

給付危険と対価危険の部分的移転

——民法五六七条一項で移転する「危険」とは何か——

野 中 貴 弘

I はじめに

II 契約に適合しない特定物が引き渡された場合

1 民法五六七条一項前段を売主の契約不適合責任の全免責と見る構成

(1) 履行認容による危険移転構成

(2) 引渡しによる給付危険の全移転と錯誤による契約責任の再生構成

2 給付危険の部分的移転を認める構成

3 小 括——契約に適合しない特定物の危険移転法理

(1) 契約不適合法理と重畳する部分的危険移転

給付危険と対価危険の部分的移転（野中）

- Ⅲ 契約に適合しない種類物が引き渡された場合
- (2) 契約不適合物でも引渡し後の滅失等は買主負担が原則である

1 議論状況の概観

- (1) 民法五六七条一項適用の肯否
- (2) 適用否定説とは何か——契約不適合責任追及時のリスク配分
- (3) 民法五六七条一項の制度趣旨理解の対立

2 民法五六七条一項の規定内容

3 民法五六七条一項の「特定」の解釈

- (1) 契約不適合が軽微であれば特定を認める見解
- (2) 契約不適合物でも民法四〇一条二項前段の特定を認める見解
- (3) 民法五六七条一項の「特定」≠民法四〇一条二項前段にいう特定とする見解

Ⅳ 結論

Ⅰ はじめに

本稿は、「目的物の滅失等についての危険の移転」を見出しに掲げる民法五六七条の一項の規定内容および射程を論じる。同項は、売買目的物の引渡し後に両当事者の責めに帰することができない事由（双方無責）によって生じた滅失・損傷が買主負担であることを規定する。買主の負担であるが故に、買主はこの滅失・損傷を理由として追完・代金減額・損害賠償を求めることも、契約の解除をすることもできない（前段）。同様に、買主の負担であるが故に、

【民法567条 1 項の適用の可否】

	契約適合物の引渡し	契約不適合物の引渡し
特定物売買	○	○（Ⅱ章）
種類物売買	○	争いあり（Ⅲ章）

滅失・損傷を理由に代金の支払を拒むことができない（後段）。

同項の適用場面としては、特定物と種類物、契約適合物と契約不適合物の組み合わせで四つの可能性があるところ、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用があるかに見解の対立がある（上掲の表を参照）。同項括弧内の「売買の目的として特定したもの」にあたるか、具体的に、この「特定」とは民法四〇一条二項で講じられる種類債権の「特定」と同義か、仮に同義であるとすれば契約に適合しない種類物の引渡しで種類債権は特定するか、が問題となる。

ところで、五六七条一項が問題とする「危険」については、これを「給付危険（*Leistungsfahr*）」と「対価危険（*Preisgefahr*）」であると理解するのが一般である⁽¹⁾。近時、「給付危険」概念は論者によつてその意味するところが異なることがあるものの、契約適合物が引き渡された場合を想定すると、同項の効果を給付危険と対価危険の移転で説明することが可能である⁽³⁾。特定物と種類物とを問わず、契約適合物が引き渡されたならば、買主はそれ以後に生じた双方無責の滅失・損傷を理由として追完を求めることができず、代金の支払を拒むこともできない（契約の解除や代金減額も認められない）。要するに、契約適合物を想定すれば、同項の「危険」を給付危険と対価危険によつて説明することができる。

それでは、契約に適合しない特定物が引き渡された場合はどうか。特定物の場合、当事者がその物の個性に着目しており基本的に替えが効かないため、その物が滅失・損傷した場合にも売主は代物の調達義務を負わないのが原則である。そこで、従来、特定物売買における給付危険は、契約締

【代替性のない特定物が引渡し前に債務者無責で滅失・損傷した場合の給付危険】

	給付危険の意義	
	調達義務の負担	修補義務・損害賠償義務も含めた給付義務の負担
特定物の滅失	買主負担（※）	買主負担（※）
〃 損傷		売主負担 ∴ 修補義務

※）事例を変えて代替性のある特定物の売買で仮に売主の代物調達義務を認めれば、売主負担となる。損傷の場合は562条の追完請求権、滅失の場合は本来的履行請求権が請求根拠か。

結時から買主負担であると言われてきた⁽⁴⁾。したがって、一見すると、契約に適合しない特定物が引き渡された場合にも、給付危険は買主が負担し、対価危険も引渡しに伴って買主に移転するようにも思える。

しかし、五六七条が問題とする給付危険は、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の調達義務の負担」という、従来から四〇一条二項において説かれてきた狭義の給付危険とは異なる。給付危険は、従来からより広く、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の給付義務の負担（債務の運命）」⁽⁵⁾、あるいは「同場合における債務者の債務不履行責任の負担」⁽⁶⁾と定義されることがある。これを広義の給付危険と呼ぶならば、五六七条一項が問題とするのも、まさにこの広義の給付危険である⁽⁷⁾。

そして、こうした広義の給付危険は、契約に適合しない特定物の引渡しでは移転しないことが重要である。すなわち、（少なくとも代替性のない）特定物が引渡し前に滅失した場合には、売主の債務は履行不能となり、買主はもはや履行請求ができない（民法四一二条の二第一項）。滅失につき売主が無責であれば損害賠償義務も負わない。したがって、滅失の給付危険は買主が負担する（給付危険概念に「損害賠償責任の負担」まで含めるか否かに左右されない）。他方、引渡し前に損傷した場合、当該損傷物（契約不適合物）の引渡しを受けた買主は追完請求権を有する（五六二条）。五六七条一項前段は、条文に適切に表現されているとおり、引渡し後に生じた滅失・損傷を理由とし

ての救済を否定するにとどまり、引渡し時に存していた契約不適合を理由とする救済請求を遮断するものではない。⁽⁸⁾ 結果、売主に修補義務がある以上、特定物売買であつても契約不適合給付では広義の給付危険が移転しないのである。⁽⁹⁾ そして、給付危険が移転しない以上、⁽¹⁰⁾ (対価危険の一般的定義を前提とすれば) 対価危険も移転しないはずである。

