

# 契約不適合認識前の加工・改造と解除

——買主の故意行為による原物返還不能が売主負担となる余地——

野 中 貴 弘

## I 序論

- 1 問題の所在
- 2 考察の手法
  - (1) ドイツの特別規定
  - (2) 買主負担説とそれへの批判
  - (3) 売主負担の実質的根拠の探求
- II 契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とする根拠
  - 1 ドイツ民法旧四六七条一文後段の立法趣旨
    - (1) 偶然滅失との同視とドイツ民法旧三五〇条の根拠

契約不適合認識前の加工・改造と解除（野中）

- (2) 以後の議論整理の視点
  - 2 解除権者の置かれた状況への着目
    - (1) 解除権放棄意思の不存在
    - (2) 権利認識と権利喪失の同時到来の不当性
    - (3) 履行承認・矛盾挙動の不存在
    - (4) 自己の物との信賴保護
  - 3 瑕疵（売主の義務違反）との因果関係への着目
    - (1) 具体的因果関係（瑕疵による価値低下または瑕疵による加工・改造目的の達成不能）の存在
    - (2) 仮定的因果関係（瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった）の存在
  - 4 我が国における加工・改造リスクの配分
- Ⅲ 加工・改造物の帰属と清算
- 1 総論
  - 2 ドイツにおける議論状況
    - (1) 債務法改正前
    - (2) 債務法改正後
  - 3 我が国における加工・改造物の帰属と清算
- Ⅳ 結論

## I 序論

### 1 問題の所在

売買目的物の引渡しを受けた買主が、自らの意思でこの物を元の形で返還できない状態にした後、契約不適合を発生し、契約を解除した場合を考える。この場合、返還債務者である買主の故意行為により生じた原物返還不能のリスクは、原状回復においていかに配分されるべきか。買主の故意行為としては目的物の消費行為や譲渡行為もあるが、本稿では加工・改造行為をとりあげる。たとえば、ゴムパッキンに加工する目的でゴムを購入した買主が、加工後にパッキンの負荷テストをしたところ、買主の使用目的に耐えない強度であること（品質の契約不適合）が判明し、ゴムの売買契約を解除した場合が考えられる<sup>①</sup>。この事例を本稿で「冒頭事例」と呼ぼう。実際に生じる事例としては、このほかに、木材を購入後に加工してみて初めて欠陥に気づき、契約の解除に至るといふ事態も想定できる。

周知のとおり、買主が受領物を加工・改造した場合、日本民法五四八条の解除権の消滅の規定が適用されうる。二〇一七年改正前民法五四八条一項は、「解除権を有する者が：加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。」と規定していた。同規定の要件として、解除権を有する者の解除原因の認識は要求されていない。したがって、冒頭事例にあっても、当該「加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたとき」には、同規定の適用により解除権が消滅する。つまり、瑕疵を知らずに加工・改造した場合であっても、加工・改造により生じた原物返還不能リスクが買主に負わせられていたように映る<sup>②</sup>。冒頭事例で買主は、瑕疵を理由とした損害賠償請求をするにとどまったことになろうか<sup>③</sup>。

これに対し、二〇一七年改正後の民法五四八条は、改正前五四八条二項を削除することで単に解除権が消滅する場合のみを規定するとともに、その適用場面を解除権者たる買主が「解除権を有すること」を認識した後に限定した（同条ただし書）。したがって、加工・改造がなされようとも、その際に買主が「解除権を有することを知らなかったとき」には解除権が消滅しない。解除原因を知らずに加工・改造をした冒頭事例においても、買主は解除をすることができそうである。

もつとも、我が国の近時の多数説は、解除の可否とリスク負担とを切り離す<sup>(4)</sup>。これによれば、解除が認められたからといって、返還不能リスクを解除の相手方が負うとは限らない。買主（返還債務者）が受領物を返還できない場合には、物の返還に代わる価額償還義務を負うのが原則であり、この例外は目的物の返還不能につき売主（返還債権者）に帰責性がある場合にのみ認められることが多い<sup>(6)</sup>。こうした基本的理解を冒頭事例に敷衍してあてはめると、買主の解除こそ認められるものの、元の状態で返還できないリスクは加工・改造をした買主が負担することになりそうである。

確かに、改正五四八条は、加工・改造行為が解除権認識前であればなお解除ができると規定するのみで、加工・改造により元の形で返還できないリスクが誰の負担であるのかを規定していないともいえる。しかし、右のような形で加工・改造をした買主に加工・改造前の受領物の価値を償還させることは、果たして正当であろうか。

ところで、改正五四八条にただし書の限定が付された契機は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」という）での、次のような問題提起にある<sup>(7)</sup>。

#### 4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第五四八条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法第五四八条に関しては、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方があり、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

その後、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」という）では、五四八条自体の削除が提案され、<sup>⑧</sup> 中間試案に付された「概要」では、<sup>⑨</sup> 以下のような説明がなされている。

本文(2)（引用者注…五四八条についての提案）は、民法第五四八条を削除するものである。同条の規律については、例えば、売買契約の目的物に瑕疵があった場合に、買主がそれを知らないまま加工等したときにも解除権が消滅するなど、その帰結が妥当でない場合があると指摘されている。そして、解除権者が同条第一項の要件を満たす加工等をした場合であっても、目的物の価額返還による原状回復（前記3）で処理をすれば足りるから、解除権を否定するまでの必要はないとの指摘がある。本文(2)は、これらの指摘を踏まえたものである。

確かに、中間論点整理で紹介された「考え方」や中間試案の概要の前半部分で挙げられた「指摘」は、「加工・改造のリスクはあくまで買主負担であろうとも、解除自体を奪う必要はないとの指摘」と理解できなくもない。買主は

解除こそできるものの、原物の返還ができない以上、契約不適合物（瑕疵物）としての価値の償還を義務づけられるという理解である。事実、法制審議会ではこのような理解も主張され、<sup>10</sup> その後も中間試案の右記述をこのように理解するものがある。<sup>11</sup>

しかし、そのような帰結を妥当とするならば、買主の解除を認めずとも、契約適合物と契約不適合物（瑕疵物）との差額分の損害賠償請求や代金減額請求を認めることで足りるはずである。<sup>12</sup> 中間論点整理での問題提起や中間試案の概要における前半部分の指摘には、解除原因認識前に加工・改造をした買主に契約の解除を認め、さらに原物返還不能リスクからも買主を免責すべきとの価値判断があるのではないか。

筆者は、以前、買主の許で生じた不可抗力による滅失・損傷のリスク配分にあたって、契約適合性への買主の信頼が重要な要素になると論じた。<sup>13</sup> 確かに、加工・改造行為は、それにより原物返還不能になることを認識したうえでなされる故意行為である。しかし、解除原因認識前の買主は、受領物が自己の物であると信じて加工・改造をしている。また、不適合を知っていれば加工・改造をしなかったものといえる。このことを考慮したとき、買主が自らの意思で加工・改造をしたとはいえ、原状回復のリスク配分にあたり、この買主を責め、元のままに返還できないリスクを主に負わせることが妥当であろうか。五四八条が解除の可否によるリスク配分を全面的に規定していると理解することには無理があるものの、同条に新設されたただし書は、単に解除の可否に影響するのみでなく、解除原因の認識の有無こそが最終的リスク配分において重要な要素となることを示しているのではないだろうか。本稿は、こうした問題意識のもとに、解除原因認識前の買主の加工・改造行為による原物返還不能のリスク配分を検討する。

## 2 考察の手法

### (1) ドイツの特別規定

ところで、我が国の改正前五四八条を起草するにあたって範とされたドイツ民法(草案)においては、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合についての特別規定が存在する。一八九六年制定のドイツ民法は、解除の可否によるリスク配分体系のもとで、加工(Verarbeitung)・改造(Umgestaltung)により他の種類の物になった場合に瑕疵担保解除を原則的に排除しつつ(旧四六七条一文前段、旧三五二条)、改造の際に初めて瑕疵が現れた場合には例外的に瑕疵担保解除を許容していた(旧四六七条一文後段)<sup>15</sup>。また、二〇〇二年の債務法改正後のドイツ民法では、価額償還義務の有無によるリスク配分体系のもとで、加工・改造がなされた場合には原則として返還債務者に物の返還に代わる価額償還義務を負わせつつも(三四六条二項一文二号)、同じく加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合には例外的にこの価額償還義務が消滅するとし(三四六条三項一文一号)、残存する利得の返還で足りると規定する(三四六条三項一文)。<sup>16</sup>ドイツでは、民法制定以来、旧四六七条一文後段および三四六条三項一文一号により、瑕疵認識前の加工・改造による原物返還不能リスクにつき買主を免責してきたのである。

### (2) 買主負担説とそれへの批判

#### ア 買主負担を志向する学説の存在

ただし、ドイツでは、こうした規定がありながらも、加工・改造による返還不能リスクをなお買主負担と理解しようとする見解もあった。旧四六七条一文後段は、あくまで瑕疵担保解除権が消滅しないことを規定したのみであり、

加工・改造による返還不能リスクの配分を語っておらず、解除こそできるものの、買主がこのリスクを負担することもあり得るとの理解である。<sup>17</sup> また、債務法現代化法のもとでも、三四六条三項二文が規定する残存利得の返還義務の解釈を通じて、なお右リスクを買主に負わせようとする解釈が展開されている。たとえばヴォルフガング・エルンストは、三四六条三項二文が残存利得の返還という形で不当利得法に接続していることに着目し、利得消滅の抗弁が認められる場合を、滅失・損傷が債権者（売主）の許でも同様に生じたであろうケース（三四六条三項一文二号後段）と、滅失・損傷が物の瑕疵に起因するケース（同号前段のうちの一類型）とに限定することにより、<sup>18</sup> 返還債務者は、ドイツ民法八一八条二項と結び付いた三四六条三項二文に従って受領物の価額償還を義務づけられると説く。こうしたエルンストの理解からすれば、瑕疵を知らずにした加工・改造のリスクは買主が負うことになりうる。<sup>19</sup>

こうした方向での議論は、決してここ数十年の議論に限られない。ローマ法における瑕疵担保解除訴権では、売買の対象が奴隷あるいは家畜に限定されていたためか、買主が受領物を加工・改造した場合が現れない。<sup>20</sup> もっとも、奴隷や奴隷の使用収益を譲渡した場合について、学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節では、買主が奴隷を買い戻し、質から解放した後に瑕疵担保解除がされるべきことが記される。また、第二一卷第一章第四七法文では、買主が奴隷を解放した場合、売買解除請求訴権も減額訴権も認められないとラベオが主張する旨記される。<sup>21</sup> ここでは、買主が譲渡や解放をするにあたり奴隷の疾病や瑕疵等を知っていたか否かを問わず、自らの故意行為により売買目的物が返還できない以上、瑕疵担保解除を認めない（＝返還不能リスクを買主負担とする）理解が示されている。

その後一九世紀ドイツ普通法学においても、加工・改造の程度に着目し、受領物を元の形で返還できるか否かを基準とするものがある。たとえば、ハナウゼックは、加工・改造により物に変化が生じた場合、<sup>22</sup> これにより受領物が新

しい物となったのか否かによって区別すべきだと論じた。新しい物に変更された場合、たとえばビール醸造所が住宅用建物へ改造されたような場合は、前述の学説編纂第二二巻第一章第四三法文第八節が類推適用されるとし、買主がその物をもととの状態に戻したときにはじめて瑕疵担保解除ができるとする<sup>(23)</sup>。換言すれば、元の形に戻すことができないときはもはや瑕疵担保解除をすることができない<sup>(24)</sup>。それに対し、新しい物への改造にまで至っていないのであれば瑕疵担保解除が認められる。実はハナウゼックは、他の箇所で一八六一年の一般ドイツ商法典（ADHG B）三四七条の検査通知義務について論じる中で、瑕疵は加工や使用の際に初めて発見されうる実態を指摘している。それにもかかわらず、ハナウゼックは、この実態をあくまで検査通知義務の問題として理解し、瑕疵担保解除権行使の可否には影響しないものと位置付けていたことになる<sup>(25)</sup>。

こうした普通法学説の理解は、一八六〇年のバイエルン草案にも見ることができ、バイエルン草案三二四条は、元の形で返還できない程度に購入物が加工・改造された場合、買主の瑕疵担保解除を認めず、売買代金の減額のみを認めていた<sup>(26)</sup>。

このように、瑕疵を知らずに加工・改造した場合にも返還不能リスクを買主負担とする見解は、ドイツ民法典制定前から存在し、規定制定後も主張されることがある。

#### イ 買主負担説への法体系的観点からの批判

しかし、こうした法解釈に対しては、ドイツ民法体系を意識した観点からの批判が向けられた。債務法改正前のドイツ解除効果規定は、解除の可否によりリスク配分をする体系であり、旧四六七条一文後段はその体系のもとで瑕疵

を知らずに改造をした買主に例外的に瑕疵担保解除を認めた。こうした法体系からすれば、例外規定が適用される場合、改造のリスクは売主負担となるはずである。事実、ウルリツヒ・フーバーは、こうした観点から、加工・改造により瑕疵担保解除が排除されるのは、買主が瑕疵を知ったうえで加工・改造をしたときに限られるとし、瑕疵発見前に加工・改造した買主は瑕疵担保解除を請求することができ、売主は買主に対して売買目的物の価額償還を請求しえないとする。この理由としてフーバーは、ここで買主の価額償還義務を認めてしまえば、買主は実質的には代金減額権を与えられるにすぎない結果となってしまうが、こうした帰結は旧四六七条一文後段と矛盾することを挙げる。それゆえにフーバーは、解除の効果として、解除効果規定のほかに不当利得の効果規定を持ち出して価額償還義務を認めることにも反対した<sup>(27)</sup>。

また、改正後に三四六条三項二文の解釈を通して買主負担を導く見解に対しても批判が向けられる<sup>(28)</sup>。右に見たエルンストの理解は、自身も明示的に援用するフルーメの理論のほか、買主(返還債務者)の「自由な行為」や「滅失・損傷の危険を高めるふるまい」があれば旧三五一一条の「過失」要件を満たすとして解除権排除を導いていた有力説に近い。もっとも、こうした改正前の有力説は、債務法改正過程において少なくとも草案理由書により、困難な境界設定問題を生むものとして否定された<sup>(29)</sup>。解除による危険の跳ね戻り(売主への転嫁)は全面的に不当なわけではなく、三四六条三項一文各号に掲げたケースに限ってはなお正当化できるとされたのである。三項一文各号により価額償還義務が消滅するとされたにもかかわらず、三項二文により受領物の価額償還義務を再度導くことは、三項一文がした価値判断に明らかに矛盾するとされる<sup>(30)</sup>。

