

# 契約不適合認識前の受領物の譲渡と解除

——リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂——

野 中 貴 弘

## I 序 論

### 1 問題の所在

### 2 検討の手法

## II 譲渡から生じるリスクの配分法理比較——債務法改正前のドイツ民法を素材として

### 1 ドイツ民法草案および旧三五三条・旧三五四条の成り立ち

#### (1) ローマ普通法からドイツ民法第二草案へ

#### (2) 修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案から債務法改正前ドイツ民法へ

#### (3) 両条の制度趣旨と残された課題

2 譲渡後の取戻しの可否に着目したりリスク配分とその難点

(1) 基本的発想

(2) 取戻不能リスク全てを買主Bに負わせる難点

3 返還不能の原因に着目したりリスク配分——当事者間のリスク配分問題への収斂

(1) ドイツにおける旧三五三条と旧三五四条の棲み分け

(2) リスク負担範囲の主観的拡張と当事者問題への収斂

4 契約不適合(瑕疵)の不知に着目したりリスク配分とその難点

(1) 一律免責構成

(2) 買主免責+代償引渡構成

5 小括

Ⅲ 二〇〇二年ドイツ新解除効果規定の評価

1 条文の素直な解釈と帰結の不当さ

2 解釈による改正前の議論への接近

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(B)がこれを第三者(C)に譲渡したものの、Cの許で当該物の品質の契約不

適合が発見されたために、Bが自身の売主(A)との売買契約を解除した場合を考える。この場合において当該目的物が返還不能であったときのリスクは、誰がどのような形で負担するのか。

民法五四八条は、二〇一七年の民法(債権関係)改正の前後を問わず、契約の目的物を「返還することができなくなったとき」に解除権が消滅すると規定する。この「返還することができなくなったとき」、すなわち返還不能な場合には、滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれると解されてきた。<sup>①</sup>このことと、改正前民法五四八条一項では解除権消滅の要件として解除権を有することの認識が要求されていなかったことを形式的に併せ考えると、改正前民法においては、瑕疵を知らずに第三者へ譲渡した場合にも瑕疵担保解除権が消滅するとの帰結が導かれる。

この論理と帰結は、二重譲渡事例での処理と比較をすれば、さほど突飛なものではない。すなわち、不動産の二重譲渡がなされた場面では、譲受人のいずれかが先に対抗要件たる登記を備えた時点で、もう一方の譲受人に対する譲渡人の債務が履行不能になると解されている。<sup>③</sup>このことに鑑みれば、民法五四八条の解釈において譲渡をもって返還不能と捉える点も平仄が合うのである。また、〈買主が解除権を有することを知らずとも、自由な意思で自由な行為(譲渡)をした以上、この行為(譲渡)の結果を売主に転嫁させてはならない〉との考え方からすれば、譲渡により直ちに解除権が消滅するとの解釈も、ひとつのあり得るリスク配分といえる。

事実、二〇世紀のドイツにおいても、解除権者による受領物の譲渡により解除権を排除する解釈が展開されていた。二〇世紀のドイツ学説は、後に見るドイツ民法旧三五三条・旧三五四条のみが譲渡に関するリスク配分を規定していると理解せず、譲渡そのものにより解除権が排除される場合があるとし、その根拠規定を、有責な返還不能の場合に

解除権を排除した、次の旧三五一条一文に求めた。<sup>(4)</sup>

旧三五一条 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が有責であった場合、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、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。

たとえば、ヤンセンは、譲渡それ自体で既に有責な返還不能とみなされるべきときには旧三五一条により解除権が消滅するので、後に見る旧三五三条の問題にならないと説く。<sup>(5)</sup> 二〇世紀後半、ヴォルフやケメラーらは、解除権者が受領物につき自己の物として自由な行為をした以上その後には解除することは矛盾挙動であるとの議論を展開した。こうした議論の方向性は、譲渡それ自体により解除権を排除することも整合する（さらにいえば、Ⅲ章に見るとおり、債務法現代化法もまた、その文言上は、買主Bの譲渡後の返還不能を一律に買主の負担とするかに映る）。譲渡それ自体に「履行認容」を見出していると評することができよう。

しかし、このような理解は、少なくとも本稿冒頭の契約不適合解除を想定するならば、説得力に乏しい。後の解除と矛盾するとの評価を受けるべき「履行認容」や「解除権の放棄」は、解除原因や解除権の認識なくしては原則として生じないはずである。事実、解除権認識後の譲渡の場合には旧三五一条により解除権が排除されても、解除権認識前の譲渡それ自体では原則として旧三五一条の適用がないとするのが多数の理解であった。<sup>(6)</sup> 契約不適合認識前の譲渡それ自体により、それ以後のあらゆるリスクを買主の負担とする理解は支持されない（この他ドイツでは、譲渡それ自

体で旧三五一条により解除権が排除されるとの解釈は、後に見る旧三五三条の存在・解釈と整合しないとの批判もなされていた<sup>⑦</sup>。「譲渡Ⅱ解除権消滅（買主負担）構成」に問題があることは、品質の契約不適合物が第三者Cの許で当該不適合ゆえに滅失したケースを想定することでも明らかであろう<sup>⑧</sup>。譲渡それ自体は、当該物の物理的返還自体を不能にする行為ではなく、第三者Cより取り戻しての返還ができない場合の、ひとつの端緒にとどまる。譲渡契約が合意解除され、あるいは第三者Cからの解除を受け、譲渡人（買主）が返還すべき目的物を取り戻す場合も存する。それにもかかわらず、譲渡以後のあらゆるリスクを買主負担とするのは、返還不能事由と切り離れた行き過ぎがあるように思われる。つまるところ、民法改正前の学説は、「返還することができないとき」の解釈と解除権の認識を要求しない解釈とをそれぞれ独立して行っており、本稿冒頭の問題に向き合ってこなかった。

返還不能リスクを広くBの負担と解する我が国の傾向は、二〇一七年の民法（債権関係）改正後も変わらない。確かに、同改正で五四八条にただし書が付されたことにより、買主が解除権を有することを知らずに譲渡をしても、解除権が消滅することはなくなった。しかし、周知のように我が国の近時の学説は、解除の可否と最終的なりリスク配分とを切り離す<sup>⑨</sup>。解除権が消滅しないとせよ、買主の支配領域内で返還不能の事態が生じた以上、あるいは買主が契約時に対価の負担をすることでその物を取得すると決定をした以上、あるいは買主が自由な意思で行為をした以上、受領物を返還できない買主は物の返還に代わる価額償還義務を負うと解するのが、近時の多数説である。したがって、多数説からすれば、本稿冒頭の事例では、債権法改正後もなお、買主が返還不能リスクを負担し、原物返還に代えて価額償還義務を負うことになりそうである。

果たして、譲渡したことそれ自体は、解除後のリスク配分にあたってどのような意味を持つのか。右に見たように、

目的物の契約不適合が原因でCの許で滅失したケースを想定するならば、譲渡後のあらゆる返還不能リスクをBが負うとのリスク配分は到底支持し得ない。他方で、譲渡時に契約不適合を知らなかったことを理由に一律にBを免責し、そこから生じた全てのリスクをAの負担とすることにも疑問がある。Cの許で目的物が滅失した場合においても、当該リスクは譲渡がなければそもそも発生しなかつたりリスクとも言い得るからである。

## 2 検討の手法

ところで、我が国の民法五四八条の起草にあたっては、ドイツ民法の第一草案および第二草案に範を求めたことが知られている<sup>10</sup>。解除権者による受領物の譲渡に関しては、第一草案四三〇条一号および第二草案三〇三条一文が規定しており、譲渡により受領物を返還できない場合には解除権が排除されるルールを採用していた。解除権者が譲渡物を取り戻すことができる場合、解除がなお許容される規定表現にも映るが、この点は曖昧であった。

もつとも、ドイツにおいてその後一八九六年に制定された民法典では、解除権者による受領物の譲渡に関わる規定が二箇条あり、一見するといずれも、右の草案とは異なる内容であった。

旧三五三条一項 解除権者が受領した対象もしくはその対象の重要な部分を譲渡し、またはその上に第三者の権利を設定した場合において、この処分の結果として当該対象を手に入れた者の許で三五一条または三五二条の要件が生じたときは、解除は排除される。

旧三五四条 権限者が受領した対象またはその重要な部分の返還につき遅滞に陥ったときは、その相手方は、権限者に対して相当の期間を指定し、その期間経過後は受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。その期間経過前に返還がないときは、解除はその効力を失う。

旧三五三条が準用する旧三五一一条は先に見たとおりであり、旧三五二条は解除権者が受領物を加工・改造により他の種類の物に変えた場合に解除権を排除する規定である。したがって、旧三五三条は、解除権者Bによる譲渡があった場合に、旧三五一条および旧三五二条を準用することで、第三者Cの許での滅失等につきCが有責であるときや、第三者Cが加工・改造したことで別の物となったときに、譲渡人Bが有するAB間契約の解除権を排除する。他方、旧三五四条は、解除にもかかわらず解除者Bが返還対象物を返還しない場合に解除の効果が失われるとする。草案段階にはなかったこれら二つの規定は、いかなる経緯で制定されたのか。草案の規定内容を排してこれらの規律を設けた論拠が問われる。これを本稿の出発点としたい（Ⅱ章1節）。

もつとも、実は両規定の制定過程を辿るだけでは複数の疑問が残る。とりわけ、旧三五四条は返還不能リスクを広く解除者（返還債務者）の負担としているため、一見すれば、旧三五三条が不要に映る（両規定の効果こそ解除権の消滅と解除後の解除効の消滅という形で異なるものの、大きな差は存しない）。そこで本稿では、制定過程を辿った後、譲渡後の取戻しの可否を基準としてリスク配分する旧三五四条のあるべき適用範囲を考察対象としていく（Ⅱ章2節）。二〇世紀ドイツでの旧三五三条をめぐめるある論点での多数説的理解は、旧三五四条に関する制定過程での理解からの乖離を示すものと評価できる（Ⅱ章3節(1)）。旧三五四条の適用範囲が限定され、譲渡後の返還不能リスクの配分にあたって