もつとも、不適合物の引渡しを受けた買主が契約の解除をしたものの、受領物を返還できない場合、我が国の伝統的通説は、目的物の引渡しによって支配が移転していたことに着目して買主に価額償還義務を課してきた。この「支配」に着目した危険負担は、改正前民法五三四条の債権者主義を制限する観点から注目されてきた。そこで、原物返還不能の買主が負う価額償還義務について、これを「対価危険」の負担の現れと見ることは不自然でない。こうした理解を前提とすると、契約に適合しない特定物の引渡しでは、給付危険が移転しないにもかかわらず、さも対価危険が移転することを認めてきたかのである。しかし、これは対価危険の定義からして本来論理的でない。⁽¹¹⁾

それでは、契約不適合物が引き渡された場合、いったいどんな「危険の移転」(五六七条見出し)があるのか。契約に適合しない特定物が引き渡された場合に五六七条一項が適用されることは、少なくとも条文上何の疑義もない(適用を否定する契機がない)⁽¹²⁾。給付危険が移転しておらず、対価危険も移転していないように映るこの場面でも、引渡し後の滅失等について修補や代金減額の対象外とされ、⁽¹³⁾ あるいはその物の返還が必要な場合に買主が価額償還義務を負うことをどう説明すれば良いのか。五六七条一項がどのような危険の移転を語っているのかを明確にする必要がある。そこで本稿は、同項の適用場面として争いのない、契約に適合しない特定物が引き渡された場面における法律関係に着目し、「五六七条一項がどのような危険の移転を語っているのか」を考察することを通して、その規定内容を明らかにし、最終的に右争点(契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用があるか)への結論を得ることを

試みる。契約不適合物であつても引渡し後の滅失・損傷の危険は原則として買主が負うとの通説的帰結を「危険」概念で説明し、右争点に新たな視覚を提示するには、このアプローチが適切であると考えた。同項は、契約不適合を理由とした諸救済手段を買主が行使した場合においても、引渡し後に生じた滅失等のリスクを配分する規範を提示するものであること、したがって、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも適用されることを示したい。

Ⅱ 契約に適合しない特定物が引き渡された場合

契約に適合しない特定物の引渡しであつても危険の移転がある。本稿では以下、二つの可能性を探りたい。一つが、契約不適合物が給付された場合にも何らかの要素に着目して給付危険と対価危険の移転を認める構成（↓1）であり、もう一つが、給付危険と対価危険の部分的な移転を観念する構成（↓2）である。

1 民法五六七条一項前段を売主の契約不適合責任の全免責と見る構成

(1) 履行認容による危険移転構成

契約不適合物の引渡しでも「危険の移転」があるとすれば、同項の引渡しを文字どおり捉えるのではなく、ここに買主の意思的要素を要求し、買主の履行認容による危険移転を認める構成が考えられる。

こうして、五六七条一項前段を、履行認容による給付危険の移転を定めた規定と解した場合、履行認容があつたというためには、買主の修補請求権の行使という客体承認があるだけでは足りず、性状承認までなくてはならない。先

述のとおり五六七条一項前段では、狭義の給付危険（調達義務の負担）を超えて、広義の給付危険（給付義務の負担）が問われているところ、性状承認としての履行認容があつて初めて、売主は契約不適合責任を負わないようになるからである。したがって、契約不適合物が引き渡された場合を想定すれば、売主による追完がなされ、あるいは代金減額や損害賠償がなされた後に初めて、同項の適用が認められる状態になる。要するに、この立場からは、不適合物が引き渡された場合には、売主の契約不適合責任が果たされるまでの間、五六七条一項が適用されないことになる。

しかし、この解釈は、同項の規定表現から著しく乖離する。同項は、「売買の目的として特定した」目的物が引き渡されたことを要求するのみであり、いかに契約不適合が存するとはいえ、当事者が合意した特定物がこれに当たらないとするのは無理がある。こうした不自然な解釈は、同項前段を給付義務あるいは債務不履行責任の全免責という意味での給付危険の移転規定であると理解するがゆえに生じる。同項は、「売買の目的として特定したもの」が買主に引き渡された後に双方無責により滅失・損傷した場合に、そのリスクが買主負担であることを規定し、これを「危険の移転」と呼んでいるのであつて、売主の契約不適合責任の一切が免責されずとも、引渡し後の滅失等については売主が責任を負わなくて良いことを（危険の移転として）定めた規定のはずである。

(2) 引渡しによる給付危険の全移転と錯誤による契約責任の再生構成

次に、契約不適合物の引渡しでも給付危険が移転することを正当化する構成として、ドイツ法で対価危険の「回帰（再移転）」が語られるのを応用し、給付危険でもこれを問題にする構成が考えられる。たとえば損傷物や異種物が引き渡された場合でも、引渡しによつて一旦は給付危険も対価危険もすべて移転する。そのうえで、受領物に契約不適合

があつた場合、買主には契約適合性についての錯誤が存する。五六二条以下の買主の救済手段を、買主の錯誤主張による契約責任の再生と位置づけることになる。周知のとおり、我が国では、債権法改正前の瑕疵担保責任法のもとで、買主の履行認容後も、その履行認容に錯誤があつた場合には瑕疵担保責任が追及できるとか、特定合意の錯誤無効により売主の契約責任が再生される⁽¹⁵⁾との法的構成が主張されてきた⁽¹⁶⁾。この(2)は、この考え方を改正後の売主の契約不適合責任に及ぼし、給付危険の所在を説明しようとするものである。

しかし、繰り返しになるが、五六二条は、引渡し時に存した契約不適合について売主が追完義務を負うことを明示する。契約不適合物の引渡しでは給付危険が移転しないことが明確にされていることに照らすと、この(2)の構成は給付危険概念をいたずらに混乱させる。確かに、原状回復の局面では買主の解除による危険の回帰(再移転)が語られる。しかし、そこでは、危険の所在をこのように機能的に考えるメリットが存在した(本章3節(1)参照)。これに対して、給付危険では、こうした説明をしなければならぬ必要がないように思われる。契約不適合物の引渡しで給付危険が全て移転するという理解は、妥当でないように映る。