### (3) 売主負担の実質的根拠の探求

もつとも、買主負担説へのこうした批判は、ドイツ民法の法体系や瑕疵認識前の加工・改造について特別規定があることを論拠とするものであり、ドイツ特有の議論と評し得る。この点で状況の異なる我が国でこの問題を検討するにあたっては、(2)イで紹介した議論の詳細ではなく、売主負担とするより実質的な論拠を探る必要がある。売主負担の実質的根拠こそが我が国での解釈にとって重要である。

そこで本稿では、契約不適合認識前の買主の加工・改造行為による原物返還不能のリスク配分を検討するにあたり、ドイツにおいてこれがいかなる実質的論拠から売主負担とされてきたのかに着目したい。二〇世紀ドイツでは、偶然滅失の危険を解除の相手方たる売主に負担させる旧三五〇条に批判が向けられ、広く買主負担を志向する見解が有力になっていった<sup>(31)</sup>。しかし、そのような中でも、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合には返還不能リスクを売主の負担と解してきた。ただし、ここでの論拠は一つでなく、様々主張されてきており、なおかつそれらの差異や是非はドイツでも論じられることがない。本稿では、ひとつひとつの論拠の説得力についてその都度吟味することを通して、右のリスク配分のあり方について検討を深めていきたい。

## II 契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とする根拠

### 1 ドイツ民法旧四六七条一文後段の立法趣旨

#### (1) 偶然滅失との同視とドイツ民法旧三五〇条の根拠

まずは、旧四六七条一文後段の制定過程を確認するところから始めたい。旧四六七条一文後段は、元を辿れば、フォン・キューベルによる「契約に基づく権利および義務」と題する部分草案二〇号の三二二条に由来する（三二二条以下で「物の瑕疵に基づく担保責任」が取り扱われている）。部分草案二〇号三二二条は、次のとおりである。<sup>32</sup>

部分草案二〇号三二二条 物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを処分したため、または取得者がその物を加工や改造により他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解除を請求することができず、代金減額のみを請求することができるにとどまる。ただし、物に欠陥があることがその改造の際に初めて現れたであろうときはこの限りでない。

この部分草案二〇号三二二条は一八八二年五月二二日の第九一回会議において審議され、加工・改造がなされた場合の規律については、部分草案に付け足す形での提案、すなわち「この場合においては、物に代えて、その物がなお現存する限りで返還されなければならない、改造の際に消費したもの（Verbrauchte）が賠償され（ersetzen）なければならない」との提案がなされている。しかし、この提案はその後否決される。議事録によれば、第一委員会では、次のこ

とが前提とされた<sup>(33)</sup>。すなわち、加工 (Spezifikation)<sup>(34)</sup> は物の滅失と同様に取り扱いられるため、取得者がそれを行えば瑕疵担保解除権を喪失する。もつとも、瑕疵が加工の際に初めて現れたときには、例外が認められなければならない。そのような場合の加工は、(旧三五〇条・第一草案四一九条において解除の相手方(売主)負担とされる) 偶然 (Kasuell) の滅失と同じように評価されるべきだからである。第一委員会は以上の論理でもって、加工・改造により解除権が排除されるのを原則としつつも、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れたときにはなお瑕疵担保解除を許容する例外を説明していた(加工物の帰属に関する審議内容についてはⅢ章2節(1)にてとりあげる)<sup>(35)</sup>。こうした論理は第一草案理由書でも繰り返し指摘されており、偶然滅失との類似性から瑕疵担保解除が許容されたことがわかる。

そうすると、解除権者たる買主の許での偶然滅失リスクにつき、解除の相手方である売主の負担としていた旧三五〇条・第一草案四一九条が、立法過程においてどのような根拠で正当化されたかが問われるべきこととなる。この点は、既に我が国においても本田純一および小野秀誠により紹介されている。本田は、第一草案四一九条に関する議論を次のように整理する<sup>(37)</sup>。

多数意見は、*mortuus redhibetur* の法諺をより強力なものと考え、その基礎にある法政策的な意味を積極的に問わなかった。ただ、多数意見が念頭においていた実質的な理由は次のとおりであった。すなわち、第一に、買主は瑕疵の存在を知っていれば契約を締結していなかったであろうということ、第二に、売主は瑕疵の付着した物を売るべきではないという古くからの制裁思想、第三に、物の滅失は、物の瑕疵自身によって惹起される蓋然性が強いということ、である。

小野もまた、「買主は、契約がなかったのと同じ状態におかれなければならない」との論拠こそが、解除権の存続（売主の負担）の「実質的な理由」であったと指摘し、これは結局のところ、「担保責任の重視」に帰着すると分析している。<sup>(38)</sup>

ただし、旧三五〇条の正当化根拠を以上のように捉えたうえで、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合は偶然滅失と同視できるといふ立法過程での議論は、次のような疑問を抱かせる。まず、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合を偶然滅失と同様に取り扱うべき理由は何か。立法過程ではこれが論じられていない。また、旧三五〇条の正当化根拠を右のように捉え、瑕疵を知らずにした加工・改造を偶然滅失と同視できるとするならば、本来買主が免責されてしかるべき範囲は加工・改造にとどまらないはずである。それにもかかわらず、旧四六七条一文後段が改造に限定して規定していることの是非が問われることになる。

## (2) 以後の議論整理の視点

ところで、以上の旧三五〇条の正当化根拠は、偶然滅失が生じた際の買主の置かれた状況への着目と、売主が瑕疵物を引き渡したことに着目とを含む。すなわち、一方では、買主が契約締結時および受領物の利用行為時において瑕疵を知らなかったことに重きを置いて買主の免責を認める点で、当該行為時における買主の置かれた状況に着目している。他方、売主が瑕疵ある物を売ったことへの着目や、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結しなかったとの論理は、生じたりスクを瑕疵（改正後では売主の義務違反）と結びつける論理と評することもできそうである。

そこで、まず次の第2節では、加工・改造をした買主の置かれた状況に着目して買主の免責を根拠づける見解を紹

介し、分析を加えていこう。

## 2 解除権者の置かれた状況への着目

### (1) 解除権放棄意思の不存在

瑕疵認識前の加工・改造であれば特別扱いが必要であるとの理解は、遅くとも一九世紀ドイツ普通法学の中に見出される。トライチュケは、一八三八年、前述の学説編纂第二二巻第一章第四七法文を引用し、「瑕疵担保解除や代金減額の請求権は、買主が購入物を破壊し、費消し、加工し、あるいは買主がその物を再び手に入れることができない形で転売したり、その他の方法で以前の状態に戻すことができなかったときに、消滅する」ことを原則としつつも、「上述のルールは、商品の隠れた瑕疵が加工を通して初めて気づかれ得たときには、例外を許容する」と説いた。<sup>39</sup> トライチュケによれば、このとき売主は、瑕疵担保解除か代金減額かという買主の選択に応じて対応しなければならず、買主が瑕疵担保解除を選んだ場合、この解除は未加工部分だけでなく加工部分にも及び、売主はここで買主が加工のために支出した費用や買主が受けてしかるべき報酬をも賠償しなければならない。

こうした理解は、一八六三年のザクセン民法典および一八六六年のドレスデン草案における明文規定にも表れている。ザクセン民法典九一八条およびドレスデン草案一八四条は、それぞれ次のとおりである。<sup>40</sup>

ザクセン民法典九一八条 物の取得者は、その物に欠陥があることの結果あるいは偶然の事情により物が滅失したために物を返還することができないときも、契約の破棄 (Aufhebung) を請求することができる。この場合において、

取得者は、なお手許に存在するものを返還し、かつ、譲渡人の債務が依然として存続する間、その物の滅失に至るまでに得た果実あるいは自身の過失により得られなかった果実を償還する。取得者が物を任意に処分したことでそれを再び調達することができないために、または改造により他の物になり、もしくは過失により滅失したために、取得者が物を返還できない場合には、取得者は、契約の破棄を請求することができず、反対給付の減額のみを要求することができる。ただし、改造の場合において、物に欠陥があることが改造の際に初めて明らかになったときは、契約の破棄が許容される。

ドレスデン草案一八四条 物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを任意に処分したため、または取得者がその物を他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解除を請求することができず、代金減額のみ要求することができるにとどまる。ただし、物に欠陥があることがその物の改造の際に初めて明らかになったであろうときはこの限りでない。

ザクセン民法典九一八条最終文およびドレスデン草案一八四条ただし書には同内容の規則が設けられており、この内容は先に見たフォン・キューベルの部分草案二〇号三二条ただし書、ひいては旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号の内容と一致する。フォン・キューベルは、ドレスデン草案の作成にかかわる委員会構成員であり、右部分草案の作成にあたってドレスデン草案の規定内容に多大な影響を受けたことは想像に余りある。<sup>41</sup>

それでは、瑕疵認識前の加工・改造を特別扱いする根拠は、どこに求められたか。買主の瑕疵担保解除を認め、売

主負担とする議論の端緒は、〈買主による瑕疵担保解除権の放棄がない〉との論理から始まった可能性がある。

この点、加工・改造の文脈において明確に瑕疵の知・不知による区別の重要性を説いたガライスは、一八七〇年、〈加工をすれば瑕疵担保解除権の放棄にあたる〉という原則的な理解には、いくつかの制限が必要であると説く。ガライスによれば、検査の目的のために不可欠な加工など、調査や品質確認の目的での物の損傷については、瑕疵担保解除権の放棄を含んでいない<sup>(42)</sup>。また、加工が瑕疵担保解除権の放棄とみなされるのは、買主が加工をする際にその瑕疵を知っていたか、知らなければならなかったときに限られなければならない<sup>(43)</sup>。すなわち、ガライスによれば、瑕疵が隠れていた場合における加工は、買主が物を承認したことを意味せず、解除権の放棄を帰結しない。

一九世紀中葉には、裁判例においても瑕疵認識の有無が重視され、買主の自由な使用により原物返還不能な状態になったとしても、当該買主の行為が瑕疵認識後になされたのでない限り、瑕疵担保解除権は排除されないと述べられる<sup>(44)</sup>のもあった。

このような普通法時代の学説・裁判例からは、〈瑕疵担保解除が排除されるのは、解除権放棄があつた場合である〉との理解を前提に、〈瑕疵発見前の加工・改造は瑕疵担保解除権の放棄ではないため、なお解除が許容される〉とのルールが形成されてきたことが確認できる。後にレーザーが、既に普通法時代において、瑕疵を知らずに加工・改造した場合に例外的に解除が許容されることが判例法理として形成されていたと言及するところである<sup>(45)</sup>。

もつとも、買主による解除権の放棄がなければ売主負担となるのは何故か。解除権の放棄がないだけで、返還不能リスクを売主に転嫁できるのは何故か。この時期の議論は、こうした疑問を残していた。

## (2) 権利認識と権利喪失の同時到来の不当性

その後、ドイツ民法制定後の二〇世紀前半には、加工・改造時に瑕疵を知らなかったことに旧四六七条一文後段の根拠が求められはじめた。

当時の議論の起点は、加工・改造による約定解除権排除を規定した旧三五二条の要件として、加工・改造者の過失が要求されるのか否か、不要であるとすれば何故かという点であった<sup>(46)</sup>。この点、制定後の通説は、加工・改造には過失があるのが通常であるとしつつも<sup>(47)</sup>、旧三五二条の適用にあたっては、その文言どおり過失が要件にならないと解した<sup>(48)</sup>。したがって、解除権者の相続人が解除権を有することを仕方なく知らずに改造をしたケースでは、過失がないものの解除権が排除されるという<sup>(49)</sup>。

それでは、加工・改造の場合、過失がなくとも解除が排除されるのは何故か。この点で、当時、買主の任意の処分（Verfügung）が解除権に与える影響を総合的に検討し、後の議論に影響を与えたコンツェは、改造によりその物が売主にとって完全に役に立たない形になるがゆえに解除権が排除されると説く<sup>(50)</sup>。そこで、ドイツ民法は、過失により解除権の存否を判断する旧三五一条とは別に、旧三五二条を設けたというわけである<sup>(51)</sup>。

この〈加工・改造により売主にとって完全に役に立たない物になるがゆえに加工・改造により約定解除権を排除すべき〉との論理は、本来、瑕疵担保解除の局面であろうとも妥当するはずである。しかし、加工・改造時点で瑕疵を認識していなかった場合、加工・改造により瑕疵担保解除権が排除されるとなれば、買主が瑕疵担保解除権を有することを認識すると同時にこの権利を失うことになる。二〇世紀前半のドイツ学説は、これを不当と評価し、旧四六七条一文後段の存在意義を説明した。すなわち、同規定は、旧三五二条を瑕疵担保解除に準用することで買主に生じる

不当さを調節するためであるとされ、この場合、右に見た売主の不利益は考慮されないと説かれた。<sup>(52)</sup>

以上のように、ドイツ民法制定後からしばらくは、旧四六七条一文後段の根拠として、(法定解除において当時語られたような)〈自己の物との信頼〉までは指摘されなかったものの、<sup>(53)</sup>買主が瑕疵を知らずに加工・改造したことに着目していた。<sup>(54)</sup>もつとも、権利認識と権利喪失とが同時に到来することの不当さに着目する当時の理解には、瑕疵の認識前後の買主にはどのような相違があるのか、瑕疵認識前の加工・改造であれば何故に免責されるのかという問題意識が存在しない。単に同時に到来することが不当であるとするならば、旧四六七条一文後段が改造の場合に限って規定していることの意味も問われなければならないはずであった。

### (3) 履行承認・矛盾挙動の不存在

瑕疵を知らずにした行為であれば何故なお瑕疵担保解除が認められるのかという問いにひとつの回答を与えるのが、履行承認や矛盾挙動がないためというものであるか。二〇世紀後半、旧三五一一条や旧三五二条が約定解除権を排除する根拠として矛盾挙動禁止原則がとりあげられたことに着目するならば、<sup>(55)</sup>〈瑕疵を知らずにした加工・改造は、後の瑕疵担保解除と矛盾するような先行行為とはいえない〉との論理が考えられる。

思い返せば、フォン・キューベルは、前述の部分草案三二一条に関する理由書の中で、取得者による任意の処分があった際には、その処分に給付の承認 (Billigung und Genehmigung) あるいは物の瑕疵を理由とした諸請求権の放棄 (Verzicht) が含まれていたかどうかに注目すべきと説いていた。<sup>(56)</sup>これは、いま問題となる同条ただし書部分について  
の言及ではなく、同条本文についてのものであるが、右指摘からキューベルは、履行認容意思、あるいは瑕疵担保解

除権の放棄意思という形で、あくまで「意思」に着目してリスク配分を決しようとしていたように思われる。このように「意思」に着目するのであれば、当該処分の際に物の瑕疵を知らない場合には、履行認容意思も権利放棄意思も欠く以上、なお瑕疵担保解除を許容することに繋がる。ここで権利放棄の部分に着目すれば、前述の(1)で見たのと同様の理解となるが、履行認容意思に着目するならば、ここに矛盾挙動禁止の視点から瑕疵認識前の加工・改造を特別視する論理を見ることが出来る。