は、返還不能原因に着目することの重要性が明らかになる(Ⅱ章3節②)。

ただし、以上の議論の素材は、債務法改正前の約定解除の効果規定をめぐってのものである。本稿が想定する品質の契約不適合による解除(瑕疵担保解除)の場合、買主Bは契約不適合を知らずに受領物を譲渡する。ここに、なお他の解釈可能性が開かれる。ここではとりわけ、買主Bの返還不能リスクを免責しつつ、売主Aの代償請求を肯定する解釈の是非が問われることになる(Ⅱ章4節②)。また、以上のような分析と債務法現代化法との整合性も問題となる。新解除効果規定は、条文を見る限りドイツ民法草案とも改正前民法とも異なり、譲渡それ自体によつて買主が一律に価額償還義務を負う規定となっているかに映るからである。この部分の議論はドイツでもまだ十分なものとは言い難いが、改正後の学説における議論を参照し、改正前民法下での理解と連続性があることを示したい(Ⅲ章)。

本稿では、以上のように主にドイツ債務法改正前の規定と議論を素材として考察を深め、譲渡後の返還不能リスクについてのありべき配分法理を探る。具体的には、譲渡後の具体的な返還不能原因に応じた検討が必要であること、また、契約不適合認識前の譲渡は、譲渡人Bが負うべきリスクを譲渡先のCにまで主観的に拡張する、すなわち第三者Cの行為を譲渡人Bの行為と同視するにとどまるものであり、したがって、Cの許での滅失等についてのA B間でのリスク配分は、二当事者間における基本的リスク配分問題に収斂されることを明らかにしたい。



## II 譲渡から生じるリスクの配分法理比較——債務法改正前のドイツ民法を素材として

### 1 ドイツ民法草案および旧三五三条・旧三五四条の成り立ち

初めに、我が国の民法起草時に参照したドイツ民法草案を含め、一八九六年ドイツ民法の制定過程を見ておこう。

#### (1) ローマ普通法からドイツ民法第二草案へ

買主による受領物の譲渡に関するローマ普通法下での規律としては、買主が購入した奴隷を譲渡等した場合についての指摘が残されている。すなわち、学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節では、買主が奴隷や奴隷の使用収益を譲渡したときには、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と記される<sup>⑪</sup>。また、ドイツ普通法学では、たとえばヴェイントシャイトは、買主が自由な意思により譲渡をした場合には解除権を失うものの、それでもなお譲渡物を返還できる状態になったときには、再び権利を手にするとしていた<sup>⑫</sup>。

債務法の起草委員とされたフォン・キューベルは、こうした理解を引き継いだ。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は、三九箇条からなり、二二条以下で「物の瑕疵に基づく担保責任」が取り扱われる。その三二条では、買主が受領物を処分した場合の規律が提案されている<sup>⑬</sup>。

部分草案二〇号三二条 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。

ここでは、取得者による受領物の処分と返還不能とが明文上一応区別されていることが注目される。このキューベルの部分草案は、第一委員会での審議後、次の第一草案四三〇条一号となった。<sup>14</sup>

第一草案四三〇条 次の場合には解除権は生じない。

一 解除権者が、故意または過失により受領した対象の滅失を引き起こしたこと、あるいは受領した対象を処分した（verfügt hat）ことにより、その対象を返還できないとき。

この第一草案四三〇条一号のうち処分にかかわる規律は、帝国司法庁の準備委員会および第二委員会を経た後の編集会議の段階で、同号で用いられていた“verfügen”が“veräußern”に変更された点を除いては、その内容において変更を受けず、次の第二草案三〇三条一文となった。<sup>16</sup>

第二草案三〇三条一文 権限者が受領した対象を譲渡した（veräußert hat）こと、あるいはその対象に第三者の権利を設定してその権利を抹消できないことにより、権限者が受領した対象を返還しえないときには、解除は排除される。

本稿序論において述べたように、我が国の改正前民法五四八条の起草にあたって範とされたのが、ドイツ民法の第一草案および第二草案であった。第一草案四三〇条一号や第二草案三〇三条一文は、譲渡それ自体と返還不能とを（曖昧ではあるものの）一応区別し、譲渡自体で解除権が排除されるのではなく、その後これを返還できないことで解除権が排除されることを定めていたことが注目される。

(2) 修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案から債務法改正前ドイツ民法へ

ア 第二草案を明確化した規定としての修正第二草案三四九条・旧三五四条

もつとも、既に序論にて確認したとおり、一八九六年制定のドイツ民法典では、第二草案三〇三条一文の規律が姿を消している。第二草案以降、どのような議論がなされたのであろうか。

議論のきっかけは、最終校正 (Revision) 段階でのプランクによる提案にある。プランクは、第二草案三〇三条一文に関し、譲渡後もなお返還可能であれば解除ができることを明確にするよう、次のような提案をしていた。<sup>(17)</sup>

プランク提案 解除は、権限者が受領した対象を譲渡した場合に排除される。ただし、権限者がその対象を後に再び取得したとき（あるいは権限者が譲渡にもかかわらずその対象を返還することができるとき）はこの限りでない。

この提案を受けた編集会議では、受領物の譲渡後にも解除がなお許容されるべきかどうか、許容されるとしたらどのような要件のもとで許容されるべきかが問題とされた。<sup>(18)</sup>

ここでプラנקは、草案によれば、解除権者が譲渡物を返還できるか否かをいつの時点で判断するかという疑問が残ることに着目した。そしてこの問題は、譲渡対象物が譲渡から解除の意思表示までの間に第三者の許で滅失した場合に重要になるという。プラנקによれば、この場合、様々な考え方があり得る。一方では、ここでの返還不能は、譲渡に起因するのではなく物の滅失に起因しているのであるから、第二草案三〇一条(後の旧三五二条)によれば(過失がない限り)解除権が排除されないと考え方があり得る。他方、仮に譲渡がなされなかった場合にも滅失が生じたであろうか否かにより判断することもあり得る。しかし、ここでプラנקは、最も正当で目的に適うのは、解除権者が解除の意思表示の時点で既に譲渡物を再び買い戻した場合を除いて、譲渡によつて一律に解除権を消滅させることであると説いた。<sup>19)</sup> 第三者の許で滅失した場合も含めて買主の負担とする意図であったことが明らかである。

しかし、このプラנקの提案は、会議で賛同を得られなかった。議事録の限りでは二つの立場からの反対があったように思われる。ひとつは、買主(譲渡人)が免責されるべき場合を想定し、取戻しができない限り買主負担とするプラנק提案を批判するものである。具体的には、この規定が実際の意義を有する主な場面は瑕疵担保解除の場合であるところ、このプラנקの提案によると、欠陥のある物が取得者Cの許で滅失した場合に瑕疵担保解除が排除されるという困った結論に至ることが指摘された。<sup>20)</sup>

他方、第二草案からの修正の要を見ないとの主張もなされた。解除の意思表示の時点で解除権者の許に返還対象物があり、返還可能な状態にあることが重要であると理解する限り、第二草案三〇三条一文で十分である旨主張された。草案のこの意味を明確化することが必要であるならば、解約金による解除についての第二草案三〇八条の規定に付け加える可能性が指摘されている。<sup>21)</sup> 第二草案三〇八条は、後の旧三五九条であり、以下のとおりである。<sup>22)</sup>

第二草案三〇八条・旧三五九条 解約金の支払による解除権を留保した場合において、解約金が解除の意思表示前あるいは意思表示の際に支払われず、かつ相手方がこれを理由として遅滞なくその意思表示を拒絶するときは、解除はその効力を生じない。ただし、解約金が拒絶後遅滞なく支払われるときは、解除の意思表示は有効である。

こうした議論対立を受け、プランクは会議において自身の提案を撤回し、解除の意思表示の時点で解除権者の許に返還対象物があることを解除の許容にあたって重視するという形で第二草案三〇三条一文を明確化することが適切かどうかを編集会議が吟味すべきであると決定された<sup>23</sup>。

そして、その後の編集会議は、次のように考えた。第二草案三〇三条一文の規定によれば、解除権排除の要件とされた返還不能の判断時期如何という疑問が残る。そこで編集会議は、右の課題に対して、修正第二草案三四九条を新たに設けることによって応えようとした<sup>24</sup>。

修正第二草案三四九条 権限者が受領した対象またはその重要な部分の返還につき遅滞に陥ったときは、その相手方は、権限者に対して相当の期間を指定し、その期間経過後は受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。その期間経過後に返還がないときは、解除はその効力を失う。

この修正第二草案三四九条によれば、解除権者が返還を遅滞した場合、相手方より相当の期間を設定され、この期間経過前に解除者により返還されなかった場合には解除が効力を失うことになる。議事録には、原状回復における双

務性の尊重が、根拠として記される。つまり、解除による原状回復義務は、双務契約における履行と同様に同時に行われるべきであり、同条は、解除がそうした関係を創り出すという考え方に依拠したものとされる<sup>25</sup>。その後、この修正第二草案三四九条は、旧三五四条に結実した。

以上のように、この修正第二草案三四九条および旧三五四条は、第二草案三〇三条一文と比べ、いかなる場合に解除が効力を失うか明確である。同条は、譲渡にもかかわらず解除は可能であるものの、譲渡による返還不能リスクを買主Bが負担することを前提に、返還不能か否かの判断は解除の相手方による催告から相当期間経過時になされることを明確にした<sup>26</sup>。この旧三五四条こそが、日本民法五四八条の制定時に参照された第二草案三〇三条一文を排して、譲渡によるリスク配分を規律した規定であった。

#### イ 修正第二草案で新設された同三四八条一項・旧三五三条の制定経緯

他方、一八九六年制定のドイツ民法典には、譲渡がなされた場合を直接規律するルールとして旧三五三条一項が存在する。序論で見たとおり旧三五三条一項は、譲渡先の第三者Cの許で旧三五一条や旧三五二条の要件が生じた場合、具体的には、Cの許での滅失等につきCが有責であったり、Cが加工・改造したことで他の種類の物となった場合に、解除権者たる買主Bの解除権が排除されると規定する。先に見たように、第二草案段階における譲渡に関する規律は、第二草案三〇三条一文(旧三五四条の前身)のみであり、この旧三五三条の内容に相当する規定は存在しなかった。

そこで、この旧三五三条の制定経緯に目を向けると、この旧三五三条も、先の旧三五四条と同様に、最終校正の段階において新たに提案され、修正第二草案三四八条となり、旧三五三条に結実した。実は、この規定内容は、後の旧