なお、追完請求権には、本来の履行請求権には存しない制約があり、両者は異質なものであるとの理解が有力である(Ⅲ章3節(2)で改めて触れる)。そこで、こうした見解を前提としたうえで、仮に、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の給付義務の負担」という給付危険の定義のうち、「債務者の給付義務」とは本来の履行義務を指すものと理解するならば(Ⅱ目的物が滅失・損傷した場合における債務者の本来の履行義務の負担を給付危険と定義するならば)、「契約不適合物の引渡しによつても給付危険が終局的に移転する」という理解に至り得る。しかし、五六七条一項が問題とする給付危険は、目的物の引渡し以後に生じた滅失・損傷を理由として追完等を求めることができないという

意味での給付危険である。給付危険を本来的履行義務のみに関わるものとして限定して用いることは（少なくとも五六七条との関係では）妥当でない。契約不適合物が引き渡され、買主が追完等を求めることができる場合は、（少なくともこの限りでは）やはり給付危険が移転していないはずである。

2 給付危険の部分的移転を認める構成

問題を整理しよう。まず、(i)五六七条一項は、その物が引渡し後に滅失等した場合について、売主の契約不適合責任および買主の代金支払義務に絡めて規律している。つまり、ここでの目的物の滅失・損傷の「危険」とは、あくまで契約上の危険（給付危険と対価危険）である。他方で、(ii)契約不適合物を引き渡した売主は、契約不適合責任を負う（五六二条以下）。この意味での給付危険はなお売主が負う。引渡しが完了すれば売主は一切の不適合責任を負わない、とはいえない。もっとも、(iii)五六七条一項は契約に適合しない特定物が引き渡された場合に「危険の移転」を認めている。

この三つを整合的に説明するためには、「契約不適合物の引渡しでは給付危険が一切移転しない」との理解を見直す必要がある。つまり、不適合物の引渡しでも、給付危険と対価危険が部分的に移転するとの理解こそが、五六七条一項の説明として妥当であり、引渡し後の滅失等のリスクを原則として買主負担とする理論的根拠を与えるうえでも適切である。

契約不適合物の引渡しである以上、（買主の性状承認でもない限り）売主は給付義務（契約不適合責任）を負ったままである。しかし、そうは言っても、契約不適合物でも、引渡し以後は買主こそがその物の滅失・損傷のリスクをより良

く回避できる以上、このリスクは原則として買主負担とするのが望ましい。つまり、契約不適合物の引渡しでは一切の給付危険が移転しないのではない。五六七条一項前段は、引渡し後に生じた滅失等についての給付義務の免責という意味での給付危険の移転を規定していると理解できよう。引渡し後という時的に限定された範囲での滅失等からの売主の免責、これがここでの危険移転の正体である。¹⁷ この危険移転の結果、引渡し後に買主の許で滅失・損傷が生じても、売主は給付義務を負わず債務不履行責任も負わない。給付危険と併せて対価危険も移転するため、引渡し後の滅失等を理由に代金を拒むこともできない。¹⁸

なお、ここで部分的に移転する危険につき、「売主の給付が契約に適合する範囲で、給付危険と対価危険が移転する」と考えるのは妥当でない。確かに、損傷物が引き渡された場合を想定すると、契約不適合部分については（修補が可能である限り）給付危険が移転しないものの、契約に適合している限りで給付危険が移転して対価危険も移転する、とも理解しうる（契約適合部分と不適合部分の区別）。買主はこの契約適合部分（既履行部分）に対応する反対給付分の履行義務を負う。¹⁹ 「引き渡された物の滅失・損傷の危険」とは、引き渡された契約適合部分の給付危険・対価危険を意味することになる。しかし、こうした説明は、異種物が契約の目的物として引き渡された場合に説明に窮する。特定物売買でも当該特定物以外の異種物が引き渡される場合があるところ、²⁰ 五六二条以下は、損傷物と異種物とを問わず等しく契約不適合給付としてまとめ、同一の救済手段を付与する（異種物給付も、無履行ではなく不完全履行（契約不適合給付）と評価）。²¹ そして重要なのは、異種物が引き渡された場合、損傷物と異なり、「契約に適合した部分」を観念できないため、契約適合部分の給付危険・対価危険の移転を語ることが困難なことである。それでは、引き渡された異種物が買主の許で滅失して返還できない場合、この返還不能リスクが売主負担とされてきたかといえ、そうでは

ない。異種物であつてもその異種物を「支配」していた買主の負担とし、その価額償還義務を想定してきた。⁽²²⁾ 異種物の返還不能リスクを買主に負わせる近時の理解を正当化しようと思えば、この構成では不十分なのである。そこで、前述のとおり、引き渡された目的物が一部でも契約に適合しているか否かを問わず、より率直に、引渡しによって、それ以後の滅失・損傷の給付危険と対価危険が移転すると理解すべきである。

そして、この意味での危険移転は、引渡し時の契約不適合につき売主が契約不適合責任を負うこと（この意味での給付危険が移転しないこと）と論理的に両立する。そうである以上、買主が契約不適合責任を追及した際においても、五六七条一項は、引渡し後の滅失等のリスクを買主負担とする規範として機能しなければならない。具体的には、引渡し後の損傷等は、引渡し時の不適合とは区別され、修補や代金減額、損害賠償の対象外であるとともに、買主は引渡し後の滅失等を理由として代金の支払を拒むことができない。

以上により、五六七条一項が規定する「目的物の滅失等についての危険の移転」は、給付義務が尽きるという意味での給付危険の移転とは理解できず、引渡し後の滅失・損傷に限って売主の免責を認める、限定的で部分的な給付危険・対価危険の移転を意味する。契約に適合しない特定物が引き渡されただけでは、損傷の給付危険は移転しない（五六二条）。したがって対価危険も移転しない。しかしそれでも、引き渡された物自体がその後に滅失・損傷したことで危険の配分を規定しているのが五六七条一項である。

3 小 括——契約に適合しない特定物の危険移転法理

(1) 契約不適合法理と重畳する部分的危険移転

二〇一七年の旧稿で指摘したように⁽²³⁾、契約不適合物が買主の許で双方無責により滅失等した場合のリスク配分問題は、危険負担法理と契約責任法理とが競合する局面である。契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定する見解は、この競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものといえる⁽²⁴⁾。しかし、こうした考え方は、契約の履行過程における各段階で、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかという点の把握を困難ないし曖昧にする。また、重大な契約不適合がありつつも買主が修補請求や代金減額請求をした場合、さらには、買主が解除や代物請求の権利行使をしない間に除斥期間（五六六条）等の権利行使期間を徒過してしまった場合に、危険移転時期を引渡し時に遡及させざるを得ないという理論的難点がある。こうした理論的な難点を回避する方策こそが、契約不適合物の引渡しであろうと危険の移転を認めつつ、買主は引渡し時の不適合についてはなお責任追及でき、というドイツ法の示唆する解決であった。このような形で危険移転と不適合責任法理との重畳によって最終的な危険負担を決する構成こそが、問題の見通しのよい処理を可能にするのである。