ここで問題とされるべきは、矛盾挙動と評価するためには、瑕疵を知ったうえでの行為である必要があるかという点である。この点で参考になるのが、加工・改造といった買主の手許での行為に時系列的に先行する、買主の受領行為に関するドイツ民法制定過程での議論である。

この点、債務法改正前の四六四条は、買主が引き渡された目的物の瑕疵を認識しつつ、留保なく履行としての受領(Annahme als Erfüllung)をした場合、買主は売主に対し瑕疵担保責任を追及できない旨規定していた<sup>57</sup>。この旧四六四条の存在意義は、瑕疵担保責任における瑕疵の判断基準時に関わるとともに、危険負担論と関連して論じられた<sup>58</sup>。すなわち、危険負担において債務者主義が採用され、これに伴い瑕疵の基準時が契約締結時から引渡時に移行されると、その瑕疵が買主にとって「隠れた瑕疵」であるのか「明らかな瑕疵」であるのかの基準は、ローマ法原則のように契約締結時に判定するだけでは十分ではない<sup>59</sup>。そこで、契約締結時に買主が既に認識していた瑕疵や通常人が取引において通常払う注意を払っていたならば知りえたはずの瑕疵について売主が瑕疵担保責任を負わないとする規律(旧四六〇条)だけでなく、目的物の受領時に関する旧四六四条の規律が要求された<sup>60</sup>。第一委員会では、取得者が瑕疵を知りつつ留保なく受領した場合、解除権、代金減額権および代物引渡請求権が放棄されたと評価するのは自明である<sup>61</sup>。

とされ、「受取人が彼に履行目的で提供された瑕疵ある性状を有する物を、彼がその瑕疵を知らされていたであろうにもかかわらず留保なく履行として受領する場合、そうした行動には、瑕疵担保解除や代金減額、もしくは代物調達の権利の放棄が認められる。つまり、これらの権利を後に行使することは信義則に反する。そして、取引の利益にも適うのは、そうした権利の事後的追及を積極的な規定によって排除することである。」(傍点・引用者)とされたのである。<sup>62)</sup>

買主が瑕疵ある物を受領するにあたりその瑕疵を知っていたのであれば、それは瑕疵に基づく権利を「放棄」と認められる。もちろん留保なき受領は、放棄の意思表示そのものではない。その意味でここでの「権利の放棄」とは、買主が瑕疵を知りつつ留保なく受領しておきながら、その後になお瑕疵に基づく権利を主張することが「信義則違反」として許されないことを表している。ここでの信義則違反が、「矛盾拳動禁止 (venire contra factum proprium)」を意味することも明らかであろう。重要なのは、瑕疵に基づく権利を行使することが信義則違反ないし矛盾拳動と評価されるのが、瑕疵を知ったうえで受領した場合とされていることである。

こうして矛盾拳動禁止原則に着目すると、旧四六四条は、旧四六〇条とのみならず、解除権排除を規定する旧三五一条・旧三五二条、ひいては旧四六七条一文後段とも連続性のある規定として理解されたように映る。旧四六〇条と旧四六四条との間に連続性があることは、右で見た旧四六四条の制定過程から明らかである。①契約締結時に瑕疵を知っていた買主が瑕疵担保責任を追及できないとの旧四六〇条の規律は、瑕疵を知りつつ契約を締結したことを先行行為とする矛盾拳動禁止原則の現れと理解することができる。これに対し、②受領段階で働く矛盾拳動禁止原則の現れが、旧四六四条である。買主の「履行としての受領」を規定する旧四六四条は、買主による履行の「承認」や

瑕疵担保請求権の「放棄」が認められるゆえに設けられた制度であった。承認という先行行為ゆえに、その後これと矛盾する瑕疵担保請求権の行使が禁止される。さらに、③これらと似た構造を有するのが旧三五一条・旧三五二条であった。旧三五二条では、受領物を自らの意思で加工・改造し、返還不能の事態を引き起こしたがゆえに、以後、約定解除権が排除される。つまり、自己の物であることを前提とした行為を先行行為とした矛盾拳動を規律するのが旧三五一条・旧三五二条である。

もつとも、前者二つは瑕疵の認識を前提としているにもかかわらず、旧三五一条・旧三五二条では解除原因の認識が要件として要求されていない。ひとくちに矛盾拳動といっても、いかなる先行行為をもって矛盾拳動と評価するかについてバラつきがあるかのようにも見える。この点で、二〇世紀後半のドイツでの有力学説のように、買主が受領物を自己の物として自由に使用した以上、解除による売主へのリスク転嫁を認めるべきでないと考えれば、旧三五一条・旧三五二条による解除権排除の要件としては解除原因の認識が不要とも解しうる。これらの規定が矛盾拳動禁止原則の現れという点では旧四六〇条・旧四六四条と共通するものの、先行行為において解除原因の認識が不要とされる点で、契約締結時や目的物受領時のリスク配分基準とは異なることになる。

しかし、旧三五一条・旧三五二条について異なる理解も可能である。繰り返し返すように旧三五一条・旧三五二条は約定解除の規定であるところ、既に我が国での先行研究で触れられているように、ドイツでは、その是非はひとまず措くとして、解除権を留保した当事者は、将来、契約が解除され、受領物を返還することになる可能性を考慮に入れなければならず、したがって、受領時より、物を将来の返還に備えて注意深く取り扱う義務があると論じられる<sup>63</sup>。すなわち、約定解除の場合には、解除権者に解除可能性の認識（義務）が既にあると解するがゆえに、旧三五一条・旧

三五二条では解除原因の認識が明示的には要求されていないと理解することも可能である。このように理解すれば、この③の段階においても、解除原因を知ったうえで任意の処分をしたことが前提とされていることになる。先行行為の際に解除原因の認識があったことが矛盾挙動の評価にあたって重視されているがゆえに、旧三五二条を無条件に瑕疵担保解除権に準用することができないため、これに配慮したのが旧四六七条一文後段（改造の際に初めて瑕疵が初めて現れた場合の瑕疵担保解除の例外的許容）であると理解できる。旧四六七条一文後段に相当する第一草案の規定は三八七条であるところ、これが、旧四六四条に相当する第一草案三八六条の次に位置していたことも興味深い。

以上のように、矛盾挙動禁止原則との繋がりでも旧四六七条一文後段を理解することは、契約締結時や目的物受領時のリスク配分とも合致し、説得力がある。ただし、こうした理解に対しては、次のような二つの批判が想像される。一つは、このような理解によれば、改造の場合にのみ例外規定があることを説明できないとの批判であり、もう一つは、買主の手許に移って自由に使用している段階でのリスク配分が、当然に契約締結時や受領時のそれと同じでなくてはならないとする理由が示せていないとの批判である。後者については、契約締結時や受領時とは異なり、自由に使用するにまで至れば、瑕疵認識前であろうとも履行承認と捉え、もはや売主にリスク転嫁できないとの理解もまたありうるはずだからである。

#### (4) 自己の物との信頼保護

二〇世紀前半のドイツでは、約定解除と法定解除とで当事者の置かれた状況が異なることが前提とされ、（瑕疵担保解除と区別される）法定解除においては買主の自己の物との信頼が意識された。自己の物との信頼ゆえに、法定解除の

局面では、旧三二七条二文(「相手方の責めに帰することのできない事由に基づいて解除がされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定によつてのみ責任を負う。’)が存在し、旧三五〇条による危険の跳ね戻り(解除による売主への危険転嫁)も正当化されると論じられた。<sup>64</sup>ところが、二〇世紀前半には、こうした議論が必ずしも旧四六七条一文後段の根拠論には繋がっていなかった。

この状況の変化が、二〇世紀後半に生じた。瑕疵の不知、ひいては自己の物との信頼保護という観点から、旧四六七条一文後段を重視したのが、ウルリッヒ・フーバーであった。フーバーは、旧四六七条一文後段を、一般原則に関わるルールであると理解する。<sup>65</sup>すなわち、受領物の返還不能が、瑕疵自体から生じた場合、あるいは瑕疵を認識できない状況から生じた場合には、瑕疵担保解除が排除されないとの一般原則があると考える。旧四六七条一文後段は、こうした一般原則の現れとして理解されるべきであるとする。

フーバーの論理をもう少し遡って見てみよう。フーバーによれば、偶然滅失の売主負担を規定する旧三五〇条には、カメラが指摘したように、二つの異なった適用事例が含まれる。一つが、物の瑕疵とは関わらない、純粹な偶然滅失の事例であり、もう一つが、損傷のない状態で返還できないことが物が有する瑕疵の直接または間接の結果である事例である。売主がこうした危険を負担しなければならないことは法律上の原則であり、これは旧三五〇条でも暗黙に前提とされているといえるが、しかし、これを明示的に表現するのが旧四六七条一文後段なのである。事例で考えてみると、その際には二つの異なったケースが問題となる。一つ目は、売却された車のブレーキに瑕疵があったが故にその車が交通事故に遭って損傷した場合などのように、物の瑕疵が直接の原因となって物の滅失を引き起こす場面である。ワインのコルクの質が悪かったためにワインが劣化した場合や、売買目的物の梱包方法に瑕疵があったため

に搬出過程で損傷されたり買主の倉庫で劣化した場合などもこれに含まれる。この場面は、問題なく旧三五〇条で対応することができる。商品の滅失または損傷にもかかわらず、買主は瑕疵担保解除を請求することができる。それに對し、もう一つのパターンが、買主が購入物を加工し、その加工の際やその後に至って初めて瑕疵を知った場面である。旧四六七条一文後段は、こうした特別に重要な場面のみを規定した。こうしてフーバーは、買主が瑕疵を知らずにした行為の結果を売主の負担とすることが一般原則とまで述べ、旧四六七条一文後段をその一般原則の一表象と捉えた。<sup>(66)</sup>

もつとも、旧四六七条一文後段（およびそれを引き継ぐ三四六条三項一文一号）の制度趣旨をフーバーのように理解した場合にも、これまでの正当化根拠と同様に、同規定が改造についてのみ規定する意味が曖昧となる。フーバーのよりに理解すれば、瑕疵認識前の消費行為はもちろんのこと、瑕疵認識前の譲渡行為の場合にも買主の瑕疵担保解除が許容され、返還不能リスクが売主の負担となるのでなければ、平仄が合わないように思われる。

もちろん、実は、旧四六七条一文後段は、消費（Verbrauch）の際に初めて瑕疵が現れた場合にも類推適用されてきた。<sup>(67)</sup> 債務法改正後も消費行為に類推適用する見解が支配的である。<sup>(68)</sup> 買主は売買物を返還できないにもかかわらず完全な売買代金の返還を請求できるとされる。しかし、譲渡行為については、たとえ瑕疵を知らずに譲渡した場合であろうとも、同規定を類推適用しないのがフーバーも含めた多数の見解である。<sup>(69)</sup> また、改正の前後を問わず、ドイツの判例・学説は、瑕疵認識前であろうとも故意的破壊行為による返還不能については買主の負担であるとしてきた。<sup>(70)</sup> 右のようなフーバーの制度趣旨理解は、瑕疵認識前の譲渡や故意的破壊行為に関する議論と矛盾するおそれを有する。さらにいえば、買主が有する自己の物との信頼を根拠に買主を免責することについては、債務法改正前のドイツに

において批判が向けられ、我が国でも近時この批判が注目を集めている。<sup>(71)</sup> すなわち、買主が有する自己の物との信頼は、自身の給付を最終的に失わざるを得ないという自覚と不可分に結びついており、買主はこの自覚を伴ってはじめて受領物を自由に利用することができる。そうであるがゆえに、自己の物との信頼は買主を免責する根拠とはならないとの批判である。

原状回復におけるリスク配分を語るにあたり、契約不適合認識前の買主が有する自己の物との信頼が重要であることに変わりはないものの、これ自体を根拠に売主負担を語ることには、疑問も呈されている。

### 3 瑕疵（売主の義務違反）との因果関係への着目

#### (1) 具体的因果関係（瑕疵による価値低下または瑕疵による加工・改造目的の達成不能）の存在

思い返してみれば、これまで見た理解は、売主負担を導くにもかかわらず買主が免責に値することのみ指摘したにとどまっていた。ここで今一度思い起こされるべきは、旧四六七条一文後段の制定にあたって偶然滅失の場合（旧三五〇条）と同視すべきとされたことである。

旧三五〇条の根拠については、既に触れたとおり、売主が瑕疵物を引き渡したことに着目する見解があった。そこで、以下のように、瑕疵あるいは売主が瑕疵物を引き渡したことに着目して、旧四六七条一文後段を引き継ぐ三四六条三項一文一号を説明する見解がある。<sup>(72)</sup> たとえば、レヘルは、同規定の根拠を、返還債権者（売主）が物の瑕疵につき帰責性を有することに求める。<sup>(73)</sup> また、ベニツケは、買主が加工・改造をしても瑕疵ゆえに目的とした付加価値を作り出さないことが一般的であり、加工物も全体として価値が無いことを同規定の根拠として挙げる。<sup>(74)</sup> さらに、フェス

トは、売主の瑕疵ある給付こそが加工・改造過程において製品の価値を下げる原因であることに同規定の根拠が求められるとし、それゆえ、同規定は三四六条三項一文二号前段（返還債権者が損傷または滅失について有責であるとき）の典型的場面として整理し得ると説く<sup>76</sup>。同じくデルもまた、瑕疵ある給付ゆえに加工・改造物には価値がないことが多く、かつ目的とした付加価値が達成されないことを指摘し、加工・改造物に価値がないことと瑕疵との間には因果関係があることに着目する<sup>76</sup>。

実は、このように〈瑕疵による価値低下〉あるいは〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を売主負担の根拠とする見解は、債務法改正前においても主張されていた。我が国においても幾度となく参照されてきたカメラの論文においてである。カメラによれば、加工・改造こそ買主の自由な使用であり、彼のいう第三類型にあたり、瑕疵担保解除権が排除され、買主は代金減額請求で満足しなければならない。もつとも、そのカメラもまた、売買対象の改造やその他の利用の際に初めて瑕疵が現れた場合には、旧四六七条一文後段により別の判断が必要であるとし、瑕疵ゆえにそれらの行為が無駄になった以上、瑕疵が原因となって売買対象が滅失・損傷したケースであるカメラの第一類型と同様に取り扱われるべきと説いていた<sup>77</sup>。

なるほど、旧三五〇条の法諺とされる“*Mortuus Redhibetur*”（死んだ奴隷は返される）の起源は、奴隷の売買において売買時の病気ゆえに奴隷が死んだ事案を想定してのものであった<sup>78</sup>。そうであれば、この旧三五〇条と同視すべきとされた旧四六七条一文後段においても、瑕疵との因果関係に着目することは自然である。価値低下の原因が、加工・改造にあるというより瑕疵に存する場合もあるだろう。たとえば、本稿冒頭事例において、ゴムへの加工の際にゴムの契約不適合ゆえにゴムが裂けたという場合には、瑕疵ゆえに価値低下が生じたと評価することも可能である。