三五一条二文後段に関する提案にその契機があった。換言すれば、後に旧三五一条となる第二草案三〇二条一号の解除権者の過失を主観的に拡張するのに伴い、受領物が譲渡された場合にも解除権者の過失と同視すべき主観的範囲を拡張する観点から、後の旧三五三条が提案されたという背景がある。この点の経緯を辿ることとしよう。

まず前提として、右の第二草案三〇二条一号は、後の旧三五一条一文および二文前段に相当する規定として、次のように定めていた(傍点は引用者)<sup>27)</sup>。

第二草案三〇二条 解除は排除される。

一 受領した対象の滅失または著しい損傷について解除権者が有責であったとき。重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とする。

これに対して、第二草案の校正段階では、解除権者自身の過失でなくとも、解除権者と一定の関係にある第三者の過失を解除権者の過失と同視して解除権を排除すべき場合があるとして、その第三者の範囲如何が議論された<sup>28)</sup>。会議では、まず、第二草案二三四条(後の旧二七八条)の範囲、つまりは解除権者が給付の実現(義務の履行)に利用した者に限るべきなのか、それとも解除権者が受領物の占有を単に委ねた相手の過失を含むとすべきかが問題とされた。ここでは全部で三つの提案がなされたが、最終的には、前者の提案が承認され<sup>29)</sup>、後の旧三五一条二文後段となる。

旧三五一条 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が有責であった場合、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、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。

そして、同会議では、この責任の主観的拡張を、目的物が第三者に譲渡された場合にも及ぼす提案がなされた<sup>(30)</sup>。譲渡がなされた場合、目的物の譲受人Cの有責での滅失等あるいは加工・改造があれば、譲渡人Bが有するAB間の約定解除権が排除されることになる。承認を得たこの内容は、その後、修正第二草案Ⅱ連邦参議院提出草案の三四八条一項となり、そのまま旧三五三条一項に結実した<sup>(31)</sup>。

### (3) 両条の制度趣旨と残された課題

以上のとおり、旧三五三条は、〈買主が受領物を自ら譲渡した以上、譲渡先の第三者の許で生じた滅失等については、買主自身の許で生じたのと同様に扱うべきである〉との考えを基に、買主が負うリスクの範囲を主観的に拡張する規定と理解できる<sup>(32)</sup>。これに対し、旧三五四条は、〈買主が受領物を自ら譲渡した以上は、これを取り戻せない限り、返還不能リスクを自ら負うべきである〉との考えを基に、譲渡そのものでは解除を排除しないものの、返還不能リスクを一律に買主の負担とする規定である。両条はともに、譲渡人である買主Bのリスク負担を定めている。

以上の制定過程論議からは、次の疑問が生じる。すなわち、ともに返還不能リスクを買主Bの負担とするのであれば、旧三五四条があれば足り、旧三五三条は不要ではないかとの疑問である。旧三五四条の定めるとおり、譲渡物を取り戻しての返還が不能な場合、その返還不能原因の如何を問わず、そのリスクを一律に解除権者(買主)に負わせ



れば良いのではないか。この点で、ドイツ民法も、ローマ普通法からドイツ民法第二章案までの理解と大差ないのではないか。旧三五四条の制定過程において第三者の許で物が滅失したケースが取り上げられていたにもかかわらず(②ア参照)、両条の関係が取り沙汰されなかったがゆえに、ドイツ民法典はこうした課題を残していた。

この点、旧三五四条は解除権者による返還の「遅滞」を要件とするところ、返還「遅滞」とされるのは、旧二八五条に従い、解除権者が責めに帰すべき事由により返還を行わない場合に限られる。そうすると、旧三五四条の適用範囲を考えるうえでの問題は、〈旧三五四条の局面において責めに帰すべき事由により返還を行わない場合とは如何なる場合か〉になろう。旧三五四条の背後には、〈自ら譲渡した以上、これを取り戻して返還できない限り、返還不能リスクを負うべし〉との理解があると解すれば、返還不能には広く責めに帰すべき事由があるとの解釈に至る可能性がある。このように解するならば、旧三五四条の適用範囲は広くなり、本稿冒頭で示した考え方、すなわち譲渡それ自体で解除権を排除するリスク配分に接近することになる。

そこで本稿では、次に、旧三五四条を原状回復障害に広く適用し、取戻しの可否によりリスク配分を図ることが妥当であるかを検討することとしよう。

## 2 譲渡後の取戻しの可否に着目したリスク配分とその難点

### (1) 基本的発想

自らの意思で譲渡したことを重視し、譲渡後の取戻不能を広く買主Bの負担とする解釈は、二〇世紀ドイツにおいて、たとえばウルリッヒ・フーバーにより主張された。フーバーは、約定解除の局面だけでなく、瑕疵担保解除にお

いても、次のように取戻しの可否によるリスク配分を重視している。

実はフーバーは、加工・改造の際のリスク配分を取り扱った前稿において既に紹介したように、〈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。こうした基本姿勢を採るフーバーからすれば、買主が瑕疵を知らずに譲渡したのであれば、その免責を認めるのが筋なように思われる。事実、フーバー自身もこのことを指摘している。

しかし、フーバーは、譲渡がなされ、譲渡人Bが物を取り戻せない状態がどのような状況かに着目する。フーバーによれば、Bが譲渡物を第三者から取り戻せない場合、Bは通常、第三者Cより支払われた売買代金を保持している状況にある。そうであるならば、目的物を取り戻せない買主Bに対して、自身の売主Aに対する瑕疵担保解除権(旧二八一条による代償の引渡しと引き換えに)認めることは過剰である(überflüssig)。フーバーは、こうした状況理解のもとで、瑕疵はしばしば再び売却された後に初めて現れるという現実および旧三五三条の存在を考慮し、譲渡それ自体では瑕疵担保解除権が排除されないとしつつも、買主Bは物を再び調達できるかどうかにつき自身で責任を負うと解したのである。<sup>34)</sup>譲渡後に当該目的物を取り戻すことができない買主Bは、Cより給付された売買代金を保持しているのであるから、この買主Bに瑕疵担保解除を与えることは過剰であり、必要ないとの論理である。「過剰」という評価と取戻しの有無が結び付けられる。譲渡契約が維持されている場合に買主(譲渡人)の解除を排除すべきとする点は、ガラスも同様である。<sup>35)</sup>

こうしたリスク配分を志向する場合、条文解釈としては、旧三五三条で解除権が排除されない場合にも、なお旧三五四条が適用されると解することになろうか。前述の如く、自らの意思で譲渡したにもかかわらず取り戻せないこ

とを重視して、旧三五四条の要件である有責な遅滞を肯定することになる。これにより、解除の相手方による催告にもかかわらず返還できない場合、旧三五四条により解除効が消滅し、フリーバーの主張するリスク配分が導かれる。

## (2) 取戻不能リスク全てを買主Bに負わせる難点

こうした取戻しの可否を基準とするリスク配分は、取戻不能の原因がBC間契約の維持にある場合を想定すれば、実に合理的である。フリーバーが指摘するとおり、この場合のBにAB間契約の解除権を与え、価額償還義務を免責する合理性は乏しい。

しかし、取戻不能の原因は、譲渡契約の維持に限られない。旧三五四条の編纂過程においても俎上に上ったように、目的物が第三者の許で滅失したがゆえに取戻不能な場合がある。そして、この第三者の許での滅失が売主Aの責めに帰すべき事由による場合、この返還不能リスクを売主Aが負うべきことは疑いようがない。たとえば、目的物に関する売主Aの説明不足等が端緒となり、これを受けて譲渡人Bの説明も同様に不足し、それゆえに第三者Cが目的物の使用方法を誤り滅失させた場合が挙げられる。目的物が有する契約不適合ゆえに第三者の許で滅失した場合も同様である。取戻しの可否を基準としてリスク配分をしようとするれば、こうした場合すらも買主Bの負担にしてしまう点に問題を抱える。

このことは、譲渡による返還不能リスクの配分を考えるうえで、取戻しの可否が基準として不合理であること、および、自由な意思で譲渡したことそれ自体では旧三五四条の〈有責な遅滞〉を基礎づけないことを意味するともに、返還不能の原因に着眼すべきことを示唆する。すなわち、譲渡契約が維持されているがために売主Aに返還できない

場合だけでなく、第三者の許で滅失等したがゆえに返還不能である場合をも想定し、そのうえで当該具体的な返還不能リスクを誰に帰すべきかを検討する必要があることを明らかにする。

そこで次節では、いったん旧三五四条を離れ、旧三五三条のもとでの議論に目を向けよう。同条は、第三者の許での滅失等や加工・改造による原物返還不能という形で、まさに返還不能の原因に着目しているからである。

### 3 返還不能の原因に着目したリスク配分——二当事者間のリスク配分問題への収斂

#### (1) ドイツにおける旧三五三条と旧三五四条の棲み分け

##### ア 第三者の許で偶然滅失した場合のリスク配分

前述のとおり、旧三五三条は、買主Bが受領物の譲渡後にこれを返還できない場合のうち、目的物の滅失につき第三者Cが有責であるケースや、第三者Cが加工・改造したことで別の物となったケースにつき、AB間契約における買主Bの解除権を排除することで、原物返還不能リスクを買主Bの負担とする。まさに、どのような事由により返還不能になったのかに着目する規定である。

こうして返還不能原因に着目してリスク配分するとなれば、契約不適合が原因でCの許で滅失した場合も含め、Aの有責な滅失等であればA負担となることも説明できる。また、旧三五三条は、その制定過程の論議から明らかとなり、譲渡人Bが負うべきリスク負担範囲を主観的に拡張する規定であるから、Cの有責な滅失等についてBがリスク負担することになる。

それでは、第三者Cの許で目的物が偶然滅失した場合、これによる返還不能リスクはいかに配分されるのか。旧

三五三条は、旧三五一条と旧三五二条のみを準用し、旧三五〇条、すなわち買主（解除権者）の許で目的物が偶然滅失した場合に、売主（解除の相手方）負担とする規定を準用していない。旧三五三条は、旧三五一条二文後段とセツトで、解除権者の負担する範囲を主観的に拡張する見地から制定された以上、旧三五三条において旧三五〇条が準用されていないこと自体は自然である。しかし、本論点は、こうして旧三五三条が旧三五〇条を準用していないがゆえに生じた問題である。債務法改正前のドイツ民法は、（我が国の改正前五四八条と同様に）解除権を排除して解除権者の負担とする場合（旧三五一条・旧三五二条、我が国では改正前五四八条一項）だけでなく、解除を認めて解除の相手方負担とする場合も明示的に定めていた（旧三五〇条、我が国では改正前五四八条二項）。そうであるがゆえに、ここで旧三五〇条が準用されていないことをどう評価すべきかが問われるのである。