そして、五六七条一項は、まさにこうした重畳を前提とした規定である。契約に適合しない特定物であっても、その引渡しにより買主に危険が移転する。しかし、契約不適合があることを理由として買主に与えられる権利の行使は、遮断されない。「危険」（五六七条見出し）が買主に移転するものの、売主が契約不適合責任を負うという事態が予定されている⁽²⁵⁾。引渡しによって危険が移転する以上、原則としてその後の双方無責による滅失・損傷の危険は買主負担となるが、売主が契約不適合責任を負うときにはその責任を追及することができる。したがって、買主は、たとえば

引渡し後に買主の許で滅失した場合でも、引渡し時の不適合を理由としてならば、代金減額や損害賠償、契約の解除を求めることができる。

(2) 契約不適合物でも引渡し後の滅失等は買主負担が原則である

ただし、以上のような理解は、一見すると、契約不適合物でも引き渡せばそれ以後の滅失等のリスクを常に買主負担にすると理解できるため、危険の押しつけであり、買主に酷なルールと評価しうる。重大な不適合のある特定物が引き渡された場合に五六七条一項の適用を制限する見解（平野）²⁶は、この点を意識してのものである。また、後述のとおり（Ⅲ章1節②）、契約に適合しない種類物の引渡しで五六七条一項の適用を否定し、代物請求をした買主は受領物を善良な管理者の注意でもって保存すれば足りると説く下森は、引渡し後の買主無責の滅失等を売主負担と考えたはずである。さらに、種類物売買で軽微な契約不適合に限って五六七条一項の「特定」を認めんとする見解（Ⅲ章3節のA-1説）は、表面的には、軽微な不適合の場合に引渡し後の滅失等を買主負担とすることを指示するが、軽微でない不適合の場合には、その物の滅失等を売主負担とすることを企図するように映る。²⁷契約不適合物の引渡しでも、以後の滅失等の危険移転を認める本稿は、この問題意識に応える必要がある。不適合給付をしたことがどれほどまで重視されるべきか、が問われる。

ア 買主の解除または代物請求による危険の回帰

まず、第一に理解されるべきは、五六七条一項が適用されて引渡し後の滅失等の危険が移転するといっても、買主

の許で生じた双方無責の滅失等がすべて買主の負担になるとは限らないことである。契約不適合物の引渡しを受けた買主は、その不適合に気づくまでその契約適合性を信頼し、自己の物と信頼して使用する。買主には〈契約不適合物であると分かっていたら受け取らなかった〉という錯誤があるにもかかわらず、買主の支配領域内から生じたことの一事をもつて一律に買主負担とするのは不合理である。買主の契約適合性に対する錯誤を介して、売主の契約不適合物の引渡し（＝義務違反）と買主の許での滅失等が結びつく（仮定的因果関係）。結びつくが故に、この滅失等を売主に転嫁できる⁽²⁸⁾。引渡しによつて一旦は買主に移転した危険が、買主の契約解除（や代物請求）によつて売主に回帰（再移転）する（解除による危険回帰構成）⁽²⁹⁾。

イ 買主負担を原則とする価値判断の検証

こうした理解に対しては、「危険の回帰を認めるならば、当初から引渡しによる危険移転を否定する方が簡明である」との指摘があり得よう。しかし、契約不適合物の引渡しを受けた買主は、解除（や代物請求）ではなく、代金減額請求や修補請求を選択することもある。筆者は、買主が後者を選択した場合、たとえ不適合が軽微でなかった場合にも、引渡し後の損傷等のリスクは買主負担とすべきであり、修補や代金減額の対象とならないと考える。これを説明するためにも、引渡しによつて受領物の滅失・損傷の危険が買主に移転すべきものと考ええる。そこで以下、契約不適合責任が追及された場合においても、引渡し後に生じた滅失等が原則として買主負担であるべきことを考察する⁽³⁰⁾。

焦点は、右に見た仮定的因果関係による定式の射程である。買主が契約の解除（や代物請求）という、その物を前提とした履行を拒絶（客体承認を拒絶）した場合に限らず、修補や代金減額という救済手段を選択した場合にも、右の

論理が妥当し、引渡し後の双方無責による滅失等を売主負担とすべきか。ここで考慮すべきか問題となるのが、買主が各救済手段の選択肢を考量しているという、買主の置かれた状況への着目である。買主が、①契約解除権（あるいは代物請求権）を選択肢として有する場合と、②それを有しない場合があるろう。②の具体例として、（代替性のない）特定物売買において軽微な不適合のある特定物が引き渡された場合が想定できる。

いずれにしても買主は、代金減額しか手段がなかったならば格別、契約不適合があると知っていれば受取りを正当に拒むことができた。^{③①}したがって、受領遅滞による危険の移転は生じない。しかし、まず②の場合に、引渡し後の損傷等も修補や代金減額の対象とするならば、売主は軽微な不適合物を提供したにすぎないにもかかわらず、買主がその売主のリスクで受領物を使用できることになり、不当である。^{③②}引渡し後の損傷等は修補や代金減額の対象外とし、買主負担とすべきである。^{③③}

他方で①の場合、不適合を知った買主は、当該不適合がどれほどか確認しつつ、複数の救済手段の中でどれを選択するか検討する。ドイツでは、こうした状況下にある買主に対し、最終的に解除を選ぶにしてもなお買主に受領物を使用する権利を与え、自己の物として使用する過程で滅失・損傷しても買主を免責すべきとする議論がある。^{③④}この免責をどういった範囲で認めるかは評価が分かれるものの、不適合に気づけば一切の使用ができず、使用から生じた一切の損傷等を買主が負担すべき（＝解除した買主が価額償還義務を負うべし）とはされない。しかし、これらは、あくまで最終的に解除が選択された場合の議論である。また、解除された場合、使用によって得た利益を売主に返還する（のが少なくとも出発点となる）のに対し、修補や代金減額による場合、同利益は買主に帰属する。仮に引渡し後の損傷等も修補や代金減額の対象とするならば、買主が同権利を行使するまでの間、売主のリスクで受領物を使用できるこ