しかし、いま配分を検討しているリスクは、瑕疵物として価値が減じられているその物が、さらにそこから加工・改造により価値低下したリスク（＝原物（瑕疵物）返還不能リスク）である。そうすると、仮に〈瑕疵による価値低下〉を根拠とする場合、加工・改造が瑕疵の影響を受けなかった場合には、同規定の適用を受けない余地も見いだされる。たとえば、木材への加工のケースで、当事者が想定した以上に節が存在し、当該木材では契約目的を達成できない場合の価値低下は、木材を買主の使用目的に沿ったサイズに切断する等の加工をしたことにより生じている。少なくともこの加工の場合の価値低下は、瑕疵により生じたものではない。このように、瑕疵が原因での価値低下を狭く捉えようと、旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号の適用範囲が狭くなる余地がある。換言すれば、瑕疵と因果関係のない目的物の価値の減少・消失事例が同規定の射程に収まらない難点を有する。我が国では、民法（債権関係）改正により、契約不適合には品質の不適合の他に種類の不適合も含まれた。異種物の引渡しがなされ、加工・改造の際に不適合が現れた場合、異種物ゆえに加工・改造物の価値が低下するという事態は生じない。このような事態も想定したとき、契約不適合による価値低下を売主負担の根拠とすることには問題がある。

これに対し、〈瑕疵による価値低下〉ではなく、〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を根拠とすると、右の木材加工のケースでも同規定の適用を受ける可能性がある。右のケメラやベニツケらの表現は、こうした理解に整合的である。もともと、加工・改造が目的とした付加価値を創出することの不能は、契約目的の達成不能に等しいはずであり、そうであれば、買主が契約を解除する場面では必然的に、加工・改造の目的が達成不能と捉えうる。つまり、この根拠づけは、一見すると加工・改造に着目した論拠でありながら、解除が認められる場合に必然的に満たす基準となっている。瑕疵物の返還不能リスクの配分を検討しているにもかかわらず、瑕疵ゆえに契約目的を達成できない

ことそれ自体を理由として売主負担を決するものであり、少なくとも、解除の可否ではなく価額償還義務の有無によるリスク配分をする改正法のもとで、右のようなリスク配分基準は適当でないように思われる。あくまで返還不能（価値低下）事由と因果関係のある原因を探求しなければならない。加工・改造の目的が達成されない原因は問題でないはずである。

## (2) 仮定的因果関係〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉の存在

そこで、加工・改造による返還不能と瑕疵（物の引渡し）とを結びつけるにあたって、瑕疵の不知を重視し、〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉との仮定を前提とする論理が注目される。

旧三五〇条および債務法改正後にこれを引き継ぐ三四六条三項一文三号<sup>79</sup>では、相手方の義務違反や買主の自己の物の信頼をその根拠とするものが多いものの、前稿にて分析したように、相手方の義務違反と買主の瑕疵の不知とを併せ考え、〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉と買主の許で滅失・損傷とを結びつけて売主負担を説明する論理<sup>79</sup>があった。

こうした論理を加工・改造の局面にも敷衍すれば、旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号を説明するにあっても、〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉という形で、瑕疵物の引渡し（売主の義務違反）と加工・改造による返還不能とを結びつけて売主負担を説明する論理がありうるはずである。

事実、近年、売主の義務違反と結びつけて売主負担を説明しようとする動きがある。三四六条三項一文一号は債務

法改正の過程では特段議論がなかったが、債務法改正後の現在、同規定の制度趣旨をめぐって、改正前と少しニュアンスの異なる説明がなされるに至っている。たとえば、ファウストやカイザー、フーベルト・シュミットは、瑕疵が加工・改造前に明らかになっていたならば、買主は加工・改造をしなかったであろうし、その結果、加工・改造していない状態で瑕疵物を返還でき、価額償還義務を負わなかったであろうことを根拠として挙げる<sup>80</sup>。ここでは、買主が単に瑕疵を知らなかった（自己の物との信頼保護の前提）のみならず、瑕疵を知っていたれば加工・改造をせず、かつ瑕疵ある受領物を返還することができたことが重視されている。

ここにおいて、買主の故意的破壊行為は、瑕疵を知っていたとしてもしていただであろう行為として必ずしも免責されない余地が説明されることになる。また、瑕疵の不知および自己の物との信頼だけでなく、〈契約不適合を知っていたれば加工・改造をしなかった〉という論理が付け加わることによって、反対給付を負担するという買主の契約時の決定および加工・改造という買主の故意行為をリスク配分において重視することが問題視される。売主による瑕疵物の引渡しと加工・改造による原物返還不能との因果関係に着目する見解は、反対給付の負担を前提に買主の自己の物との信頼を保護しようとする見解に対する有効な反論になっていると評価できよう。

思い返してみれば、(1)で挙げたフェストやデルは、〈瑕疵による価値低下〉を三四六条三項一文一号の根拠として挙げつつも、ここにおいて瑕疵の不知をも併せ指摘していた。瑕疵を知らずに加工・改造をしているがゆえに、加工・改造という買主の故意行為が介入したとしても、加工・改造物の価値が下がっていることと瑕疵との間の因果関係が否定されないと論じていた<sup>81</sup>。

さらに、(1)で挙げた〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を根拠とする見解との関係を付言すれば、〈瑕疵に

よる加工・改造目的の達成不能〕は、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉ことの重要な間接事実として位置づけることができる。ケメラ―は、買主の自由な行為による滅失・損傷の危険を買主の負担としたため、瑕疵の不知や自己の物との信頼を直接の根拠として旧四六七条一文後段を説明したり、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉との論理でもって同規定を正当化することができなかった。しかし、繰り返しように、偶然滅失の売主負担を規定する旧三五〇条は、債務法改正において全面的には否定されなかった。（改正前の瑕疵担保解除を含む）法定解除では、解除の相手方の義務違反が存在し、あるいは法定解除権者の自己の物との信頼が保護されるべきとされる。そうであれば、改正後の今、三四六条三項一文一号の根拠を、解除原因の不知を媒介項として売主による瑕疵物の引渡しに求めることには整合性がある。このように見れば、三四六条三項一文一号もまた、同文三号と同じ論理でもって説明が可能な規定と理解できよう。

#### 4 我が国における加工・改造リスクの配分

ここまでの議論を整理して、加工・改造による返還不能リスクが売主負担になる論理の説得力を確認したうえで、同リスクが売主負担となることの意味を具体的に明らかにしておこう。

瑕疵を知らずにした加工・改造を特別視する議論は、遅くとも一九世紀ドイツ後期普通法学において見られた。瑕疵担保解除権の放棄を認定する前提として、解除権の認識が要求された（2節(1)参照）。その後、二〇世紀初頭には、瑕疵担保解除権を有することを認識すると同時に権利を喪失することを不合理であると評価して旧四六七条一文後段を説明する見解が登場する（2節(2)参照）。加工・改造時に瑕疵を知らなかったことに着目するといえるが、これは、

瑕疵を知らずにした行為はその後の瑕疵担保解除権の行使と矛盾しないとの評価に繋がるとともに（2節(3)参照）、より根本的には、瑕疵認識前の買主には自己の物との信頼があり、これを保護すべきであるとの論理に繋がった（2節(4)参照）。

もつとも、周知のとおり、二〇世紀後半には、（約定解除だけでなく）法定解除や瑕疵担保解除の場面においても、買主の許で生じた偶然滅失の危険が売主の負担となること（旧三二七条一文・旧四六七条一文前段が準用する旧三五〇条の帰結）へ疑問が呈されていた。たとえ自己の物と信じていようとも、それは売買契約であれば反対給付を負担したがゆえに保護される性質のものであること、また、受領物を自己の物として自由に使用をしておきながら、その後解除を主張してリスク転嫁を図ることは矛盾挙動であるとの理解が示され、その後一気に有力となっていった。自己の物と信じているがゆえ、この者に保管義務や注意義務の違反を観念できないために、矛盾挙動禁止原則が前面に出てきたともいえる。法定解除や瑕疵担保解除と約定解除との相違が意識されつつも、原状回復のリスク配分にあたっては、解除原因の認識の有無が重視されなかった。

しかし、このような状況下においても、旧四六七条一文後段が適用される場合に売主負担とする帰結自体は、多数により支持されてきた。買主の支配領域下で生じた滅失・損傷は広く買主が負担すべきと説いたホンゼルも<sup>82)</sup>、あるいは双務契約の清算という観点から買主負担を導いたレーザーも<sup>83)</sup>、旧四六七条一文後段で瑕疵担保解除が認められる場合には原物返還不能のリスクを売主が負うものと解していた。そして、旧三五一条の「過失」を拡大解釈することで旧三五〇条の適用領域を狭めて買主負担の範囲を拡大する解釈を展開したケメラが、旧三五〇条・旧三五一条での解釈と矛盾しない形で旧四六七条一文後段を説明するために持ち出したのが、旧四六七条一文後段のケースでは瑕疵

ゆえに加工・改造が無駄になっているとの論理であった。これを根拠としたリスク配分には疑問があるものの（3節(1)）、加工・改造は返還不能になることを認識してする故意行為であり、買主の自由な行為に他ならないにもかかわらず、買主の自由な行為があった場合に広く旧三五一一条により買主負担を帰結する見解においても、売主負担となることがかつてより承認されていたことが注目される。

その後ドイツでは債務法改正がなされ、旧四六七条一文後段の規律が改正三四六条三項一文一号に承継された。また、草案理由は、買主による自由な行為や危険を高めるふるまいがあったか否かを基準としてリスク配分する見解を、基準として曖昧な点を残す点で採用できないものと評価した。旧三五〇条は全面的に不合理なものではなく、法定解除の場合に限って合理性を有するものであり、その限度で維持すべきとされた。それどころか、自己の事務におけると同一の注意を尽くしていながらも生じた滅失・損傷からも買主を免責した（三四六条三項一文二号）。右のように改正三四六条三項一文三号が偶然滅失を超えて買主の免責を認めたことから、債務法改正後のドイツの通説は、同規定の制度趣旨として解除原因の認識の有無に着目する。法定解除に限った規定とされたため、旧法下と比べ、解除原因の不知を根拠としやすい法状況になった。

これにより、三四六条三項一文三号において、〈瑕疵を知っていれば契約の締結および瑕疵物の受取りをせず、買主の許での滅失・損傷もなかった〉との形で瑕疵物の引渡しと買主の許での滅失・損傷とが結び付けられる論理が主張される。そして、瑕疵を知らずに加工・改造した場合にも、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉との形で、解除原因の不知を仲介させて、生じた原物返還不能事由と瑕疵物の引渡しとを結びつけることにより売主負担を導く見解が主張されるに至っていた。

以上のような形で、瑕疵を知らずに加工・改造をしたことによる原物返還不能リスクは、ドイツにおいて種々の理由づけにより売主負担となることが論じられてきた。契約不適合認識前の買主は、引き渡された物を自己の物と信頼している。そうであるがゆえに、加工・改造をしようとも、それは履行として承認する行為ではなく、買主を免責するうえで矛盾挙動と評価されるような先行行為ともいえない。ただし、買主が有する自己の物との信頼については、前述のように、自身が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついていることが指摘される。買主が自ら反対給付を負担し、受領物を自由に使用したことが重視される。しかし、加工・改造という自由な行為にあたり、契約不適合を知らなかっただけでなく、〈契約不適合を知っていれば加工・改造をしなかった〉といえる場合には、反対給付を負担するという買主の契約時の決定および加工・改造という買主の故意行為を重視してリスク配分をすることに疑問を抱かせる。これが本稿でドイツでの議論を参照していくことで見えてきた重要な視点である。売主による瑕疵物の引渡しと加工・改造による原物返還不能との因果関係に着目する見解は、反対給付の負担を前提に自己の物との信頼を保護しようとする見解（Ⅱ反対給付の限度で買主負担を帰結する見解）に対する有効な反論になっていると評価できる。この見解の登場により、契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とすることは、説得力を持って論証されていると考える。

以上を踏まえ、契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主の負担とすることの意味を具体的に明らかにしておく。このリスク配分を考えるうえでは、次の三つのケースが想定される。<sup>84</sup>

- ①品質の契約不適合ゆえに受領時から物に価値がなかった場合
- ②品質の契約不適合にもかかわらず受領時の物に価値があったが、加工・改造により受領物の価値が失われた場合
- ③品質の契約不適合にもかかわらず受領時の物に価値があり、加工・改造によっても受領物の価値が残った場合

冒頭でも触れたとおり、近時の我が国の多数説は、買主の許で生じたりリスクについて、買主の支配下から生じたりスクであることや、買主が契約時にした対価負担の決定を根拠としてこれを買主の負担とし、買主に客観的価値の償還義務を課す。したがって、買主の加工・改造によるリスクはすべて買主負担となり、買主は、給付受領時の契約不適合物の価値を償還することになる。右の三つでいえば、①のケースでは元より価値がなかったため買主は価額償還をする必要がないが、②③のケースでは、加工・改造前の契約不適合物としての価値を償還することになる。

しかし、②③のケースにおいて価額償還義務を課すことには疑問がある。この点仮に、加工・改造が契約不適合認識後に行われたのであれば、(品質の契約不適合を除去する改良行為といえる極めて特殊な場合を除けば)それによる返還不能リスクは買主負担で良い。たとえ物使用の必要性・緊急性があったとしても、契約不適合を知らながら他の種類の物に変える加工・改造行為は履行認容といえようし、その後の解除によるリスク転嫁の主張は矛盾挙動と評価できる。それに対し、契約不適合認識前の加工・改造については、いかに故意行為が原因での返還不能とはいえず、右で述べてきたような論理から買主の免責および売主への帰責が認められる。右の①のケースで買主が価額償還義務を負わないのはもちろんのこと、②③のケースにおいても、買主は元の契約不適合物としての価値を償還する義務を負わない。こうした理解が、加工・改造により「他の種類の物に変えた場合」に限られず、そこに至らない加工・改造にも

妥当することは事の性質上当然である。

もつとも、②③のケースで買主が一定の免責を受けるとしても、③のケースで買主の許に残っている加工・改造物（に占めるもとの物の価値）はいかに清算されるべきかという問題が残る。そこで次章では、解除後の加工・改造物の帰属や、加工・改造物に占める（契約に適合しない）原物の価値の清算について検討していこう。

### Ⅲ 加工・改造物の帰属と清算

#### 1 総論

加工・改造物になお価値が残った場合、より正確には、加工・改造物に給付物の価値がなお残されている場合の清算のあり方をめぐっては、ドイツにおいて種々の見解が主張されてきた。加工・改造物を売主に引き渡す義務を認める見解や、加工・改造物を買主に帰属させたうえで加工・改造物に占める給付物の価値を売主に償還する義務を課する見解、加工・改造物の引渡しと価値償還とを売主や買主に選択させる見解、さらには買主のいずれの義務も否定する見解などである。もつとも、債務法改正後の現在、買主が価値償還をすることでの清算、すなわち、加工・改造物に占める瑕疵物（給付物）の割合的価値について買主の価値償還義務を認める解釈が多数を占め、大方議論の一致を見ているようである。以下では、それぞれの見解の根拠を見るとともに、債務法改正後の現在は何故に見解の一致を見ているのかに着目したい。