この点、条文解釈としては、先に見たように、旧三五三条による解除権排除はなくとも、なお旧三五四条が適用され、譲渡先から取り戻しての返還ができない以上は買主Bの負担となるとの帰結も、あり得る。取戻不能のリスクを広く買主負担とする見解からは、当然、このように解すべきことになる。

しかし、債務法改正前のドイツ学説においては、第三者Cの許で偶然滅失した場合に、売主Aの負担とする見解が有力であった。<sup>36</sup> すなわち、買主Bは、旧三五三条により解除権が排除されず、適法に解除できる結果、（旧三五〇条により）解除の相手方である売主Aが返還不能リスクを負担するという理解である。<sup>37</sup> こうした学説理解に従えば、①第三者Cの許で旧三五一条や旧三五二条の要件を満たす事態が生じれば、それにより買主Bが有するAB間契約の解除権が消滅する（旧三五三条）のに対し、②第三者Cの許で目的物が偶然滅失した場合には、買主Bの解除が認められ、Bは目的物を返還できないにもかかわらず、Aは受領済み代金の返還義務を負う。②の場合において買主Bの免責を

認める点で、取戻不能リスク全てを譲渡人Bに負わせていた第二草案三〇三条一文と違いがあることになる。<sup>(38)</sup>

#### イ 旧三五三条の登場による旧三五四条の適用場面制限——二つの返還不能原因の区別

以上の検討結果は、次のような分析・整理を可能とする。旧三五四条は、その制定過程において、第三者の許で目的物が滅失等したがゆえに返還不能な場合もその射程に含めて理解されることがあった。Bが譲渡したこと自体を捉えて有責な返還遅滞と考えるならば、この場合も旧三五四条の要件を満たす。しかし、以上でみたとおり、制定後の学説の多くは、第三者Cの許で偶然滅失した場合には、Bの解除を認め、旧三五四条を問題とせず、相手方Aの負担としてきた。Bの解除が排除されない場合に、重ねて旧三五四条を適用しない。

多数説はここで、制定過程における旧三五四条の広い射程理解から離れ、（偶然滅失に限らず）目的物が第三者Cの許で滅失した場合を同条を適用対象としないものと評価できる。第三者Cの許で旧三五一一条あるいは旧三五二条の要件を満たす原物返還不能が生じた場合、旧三五三条により買主Bの解除権が排除されるのであるから、有効な解除を前提とする旧三五四条は適用の前提がない。また、目的物が第三者の許で偶然滅失したがゆえに返還できない場合、多数説はこれを売主Aの負担としており、旧三五四条の適用対象とはならない。旧三五四条の中心的適用場面は、物理的な返還不能事由は発生していないものの、BC間契約が維持されているがゆえに譲渡人Bが譲渡物を第三者Cより取り戻せない場合となる。

旧三五三条と旧三五四条は、制定過程において相互にほとんど意識されずに規定され、結果としてできあがった両条は競合していた。そうした中で、第三者の許で偶然滅失した場合における多数説のリスク配分は、旧三五四条の適

【旧353条と旧354条の棲み分けに関する1つの考え方】

返還不能事由		対応規定	Bの解除の可否	A B間での リスク負担
Cの過失による 滅失	物理的 返還不能	旧353条 →旧351条	不可	B (買主)
Cの加工・改造		旧353条 →旧352条	不可	B (買主)
Cの許での 偶然滅失		(旧350条)	可	A (売主)
B C間の 契約存続	社会通念上の 返還不能	旧354条	解除効消滅	B (買主)

用範囲を制限することで両条の調整を図ったものと理解することが可能である。

こうした検討は、返還不能の原因として、①目的物自体は第三者の許に現存し、物理的には返還可能な状態にあるものの、B C間契約が維持されたままでBがこれを取り戻すことができないケースと、②目的物が第三者の許で滅失等して物理的に原物返還不能になっているケースとを区別すべきことを示唆している。社会通念上の返還不能とも呼ぶべき①のケースでは、譲渡人Bを免責すべき理由がない。この場合には、取戻しの可否によるリスク配分を図れば良い。旧三五四条はこれを規定する。これに対し、②では、取戻しの可否によるリスク配分は妥当せず、当該物理的返還不能の原因を探り、A B間のリスク配分を決する必要がある。債務法改正前のドイツ民法規定についてのこうした理解を表にまとめると、上掲のとおりである。

(2) リスク負担範囲の主観的拡張と二当事者問題への収斂

譲渡後の返還不能リスクの配分を考えるうえで重要なのは、②の物理的返還不能の場合に他ならない。①の場合、B C間契約が売買契約であれば、

讓渡利益がBに帰属している状態にあるので、Bは通常、A B間契約を解除することを選択しないと考えられるからである。

このことを前提に②を中心に据えたとき、以上の分析によれば、讓渡は、讓渡人Bが負うべきリスクを讓渡先のCにまで主観的に拡張する、換言すれば第三者Cの行為を讓渡人Bの行為と同視するにとどまるものであることを意味している。〈Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならば、当該リスクはA B間においてBが負担するものか否か〉を基準にリスク配分しようとするものといえる<sup>39</sup>。

これは結局のところ、Cの許での滅失等についてのA B間でのリスク配分問題は、Cの行為をBの行為と同視するという点を除けば、二当事者間におけるリスク配分問題に収斂されることを意味する。当該滅失リスクが仮にBの許で生じたとしても売主Aに転嫁可能なものであるならば、A B間でのリスク配分においてBがリスク負担すべき理由はない。したがって、この場合にはBもまた、Aとの契約を解除し、Aにリスク転嫁できてしかるべきことになる。

第三者Cの許での偶然滅失リスクの配分も、結局のところ、買主Bの許で偶然滅失した場合のリスク配分問題に帰着する。この点で、我が国の近時の多数説は、本稿序論で述べたように、偶然滅失リスクを広く買主の負担とする。ただし、Cの許で偶然滅失した場合に仮にA B間でB負担とするにしても、ここで重要なのは、讓渡したがゆえに、あるいは取戻しができないがゆえにBの負担となるのではなく、偶然滅失が仮にBの許で生じた場合にも多数説がB負担と考えるがゆえに、B負担という結論に至ることである。したがって、筆者のように、品質の契約不適合物が引き渡された場合において、当該契約不適合を知らない買主の許での偶然滅失を売主負担とする立場からすれば<sup>40</sup>、第三者Cの許で生じた偶然滅失リスクも、売主Aの負担となる。Cの許で生じた偶然滅失は、仮にBの許で生じたとき



にもまたBがAに転嫁できるリスクであり、当該返還不能は譲渡により生じたリスクとはいえないからである。いずれにしても、本稿の問題関心からすれば、譲渡それ自体は、Cの行為をBの行為と同視するにとどまり、Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じた場合にBが責任を負わなかった場合にまで、Bの責任を拡張する意味を持たないことが重要である。

ただし、ここでもうひとつ考えるべき点が残る。以上は、旧三五三条・旧三五四条という、約定解除の局面における議論に他ならない。確かに両規定は、旧四六七条一文前段により、瑕疵担保解除に準用された。しかし、前稿でも指摘したように、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ない。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。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）が既にあると解されており、瑕疵担保解除の場合とは解除権者の置かれた状況の理解が異なる。こうした理解を前提とすれば、旧三五三条と旧三五四条とが、旧三二七条一文および旧四六七条一文により、そのまま法定解除および瑕疵担保解除に準用されることは直ちには承認しがたい。法定解除原因あるいは瑕疵の認識前の買主は、受領物を自己の物と信頼しているところ、この信頼を重視して譲渡それ自体を免責することの是非が問われることになる。そこで、次節では、舞台を瑕疵担保解除の局面に移し、瑕疵認識前の譲渡であったことを理由として、以上とは異なるリスク配分をすることがあり得るか、検討することとしよう。

#### 4 契約不適合（瑕疵）の不知に着目したりリスク配分とその難点

##### (1) 一律免責構成

##### ア 基本的発想

買主Bが自己の物と信頼している中で譲渡したことを重視し、加えて（受領物に契約不適合があることを知っていたならば譲渡しなかった）といえる場合、瑕疵を知らずに改造した場合（旧四六七条一文後段）と同様に、返還不能リスクを売主Aに配分することもあり得ないではない。事実、こうした考え方は、改正前のドイツにおいて、旧四六七条一文後段の類推適用という形、あるいは旧三五四条の要件である有責な遅滞の解釈において展開される。

たとえば、旧四六七条一文後段は、改造の際に初めて瑕疵が現れた場合になお瑕疵担保解除を認め、改造による返還不能リスクを売主負担とする規定であるところ、これを、瑕疵を知らずに譲渡した場合にも類推適用できるかが議論されてきた。実はⅢ章で扱う債務法改正後においても、右旧四六七条一文後段を引き継いだ改正三四六条三項一文一号を、瑕疵認識前の譲渡に類推適用すべきとする見解が主張されている。たとえばファウストは、自己の物と信じて物を取り扱っていることを重視し、同号の類推適用を肯定する<sup>41</sup>。また、レヘルも、加工と譲渡とで異なる取扱いをする根拠がないとして同じく同規定の類推適用を肯定する<sup>42</sup>。

また、たとえばヤンセンは、旧三五四条の適用にあたって、旧二八五条を引用して解除権者が遅滞につき有責でなければならぬとしたうえで、ここで約定解除と法定解除とを区別する。約定解除権の場合には、解除権者が目的物を譲渡し、適時に取り戻さないときには、（有責な）遅滞が肯定されるべきとする<sup>43</sup>。約定解除の場合、当事者には潜在的返還義務があるとのドイツに独特な議論の影響を看取できる。他方、法定解除の場合、ヤンセンは、法定解除権者

が当該解除権の要件充足を知り、または知らなければならなかった時よりも前に譲渡したときには、解除権者は、有責でないがゆえに目的物の返還の遅滞には至り得ないと述べる。つまりヤンセンによれば、同条の有責な遅滞か否かは、約定解除か法定解除かで異なり、後者の場合に法定解除権を認識せず、かつ認識していないことに過失もなかった法定解除権者は、返還できずとも有責な遅滞とならない。この場合ヤンセンは、解除権者は譲渡による代償を引き渡すことで足りると解している。さらにカイザーは、旧二五一条による解除権排除の有無を論じる文脈ではあるものの、買主が商人であるなど、契約において転売が予定されていた場合には、同条の適用を否定したうえで、旧二八一条による代償引渡しによる清算を指摘した。<sup>44</sup>