となる。これらを考慮しても、最終的に修補や代金減額を選択した場合に、「契約不適合があると知っていれば受け取らず、受け取らなければ買主の許で損傷等することもなかった」という論理で買主を免責し、売主負担とすることは妥当でない。実際上も、たとえば、引き渡された中古車にブレーキの不具合という契約不適合があった事例で、引渡し後に中古車ボディに生じた双方無責の擦り傷まで修補や代金減額の対象とするのは不合理であろう。このリスクを売主に転嫁できるのは、契約の解除（や代物請求）ができ、実際にこれを選択した場合に限るべきである。客体承認という意味での履行認容を表す修補や代金減額を求めた場合には、引渡し後の滅失等は買主負担であるべきと考える。

以上のとおり、契約に適合しない特定物が引き渡された場合も、引渡し後の滅失等は原則として買主負担とすべきであり、契約を解除した買主に右の仮定的因果関係が認められるときに限って、それによる危険の回帰（再移転）を認めればよい。したがって、(2)の冒頭で掲げた見解のように、不適合物の場合に引渡し後の買主無責による滅失等を一律に売主負担とするのは妥当でない。また、重大な不適合があったとしても、その一事をもつて売主負担とするのも妥当でない。さらにいえば、売主負担とすべき場合にも、それを実現する前提として五六七条一項の適用（引渡しによる危険移転）を否定する必要はないと考える。

本稿は、以上を踏まえ、次のⅢ章から、契約に適合しない種類物が引き渡された場合へと考察の対象を移す。

Ⅲ 契約に適合しない種類物が引き渡された場合

1 議論状況の概観

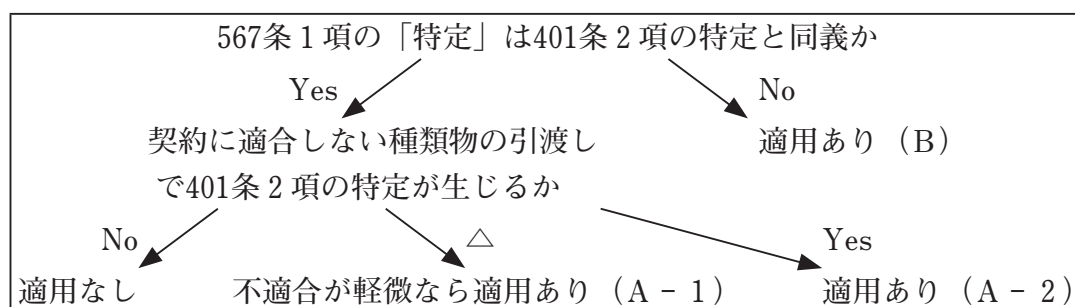
(1) 民法五六七条一項適用の可否

本稿冒頭で述べたように、契約に適合しない種類物が引き渡された場合に五六七条一項の適用があるかに議論対立がある。まずは、同項の適用をめぐるの学説状況を概観しよう。

適用否定説³⁵⁾に至る論理は単純である。債権法改正前の通説は、種類物売買において瑕疵物の提供では四〇一条二項前段の「物の給付をするのに必要な行為を完了」したとはいえないと理解した。³⁶⁾種類債権の特定は生じず、売主は依然として代物調達義務を負う。この四〇一条二項は今般改正されなかった以上、こうした解釈は改正後も基本的に維持され、かつ五六七条一項括弧内の「特定」も同義に解釈されるべきであると理解する。結果として、契約に適合しない種類物の引渡しでは同項の要件を満たさず、適用されない。以上を危険の移転という観点から説明すれば、適用否定説は次のように考えていることになる。すなわち、契約不適合物が引き渡された場合、売主の給付義務（代物調達義務を含む）は消滅せず、給付危険が移転しない以上、危険の移転を規定する五六七条一項を適用する余地がない。

これに対し、適用肯定説には大きく分けて二つがある。一つは、適用否定説と同様に五六七条一項の「特定」Ⅱ四〇一条二項の種類債権の特定と解したうえで（A説）、軽微な契約不適合であれば特定するとの理解から、契約不適合の程度が軽微な種類物が引き渡された場合に五六七条一項の適用を認める見解³⁷⁾（A-1説）、あるいは、契約不適合物であっても特定を認めることで五六七条一項の適用を認める見解³⁸⁾（A-2説）である。もう一つは、五六七条一項

【契約に適合しない種類物が引き渡された場合に民法567条1項の適用があるか】



にいう「特定」は四〇一条二項の特定とは異なると理解し、契約に適合しない種類物でも引渡しまであれば「特定」を認め、五六七条一項の適用を肯定する見解である⁽³⁹⁾（B説）。

(2) 適用否定説とは何か——契約不適合責任追及時のリスク配分

ただし、実は、適用の肯否をめぐるこの議論対立は、買主が引渡し時の契約不適合について売主の責任を追及した場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分に繋がっていない⁽⁴⁰⁾。たとえば、買主が契約不適合解除あるいは代物請求をしたにもかかわらず、受領物を返還できない場合を考える。適用肯定説からは、特定物と種類物の区別なく引渡しによって「目的物の滅失等についての危険」が移転するため、引渡し後に買主の許で生じた偶然滅失の危険は買主が負担し、買主は受領物の返還に代えて価額償還義務を負う。これに対し、適用否定説に立つ場合、契約に適合しない特定物が引き渡された際には五六七条一項が適用されて滅失等の危険が買主に移転するのに対し、契約に適合しない種類物が引き渡された際には「危険の移転」がない。そうであれば、引渡し後に買主の許で偶然滅失した場合、前者では買主が価額償還義務を負うのに対して、後者では買主は同義務を負わないのが自然である⁽⁴¹⁾。しかし、特定物と種類物とでのこの区別に合理性はない⁽⁴²⁾。売主がなお代物調達義務を負うことと、相手方の支配下で生じた滅失・損傷についてまで責任を負うこととは区別される。実際にも、適用否定説に立ち、買主の許で生じた偶然滅失も売主