## 2 ドイツにおける議論状況

### (1) 債務法改正前

Ⅱ章でみたとおり、ドイツ民法の制定にあたり第一委員会は、加工の際に初めて瑕疵が現れた場合を偶然滅失の場合と同視すべきとした。加工・改造による返還不能リスクは売主が負担すべきものと理解された。それでは、加工物はそのように処理されるべきか。第一委員会はここで、必ずしも加工物そのものを返さなくてはならないとしない。第一委員会は、返還のあり方として、次の二つの選択肢を挙げている。すなわち、加工費用の支払と引換えにその新しい物を返還するか、取得者が新しい物を保持するならば、その取得者に生じた財産的利益を返還するかという二つである。このことは第一草案理由書でも繰り返し指摘されている。<sup>(85)</sup> この第一委員会での指摘および第一草案理由書の表現は、加工・改造物を手許に残すかどうかの選択権を買主に与えるかに映る。そこで、民法制定後にも、買主が両義務のうちどちらを履行するか選択できるとも捉えられる見解が主張された。<sup>(86)</sup>

もつとも、二〇世紀のドイツにおいては、右の二つを選択的な義務と捉えず、加工・改造物の返還義務を課す見解が有力であり、加工・改造物の返還義務が一般に認められているとまで説かれることがあった。<sup>(87)</sup> たとえば二〇世紀前半、エルトマンは、これを当然の義務としたうえで、この義務は、履行不能の場合に代償の引渡しを規定した旧二八一条からだけでなく、不当利得の観点からも生じると説いた。<sup>(88)</sup> また、二〇世紀後半には、たとえばホンゼルも、旧四六七条一文前段が（約定解除の効果として受領物の返還義務を規定する）旧三四六条一文を準用していることを指摘し、瑕疵担保解除権をした買主は改造により生じた形において物を返還しなければならぬと説いた。<sup>(89)</sup> もつとも、加工・改造物それ自体は、もはや給付物と異なる。このことをどう捉えるべきか。これにつき、本稿Ⅱ

章でもとりあげたコンツェやフランツ・メディクスは、買主の加工・改造物の返還義務と、買主の許に加工・改造物を残したうえでの買主の価額償還義務との関係に言及する。議論の起点は、売主の加工・改造物引取義務の有無である。コンツェやフランツ・メディクスによれば、売買時点で存在した売買目的物こそが返還対象であるところ、これは改造により他の種類の物に変えられた（旧三五二条）。したがって、旧四六七条一文後段によりなお瑕疵担保解除が許容された場合、売主が改造物の返還を望むのであれば買主は改造物の返還をしなければならないが、売主がこれを望まないときに売主に改造物の引取りを強制することはできない。もつとも、売主は、自身が改造物の返還に同意しないからといって、買主に対し完全な利益賠償や物に代えた価額償還を要求できない。ドイツ民法は、物の返還ができない場合、買主から瑕疵担保解除をとりあげて買主負担とするか、買主の解除を認めたうえで売主の損害賠償請求権を否定することによって売主負担としている。いま改造物の回復がされないのは、売主が引き取ろうとしないがゆえである。したがって、売主は買主に旧三四七条により賠償を求めることができない。ただし、売主には改造物の引取義務が存在しないのであるから、売主は決して受領遅滞状態にあるのではない。買主は、物を改造に利用したのであるから、旧三四六条により、売主に対して改造により自身が得た価値を返還しなければならない、とするのである。<sup>90</sup>

これに対し、加工・改造物はもはや給付物と異なることに着目して加工・改造物の返還義務を否定し、さらには買主の価額償還義務をも否定する見解がウルリッヒ・フーバーにより主張されていた。フーバーによれば、この新しい加工・改造物は、給付物と同一ではないため、給付物の返還を規定した旧三四六条一項は適用されない。通常、ここで想定する瑕疵物には、旧四五九条一項二文との関係で相当程度の瑕疵があるため、加工・改造物には価値がないか、

あるいは少なくとも買主が拠出した労務費用や資材出費と比べれば僅かな価値しかない。また、たとえ例外的に瑕疵物にそれなりの価値があったとしても、加工・改造物の返還の必要はないとしなければならぬとフーバーは述べる。こうして加工・改造物の返還義務が否定されるほか、フーバーによれば、買主は売主に対し不当利得返還義務も負わない。<sup>91</sup> フーバーは、旧四六七条について論じる中で、瑕疵担保解除の場合に、旧三四六条以下の解除規定のほかにも不当利得規定を適用することを否定していた。<sup>92</sup> 旧三四六条以下で規定された利益調整が不当利得法の介入によって修正されてはならないとするのである。こうしてフーバーは、たとえ加工・改造物になお価値があろうとも加工・改造物の返還は不要であり、なおかつ、(瑕疵物を元とした)当該加工・改造物を譲渡することにより利益を得たような場合の代償返還義務を除き、買主の価額償還義務を否定していた。

## (2) 債務法改正後

ところが、債務法改正後の現在、先述のように、加工・改造物に占める瑕疵物の割合的価値につき買主が価額償還をする義務があるとの解釈が多数を占め、大方議論の一致を見ている。<sup>93</sup> たとえばカイザーは、II章3節(2)で紹介した〈瑕疵を知っていれば加工・改造をせず、瑕疵ある受領物を返還することができた〉との根拠でもって、加工・改造により元の形で返還できないリスクにつき買主を免責することを正当化した。ただし、そのカイザーも、その加工・改造物が瑕疵にもかかわらずなお価値を有するのであれば、買主は三四六条三項二文によって利得の返還責任を負うとする。<sup>94</sup> 解除が認められるほどの瑕疵であるため、当該加工・改造物には価値がないことが多い。しかし、なお価値があるのであれば、三項二文により、その価額償還が必要になると解する。<sup>95</sup>

それでは、債務法改正前に主張されていた、加工・改造物の返還による清算はあり得ないのであろうか。ここでは、加工・改造物それ自体の返還義務が否定される理由を比較的詳しく論じているファウストの論理を見ていこう。ファウストによれば、加工・改造物は、(瑕疵ある)原物から生じた利得だけでなく、それを超えて、加工・改造のための出費やさらには加工・改造の際に投資した資材をも体现するものである。そうであるからには、加工・改造物の返還を義務づけるには、相当する補償の支払が必要となる。そこで、ここでの清算の選択肢は、相当する補償の支払と引き換えに加工・改造物の返還を要求するか、あるいは物の返還ではなく、買主が瑕疵物を手にしたこと得た利得を金銭で返還することを求め得るとするか<sup>(96)</sup>の二つである。もつとも、そもそも債務法現代化法では、返還債務者が加工・改造をした時点で、返還債権者はもはや当該加工・改造物の返還を求めえない。加工・改造物は給付物とは異なる新しい物であるとともに、加工・改造がなされた場合には物の返還に代わる価額償還義務が生じると規定したためである(三四六条二項一文二号)<sup>(97)</sup>。こうした規定構造を前提としたとき、二項一文二号の段階でいったん否定された加工・改造物の返還義務が、三項二文の段階で再度生じるのは整合的でない。そこで、ファウストは、加工・改造物は買主の許に残したうえで買主が価額償還をする解決策が支持されるべきであると説く。今回の改正により、加工・改造物それ自体を返還する必要があることが明確になったと述べられる。

こうして現在の多くの学説は、加工・改造物それ自体を返還する可能性について、加工・改造物それ自体は買主の労力や出費も含んでいることに加え、そもそも加工・改造物の返還義務については三四六条二項の段階で否定され、価額償還による清算をする構造になっていることから、三項二文の段階でも加工・改造物の返還義務は認められないとする。結果として、加工・改造物に占める瑕疵物の割合的価値が三項二文により償還されることになる<sup>(98)</sup>。

### 3 我が国における加工・改造物の帰属と清算

この点、ドイツ民法三四六条<sup>二</sup>項が規定する加工・改造がなされた場合の（原物返還に代わる）価額償還義務は、（解除権者が加工・改造をした場合に解除権の消滅を規定していた旧三二二一条と異なり）加工・改造者が解除権者である場合だけでなく、解除の相手方である場合にも妥当するルールである。つまり、本稿で検討している事例だけでなく、加工・改造の対象には何らの瑕疵がない事例も適用対象となる規定である。こうして、そもそも受領物に品質の契約不適合がなければ、加工・改造物について買主に帰属させたいうえで金銭による清算を図ることに合理性もあろう（この点で注(97)のファウストの議論も参照<sup>99</sup>）。

しかし、受領物に品質の契約不適合があり買主が解除したような本稿の冒頭事例に即していえば、受領物ひいては加工・改造物は買主にとって不要な物でしかない。とりわけ、我が国の改正民法においては、契約不適合には、品質の不適合だけでなく種類の不適合も含まれるところ、ここで引き渡された異種物の加工・改造をした買主に価額償還義務を認めるならば、買主に解除を認める意味が乏しい。契約目的を達成できないとして解除したにもかかわらず、加工・改造物になお価値があるとしてその分を金銭で賠償しなければならぬというのは不当である。加工・改造のケースで買主の許に価値が残る限り何らかの責任が肯定されることはやむを得ないものにも思えるものの、その責任のあり方として、加工・改造物に占める給付物の価値を金銭で償還させることは、買主にとって不要なその加工・改造物を買主に押し付けることになることが注目される。

日本民法には、ドイツ民法と異なり、加工・改造物それ自体の返還義務を肯定するうえでこれと抵触するような規定が存在しない。また、加工・改造に要した費用についても、加工・改造はそれこそ契約不適合により無駄になった

以上、同じく特段これを制約する規定がない我が国においては、買主が売主に請求することを認めることが可能に映る。我が国においては、（加工・改造物について一律に金銭での清算と割り切っているドイツと異なり）加工・改造物自体を返還することでの買主の責任負担のあり方が検討されてよい<sup>101</sup>。この帰結は、Ⅱ章4節において挙げた①②③のケースのうち、③のケースだけでなく、①や②のケースにおいても、買主にとって不要でしかない物の処分費を買主が負担しないことにも意味を見いだせよう。

#### IV 結論

我が国の解除効果規定の制定にあたっては、広く、ドイツ民法第一草案および第二草案を参照したことが知られる<sup>102</sup>。しかし、ドイツ民法草案が、約定解除、法定解除および瑕疵担保解除とを区別したうえで、約定解除の効果規定を中心に規定してこれを他で準用するという形を採ったためか、我が国の民法制定における審議にあたっては、ドイツ民法旧三四六条以下の約定解除の効果規定に注目が集まり、法定解除についての特則である旧三二七条二文だけでなく、旧四六七条一文後段についても、それらの草案段階の規定に具体的な言及がない<sup>103</sup>。日本民法制定時、瑕疵を知らずに加工・改造をした場合におけるドイツ民法草案の例外規定は、見落とされた可能性が高い。ドイツ民法第一草案では、法定解除と約定解除とでその効果論上の差異がさほど意識されていなかったこともあり、我が国の民法制定過程でも、効果における両者の違いが意識されていなかった。それどころか、本田純一の指摘するとおり、「約定解除を中心とした解除規定を持つドイツ法において、解除原因を解除権者が認識しうる状態にあるという前提で学説が

議論していたのを不履行解除の規定の中に無批判に受容した結果」、民法起草者は、改正前五四八条の適用場面として、「目的物の滅失について、解除権発生後（あるいは少なくとも解除原因を知ったのち）の法律関係を考えていたようであり」、「法定解除と約定解除の差異を認識していないだけでなく、目的物の滅失が解除権者のもとで、解除権発生後に生じたのか否かについても区別を意識していない」ように映る。解除原因を知ったことを前提としていたがゆえに、改正前五四八条一項で解除権が消滅することを、権利者による解除権の「放棄」と説明したのであろう。本田により、「起草者は五四八条で、解除原因を知ってから、解除権を行使するまでの間しか把握しておらず、解除原因を知る前も、解除権行使後も適用領域として考えていなかったこととなる」と分析される所以である。<sup>104</sup>

こうした法継受を背景として、我が国はその後も、ドイツ民法旧三四六条以下の議論に影響を受けてきた。その中でも、一九七〇年代以降に支持を集めたケメラヤーやレーザー、さらにはフルーメラの有力説が盛んに紹介され、定着していった。改正前五四八条二項の解釈において、解除権が存続しようともなお買主の価額償還義務を肯定する見解も、この影響を受けたものといえる。この方向性は、今般の民法（債権関係）改正後も維持され、解除の可否と返還不能リスクの配分とが切り離される。加工・改造行為のリスク配分に関する先行研究は見当たらないものの、買主の許で不可抗力滅失したケースであっても買主負担とするのが我が国の近時の多数説であることからすれば、加工・改造行為に至ってはなおのこと買主負担とすることが伺える。本稿I章の序論でも確認したとおり、解除権認識前の加工・改造により解除権が消滅することはないものの（改正五四八条ただし書）、買主の故意行為により返還不能を招いている以上、買主は物の返還に代わる価額償還義務を負うとする指摘が登場するに至っている。<sup>105</sup>このように、我が国の解除の効果におけるリスク配分論は、一九七〇年代以降から債務法改正前までのドイツ学説に多分な影響を受けて

きた。

しかし、本稿で見てきたように、日本民法制定時において法継受されなかったドイツ民法旧四六七条一文後段は、その後も、瑕疵を知らずに加工・改造したことにより原物返還不能となったリスクを売主の負担とする規定と理解され、カメラやレーザー、ホンゼルといった、買主の許で生じた原物返還不能のリスクにつき買主負担の範囲を拡大する解釈を展開した論者でさえも、この帰結を受け入れていた。確かに、加工・改造行為は買主の自由な行為に他ならない。それ以降返還不能になることを認識したうえでなされる故意行為である。しかし、こうした故意行為であろうとも、瑕疵認識前であれば免責されることが一貫して示されてきたのである。

本稿での検討結果は、既にⅡ章4節およびⅢ章3節にて述べてきたが、最後に改めてまとめておきたい。以下では、本稿での構成と同様に、買主の置かれた状況と売主の義務違反との繋がりとに着目して、契約不適合認識前の加工・改造による返還不能リスクが売主の負担となるべきことを論じよう。