#### イ 一律に買主を免責することの難点

もつとも、前述したフーバーの指摘のとおり、BC間売買契約が維持されているならば、買主Bの許には第三者Cから支払われた売買代金が帰属する。それにもかかわらず、譲渡時に買主Bが解除原因を知らなかったことを理由に、譲渡に伴う返還不能リスク全てにつき一律に買主Bを免責することは、まさに「過剰」である。<sup>45</sup> 転売契約が維持されているケースだけでなく、譲渡目的物に関する買主B自身の説明不足ゆえに、目的物が第三者Cの許で滅失したケースを想定しても、買主Bを一律に免責することの不当さは明らかである。

(2) 買主免責+代償引渡構成

ア 問題の所在

しかし、買主が転売代金を保持しつつ、返還不能につき買主を免責するのは不当であるとしても、このとき、転売代金を代償として売主Aに引き渡すとしてもなお、返還不能リスクにつき買主Bを免責することは「過剰」であろうか。右(1)アで見たドイツ学説もまた、買主Bの免責を代償の引渡しとセットで論じることが多かった。<sup>(46)</sup>

この点で、譲渡にあたり瑕疵を知らなかった買主Bを免責し、その代わり譲渡による代償を売主Aに引き渡す義務を認めるのが、ウィーン売買条約である。関係するのは、次の八二条二項c号および八四条二項b号である。<sup>(47)</sup>

ウィーン売買条約八二条

- (1) 買主は、受け取った時と実質的に同等の状態で物品を返還することができない場合には、契約の解除の意思表示をする権利および代替品の引渡しを売主に請求する権利を失う。
- (2) 前項は、次の場合には適用しない。
  - (a) 物品を返還することができないこと、または受け取った時と実質的に同等の状態で物品を返還することができないことが買主の作為または不作為によるものでない場合
  - (b) 物品の全部または一部が、第三八条に定める検査により滅失し、または劣化した場合
  - (c) 買主が不適合を発見し、または発見すべきであった時より前に、買主が物品の全部または一部を通常の営業過程において売却し、または通常の使用の過程において消費し、若しくは改変した場合

## ウィーン売買条約八四條

- (1) 売主は、代金を返還する義務を負う場合には、代金の支払がなされた日からの利息を支払わなければならない。
- (2) 買主は、次の場合には、物品の全部または一部から得たすべての利益を売主に対して返還しなければならない。
  - (a) 買主が物品の全部または一部を返還しなければならない場合
  - (b) 買主が物品の全部もしくは一部を返還することができない場合、または受け取った時と実質的に同等の状態では物品の全部もしくは一部を返還することができない場合において、契約の解除の意思表示をし、または売主に代替品の引渡しを請求したとき

ウィーン売買条約は、八二条二項c号により、通常、営業過程における売却の場合にのみ買主Bの解除を例外的に認めたうえで、八四条二項b号により売主Aの買主Bに対する代償請求を認める。「通常、営業過程における売却」とは何かが問題となるも、市場における価額（時価）での売却を意味すると解するならば、時価での転売に限って買主が返還不能リスクを免責されることになり、結果として当該時価相当額の転売代金が代償として売主Aに帰属する。売主Aは返還不能リスクを負わないに等しいのが通常となる。ウィーン売買条約は、解除の可否によるリスク配分体系のもとで例外的に買主Bの解除を認めるものの、例外を認めるケースを限定し、かつ代償請求を認めることで、結果として売主Aのリスク負担は基本的に生じない。

そこで次なる問題は、ウィーン売買条約八二条二項c号に付された「通常、営業過程における」との限定を取り払い、時価以下で廉売された場合あるいは贈与された場合においても、買主Bの解除および価額償還義務の免責を認め、

Bに代償の引渡義務のみを課すことの是非である。契約不適合解除のケースを考えれば、Aには義務違反があり、他方でBは自己の物と信じている中での判断である以上、廉売や贈与のケースであっても、これによるリスクを売主Aの負担とすることも選択肢としてあり得る。

この点、Bの許に譲渡利益(代償)が残らないケース<sup>48)</sup>では本構成の登場余地がない。そこで、Bの許に譲渡利益が残るケース、具体的には、①Cの許で滅失等した場合のうち最終的にCがリスク負担するケースと、②BC間契約が維持されているケースとにおいて、「買主Bの免責+代償引渡」構成を部分的に採用することは是非が問われることとなる。順に見ていこう。

#### イ 契約間における譲渡価額の差額リスクの負担

##### ① Cの許で滅失等した場合のうち最終的にCがリスク負担するケース

この場合にCがBC間契約を解除すれば、CはBに対して価額償還義務を負う。ここで償還すべき価額は、客観的価値とは限らない。近年、対価の出捐により自己の物になったことを信頼したCを保護すべく、対価額を基本とした償還が志向される<sup>49)</sup>。BC間でCが返還不能リスクを負担する場合、BC間の対価額を限度とした価額償還がなされる。したがって、BC間契約の対価額とAB間契約の対価額とが一致しない場合、「買主免責+代償引渡」構成によるならば、当該差額リスクをAが負担することになる。譲渡時の契約不適合の不知を理由に「買主免責+代償引渡」構成を採用することの是非は、Bがした譲渡の条件にAを拘束して良いかどうか、より具体的には、AB間契約の対価額とBC間契約の対価額との差額をAとBのどちらに負担させるべきかを問題にしていることになる。

この点確かに、買主Bが有する自己の物との信頼は、売主Aに対して負う対価の出捐を前提にして保護されるとの、近時我が国でも指摘されている論理には一定の説得力がある。しかし、それでもなお、当該出捐を決めた契約時に契約不適合を知らず、仮に当該契約不適合を知っていたならば契約をせず、譲渡もしなかったといえる場合には、やはり当該契約時の決定および譲渡を重視して買主負担とすることは妥当でない。

もつとも、BC間でCがリスク負担するのであれば、Bにとつてこの契約による損失はなく、BがAとの間の契約を解消する意味は存しない。こうした観点から、債務法改正前のグラスの指摘、すなわち、BがCの瑕疵担保解除の結果を甘受しなければならず、これにより受領済みの代金相当額をCに返還することを余儀なくされたときに限って、BはAとの間の契約を瑕疵担保解除できるのであって、BがCから瑕疵担保解除の請求を受けないときには、BがAに瑕疵担保解除を請求できると解すべきでない、と論じていたのが注目される<sup>50</sup>。BがAとの契約を解消して差額をAに負わせられるとなれば、解除を選択することにより、自らした譲渡の条件を事後的にAに転嫁することができてしまうことになる。債務法改正後のドイツにおいては、瑕疵を知らずに譲渡した場合に買主Bの価額償還義務を否定することは、譲渡人Bが本来負うべきリスクを売主Aに負わせる危険、すなわち譲渡にあたりBが責任を負うべき不都合な取引の経済的結果を、正当化根拠もなくAに移転させる危険があると説くものもある<sup>51</sup>。フーバーのいう「過剰」さは、この意味においても理解することが可能であろう。

受領物を自ら取得した対価額よりも低い価額で転売したり、あるいは贈与する行為は、(結果としてCがリスク負担する目下検討中のケースにおいては) Bが契約不適合を知っていたとしてもした行為ともいい得る。Bは、譲渡により差額の損失が生じることを当然認識し、その損失を覚悟のうえで、自らの意思で譲渡をしている。その後、その物の

契約不適合が発見され、BC間契約が解除されたものの、ここではCがリスク負担する。この局面でのBによるAB間契約の解除は、契約不適合ゆえに不釣り合いとなった代金分をAB間で清算する意味を有するに過ぎないのである。

② 譲渡契約が維持されている社会通念上の返還不能のケース

このことは、BC間契約が維持されているがゆえにBがAに原物返還不能なケースでも同様に妥当する。契約不適合物がBからCに引き渡されたにもかかわらず、第三者Cの解除権が消滅していたり、第三者Cが解除ではなく代金減額を選択した場合もその一例である。

こうしてBC間契約が維持されているケースでは、Bは目的物を取り戻せずにいる。この場合、譲渡人である買主Bは、契約不適合にもかかわらず、譲渡の目的は達成できており、買主が解除をすること自体、本来は不要な状況にある(右①で見たグラスの指摘も参照)。これを〈契約不適合を知っていれば譲渡しなかったといえるか〉という観点で見れば、譲渡目的は達成されている以上、契約不適合を知っていても譲渡したと評しうる状況にある。そうであるからには、BによるAB間契約の解除を認めるにしても、契約不適合物をAに返還できないリスクも、AB間契約とBC間契約との差額リスクも、買主Bの負担とすべきである(これに対し、契約不適合物であることによる減価分がAの負担となることは当然である)。契約不適合を知らずに譲渡した場合であっても、こうしたケースで買主Bを免責することは、まさに「過剰」である。



## ウ 結 論

以上のとおり、受領物譲渡にあたりBが契約不適合を知らなかったことを理由に、Bの返還不能リスクを免責し、その代わりAの代償請求を認める構成は、採用できない。その理由は、Bに譲渡利益が残らないケースでは機能しないほか、Cが返還不能リスクを負うケースやBC間契約が維持されているケースにおいても、AB間契約とBC間契約との対価額の差額はBこそが負担すべきという点に存する。契約不適合（瑕疵）を知らずに譲渡したケースであつても、契約不適合の不知を理由に買主Bを免責してはならず、前節で検討したように、譲渡後の具体的な返還不能原因への着目が必要である。

## 5 小 括

ここまでの検討結果をまとめておきたい。ドイツ民法の旧三五三条と旧三五四条の制定過程を辿ったとき、両条は相互にほとんど意識されずに制定されたことが明らかとなった。〈自ら譲渡した以上は、これを取り戻せない限り返還不能リスクを負担すべき〉との旧三五四条の論理と、〈自ら譲渡した以上、譲渡先の第三者の許で生じた滅失等についても、買主自身の許で生じたのと同様に扱うべき〉との旧三五三条の論理が競合していた。これらの法理は、論理的には前者が後者を包摂する関係にあることから、旧三五四条の適用範囲、言い換えれば旧三五三条の存在意義が問われた。