567条1項の適用	契約不適合責任追及時における引渡し後の偶然の滅失等
否定説	売主負担
(危険移転否定説)	買主負担
肯定説	買主負担
(危険移転肯定説)	※ただし、一定の場合に売主への危険の回帰（再移転）を認める見解あり（Ⅱ章4節(2)ア）

負担とすることを明言するのは、管見のかぎり下森定（買主は善管注意保存義務を負うとする）⁽⁴³⁾のみであり、その余は別途の論理で買主負担を導く。すなわち、買主の支配領域内で生じたりスクであることや買主はもともと反対給付の負担と引換えに当該物を手に入れる決定をしたことなどを理由に、買主に価額償還義務を負わせるのである。⁽⁴⁴⁾

これは解除や代物請求という、受領物の返還を要する場合のリスク配分に限られない。仮に五六七条一項前段を反対解釈すれば、同項の適用がない場合、買主は、引渡し後に生じた滅失・損傷を理由として売主に修補請求等ができそうにも思える。しかし、一般論として、契約不適合の判断基準時は引渡し時であると理解されている。実際、適用否定説に立つ論者の中には、引渡し後に生じた滅失・損傷分はあくまで買主負担であり、修補や代金減額の対象外であることを明示するものがある。⁽⁴⁵⁾ また、適用否定説に立つ磯村保は、五六七条一項が適用されない結果、「買主は、引渡しを受けた目的物の滅失・損傷を理由として、改正案五六二条～五六四条の規定によって認められる権利を行使することができ、」⁽⁴⁶⁾（傍点は引用者）としつつも、「しかし、目的物の契約不適合とは無関係な事情により生じた滅失・損傷について、いったん自己の支配下に置いた買主がそのリスクを売主に転嫁することができることに疑いの余地もある。」とし、中古車売買と新車売買とでリスク負担が「逆転すること」を問題とし、適用否定説からも異なる結論の余地があることを示唆する。⁽⁴⁶⁾ 五六七条一項適用の肯否が、契約不適合物が引き渡された後の滅失等の

リスク配分に繋がっていない。

(3) 民法五六七条一項の制度趣旨理解の対立

しかし、契約解除にもかかわらず受領物を返還できない買主が負う価額償還義務は、買主が目的物の引渡しを受けて支配が移転したために「対価危険」を負担することと結び付けて論じられてきた。⁽⁴⁷⁾ 原物返還不能の買主が価額償還義務まで負うか否かは、厳密には買主の原状回復義務に係る給付危険の問題といえるが、この給付危険の所在を、契約解除前の対価危険の所在を参考に論じていると評価できる。五六七条一項の適用を否定し、給付危険・対価危険の移転を否定しつつ、原物返還不能の買主に価額償還義務を負わせることは本来論理的でないように映る。⁽⁴⁸⁾ それにもかかわらず、なぜ、適用否定説からも買主の価額償還義務を認める見解が主張されているのか。

これは、「五六七条一項が何を規定したものか」という、規定の意味内容や制度趣旨理解に争いがあることを示しているのではない。適用否定説（に立ちつつ引渡し後の滅失等のリスクを買主負担とする見解）に立つ論者の多くは、五六七条一項を、契約不適合物（種類物だけでなく特定物も含む）の引渡しを受けた買主が修補請求や代物請求、契約の解除をした場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分とは無関係の規定と理解するのではない。つまり、同項をめぐっては、これを、①引渡し後の滅失・損傷について売主が給付義務等（契約不適合責任）を負わず（前段）、買主がこの滅失・損傷を理由に代金支払を拒めない（後段）ことを規定したのみとする理解（適用否定説に多い理解か）⁽⁴⁹⁾と、②（それだけでなく）契約不適合給付がなされ、売主の契約不適合責任が追及された場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分まで規定しているとする理解（適用肯定説に多い理解）とがあるように思われる。

違いを具体的に確認する。本来一〇の価値がある物が契約で合意されたが、引き渡されたのは七の価値しかなく、さらにその後その物が買主の許で偶然事により損傷して五まで低下した場合に、五六七条一項は七から五に価値が低下したことを買主負担とする規範と捉えるのが、②の理解である。この②の理解からすれば、同項が適用される場合、たとえば修補や代金減額の対象となるのは、引渡し時の契約不適合分のみであり、その後買主の許で生じた損傷は対象外となる。契約解除や代物給付による追完の場合には、引渡し後に生じた損傷分については買主が負担し、現物返還に加えて価額償還することを要する。他方、①の理解によれば、五六七条一項は、七から五に価値が下がったことのリスク配分を規定したものではない。契約不適合のある種類物の場合に適用否定説に立ちつつ、仮に同項を②の意味で捉えるならば、買主は引渡し後の滅失・損傷も含めて免責されるように思える（先の磯村の指摘も参照）。しかし、適用否定説が、それにもかかわらず、契約解除の場合に引渡し後の滅失・損傷について別途の論理で買主負担とし、買主に価額償還義務を負わせるのは、五六七条一項を②のように理解していない証左である。

2 民法五六七条一項の規定内容

先述のとおり、五六七条一項は、引渡し後の目的物の滅失等に関する給付危険と対価危険の移転を規定するものである。給付危険および（その移転を前提とする）対価危険は、契約不適合物の引渡しでは本来は移転しないようにも思われる。しかし、五六七条一項が問題としているのは引渡し後の滅失等の危険であるため、この意味での給付危険と対価危険は契約不適合の有無を問わず買主に移転する。五六七条一項は、契約不適合法理と重畳する危険移転を規定するものであった。五六七条一項にもかかわらず、引渡し時の不適合についての買主の権利は遮断されないという点

で議論の一致が見られる以上、この重畳は本来すべての学説が前提とするはずであろう。五六七条一項は売主の契約不適合責任の負担と両立する形で、引渡し後の双方無責による滅失等を買主負担とする規範である（先の制度趣旨理解の②が妥当である）。