まず、買主の置かれた状況に着目したとき、契約不適合認識前の買主が加工・改造をしようとも、その後の瑕疵担保解除と矛盾する挙動とはいえない。ドイツ民法の制定過程を辿ることで見えてきたように、**①**契約締結段階、**②**物の受領段階、**③**物の使用段階それぞれにおいて、瑕疵（解除原因）の認識がリスク配分において重要な基準とされた。我が国でも、契約締結時（**①**）における買主の解除原因の認識は、かねてよりとりあげられてきた。契約締結時に瑕疵を認識していれば、「隠れた瑕疵」について売主の責任を定めていた改正前五七〇条の瑕疵担保責任の追及ができない。改正法のもとでも、契約締結時に買主が契約目的物の欠陥等を知っていたのであれば、それを前提とした契約が成立するという契約解釈を通して、改正前と同様の帰結に辿り着く。また、契約締結後、物の受領時（**②**）におけ

る買主の認識も、瑕疵担保責任において判例・学説により注目されてきた。最判昭和三六年二月一五日民集一五卷一一号二八五二頁は、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容」した否かに着目し、債務不履行責任をなお追及可能か決するうえで、瑕疵の認識の有無を重視したのである。学説においても、「履行としての受領」に、債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区別する契機機能を与えらるとともに、瑕疵を知らずに履行としての受領をしていた場合には、履行としての受領という特定合意に瑕疵があるものとして債務不履行責任の「再生」を認める見解や、履行認容意思に瑕疵があったことを理由に弁済受領の有効性を否定して売主の瑕疵担保責任を追及可能とする見解、さらには、履行としての受領には「契約適合性の承認」（性状承認）が含まれないと理解し、受領物に瑕疵があった場合には売主の債務不履行としての評価も残っていると、瑕疵担保責任と債務不履行責任との併存を説く見解などが主張された<sup>106</sup>。これらは、それぞれ「履行としての受領」に付与する意味が異なるとはいえ、給付危険の負担にあたって、受領時の瑕疵の認識を重視している点で共通するものといえる。また、筆者は、前稿において、買主の受領時における契約不適合の認識の有無は、給付危険の問題にとどまらず、買主が受領した契約不適合物が滅失・損傷した場合のリスク配分にあたって重要であることを論じた<sup>107</sup>。本稿は、ここに、物を実際に使用する時点<sup>(3)</sup>、とりわけ加工・改造をする時点での買主の主観をとりあげるものである。**①②**と同様、契約不適合の認識なしに行われた加工・改造は、(矛盾挙動禁止の先行行為となる)履行承認とは評価できない。確かに、冒頭事例で買主が受領物を元の形のままで返還できないのは、当該物の瑕疵が原因ではない。直接的には買主の加工・改造行為ゆえに他ならない。この点で**①**や**②**の段階とは利益状況が異なるのは確かである。しかし、当該加工・改造行為がなされたのは、買主がその物を自己の物と信じたがゆえであり、自己の物である以上は自由に取り扱い扱うことが許されると考えたためである。

ただし、こうした買主が有する自己の物との信頼に対しては、買主自身が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついており、言うならば反対給付の負担を前提にしてのみ、そうした信頼が保護されるべき旨が主張される。買主自身がした契約時の決定と加工・改造という故意行為とに重きを置いてリスク配分をするものといえる。しかし、契約不適合を知っていれば契約を締結せず、加工・改造もしなかったといえる場合には、契約時の決定や買主の故意行為をリスク配分において重視することができないはずである。こうして解除原因の不知に着目し、仮定的因果関係を加味することにより、売主の契約不適合物の引渡しと加工・改造による返還不能との因果関係を肯定することができ、売主負担を正当化できることになる。〈契約不適合を知っていれば当該行為をしなかったか否か〉という基準は、買主が受領物を自己の物と信頼していようとも、たとえば故意的破壊行為については免責されないことを説明することができる。故意的破壊行為は、契約不適合を知っていたとしてもしたであろう行為とい得るからである。これに対し、本稿で検討してきた加工・改造は、わざわざ出費をして実施されるものである以上、まさに契約不適合を知っていたならばしなかったであろう行為といえよう。

本稿ではこの他、加工・改造後にもなお、加工・改造物中に、給付された契約不適合物の価値が残る場合の清算のあり方を検討した。本稿での検討結果は、ここで現在のドイツにおける通説的理解とは異なる結論を支持した。加工・改造物に占める不適合物の価値を買主に償還させることは、買主が望まないその物を押し付けられたに等しい結果を生む。債務法改正後のドイツでは、三四六条の詳細な規定構造ゆえに加工・改造物それ自体の返還による清算が否定されているが、このような規定に拘束されない我が国では、より柔軟に、不適合物の給付をされた買主を救済することが可能である。

冒頭事例において買主の解除を認めつつ買主に価額償還義務を課す（加工・改造による返還不能リスクを買主負担とする）のであれば、解除を認める意味が乏しいと言わざるを得ない。そのような帰結を是とするのであれば、解除を認めずとも、買主が契約不適合につき代金減額請求をすれば足りる。近時我が国では、買主（返還債務者）が原物返還不能な場合には原則として価額償還義務を負うものの、当該返還不能につき売主（返還債権者）に責任がある場合には例外を認める考え方が有力である。仮にこの見解を前提としたとしても、本稿で検討してきた返還不能を売主の義務違反と結びつける論理は、右有力説に対し、契約不適合認識前の加工・改造リスクを例外的に売主負担とする選択肢を提供することになる。

【付記】本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号19K13570）の交付を受けた研究成果の一部である。

(1) 本事例は、Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.361の Fall 3を基とした。なお、議論の混乱を避けるべく、ここではひとまず、引き渡されたゴムには品質の契約不適合があることを前提としておく。

(2) 大判明治四五（一九一二年二月九日民録一八輯八三頁では、立木の売買契約が解除されたものの、一部の立木には既に買主による加工がなされており、改正前五四八条一項の適用が問題となった。当事者間の契約は、山林五町一反一畝一五歩に生立する松杉立木の代金二〇〇〇円での売買契約であった。ところが、売主（被告）が当該立木の所有権を訴外所有者から取得することができなかつたため、買主（原告）は、売買契約を解除し、支払済みの売買代金の返還を求めて提訴した。これに対し、被告である売主は、立木中五七本を買主が既に伐採し、そのうち一五本に加工がなされ返還できない状態になっている

ことから、改正前五四八条一項の適用により解除権が消滅したと抗弁した。原審は、買主の解除権が改正前五四八条一項により消滅したとして原告（買主）の請求を棄却したのに対し、大審院は、原判決を破棄し、原審へ差し戻した。

大審院は、まず、改正前五四八条一項の趣旨につき、「民法第五百四十八条第一項ノ規定ハ契約当事者一方ノ解除権行使ニ因リ相手方ヲ原状ニ復セシムルニ付キ不確実ナル損害賠償ノ方法ニ依ルノ外適當ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ予想シタルモノ」と説く。この点は、同条の起草者である梅謙次郎の理解と同様である（梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』（有斐閣・一九八四年）四六〇頁。なお、こうした理解からも、契約解除が認められる改正前五四八条二項の場合には、返還不能等のリスクを売主が負担することが前提とされていたことがわかる）。

大審院判決は、こうした制度趣旨理解に続けて、次のように述べた。「契約ノ目的物数多アル場合ニ其中重要ナラサル僅少ノ部分ニ加工シテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ変シ又ハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタルモ尚ホ多大ノ部分残存シ一般取引ノ觀念ニ於テ原状回復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ヘキトキノ如キハ同法条ノ規定ニ依リ解除権ヲ消滅セシムル法意ニアラスト解スルヲ當然トス」。そして、当該事案においても、買主が既にした加工部分は僅少であり、残余の部分が返還できるのであるから、「一概ニ其売買ノ解除ヲ全然許ササルモノト謂ウコトヲ得ス」として、原判決には違法があると判断して破棄・差し戻しをした。

本判決は、受領物の返還ができない場合に損害賠償の問題とすることは、その算定の「不確実」さゆえに避けられるべきであり、この点から改正前五四八条一項の解除権消滅の制度が存在するとしつつも、当該具体的事案においては、加工済み部分の僅少さから契約の解除が認められる余地を肯定する。ただし、この判決が「全然」解除を認めない原審判決を破棄したことからすれば、〈同判決は、契約の全部解除を認めたい加工部分の損害賠償義務を例外的に認めた〉と見るべきか、あるいは〈同判決は、返還可能な部分に限った契約の一部解除を認めた〉と見るべきかは、必ずしも明らかでない。判決文の論理展開からすれば前者の理解が自然なように思え、学説においても本判決を前者の意味で理解するものがある。我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇六―二〇七頁、小野秀誠『叢書民法総合判例研究 危険負担』（一粒社・一九九九年）三二二―三二三頁。

これに対し、本判決を、(右のいずれでもなく) 契約の全部解除を認めたくえで加工済み部分の損害賠償を不要とする判決(加工済み立木の返還不能リスクを売主負担とした判決)として理解することは、本判決の論理展開からすれば難しいように思われる。もつとも、本判決では、冒頭事例と異なり、買主の加工対象に品質の契約不適合がない。すなわち、買主が加工した対象それ自体には瑕疵がなかった事案であった。冒頭事例のように物自体に欠陥が存在し、買主の加工が無駄に終わった場合については、別途そのリスク配分を検討する余地が残されているように思われる。

(3) 契約対象とされたゴムが種類物であるとともに、買主に引き渡されたゴムに強度が不足していただけであり、同種類の他のゴムであれば契約目的を達成しうる場合、瑕疵ある種類物の引渡しでは民法四〇一条二項の種類債権の特定が生じないと考えるならば、買主は、(受領物返還不能のリスクを負うもの) なお売主に対して瑕疵のないゴムの引渡しを請求できることになるのか。

(4) 改正前の段階から解除の可否とリスク負担とを切り離す見解が有力であったことについては、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) 八一頁を参照されたい。

(5) 潮見佳男『法律学の森』新債権総論I(信山社・二〇一七年) 六〇一頁以下、中田裕康『契約法』(有斐閣・二〇一七年) 二二〇頁以下、山本豊ほか『有斐閣アルマ』民法五契約(有斐閣・二〇一八年) 九八―九九頁(山本豊執筆)など。

(6) たとえば、山本敬三『民法講義IV—1契約』(有斐閣・二〇〇五年) 二〇二頁、潮見佳男『基本講義 債権各論I 契約法・事務管理・不当利得(第三版)』(新世社・二〇一七年) 六三三頁。また、法制審議会民法(債権関係)部会での審議では、第一分科会第二回会議事録五四頁での鹿野菜穂子幹事発言も同旨。さらに、最判昭和五一年二月一三日民集三〇巻一号一頁(改正前五六一条による解除の事案)も、買主の目的物返還不能につき売主が有責である場合に、買主が価額償還義務を負わないことを認めている。

(7) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」一六一―一七頁。同提案に対する検討文献として、円谷峻編『民法改正案の検討 第一巻』(成文堂・二〇一三年) 九九頁以下(松尾弘執筆)。

(8) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」一九頁。

- (9) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」五〇頁。
- (10) 法制審議会民法（債権関係）部会第一分科会第二回会議議事録五六頁〔潮見佳男幹事発言〕。
- (11) 中田・前掲注(5)二四三頁は、「現行法の規律に対しては、たとえば、売買契約の目的物に瑕疵があった場合に、買主がそれを知らないまま費消や加工等した場合にも、解除権が消滅するのは妥当でなく、その分についての価額返還で足りるはずだとの指摘がある」と述べたうえで、本文で挙げた中間試案の概要や、「不完全な物であることを知らずに費消ないし加工した場合に、解除権が消滅すると解すべきかは疑問であろう」と述べていた藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論〔第三版補訂〕有斐閣Sシリーズ』（有斐閣・二〇〇九年）四九頁〔磯村保執筆〕を引用している。
- (12) このような指摘は、法制審議会において内田貴によってなされていた。法制審議会民法（債権関係）部会第一分科会第二回会議議事録五四―五六頁〔内田貴委員発言〕。内田は、「受け取った価値の低いものを価格で返す」となれば、「結果的には減額をするのと同じになる」と指摘し、五四八条削除案のメリットがどこにあるのかを問題としていた。そのうえで、内田は、返還債務者の「価値の返還義務が一定の場合になくなる、あるいは小さくなる」と解するのであれば、五四八条を削除することと結論に差が生じ、同条を削除するメリットになると指摘する。
- これに対し、潮見佳男は、解除を認めただうえで価額償還義務を課したとしても、この償還すべき価額の算定や代金減額の考え方次第で両者は必ずしも同じ結論にはならないことを示唆するとともに（同議事録五五頁）、仮に結果が同じになろうとも、加工・改造により解除が認められなくなることを自体を問題視する（同議事録五六頁）。
- (13) 拙稿「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」日法八三卷一号（二〇一七年）五五頁以下。
- (14) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法関連条文（邦訳にあたっては、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（日本評論社・一九九五年）および椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社・一九八八年）を参照した）

【旧第四六七条】

約定解除に適用される第三四六条から第三四八条まで、第三五〇条から第三五四条まで、および第三五六条の規定は、瑕疵担保解除に準用する。ただし、第三五二条の場合において、瑕疵が物の改造の際に初めて現れたときは、瑕疵担保解除は排除

されない。売主は、買主に対し、契約費用をも賠償しなければならない。

【旧第三五〇条】

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

【旧第三五一条】

解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について、解除権者に過失があった場合に、排除される。対象の重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とし、第二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

【旧第三五二条】

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

(15) 「加工」・「改造」に相当するドイツ語としては、「Verarbeitung」と「Umgestaltung」のほか、「Umbildung」も用いられることがある。我が国では、「Verarbeitung」を加工と、「Umgestaltung」や「Umbildung」を改造と訳すことが多い。そこで本稿でもこれに倣うこととする。椿寿夫Ⅱ右近健男編・前掲注(14)二七五頁〔青野博之執筆〕、およびマンフレート・ヴォルフⅡマリーナ・ヴェレンホーフアー（大場浩之Ⅱ水津太郎Ⅱ鳥山泰志Ⅱ根本尚徳訳）『ドイツ物権法』（成文堂・二〇一六年）の条文資料〔鳥山訳〕を参照。

(16) ドイツ民法三四六条の邦訳にあたっては、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。なお、三四六条の一般的説明については、拙稿・前掲注(4)八八頁以下を参照されたい。

【第三四六条（解除の効果）】

1 契約当事者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、価額償還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、価額償還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額償還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 価額償還義務は、次の各号の場合に消滅する。

- (1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象の加工または改造の際に初めて現れたとき
- (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。

(17) Thomas LOBINGER, in: Hans Theodor SOERGEL Kommentar zum BGB., Band 5/3, Schuldrecht 3/3, 2009, § 346 RdNr. 108. 実はこうした論理は、ドイツ普通法学においても見られた。加工・改造をした買主が瑕疵担保解除を認められる場合でも、買主は売主に生じた損害を賠償しなければならないという形で、加工・改造による原物返還不能リスクを買主負担とするものがあつた。この点でハナウゼックの見解につき、後掲注(24)を参照されたい。