ここにおいて、旧三五四条によるリスク配分を広く解すれば、売主Aの責めに帰すべき事由により第三者Cの許で滅失等した場合にも買主Bの負担に至るといふ、耐えがたい結論に至る。このことは、返還不能の原因が第三者の許

での滅失等であるならば、当該具体的な返還不能原因に着目すべきことを意味し、旧三五四条（取戻しの可否によるリスク配分）を譲渡後の返還不能ケース全てに妥当させるべきでないことを示唆した。

ドイツにおいて、旧三五四条と旧三五三条の適用場面が区別されていることを示すのが、第三者の許で偶然滅失した場合のリスク配分であった。この場合、旧三五三条により解除権が排除されることはなくとも、旧三五四条が適用されるならば、結果として返還不能リスクが買主Bの負担となるはずである。しかし、二〇世紀のドイツ学説は、ここで旧三五四条を持ち出さず、売主Aの負担になると解した。物理的返還不能では旧三五三条を、譲渡契約が維持されている等の社会通念上の返還不能では旧三五四条を、それぞれ適用する理解が示されているといえる。後者では返還不能リスクが一律に買主の負担となるものの、前者では「Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならばA B間においてどちらが負担すべきリスクであったか」が問われることになる。

そして、こうしたリスク配分は、瑕疵担保解除の場合、すなわち買主が瑕疵を知らずに譲渡した場合にも等しく妥当することも明らかとなった。譲渡にあたり瑕疵を知らなかったことを重視して買主Bを免責するならば、第三者の責めに帰すべき事由により滅失したケースすらも売主Aの負担となってしまう妥当でない。また、ここで仮に、買主Bの免責の代わりに売主Aの代償請求権を肯定しようとも、様々なケースを想定すれば、これも適切なりリスク配分とはいえない。すなわち、このリスク配分は、売主Aが買主Bのした譲渡条件に拘束されることを意味するところ、BがA B間契約よりも高額でCに譲渡していた場合にはBはAとの契約を解消しないのであるから、これは結局のところ、買主Bが事後的に望まなくなった契約を売主Aにリスク転嫁することを許容することに繋がるのである。こうした検討により、たとえ譲渡にあたり瑕疵を知らず、瑕疵を知っていれば譲渡しなかったという場合でも、譲渡により

生じるリスク全てから免責されることはない。あくまで返還不能原因に着目したりリスク配分がされるべきこととなる。

### Ⅲ 二〇〇二年ドイツ新解除効果規定の評価

#### 1 条文の素直な解釈と帰結の不当さ

以上の分析を前提としたとき、二〇〇二年の債務法現代化法における新解除効果規定はいかに評価されるか。解除の効果を規定する改正三四六条<sup>53</sup>は、その一項で受領した給付の返還を義務づけつつも、二項一文では、「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」(同文二号)には、給付の返還に代わる価額償還をしなければならない(同文柱書)とする。三項一文一号には価額償還義務が消滅する場合が規定されているものの、同号は、旧四六七条一文後段と同様、瑕疵が加工・改造の際に初めて現れた場合についてのみ例外を規定する<sup>54</sup>。

したがって、買主Bが受領物を譲渡した場合には同条二項一文二号に該当し、解除後の買主Bは物の返還に代わる価額償還義務を負う。譲渡物を取り戻すことが可能であろうともこれを考慮する規定は存在せず、なおかつ、返還不能の原因が第三者Cの許での偶然滅失にであろうともこれを加味する手がかりとなる規定が存在しない<sup>55</sup>。

しかし、本稿で既に見てきたように、解除権を有することを知っていた譲渡は格別、そうでないのであれば、返還不能リスクの全てを買主Bに負わせる根拠はない。とりわけ改正三四六条三項一文三号が法定解除権者(買主)の許で偶然滅失等した場合について法定解除権者を免責し、解除の相手方である売主負担としていることに鑑みるならば、譲渡先の第三者Cの許で偶然滅失等した場合のリスクすらもAB間でB負担とすることのアンバランスさが否めない。

## 2 解釈による改正前の議論への接近

もつとも、改正後の学説をつぶさに見てみると、そこでは解釈による改正前の議論・帰結への接近が窺える。まず、三四六条二項一文二号で譲渡それ自体により価額償還義務が生じると規定されている点については、債務法改正直後の段階から、返還債務者Bが第三者Cより受領物を取り戻して返還できない場合に限って同号の該当を認めるといった形で、「譲渡」を縮小解釈する見解が広く支持されている<sup>56</sup>。この点は、ローマ普通法以来のリスク配分（Ⅱ章1節(1)参照）を引き継ぐものといえよう。

また、加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合に関する三四六条三項一文一号では、譲渡の場合にこれを類推適用する先述（Ⅱ章4節(1)ア）の見解のほか、これを譲渡に類推適用することを否定しつつも<sup>57</sup>、第三者の許での加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合にも適用になるとする見解が有力に主張されるに至っている<sup>58</sup>。この帰結も、改正前におけると同様といえる<sup>59</sup>。

さらに、改正三四六条三項一文三号では、旧三五〇条を一部修正し、法定解除の場合に限って、解除権者が自己の事務におけると同一の注意を尽くしつつも解除権者の許で生じた滅失・損傷については適用されないものの、いくつかの学説はこの場合も想定し、第三者Cの許で生じた場合にも同号の適用を認める<sup>60</sup>。これは、改正前のドイツ学説が、第三者の許で生じた滅失・損傷が偶然によるものならば（旧三五〇条により）売主Aの負担としていたこと（Ⅱ章3節(1)アを参照）に対応する。

改正三四六条は、その文言だけからは、一見すると譲渡それ自体に重きを置き、その後のリスク全てを買主Bに負

担させるルールに映るものの、以上のような学説による解釈（二項一文二号の「譲渡」の縮小解釈、三項一文一号および三号の拡張解釈）を踏まえるならば、実は、旧三五一条および旧三五三条、さらには旧四六七条一文のもとで発展してきた議論と同様のリスク配分を実現するものと解することが可能であろう。

ここで今一度改正三四六条を俯瞰したとき、同規定の透明性を損なう一番の要因は、三四六条二項一文柱書が、単に「次の各号に規定する場合には」と規定しており、「返還不能の原因が次の各号の事由にある場合には」とは規定していない点にある<sup>61</sup>。これにより、直接の返還不能事由とは切り離されて、各号記載の事由に該当すれば直ちに返還債務者のリスクで価額償還しなければならないかに映るのである<sup>62</sup>。このことは、我が国の解釈においても、譲渡に過度に捉われず、具体的な返還不能事由に着目すべきことを示唆している<sup>63</sup>。

#### IV 結論

本稿で得られた成果をまとめていきたい。ここではⅡ章5節の小括とは異なり、ドイツ民法から離れ、リスク配分法理の純粹な比較検討をすることで、ここでのあるべきリスク配分を論じよう（後掲の表を適宜参照されたい）。

まず、表の〈構成1〉のように、契約不適合認識前の譲渡<sup>64</sup>それ自体により、その後のリスク全てを譲渡人である買主Bの負担とし、買主Bに常に価額償還義務を課すことには問題がある。目的物が第三者Cの許で品質の契約不適合（瑕疵）ゆえに滅失したケース、あるいはAの説明義務違反により結果としてCが使用方法を誤って滅失したケースすらも買主Bの負担となってしまうからである（Ⅰ章1節参照<sup>65</sup>）。それでは、契約不適合を知らずにした譲渡は、その

後のリスク配分においてどのような意味を持つか。

この点、契約不適合を知らない買主は、その物を自己の物と信じ、何らの注意義務も観念できない状態で当該受領物を譲渡する。原状回復のリスク配分にあたって自己の物との信頼を重視するならば、買主Bは免責されることになる。これが〈構成2〉である。しかし、このような理解は、第三者の許での目的物の滅失につきBが有責である場合（Bの説明義務違反など）を想定したとき、A B間での滅失のリスク配分においてB負担とされるべきことをうまく説明できない（Ⅱ章4節(1)イ参照）。B C間でBがリスク負担する本ケースでは、Bの許に譲渡利益が残らない以上、（Bの免責と引き換えに）Aの代償請求を認めても妥当な結論を導くことができない。もちろん、B C間契約が維持されている場合およびB C間でCがリスク負担する事由により滅失等した場合には、Bの許に譲渡利益が残るため、Bの返還不能リスクにつきBを免責したうえで、Aの代償請求を認める構成の採用可能性が残る。しかし、このリスク配分は、売主Aが買主Bの決定した譲渡条件に拘束されることを意味するところ、B C間売買が時価での売却であった場合はともかく、廉売あるいは贈与であった場合を想定するならば、こうした構成を採用すれば、A B間の売却価額との差額をA自身が負担することになる（BがA B間契約よりも高額でCに譲渡した場合、Bは通常、Aとの契約を解除しないであろう<sup>66</sup>）。本稿では、B C間契約が維持されている場合およびB C間でCがリスク負担する事由により滅失等した場合において、この結論を正当化することはできないとの結論に達した（Ⅱ章4節(2)参照）。この場合にBの解除を認めたいうえで差額リスクをA負担とするならば、譲渡をしたBが負うべきところの取引の経済的結果を、根拠なく売主に転嫁することを認めるに至る。B C間契約が維持され、あるいはB C間でCが返還不能リスクを負う場合、本来Bには、A B間契約を解除する実質的意味がない。ウィーン売買条約が通常の営業過程での売却に限りBを免責し、Aの

