者はこのような解釈に疑問である。

(98) これに対し、改正法案五六七条一項の「目的物」に契約不適合物が含まれないと解する場合には、滅失損傷につき買主に責任があるようなときを除き、売主負担とならう。

(99) 解除の場合と代物請求の場合とで同一の危険配分になることを示唆するものとして、磯村・前掲注(79)八七・八八頁の注(52)参照。

(100) 本稿の論理からして当然だが、受領時に契約不適合を知っていた場合には、買主の解除によっても引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険を売主に転嫁することはできない。買主は滅失損傷につき価値賠償義務を負担することになる。

(101) ただし、藤田寿夫「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時八七卷(二〇一五年)九七頁以下は、改正法案の下においても、改正法案五六二条等における「引渡し」の意味が問題になるとし、この「引渡し」を請負契約における「引取り」と同様に、「履行としての受領」を意味するものと解する余地があると指摘する。

(102) ただし、給付危険との関係で「履行としての受領」概念がまったく不要になるわけではないであろう。たとえば、買主が契約不適合を知りつつ「履行としての受領」した場合には、買主がなお売主の契約不適合責任を追及できるのかという点が問題とならう(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(21)九一頁以下参照)。給付危険との関係で、「受領」がどのよ

うな意味を持つかが問われることになる。給付危険との関係でいえば、①契約不適合物の引渡し後も売主の契約不適合責任が存続すること（Ⅱ契約不適合の給付危険が売主にあること）、②契約不適合責任として代物請求が認められていることを考慮した理論枠組みが求められていることになろう。これらを説明する論理として、「受領」には「特定」も含め何らの法的な意義も持たせないという解釈もひとつの方向性としてありえようが、実際において買主がその物を履行として認容して受領しているにもかかわらず、これに「特定」の意味を認めないのは不自然なように思われる。そこで、契約不適合責任として買主が行使する解除あるいは代物請求には、本稿で検討してきた対価危険の場合と同様、その前提として、特定合意の錯誤無効主張が含まれていると解する余地がある。このように解することができるのであれば、買主が契約不適合を知りつつ「履行として受領」をした場合には、特定が生じているうえに、これにつき錯誤も存しない以上、買主は、受領時に別途異議を留めていたような特段の事情のない限り、少なくとも代物請求権を行使できないとの解釈に結びつくことになる。

(103) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(21)九一頁以下参照。

(104) 先述のとおり、フルーメは詐欺被害者等の場合にこうした解釈を提言した。自動車の買主が無効な契約に基づき受領した車に乗るとき、自らの決定に従ってその車を事故による滅失損傷の危険にさらしたのであって、買主はこの決定に基づき滅失損傷の危険を帰責されなければならないというのである。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1164 ff.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.443 f., 445 Fn.47. なお、先述のとおり、この第二の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に偶然に生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1166. 上の点に、磯村・前掲注(19)五四頁も参照。