(18) エルンストは、この解釈にあたり、利得消滅の抗弁を規定するドイツ民法八一八条三項に関するフルーメの見解を持ち出している。ここでフルーメの見解とは、買主の契約時の決定に着目して、利得消滅の抗弁の適用範囲を限定することで、生じた滅失・損傷の買主負担を導くものである。同理論についての我が国での近時の論稿として、湯川益英「給付不当利得の消滅と受領者の『財産上の決定』——ヴェルナー・フルーメの給付不当利得論」獨協法学一〇七号（二〇一八年）一頁以下。

- (19) Wolfgang ERNST, Sachmängelhaftung und Gefahrrtragung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S.216, 235 f. このほか、ディーター・メディクスの主張によっても、改正法のもとで買主負担となる余地がある。メディクスによれば、三四六条三項二文は、解除にもかかわらず返還債務者（買主）が利得を得ることを禁止したと解釈できるものであり、残った利得を返還させるにとどまらない。たとえば法定解除権者である買主の許で物の損傷が生じ、それが不可抗力によるものであるが故に三四六条三項一文三号により買主が免責されようとも、返還債務者（買主）はもはや支払済みの売買代金の全額を返還してもらえず、瑕疵ゆえに余計に払いすぎた分が返還されるに過ぎないとする。結果として、解除は代金減額権へと制限されることになる。こうしたメディクスの理解からしても、瑕疵を知らずにした加工・改造による原物返還不能リスクが買主負担となりうる。Dieter MEDICUS, in: Egon LORENZ (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, S.205.
- (20) この点を指摘するのは、Franz MEDICUS, Die Vollziehung der Rückgewähr bei der Wandelung : ein Beitrag zur Erläuterung des § 467 BGB., 1914, S.53; Ernst KAUFMANN, Welchen Einfluss hat eine vom Käufer vorgenommene Verfügung über die Kaufsache auf die aedilizischen Rechtsmittel?, 1901, S.48.
- (21) Rolf KNÜTTEL / Berthold KUPISCH / Hans Hermann SEILER / Okko BEHRENDTS (Hrsg.), Corpus Iuris Civils. Text und Übersetzung, Band VI, 2005, S.39, 41. 邦訳にあたっては、京都大学西洋法史研究会「ユスチニアヌス帝学説編纂邦訳(6)」法学論叢六四巻五号（一九五八年）九頁および一二頁を参照した。
- (22) ハナウゼックは、加工・改造行為を、①瑕疵を除去しようとする改良行為、②損傷行為、③変更行為とに分類する。本文で挙げたハナウゼックの見解は、狭義の加工・改造を意味する③についてのものである。なお、ハナウゼックは、②のときには瑕疵担保解除権が排除されるのに対し、①のときには当該加工・改造行為を買主の瑕疵担保解除権の放棄とみなすべきではないとして瑕疵担保解除権が排除されなかった。Gustav HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 1 Abth., 1883, S.147.
- (23) 改造後もなお元に戻すことができるのであれば瑕疵担保解除が許されるとの理解は、当時の一般的な見解であった。たと

ゲザグ Friedrich Christian GESTERDING, Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edict der Aedilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria, in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd.6, 1833, S.39 ff.

(24) ハナウゼックは、この議論にあたり、瑕疵を知ったうえでの改造か否かを明確に区別していない。もともと、ハナウゼックは、買主が物を使用するためにそのような改造が不可欠であった場合、権利の放棄とはならないものの、買主は売主に生じた不利益を賠償しなければならぬとする。この場合の改造は瑕疵を知らずになされる場合が多いはずであることを考えると、ハナウゼックはこの文脈で瑕疵の認識の有無を重視していなかったように思われる。このことは、ハナウゼックが、消費行為について論ずる際には瑕疵の知・不知で区別して論じていることとの対比からも、裏付けられる。

さらにハナウゼックは、新しい物への改造に至っておらず瑕疵担保解除が排除されない場合にあっても、瑕疵担保解除をした買主には自らした改造を通して生じた不利益を売主に賠償する義務があると認める。ハナウゼックによれば、こうした賠償義務から逃れたい買主は瑕疵担保解除をしなければならない。これは、右で述べた瑕疵を知らずに消費した場合（ハナウゼックが瑕疵担保解除をなお認める場合）でも同様であり、解除が認められるにもかかわらず、買主は得られたものをすべて返還しなければならぬとして賠償義務があると説いていた。

以上につき、Gustav HANAUSEK, a. a. O. (Fn.22), S.147 f.

(25) Gustav HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 2. Abth., 1. Hälfte, 1884, S.66.

(26) バイエルン民法草案三二四条は次のとおりである (Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 3, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1973, S.107. なお、邦訳にあたっては、本田純一「給付利得と解除規定(1)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城法学一号(一九七八年)三〇〇頁を参照した)。

【バイエルン民法草案三二四条】

売却された物が、占有移転時から存在していた瑕疵の結果としてではなく、瑕疵担保解除の主張以前に、別の偶然の事情に

よって滅失し、または買主の占有を離れ、もしくは以前の形で返還されえないほど変更されたときは、買主は売買代金の減額のみを請求することができる。

(27) Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB, Band 3, 12. Auflage, 1991, § 467 RdNr. 65 f., 14a.

(28) 前掲注(19)で紹介したメディクスの理解も同様に批判される。Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.341は、メディクスの理解によれば、三四六条三項一文三号の評価と矛盾するのみならず、偶然による滅失・損傷の場合ですら解除権者(返還債務者)負担という帰結を生み、(草案理由書および諸学説により、改正法は旧三五〇条よりも危険の跳ね返りの範囲を広げたという評価がなされていることに反し)改正前よりも、返還債務者に厳しい責任を負わせることになってしまうと指摘する。事実、メディクス自身も、フォーラムにおいて自らの提案が大胆なものであることを認めている。Dieter MEDICUS, a. a. O. (Fn.19), S.205.

(29) BT-Druks.14 / 6040, S.196.

(30) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2012, § 346 RdNr.219. こうした理解から、三四六条三項二文の意義を考えるにあたっては、三四六条二項や三項一文の価値判断を前提にすべきと主張され、返還債務者が受け取った物そのものやその価値はここでの残存利得とはならないと解釈される。三項二文では、受領物を使用することで得られた利益や物自体の代償など、受領物に基づいて得られたものだけが問題とされるのである。二四六条三項二文は、ドイツ民法二八五条と同様の機能を有することになる。以上につき Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.1), S.370; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.341 f.を参照。

そして、不当利得法における利得消滅の抗弁(ドイツ民法八一八条三項)や厳格責任(ドイツ民法八一九条)についても、あくまでこうした解除効果規定体系と矛盾しない限度でのみ適用の対象になると説かれる。たとえば、八一八条三項の利得消滅の抗弁については、加工・改造製品が壊れたり盗まれたりした場合にその適用を認める。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.353. また、厳格責任についても、解除原因の認識前の買主にはその受領物が以後も自己の物であり続けることへの信頼があり、これは保護されるべきとして、解除原因の認識後から適用されると解されている。Reinhard GAIER, in: Münchener

Kommentar zum BGB., Band 3, 2019, § 346 RdNr.58; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.218; Helmut GROTHE, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth, Kommentar zum BGB., Band 1, 2012, § 346 RdNr.57.

(31) この点は、拙稿・前掲注(4)八七頁を参照されたい。

(32) Werner SCHUBERT (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S.376.

(33) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.572 f.

(34) ラテン語の“specificatio”に相当する用語であり、以下の文献では、これが加工と訳されている。栗生武夫「加工の歴史」『入會の歴史其他』(日本評論社・一九四三年)九三頁以下、原田慶吉『ローマ法〔有斐閣全書〕』(有斐閣・一九五五年)一〇七頁、フリッツ・シュルツ(真田芳憲Ⅱ森光訳)『ローマ法の原理』(中央大学出版社・二〇〇三年)三九頁。この点で、Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.54を参照。

(35) 部分草案三二二条は、ほぼそのままの形で編集委員会決議暫定集成九二条となった後、約定解除の効果を詳細に規定し、これを瑕疵担保解除に準用する体系が採られた関係で、約定解除の規定と瑕疵担保解除の規定とに分解された(約定解除の規定を準用する体系になったことを、解除制度の沿革史から説明するのは、ハンス・ゲオルグ・レーザー(福田清明訳)「日本民法との比較におけるドイツ民法典の解除制度の発展史」西村重雄Ⅱ児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統——日本民法典百年記念国際シンポジウム』(九州大学出版会・二〇〇〇年)五〇六頁および五一〇—五一二頁)。

部分草案三二二条および編集委員会決議暫定集成九二条のうち、過失による滅失や任意の処分、加工・改造による他の種類の物への変更の場合に瑕疵担保解除(Wandelung)が排除されるとの規律は、そのまま約定解除の規律として規定された。約定解除の効果は第一草案四二七条以下で規定されるが、その四三〇条三号で、解除が許されない場合として、「解除権者が、受け取った物を加工または改造によって他の種類の物に変えたとき」が挙げられ、これが第二草案三〇二条二号に引き継がれ、旧三二二条に結実する。

他方、部分草案三二条における改造の例外規定部分は、瑕疵に関係するものであるため、瑕疵担保解除固有の規律として第一草案三八七条に整理された。第一草案三八七条二号には、「第四三〇条三号の規定は、瑕疵が改造の際に初めて現れたときは適用されない」と規定され、これが第二草案四〇三条三文ただし書となり、旧四六七条一文後段に結実した。

以上につき、Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.33), S.582 f.; 586; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der un veröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S.170 ff.

(36) ただし、第一草案理由書では、加工により原則的に瑕疵担保解除権が消滅する理由として、加工は、物の滅失とだけでなく、返還を不可能にする任意の処分とも同様の取扱いを受けるべきことが付記されている。Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1979, Motive, S.128.

(37) 本田・前掲注(26)三〇三頁。

(38) 小野秀誠『給付障害と危険の法理』(信山社・一九九六年)一〇一頁。なお、同九三頁注(6)および同九五頁注(11)も参照。また、民法典成立後のドイツ学説の多くが旧三五〇条の効果をほとんど疑わなかった理由として、同一〇四頁は、「瑕疵がある物を買った売主よりも、契約に従った買主の利益を優先するべきこと、瑕疵がなければ買主は契約を締結しないであろうから、解除権の行使によって契約がなかったのと同じ状態を回復するべきこと」にある」と述べる。

(39) Georg Carl TREITSCHKE, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Warenhandel, 1838, S.242 f. なお、一八六五年に第二版が出版されており、本文で取りあげた記述も維持されている(同三六七―三六八頁)。

(40) ザクセン民法典については、Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 4, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 / 1865, S1111を、ドラスティン草案については、Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, 1973, S.37を、それぞれ参照した。

(41) 平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと(2)」岡山大学教育学部研究集録五八号(一九八一年)二四頁を参照。

- (42) Carl GAREIS, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht, 1870, S.146 f.
- (43) Carl GAREIS, a. a. O. (Fn.42), S.147.
- (44) OAG Dresden vom 16. 2. 1847, Seuff. Arch. II. Nr. 170.
- (45) Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S.66.
- (46) ここでもし仮に、旧四六七条一文後段に関する第一委員会での指摘を踏まえ、物の加工・改造は物の滅失と同視でき、それゆえに帰責性のない加工・改造を偶然滅失(旧三五〇条により売主負担)と同様に評価すべきと考えるのであれば、解除権を排除する旧三五二条の要件として過失を要求すべきようにも思える。これにより、偶然滅失の売主負担を定める旧三五〇条と區別せらるるべし。ハの点も、Friedrich SCHOLLMAYER, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte, 1900, S.262 f.
- (47) Ludwig ENNECCERUS, Recht der Schuldverhältnisse, 15.-17. Aufl., 8. Bearb., 1922, S.114 Anm.8; Friedrich SCHOLLMAYER, a. a. O. (Fn.46), S.262 f.
- (48) Paul OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, 5. Aufl., 1928, § 352 RdNr.1; Hans CONZE, Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilitischen Rechtsmittel : Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss., 1903, S.63.
- (49) Ludwig ENNECCERUS, a. a. O. (Fn.47), S.114 Anm.8; Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.65 f. ハの理由も、トンは「瑕疵が既に「現れた」後に買主が死亡し、しかしその相続人が瑕疵についての心当たりもなしに改造をしたという事例において、買主(被相続人)は自身の瑕疵担保解除権を失うことなしに改造をなし得なかったのであり、相続の発生によって売主が再び不利な立場におかれてはならないことを挙げる。ロンツェと同様に解するのは、Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.56 f.
- (50) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.63 f. なお、エンネクツェルスらが加工・改造には通常過失があると評するのに対し、

コンツェは、製品に加工する目的で物を購入した買主がそれを加工した場合、この買主に帰責性があるとは言い難いと指摘している。

(51) フランツ・メデイクスも、改造前の段階で既に瑕疵が現れていた場合には、買主の過失を問うことなく瑕疵担保解除権を排除するのが妥当であるとして、旧三二二条が旧三二一条と区別して過失を問題としなかった点を肯定的に受けとめる。

Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.55.

(52) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.64 f.; Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.55 f.

(53) 当時は、「(瑕疵が)現れた」との要件の解釈においても、同文言を必ずしも当該買主の純粹な瑕疵認識と結びつけて解されなかった。さすがに、同要件を純粹に客観的に解釈し、瑕疵が何らかの形で現れていた場合にはたとえ買主がこれをまったく認識しえないときであっても旧四六七条一文後段の適用を認めない見解 (Ernst KAUFMANN, a. a. O. (Fn.20), S.50) は、その結論の不当さが批判され、同文言に瑕疵の認識という主観的要素を読み込む理解が多数であった。もともと、この中にあっても、ライストゥナーのように、同要件を純粹に主観的な要件と理解して買主の瑕疵の認識の有無を基準とする見解 (Jakob LEISTNER, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900, S.62) だけでなく、「現れた」との文言は明らかに客観的な表現であることを強調し、買主の純粹な認識は重視すべきでないと考えざるものがあった。Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.64 f.; Albin ROSSNER, Der Einfluß einer Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schuldengegenstandes auf Rücktritts- und Wandelungsrecht, Diss., 1911, S.23.

(54) なお、ドイツ学説は、旧四六七条一文後段の制定直後より、改造後に瑕疵が明らかになった場合にも同規定の適用を認めていた。Heinrich DERNBURG, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2, Die Schuldverhältnisse, 2. Abt., 4. Aufl., 1915, S.86; Ludwig ENNECCERUS, a. a. O. (Fn.47), S.331 II 1b).

(55) Ernst WOLF, Rücktritt, Vertretennüssen und Verschulden, AcP., 153, 1954, S.135 ff. の理解が連邦通常裁判所に採用され、通説的理解となった。BGH vom 10.11.1971—VIII ZR 155/70—NJW., 1972, S.155 ff.

(56) Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.32), S.419.