【契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分法理比較表】

構成	リスク配分法理	法律構成や採用例	難 点
1	譲渡により直ちに、Bの解除権を消滅させ、あるいはBに価額償還義務を課す  ∵譲渡は自己の物としての自由な行為であり、後の解除あるいは解除によるリスク転嫁と矛盾する行為である	BGB 旧351条の「有責（過失）」の拡張解釈  Bの譲渡＝「返還することができないとき」（日本民法旧548条1項）	・ Aの責めに帰すべき事由による返還不能がA負担となることを説明できない ・ 取戻可能な場合に解除を否定したり、買主負担とする必要なし ・ BGB 旧353条の存在意義を説明できない
2	譲渡にあたり契約不適合（瑕疵）を知らなかったことを理由に、返還不能リスクにつきBを免責 + AのBに対する代償請求を肯定	CISGが「通常の営業過程による売却」の場合に限り採用  BGB 旧467条1文後段・BGB346条3項1文1号の類推適用  BGB 旧354条の〈有責な遅滞〉の否定	・ Bの責めに帰すべき事由による返還不能がB負担となることを説明できない ・ B C間契約維持のケースやCの有責な返還不能ケースにおいても、A B間契約とB C間契約とにおける対価差額をA負担とする根拠に乏しい（代償請求構成の不適切さ）
3	取戻しの可否によるリスク配分 ∵自らの意思で譲渡した以上、取戻しができないことでの返還不能リスクを、（解除権の消滅あるいは価額償還義務の負担という形で）自ら負うべき	第一草案・第二草案  BGB 旧354条の立法趣旨  Ulrich Huber など	・ Aの責めに帰すべき事由による返還不能がA負担となることを説明できない ・ BGB 旧353条の存在意義を説明できない
4	返還不能原因に着目したリスク配分 ①社会通念上の返還不能 B C間契約が維持されているがゆえの返還不能はBの負担  ②物理的返還不能 Bによる譲渡は、A B間でのBのリスク負担範囲を主観的に拡張 →Cの許で生じた返還不能が、仮にBの許で生じたならば、A B間においてどちらの負担であったかを基準に判断	① BGB 旧354条の適用領域？  ② BGB 旧353条の立法趣旨	

※Bが、Aから引き渡された契約目的物を、その契約不適合に気づかぬままCに譲渡した場合を想定

代償請求を認めていることは、この点に関しては適切なリスク配分であるといえる。<sup>67)</sup>

そこで、リスク配分のあり方として、次に、譲渡後の状態に着目し、五四八条本文が「返還することができないとき」と規定していることも考慮すれば、譲渡後の買主Bがこれを取り戻すことができたか否かによりリスク配分しようとする〈構成3〉が選択肢となる。買主Bは自らの意思で譲渡した以上、これを取り戻すことができない限りBの負担とするのも一理ある。事実、目的物は第三者Cの許で現存しているものの譲渡契約が維持されているために、買主Bが第三者Cから取り戻せない場合を想定したならば、この取戻不能リスクをB負担とするこの考えも説得力を有する。もつとも、こうした考え方は、第三者Cの許での滅失がAの責めに帰すべき事由による場合（たとえば目的物が元来有する品質の契約不適合ゆえの滅失）を想定したとき、A B間での滅失のリスク配分においてA負担とされるべきことを説明できない。〈Bが自らの意思で譲渡した以上、譲渡先で生じたリスクについては全てBが負担すべき〉との論理は妥当しない。取戻不能のリスク全てをBの負担とすることも不当である（Ⅱ章2節参照）。

以上の検討は、買主が譲渡という故意行為をした場合においても、その後のリスク配分にあたっては、あくまで実際の返還不能事由に着目すべきことを示唆した（構成4）。譲渡後の返還不能とひとくちに言っても、**①**譲渡契約が維持されているがゆえに返還できない社会通念上の返還不能と、**②**第三者の許で滅失等したがゆえに返還できない物理的返還不能がある。

**①**のB C間契約が維持されているがゆえに返還できない社会通念上の返還不能は、まさに譲渡により生じたリスクであり、譲渡人Bが負うべきリスクである。譲渡契約が維持されている場合、〈契約不適合を知っていれば譲渡しなかつた〉とも言えないであろう。契約不適合を理由としてBがA B間契約を解除するならば、Bは原物返還に代わる



価額償還義務を負う。

これに対し、②の物理的返還不能の場合、返還不能の原因は滅失等なのであって、譲渡ではない。この場合、第三者Cの許で生じた滅失について、買主Bが一律にリスク負担することはない。右のとおり、品質の契約不適合ゆえに物が滅失した場合を想定すると、〈買主Bが自らの意思で譲渡した以上、譲渡先で生じたリスクについては全て買主Bが負担すべき〉との論理は妥当しない。ただし、Bは自らの意思により譲渡した以上、譲渡先であるCの許で生じたりリスクについても責任を負いうる。この点で、譲渡は、譲渡人のリスク負担範囲を主観的に拡張する。すなわち、譲渡先のCの行為は譲渡人Bの行為と同視される。したがって、(Cの許での滅失等がBの説明不足などBの責めに帰すべき事由による場合のほか) Cの許での滅失につきCが有責な場合にも、A B間においてBがリスク負担する。Bが自由な意思で譲渡したがゆえに直ちにB負担となるのではなく、Cの行為がBの行為と同視されるがゆえに、B負担となることが重要である。Bが契約不適合を理由としてA B間契約を解除するならば、Bは価額償還義務を負う(Aの契約不適合物の引渡しという義務違反とCの許での滅失との因果関係が、BやCの有責な行為の存在により遮断される)。

Cの行為をBのそれと同視するということは、〈第三者Cの許で生じた返還不能事由が、仮にBの許で生じたならば、A B間においてどちらが負担すべきリスクであったか〉を基準にリスク配分することを意味する。仮にBの許で返還不能が生じたとしてもBが責任を負わなかった場合にまで、Bの責任を拡張する理由がないからである。契約不適合認識前の譲渡後の返還不能リスクの配分問題は、Cの行為をBの行為と同視するほかは、二当事者間における原物返還不能リスクの配分を如何に解するかという基本的問題に収斂される。

したがって、Cの許での滅失につきCが有責でない場合のA B間におけるリスク配分は、Bの許で生じた偶然滅失

のリスク配分における考え方に左右される。買主Bの許での偶然滅失もBの負担と考えるのであれば、Cの許で生じた場合におけるAB間のリスク配分でもB負担と解するに至る。これに対し、買主の支配領域内での偶然滅失とはいえ、目的物の受領時に契約不適合を知らなかったことに着目し、〈契約不適合を知っていれば受領しなかった〉ことを重視する私見からすれば、売主が契約不適合物を引き渡したという義務違反と買主の許での滅失とが、買主の解除原因の不知を介して結び付き、売主負担となることが正当化される<sup>68)</sup>。Cの許で生じた偶然滅失は、仮にBの許で生じたときにもまたBがAに転嫁できるリスクである。そうであれば、Bによる譲渡後であろうと、Bがリスク負担する謂れがない。Aが返還不能リスクを負うべきことになる。

以上のとおり、契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分を考えたとき、譲渡は、譲渡人のリスク負担範囲を主観的に拡張する。すなわち、譲渡先のCの行為を譲渡人Bの行為と同視する意味を有する。重要なのは、主観的に拡張をするのみであり、Cの許で生じた返還不能事由が仮にBの許で生じた場合に、Bが責任を負わなかった事由にまでBの責任を拡張する意味を持たないことである。

【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) たとえば、我妻栄『債権各論 上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇六頁は、「返還することができなくなるとは、滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれる（通説）」とし、第三者への譲渡を目的物の滅失と同等に論じる。また、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』（有斐閣・二〇〇六年）九〇五頁（山下末人執筆）は、「返還する

ことができなくなるとは、取引観念と信義則に従って判断されるべき」として、「滅失した場合だけでなく、第三者に譲渡した場合も含まれる」とする。その他、末川博『契約法上(総論)』(岩波書店・一九五八年)一七七頁、鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』(創文社・二〇〇一年)一六七頁など。二〇一七年の民法改正後では、たとえば中田裕康『契約法(新版)』(有斐閣・二〇二二年)二四四頁。

(2) 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)三四頁以下。五四八条の解釈にあたり解除権の認識を要求してこなかった背景には、約定解除を想定したドイツ民法草案の継受があった点については、同四〇—四一頁を参照。またこの点で、拙稿「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」日法八七巻一号(二〇二一年)二二頁および四二頁以下。

(3) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店・一九六四年)一四三頁、奥田昌道Ⅱ佐々木茂美『新版債権総論上巻』(判タ・二〇二〇年)一九七—一九八頁、中田裕康『債権総論(第四版)』(岩波書店・二〇二〇年)九九頁および一二四頁。周知のとおり、大審院は当初、第三者からの買戻しが不能であることが判明して初めて履行不能と解したものの(大判明治三四年三月一三日民録七輯三巻四一頁など)、その後は原則として直ちに履行不能になると解すようになり(大判大正二年五月二日民録一九輯三二七頁など)、これが最高裁にも引き継がれている(最判昭和三五年四月二日民集二四巻六号九三〇頁)。

(4) つまりドイツ学説は、旧三五一条を矛盾挙動禁止原則の現れと理解し、旧三五一条に、譲渡という故意行為による解除権放棄を含ませて理解した。

(5) Fritz JANSSEN, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 2, 2001, § 353 RdNr.1.

(6) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2001, § 351 RdNr.54; Walther HADDING, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB., Band 2, 12. Auflage, 1990, § 351 RdNr.6.

(7) Eberhard GLASS, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, 1959, S.75.

(8) この他たとえば、買主が取得した土地に地中埋設物や土壤汚染があることに気づかずこれを転売し、転売先において地中埋設物等が発見されたケースの裁判例においても、改正前五四八条一項は持ち出されていないように思われる。

(9) 解除の可否と最終的なりスク配分とを切り離し、解除を認めつつも価額償還義務を課す見解とその論拠については、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)八一頁以下を参照されたい。

(10) 本田・前掲注(2)三四頁以下。

(11) ROLF KNÜTEL / Berthold KUPISCH / Hans Hermann SEILER / Okko BEHREND (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, Band IV, 2005, S.39. 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」法学論叢六四巻五号(一九五八年)九頁を参照した。

(12) ヴィントシャイトはここで、本文で挙げた学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節を指摘する。Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2.Band, 5. Aufl., 1879, S.487. ただし、以上は瑕疵を知らずに譲渡した場合についてであり、買主が瑕疵を認識したうえで譲渡した場合には、解除権の放棄がなされたものと理解されている。

また、本文で挙げた考え方は、ザクセン民法典やドレスデン草案においても採用されていた(Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 4, *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 / 1865*, S111; Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, 1973, S.37)。

#### 【ザクセン民法九一八条】

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るときも、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。

- (13) 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.
- (14) Benno MUGDAN, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1979, S.I.I.
- (15) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.607.
- (16) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.I.I.
- (17) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.608. なお、プランクは、本文で述べた譲渡の場合について修正提案すると同時に、権限者が対象物に第三者の権利を設定した場合についても、これを再び取り除いたときやこれを取り除くことができないときに例外が許容されるべきことを提案した。
- (18) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band VI, 1899, S.160. なお、以下では「Protokolle VI」を以下引用する。
- (19) Protokolle VI, S.161.
- (20) Protokolle VI, S.161.
- (21) Protokolle VI, S.161.
- (22) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.I.II.