これまで「契約不適合給付では給付危険が一切移転しない」との暗黙の了解があつたがゆえに、改正後の学説は、契約不適合給付がされた場合における五六七条一項の取扱いに難渋したように見受けられる。適用否定説は、単に、契約に適合しない種類物の引渡しでは四〇一条二項前段の「給付必要行為の完了」が認められないため、「特定」を要件とする五六七条一項は適用されないという論理にすぎない。種類債権の特定と給付危険の移転を切り離す見解が多数となっている点に表れるように、四〇一条二項前段は、五六二条および五六七条の新設により、その重要性が格段に低下した。給付危険の完全な移転には契約適合物の引渡しを要する点で一致している。また、引渡し後の滅失等を原則として買主負担とする点でも、ほぼ全ての見解が一致しているものと思われる。それにもかかわらず、種類債権の特定に関する伝統的理解に拘り、引渡し後の滅失等の危険負担を語る五六七条一項の適用を否定することは、適切であるように思えない。

3 民法五六七条一項の「特定」の解釈

先に見たとおり（1節(1)参照）、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用を導く解釈には、次の三つがある。

(1) 契約不適合が軽微であれば特定を認める見解（A-1説）

この見解については、Ⅱ章3節(2)で言及した。買主の支配下で生じた滅失等のリスク配分では、引き渡された物の不適合の大小だけでなく、買主の契約不適合の認識の有無、危険を売主に転嫁することが矛盾挙動と評価されるような先行行為が買主にあるか、などの要素にも着目する必要がある。買主がその不適合物を履行として受け入れたうえで修補や代金減額を望むのか、それともその物を履行として認めず、契約の解除や代物請求をするのかも重要である。前者の場合には引き渡された物を受け入れる（客体承認がある）以上、引渡し後の滅失・損傷は買主の負担とすべきである。後者の場合も買主の支配領域内で生じた滅失・損傷である以上は買主負担が原則であるものの、この見解（A-1説）が暗に示しているように、売主負担となるべき場合もある。しかし、こうした例外的な帰結は、引渡しによる危険移転を肯定しつつも、解除や代物請求による売主への危険の回帰の場合によって認めることで説明できる。

(2) 契約不適合物でも民法四〇一条二項前段の特定を認める見解（A-2説）

ところで、解除や代物請求によって売主への危険の回帰を認めるものの、その前提として、引渡しによる危険移転を肯定する理由は、危険の浮動状態を作らないことにあった。危険の所在が不確かな浮動状態を作らないことにより、契約不適合物の引渡しを受けた買主が修補や代金減額、損害賠償を求めた場合に、引渡し時に遡及して危険移転を認める擬制（浮動的構成）を回避する⁽⁵⁰⁾。近時、不適合物が引き渡された場合の所有権の移転について遡及的移転を認める擬制を理論的に回避することも一つの論拠としながら、契約不適合物の引渡しであっても四〇一条二項前段の特定を認めんとする議論が展開されている。それが、森田宏樹により二〇一九年に提示されたA-2説である。

森田の議論の起点は、引渡し後の「代物請求は、当初に売主が負っていた引渡し債務の履行請求とは、その制約要件が異なる」ことへの着目にある。⁽⁵²⁾ 森田は、種類物売買において契約不適合物が引き渡された場合にも五六二条が適用されることを前提に、引渡し後に負う代物給付義務は当初に売主が負っていた無限の調達義務とは異質であり、「担保責任としての追完請求権は、不完全履行を治癒するために、代替物の引渡しという現実給付を付加的負担として新たに課するもの」⁽⁵³⁾と理解する。契約不適合責任としての代物請求は、当該請求権の限界という点で履行請求権のそれと相違するほか、五六二条一項ただし書、五六六条などでも制約を受ける。こうして森田は、種類債権の特定後に契約不適合責任としての代物請求を認めても特定の効果と矛盾しないと理解し、⁽⁵⁴⁾ 契約不適合物の引渡しでも四〇一条二項の特定を承認する。

こうした解釈を展開する狙いは、(a) 特定後の代物請求を認めることが矛盾でないという理論的基礎を提供すること、他、(b) 契約不適合物でも四〇一条二項の特定および五六七条一項括弧内の「特定」を認めることで五六七条一項の適用を認めること（同適用により引渡し後の滅失等を買主負担とすることに条文上の根拠を与える）、(c) 不適合物でも特定を認めることで所有権移転を肯定し、同移転時期を明確にすること、そして(d) この所有権移転を理由として代物請求を選択した買主の使用利益返還義務を否定することにある。⁽⁵⁵⁾ (c) について付言しよう。森田によれば、仮に、契約不適合物の引渡しによる種類債権の特定を否定するならば、その後、買主が修補や代金減額、損害賠償を求めた場合、そこに客体承認の意味での履行認容があつたとして当該時点で特定を認め、同時点で所有権が移転する、と解さざるを得ない。また、契約不適合を知つた買主がこれを一年以内に通知せずに失権した場合（五六六条）には、所有権の移転を認める客体承認（買主の意思的行為）を見出すことが困難となる。所有権の移転を認めるとしても、いつの時点での

移転を認めるのか。仮に買主の履行認容を見出せるケースで引渡し時に遡及させるならば、買主の使用利益返還義務を否定するという目的は達成できるが、森田によればこれは「かなり擬制的である」⁽⁵⁵⁾。

森田論文では、「契約に適合しない物であつても、売主がその物を引き渡し、買主がこれを受領した場合には、遅くともその時点には特定が生じ」とされ（傍点は引用者）、「給付必要行為の完了」の解釈として履行地説を採るか否かは明示されない。しかし、五六二条は引渡しを基準とし、これを境に売主の調達義務が軽減される。「引渡しによる時的区分」を重視する森田の論旨を敷衍すれば、少なくとも不適合物の場合には、「給付必要行為の完了」として目的物の引渡しまで必要となるように思われる。調達義務が軽減される時点に着目した、いわば効果論から帰納した引渡し説となる⁽⁵⁶⁾。

森田が、所有権の所在を理由として買主の使用利益返還義務を否定する点（右の(d)）には、疑問がある⁽⁵⁷⁾。他方で、同説が、不適合物が引き渡された場合の所有権の所在、移転時期を明確にする点は魅力的である。確かに、売主が依然として代物給付義務を負っている点に着目し、所有権移転を認め難いとする指摘もある⁽⁵⁸⁾。引渡し後の代物請求が明文で認められたことが、契約不適合給付では「給付必要行為の完了」による「調達義務からの解放」を認め難い根拠になるとともに、所有権の移転を認める抵抗感を生み出す。しかし、所有権移転が買主の権利行使次第で否定されるという点では、契約の解除があつた場合と大差ないのではないか。契約不適合物であつても、その引渡しまであれば特定を認め、所有権が移転すると解する余地がある。債権法改正後の現在、「給付必要行為の完了」による特定に引渡しが必要と説く見解（北居⁽⁵⁹⁾）を除けば、種類債権の特定と給付危険の移転時期は切り離され、種類債権の特定の効果として所有権移転が注目される。この改正民法のもとでは、契約不適合物であつてもその引渡しで特定を認め、所