(57) 【旧四六四条】買主は、瑕疵を知っていたにもかかわらず瑕疵ある物を受領する場合、瑕疵に基づく権利を受領の際に留保するときのみ、第四六二条および第四六三条に定められた請求権が認められる。

この旧四六四条の制定過程については既に、北居功により、危険負担論や瑕疵担保責任論、買主の検査・通知義務論との関係も含めた詳細な紹介がなされている。北居功『契約履行の動態理論Ⅱ』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）二七六頁以下。本稿の検討もこれに負うところが大きい。

(58) 北居・前掲注(57)一七〇頁以下を参照。

(59) 北居・前掲注(57)二七六頁。

(60) 北居・前掲注(57)二八九頁注四七を参照。

(61) 実はキューベルの起草した部分草案には、契約締結時の取得者の主観を問う部分草案二四条は存在するものの、受領時の取得者の主観を問う旧四六四条に相当する規定がなかった。これにつきキューベルは、もちろんこの問題を認識しつつも、提案理由の中で次のように語っている。「取得者が、確かに契約締結時には瑕疵の存在や保証された性状の不存在を知らなかったものの、引渡し時には知るに至ったにもかかわらず、その物を留保・責問なしに受領する場合、たいていそこには（瑕疵にもかかわらず）物の承認（Billigung oder Genehmigung der Sache）が見出される」。そうすると、取得者はその後瑕疵に基づく権利を認められないことになるが、キューベルはこのことを特段法律に定める必要がないと判断した。Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.32), S.416. この点も既に、北居・前掲注(57)一七二頁および二七六頁が紹介している。

(62) Horst Heinrich JAKOBS / Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.35), S.135 ff. 瑕疵を認識しての留保なき受領によりどのような権利が失われると解するかについての議論の詳細は、北居・前掲注(57)二七七頁を参照されたい。

(63) たとえば、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疊的性格」判タ五五七号（一九八五年）四二頁。なお、この本田の指摘は、本稿IV章の本文にてとりあげる。

(64) こうした旧三二七条二文および旧三五〇条に関する学説上の議論については、本田・前掲注(26)三〇八頁以下、小野・前掲注(38)二二四頁以下、および花本広志「草案三四六条（解説）」下森定Ⅱ岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法

政大学出版局・一九九六年）九一頁以下を参照。本田・同三〇八頁は、「通説的な考え方は、…法定解除の場合にはド民三二七条二文を適用して解除権者に現存利益の返還と引換えにする代金返還請求権を認容する」と整理する。

(65) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.63.

(66) こうしたフーバーの理解からすれば、買主が瑕疵を知った時、旧四六七条一文後段が要件とする「瑕疵が現れた」ことになる。瑕疵が改造の際ではなく改造後に初めて現れたときには、なおさら瑕疵担保解除権は排除されるべきではない。また、フーバーによれば、同規定の基準は、改造時に瑕疵を知っていたか否かであり、瑕疵を知ることが可能であり、知らなければならなかったか否かではない。この理由として、加工前の買主には物の瑕疵を調査する義務がないことなどが挙げられる。Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.65. 旧四六七条一文後段に言及する研究は少ないものの、こうした理解は当時の一般的理解でも認められる。Heinrich HONSEL, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 1995, § 467 RdNr.11.

(67) この根拠として、たとえばフーバーは、消費した物に価値があったことを理由にここで価額償還義務を認めてしまえば買主の解除は実質的に代金減額に制限される結果となることを指摘し、これは旧四六七条一文後段およびその基礎にある法原則と一致しないと説いた。Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.69.

(68) Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB, Band2.1, 2017, § 346 RdNr.52; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.175; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.58; Christoph BENNICKE, Pflicht zum Wertersatz im neuen Rücktrittsrecht bei Verbrauch und Veräußerung, ZGS, 2002, S.369 ff. なお、消費物の瑕疵の例としては、購入したロウソクが過度に滴り落ちるロウソクであった場合が挙げられることがある。

(69) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.75 ff. 契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分については、紙幅の関係上、別稿にて論じることとする。

(70) 拙稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して」日法八四卷一号（二〇一八年）一四五頁。

(71) この点については、筆者は以前、買主（受領物の返還債務者）が返還不能リスクを負担し、価額償還義務を負う場合の、

償還すべき価額(物の客観的価値か契約の対価額か)を検討するに際して、ドイツおよび我が国での議論を紹介した。拙稿「原状回復における対価合意の意義——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって」日法八五卷二号(二〇一九年)三七一頁以下のうち、ドイツにおける議論は二九四—二九七頁を、我が国における議論は三八〇—三八六頁および注(38)に挙げた文献を参照されたい。

(72) 本文で挙げたもののほか、カイザーは本文(2)で挙げるとおり、三四六条三項一文一号の根拠を〈瑕疵を知っていたならば加工・改造をしなかった〉ことに求められるとしながらも、解除原因の不知および買主の自己の物との信頼保護だけでなく、瑕疵ゆえに加工・改造物に価値がなかったり、僅かな価値しか有さないことに言及している。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172.

(73) Anne RÖTHEL, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2017, § 346 RdNr. 19.

(74) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn.68), S.370.

(75) Timo FEST, Der Einfluss der rüchtrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.72 ff.

(76) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.208.

(77) Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz. zum 70. Geburtstag, 1973, S.632 f.

(78) 本田純一は「mortuus redhibetur (死んだ奴隷は返される)のローマ法諺につき、次のように語っている。すなわち、「この法諺は、病気に罹患していた奴隷や家畜がその病気によって死亡した場合のように、契約時の瑕疵とそれ以後の滅失との間に直接の因果関係がある場合に、その滅失の危険を売主に負わせるものであるものであった」。これに対し、「瑕疵と滅失との間に因果関係がない場合には滅失によって解除訴権も消滅するというのがローマ法の理解であったものの、後にこの「mortuus redhibetur」の原則も拡張されて」いき、「普通法学は、右のローマ法の原則を瑕疵と滅失との間に因果関係のない場合にも適用可能なものと誤解してしまった」と述べる。本田・前掲注(26)二九九—三〇〇頁。

(79) 拙稿・前掲注(13)七三頁以下。

- (80) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.48; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172; Hubert SCHMIDT, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck, Kommentar zum BGB., Band 1, 2019, § 346 RdNr.61.
- (81) Timo FEST, a. a. O. (Fn.75), S.73; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.208. ついでテールは、加工・改造前に瑕疵を知っていたならば、返還債務者は加工・改造をせず、解除後にはその瑕疵物を元の形のまま返還することができ、その結果価額償還義務を負わずに済んだであろうことにも言及している。
- (82) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.66), § 467 RdNr.11.
- (83) Hans G. LESER, a. a. O. (Fn.45), S.203.
- (84) ②と③のケースにおけるドイツ民法上の取扱いを整理しておく。②の場合の返還債務者は、三四六条三項一文一号により原物返還に代わる価額償還義務が消滅し、かつ価値が残存していないため、同項二文による残存する利得の返還債務も負わない。これに対し、③の場合は、瑕疵物が加工・改造によりさらに減価した分は三四六条三項一文一号により売主の負担となるものの、残存する利得については同項二文により返還する必要がある。③の場合における利得返還のあり方を検討するのが本稿Ⅲ章である。この点で後掲注(95)での整理も参照されたい。
- (85) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.36), Motive, S.128.
- (86) Jakob LEISTNER, a. a. O. (Fn.53), S.62; Hugo NEUMANN, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, 1909, § 467 BGB RdNr.3; Albin ROSSNER, a. a. O. (Fn.53), S.23.
- (87) Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.57.
- (88) Paul OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, 5.Auf., 1929, S.623. つれに加えて重要なのは、加工・改造物の返還義務を課すにあたって、第一草案理由書と異なり、加工・改造費用の賠償請求に消極的な見解も有力であったことである。費用償還請求について規定する旧三四七条二文が参照指示をする九九四条二項によれば、占有者は、物の利用にとって必

要な費用だけを所有者に請求しうるところ、加工・改造費用を物の利用に必要な費用と理解することはできないとされた。これにより、加工・改造費用が高額に及んだ場合の買主は、瑕疵担保解除をとりやめることが賢いとも説かれた。Emil STROHAL (Hrsg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., 1928, S.719; Paul OERTMANN, a. a. O. (Fn.88), S.623; Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.67.

(88) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.66), § 467 RdNr.20. やすいハンゼルは、二〇世紀前半の有力学説と同様 (前掲注(88) 参照)、改造費用の賠償請求にも消極的態度を示していた。

(89) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.67 f.; Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.58 f.

(91) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.66.

(92) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.14a.

(93) この点、ヨハネス・ハーガーは、加工の際に瑕疵が現れたにも関わらず最終的な製品に価値がないわけではない場合であっても、価額償還は不要である旨と述べている。Johannes HAGER, in: AnwaltKommentar zum BGB., 2005, Band 2, § 346 RdNr.65. ただし、ハーガーが、加工・改造物に元々の受領物の価値がなお残っている場合を想定しているのかは定かでない。また、シュヴァープは、買主は価額償還義務も改造物の返還義務も負わないと述べているが、ここでの価額償還に、加工・改造物に残された給付物の価値の償還をも含めているかは必ずしも定かでない。Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.1), S.361.

(94) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172.

(95) 議論を整理しておくとして、カイザーを含む多数説は、加工・改造のリスクそれ自体については売主負担とするため、本稿一章2節(2)で紹介したエルンストのような買主負担説とは異なる。ここでは、(i)三項一文一号により消滅する価額償還義務と、(ii)三項二文により残存する利得として償還すべき価額との区別が必要である。

まず、(i)三項一文一号で消滅する価額償還義務は、二項一文二号により課せられた価額償還義務であり、まさに物の返還に代わる価額償還である。これに対し、(ii)瑕疵を知らずに加工・改造した買主が (三項一文一号により) 価額償還義務を免責さ

れた結果、(三項二文により) 残存利得の返還責任として負うところの償還すべき価値は、(加工・改造物に占める元々の瑕疵物の価値) である (Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.209, 344)。その分が当該時点の買主の許に残っている利得だからである。これは、給付受領時における瑕疵物の価値ではない。もしこの価値を返還する必要があるとなれば、それは二項一文二号により課せられる価額償還義務の内容と同一になってしまい、三項一文一号で価額償還義務が消滅するとした評価と矛盾するからである。したがって、受領時は瑕疵にもかかわらず価値があったが、その後の加工・改造によりその価値が失われた場合 (本稿II章4節の②の場合) には、買主には残存する利得がないと評価されるべきであるし、加工・改造により元々の物の価値が減少した場合 (本稿II章4節の③の場合) には、その減少した後の瑕疵物の価値を償還することが残存利得返還義務の中身となる。このように解することにより、加工・改造により元の形で返還できないリスクにつき買主が免責されることになる。

(96) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53.

(97) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.47; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.49; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.141; Anne RÖTHEL, a. a. O. (Fn.73), § 346 RdNr.9. なお、ファウストはここで、加工・改造がなされた場合に価額償還義務の問題としている債務法現代化法 (三四六条二項一文二号) を、実質的にも肯定的に評価する。すなわち、ファウストによれば、加工・改造物の返還義務を否定し、加工・改造物それ自体を買主の許に残したうえで金銭による解決を図ることにより、返還債権者と返還債務者の双方が同時に保護される。返還債権者からすれば、金銭での価額償還を要求できることは、自身にとって役に立たない可能性のある加工・改造物で満足する必要がなくなり、利益となる。また、返還債務者としても、加工・改造物を自身のもとに残しておくことができるので、メリットがある。さもないと、返還債務者は、三四七条二項二文に基づいて限られた賠償を得られるだけになってしまうからであると述べる (この点で前掲注(88)および(89)も参照)。

(98) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53. この点はデルもまた、もはや製品は加工・改造・混和・結合した対象の価値だけでなく、返還債務者が加工についてした出費をも含んだ価値となっていることを指摘し、三四六条三項二文によつ

てはこの製品の返還は求め得ないとして、製品における加工対象物の価値だけが残った利得になると論じている。Yes  
DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.209, 344.

(99) この点から、前掲注(2)でとりあげた大審院明治四五年判決が、当該事案(他人物売買)において加工した立木分の価額償還義務(損害賠償義務)を買主に課したと解しても、この判決の処理(リスク配分)には合理性が認められる。

(100) この点で、前掲注(88)(89)(97)におけるドイツでの議論を参照。

(101) このような解釈に対しては、加工・改造物は「原物」とは異なる以上、売主に受領義務を課すことへの批判が想定される。確かに、我が国では買主の義務を「原物返還」と称してきた。しかし、「原物」を契約締結前の状態の物と解する限り、本来、原物返還は不可能な場合が多い。買主は受領後に多かれ少なかれ使用等するからである。原物返還自体が一種のフィクションであったともいえる。そうであるが故に、「原物返還」とは区別して、「現物返還」との表現を用いるものが一定数存在してきただけであろう。加工・改造にも程度の差があることから、加工・改造物自体の返還義務と売主の受領義務を肯定することもあながち不当ではないように映る。なお、ここで受領義務を課さない場合には、加工・改造物の返還に代えて、その物に占める原物の価値を算定しての価額償還義務を買主に課すことになるが、これにあたっては、買主にとっての価値の有無が慎重に把握されるべきである。

(102) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書三法典調査会民法議事速記録三(商事法務研究会・一九八四年) 八二一頁以下。この点に関する先行研究として、本田純一「民法五四八条の系譜的考察(上)(下)——解除に基づく清算義務の重疊的性格」判タ五五六号(一九八五年)一六頁以下、五五七号三四頁以下。

(103) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(102)八二六頁以下、同『日本近代立法資料叢書四法典調査会民法議事速記録四(商事法務研究会・一九八四年) 七五頁以下。もちろん、瑕疵担保解除を規定する日本民法草案五七一条(二〇一七年改正前民法五七〇条)の審議にあたっては、参照条文の中に、ドイツ民法旧四六七条一文後段の基になった第一草案三八七条二号および第二草案四〇三条三文が挙げられているものの、審議内容はこれに及んでいない。

(104) 以上につき、本田・前掲注(63)四〇―四一頁。本田は、「日独両法の解除規定の構造上の本質的差異は、ドイツ民法の解

除規定が約定解除を念頭において作られているのに対して、わが民法の解除規定は債務不履行解除（法定解除）を主眼として作られていることにある。この点、わが解除規定を案出するに際して、原状回復義務の内容についてドイツと差異を設けるべき必要があつたにもかかわらず、立法者はその点を意識しなかつたものと思われる。」（傍点・原文）と指摘していた（同四〇頁）。

(105) 本稿 I 章 1 節にて紹介した中間試案の概要の後半部分の指摘、および前掲注(11)を参照されたい。

(106) この点につき詳細は、拙稿・前掲注(13) 八三―八四頁およびそこに付された脚注を参照されたい。

(107) 拙稿・前掲注(13) 五五頁以下。