- (23) Protokolle VI, S.161; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.608.
- (24) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (25) Protokolle VI, S.384; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.609.
- (26) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.15), S.609.
- (27) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (28) Protokolle VI, S.160 f.
- (29) Protokolle VI, S.163.
- (30) Protokolle VI, S.161. 具体的には、第一草案三〇三条にも、「三〇二条の規定は、第三者に準用される」との一文を追加すべきとの提案のほか、約定解除の効果の冒頭規定である二九八条の二項に、「解除権者が受領物の占有を第三者に譲渡した場合には、解除権者はその第三者の過失につき責任を負わなければならない」との一文を追加する提案もなされた。
- (31) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.14), S.11.
- (32) Harm Peter WESTERMANN, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2000, § 353; Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 RdNr.1. この点は既に、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)二七六頁「青野博之執筆」において、「本条は、解除権者が解除しえなくなるような行為をした他人の範囲を、第三一条第二文より拡大したものとというる」と指摘されている。
- (33) 拙稿・前掲注(2)二四―二五頁を参照。
- (34) 以上につき Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB, Band 3, 12. Auflage, 1991, § 467 RdNr.75 ff. 旧三五四条を重視するこうした理解は、ドイツ民法典制定直後の一九〇二年二月八日のライヒ裁判所の判決に見ることができる。同判決は、旧三五四条の制定過程を確認のうえ、買主(譲渡人)が譲渡物を取り戻す可能性を考慮し、解除時点で受領物を返還できない状態にあったとしても解除自体は排除されないものの、瑕疵担保解除権者が返還を遅滞し、期間の経過前に返還しない場合には、旧三五四条により解除が効力を失うとしていた。RG vom 8.2.1902-V 375/01—RGZ 50, S.188, S.190.

- (35) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79.
- (36) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79; Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 RdNr.3; Walther HADDING, a. a. O. (Fn.6), § 353 RdNr.2; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.6), § 353 RdNr.5.
- (37) また、本文で述べた理解からすれば、第三者Cが加工・改造したことで他の種類の物となり、返還不能となった場合のうちでも、当該物が瑕疵物であり、第三者Cによる加工・改造の際に初めて瑕疵が現れたときには、旧四六七条一文後段からして、なお買主Bは瑕疵担保解除が可能であり、返還不能リスクが売主Aの負担になると解される。そもそも、ドイツ民法の立法過程（第一委員会）では、この旧四六七条一文後段の場合は旧三五〇条の場合と同視すべきとされていた。旧四六七条一文後段に関するこの議論については、拙稿・前掲注(2)一二頁以下を参照されたい。
- (38) Cの許でCの責めによらずに返還不能となることを想定すると、譲渡後の取戻不能のリスクをすべてBの負担としていた第二草案三〇三条一文は、偶然滅失の売主負担主義（旧三五〇条・第二草案三〇一条）と整合しない規定であったと評価できる。このことは、目的物が第三者の許で偶然滅失した場合（旧三五〇条）のほか、第三者が瑕疵を知らずに加工・改造した場合（旧四六七条一文後段）も同様である。
- (39) Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 353 RdNr.1; Walther HADDING, a. a. O. (Fn.6), § 353 RdNr.2.
- (40) 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」日法八三巻一号（二〇一七年）五五頁以下。
- (41) Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB, Band2.1, 2017, § 346 RdNr.52.
- (42) Anne RÖTHEL, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2020, § 346 RdNr.21. なお、この譲渡代金はドイツ民法二四六条二項一文二号により義務付けられる価額償還と比べれば低額になりうると論ずる。もともと、このように差額リスクを売主Aの負担とすることが適切であるかを考察する必要がある。詳しくは、本文Ⅱ章4節(2)イにて検討する。
- (43) Fritz JANSSEN, a. a. O. (Fn.5), § 354 RdNr.2.
- (44) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.6), § 351 RdNr.54.

(45) ウルリッヒ・フーバーは、約定解除の規定を瑕疵担保解除に準用する旧四六七条一文が改造について規定しつつ譲渡の場合を含まなかった背景には、事案処理を単純化する発想があったと理解していた。Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.34), § 467 Rdnr.76.

(46) 代償請求権が危険負担と切り離されている点については、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社・二〇一八年)三八六頁および四五三―四五五頁を参照。

(47) 訳出にあたっては、甲斐道太郎ほか編『注釈 国際統一売買法Ⅱ ウィーン売買条約』(法律文化社・二〇〇三年)二四四頁〔谷本圭子執筆〕・二五四頁〔中田邦博執筆〕、UNCITRAL事務局(吉川吉樹訳・曾野裕夫補訳)『注釈 ウィーン売買条約最終草案』(商事法務・二〇一五年)一三八―一三九頁および二四二頁を参照した。

(48) たとえば、Bの説明不足ゆえにCが購入物の使用方法を誤って滅失したように、最終的にBがリスク負担すべきケースでは、Bの許に譲渡利益が残らない以上、いかに売主による代償請求を考慮しようとも、譲渡時の契約不適合の不知を理由に買主Bを免責することは不合理である。Bが契約不適合を理由としてAB間契約を解除するならば、Bは物の返還に代えて価額償還をしなければならない。こうしたケースが存在する以上、譲渡時の契約不適合の不知を根拠にこの時点で買主を免責し、売主に代償請求を認める構成は、既に全面的には採用できない。

(49) ドイツ民法三四六条二項二文前段の立場であり、我が国での近時の有力説である。たとえば、潮見佳男『法律学の森〈新債権総論Ⅰ〉』(信山社・二〇一七年)六〇四頁以下。解除ではなく、無効・取消しの局面では、松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ一四二八号(二〇一一年)八頁以下、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」法学論叢一八〇巻五・六号(二〇一七年)三三四頁以下、磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」LAW AND PRACTICE 一一号(二〇一八年)一八頁以下など。議論の詳細は、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」日法八五巻二号(二〇一九年)三七二頁以下を参照されたい。

(50) Eberhard GLASS, a. a. O. (Fn.7), S.79.

(51) Christoph BENNICKE, Pflicht zum Wertersatz im neuen Rücktrittsrecht bei Verbrauch und Veräußerung, ZGS., 2002,



(52) なお、ドイツ民法旧二八一条一項および改正二八五条一項には、我が国で代償請求権を規定した四二二条の二と異なり、「損害の額の限度において」との限定が存在しない。代償請求権の成り立ちをはじめ、その詳細は、田中・前掲注(46)二〇三頁以下を参照。

(53) 【二四六条（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、収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
- 3 価額償還義務は、次の各号の場合に消滅する。

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。

  - (1) 解除を基礎つ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
- 4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、二八〇条から二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。残存する利得は返還しなければならない。

- (54) 三四六条の一般的説明については、拙稿・前掲注(9)八八頁以下を参照されたい。
- (55) 改正草案の理由書を見るかぎり、後の返還債務者(非解除権者)が譲渡した場合について、改正によりリスク配分を変更する旨の記述は見受けられない。
- (56) Claus-Wilhelm CANNARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVII; Reinhard GAIER, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 3, 2019, § 346 Rdn. 48; Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S. 349 f.; Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, § 346 Rdn. 153.
- (57) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn. 51), S. 373.
- (58) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn. 51), S. 373 f.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn. 51), S. 214.
- (59) 旧三五二条が準用する旧二五二条の例外として旧四六七条一文後段が存在した以上、第三者Cが瑕疵を知らずに加工・改造をして原物返還不能とした場合にも、買主BはA B間契約の瑕疵担保解除権を失わなかったと解するのが論理的である。
- (60) Arnd ARNOLD, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, Jura., 2002, S. 159; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn. 51), S. 255 f.; Ralph WEBER, in: Harm-Peter Westermann / Peter Bydlinski / Ralph Weber, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 2013, Rdn. 10/38.
- (61) これに対し、三四六条三項一文一号や三号を、第三者の許でなされた加工・改造や第三者の許で生じた滅失・損傷にも適用すること自体は、法解釈によつてするのも不合理でないように思われる。
- (62) 第三者への譲渡後に第三者の許で加工・改造がなされ、あるいは滅失・損傷が生じた場合、三四六条三項一文二号の「譲渡」にあたるほか、同号の「加工または改造」や三号本文の「損傷または滅失」にも該当すると解しうる。このことを考えたとき、同文柱書は、返還不能の原因について規定しているものと読み込むか、二項一文各号のうち複数に該当する場合にはそれぞれに設けられた各種の例外すべてを検討することが可能であり、かつその必要があると解すべきことになろうか。
- (63) こうした理解は、買主の目的物使用中に不可抗力滅失・損傷が生じた場合についても、あくまで返還不能原因は不可抗力

であり、時系列上その前に存する使用行為を過度に重視しないリスク配分に親和的である。

(64) これに対し、買主Bが解除できることを知ったうえで譲渡したのであれば、譲渡それ自体により解除権が消滅するとの解  
釈も不当とはいえない。もちろん、Bが譲渡物を取り戻すことが可能であれば、なお解除を認めても良いだろう。五四八条は  
あくまで「返還することができなくなったとき」と規定するからである。

(65) この点で、改正前民法五四八条一項において、解除権の認識を要件とせず、かつ第三者への譲渡それ自体により返還不能  
要件を満たすとの形式的解釈をすることは、問題がある。二〇一七年の民法改正により五四八条にただし書が付されたことは、  
我が国でかねてより挙げられる「解除権の放棄」という同条の制度趣旨からだけでなく、同条が本来果たすべきである適切な  
リスク配分という見地からしても、妥当な改正であった。

(66) なお、我が国の民法四二二条の二は、ドイツ民法旧二八一条一項および改正二八五条一項と異なり、「損害の額の限度に  
おいて」との限定を付している。この「損害の額」を当該目的物の交換価値を指すものと解するならば、Bが市場価格よりも  
高額で転売していたとしても、この転売代金全額の償還請求はできないことになる。この点で、田中・前掲注(46)四六〇頁を  
参照。

(67) このように考えると、契約不適合を理由とした買主による解除の局面に限れば、原物返還に代わる価額償還のほかに、別  
途、代償請求の可否を論じる実益は大きくないといえる。

(68) 拙稿・前掲注(40)五五頁以下(とりわけ九一頁)を参照されたい。