有権の移転を承認する解釈も、ひとつの有力な選択肢である。

このように、森田説からは、契約不適合物でも種類債権の特定が生じるため、五六七条一項の「特定」も認められ、同項の適用も肯定される。しかし、本稿は、同項の適用を認めるべきという結論こそ同一であるものの、それでもなお、そもそも五六七条一項の「特定」が四〇一条二項で講じられる種類債権の特定と同義であると解することに疑問を持つ。

(3) 民法五六七条一項の「特定」※民法四〇一条二項前段にいう特定とする見解（B説）

五六七条一項の「特定」を考えるうえで重要なのは、五六七条一項の適用が認められたならば、売主の一切の契約不適合責任が否定されるわけではない、という点である。同項は、引渡し後に双方無責によって生じた滅失・損傷を買主の負担とするにすぎず、そもそも目的物の引渡し時に契約不適合があれば、当然ながら売主はこれにつき責任を負う。同項は、契約不適合物の引渡しでも給付危険と対価危険が移転すること、換言すれば、売主が契約不適合責任を負うことと両立する危険移転を語っている。五六七条一項は売主が不適合責任を負うことと両立する危険移転を規律するとなれば、その意味での危険移転の要件となる同項の「特定」を種類債権の特定と同義に解する必然性がない。売主の代物給付義務は残りつつ、五六七条一項の危険移転があつて良いからである。

では、なぜ引渡し後の滅失・損傷につき売主が契約不適合責任を負わず、かつ買主が対価危険を負担するのかといえ、単に買主の支配下で生じたりリスクであるからすぎない⁶¹。決して、売主が物の給付としてすべきことを全て完了したために生じるのではない。仮に物の給付としてすべきことを完了したことを同項の危険移転の要件と考えるなら

ば、特定物売買で不適合物が引き渡された場合にも危険移転が生じず、引渡し後の滅失等が売主負担となるはずだが、この価値判断は否定されている。この場合に五六七条一項の適用が否定される契機がない他、同項が新設される以前から、とりわけ解除の原状回復の局面で受領物が返還できないリスクは買主負担とされてきたのである。したがって、同項の効果を正当化するための要件は、目的物の引渡しにより支配が移転したことに尽きる。五六七条一項の適用にあたって、「引渡し時の契約不適合について売主が調達義務から解放されてしかるべきか否か」「売主が調達義務を含めすべての給付義務から解放されるのはいつか」は、問題とにならない。契約不適合物の引渡しであつたために、売主には代物調達義務があり、給付危険がなお売主にある場合であつても、五六七条一項の「特定」を認めることに支障がない。給付危険の部分的移転を肯定する本稿の立場からは、売主が依然として調達義務を負つていようとも、引渡し後の滅失・損傷については買主負担が原則であつて良いからである。

したがって、五六七条一項の「特定」は、四〇一条二項の特定とは異なるものというべきである。四〇一条二項の特定は、五六七条一項の危険移転の前提である必要がない。同項の「売買の目的物として特定したものに限る」とは、売主による引渡しが売買の目的物としての給付と評価されることを求めているにすぎないと解すべきであろう。B説が支持されるべきことは二〇一七年の拙稿で指摘したところであつたが、本稿で給付危険と対価危険の部分的移転という解釈を提示したことで、二つの特定を別意に解する前提が築かれたように思われる。種類債権の特定と給付危険の移転とを切り離す見解の中には、四〇一条二項の特定を危険移転にあたつての「前提充足要件」として位置づける見解がある。⁶²しかし、あくまで五六七条一項の意味での給付危険の移転においては、四〇一条二項の特定は前提にならないと考える。

IV 結 論

売主が契約不適合物を引き渡した場合、売主は修補義務を負う。したがって、特定物売買であっても契約不適合物を引き渡しただけでは、売主の給付義務は尽きない。給付危険が移転しない以上、一方の債務が履行不能になったことを前提とする対価危険も移転しない。仮に五六七条の「危険」をこのような意味での給付危険と対価危険の意味で理解するならば、同項は特定物と種類物とを問わず、適合物が引き渡された場合の規定と解するに至り得る。不適合物が引き渡された場合には、客体承認を超えて、性状承認を意味する履行認容が認められて初めて売主の給付義務が尽きる。その時点で初めて給付危険が移転し、対価危険も移転する以上、両危険の移転を規定する五六七条一項は不適合物の引渡しでは適用されない、という理解である。こうした理解からは、不適合物が引き渡された場合、履行認容までに生じた滅失・損傷の危険を売主が負うことを帰結する。具体的には、引渡し後に生じた損傷すらも修補や代金減額、損害賠償の対象となる。しかし、これでは、軽微な不適合であっても買主が売主のリスクで物を使用等しうることになりかねない。

翻って本来五六七条一項には、契約に適合しない特定物が引き渡された場合に適用が否定される契機がない。それでは、五六七条一項前段はどのような「危険の移転」を語っているのか。ここで本稿が辿り着いたのは、契約不適合物の引渡しでは一切の給付危険が移転しないとの理解の否定であった。五六七条一項は、引き渡された目的物に契約不適合があったことよって売主がなお給付義務を負う場合にも、引渡しにより支配が移転することに着目し、引渡し後に買主の許で生じた双方無責の滅失・損傷に限って売主を免責する。目的物の滅失・損傷のうち引渡し後のもの

に限って、部分的な給付危険および対価危険の移転を規定したのが五六七条一項である⁽⁶³⁾（なお、契約適合物が引き渡された場合に、給付危険と対価危険のすべてが買主に移転するのは当然である）。

そして、あくまで部分的な危険移転なのであるから、これは、引渡し時の契約不適合につき売主が責任を負うことと両立する。買主の許で生じた滅失・損傷について買主負担が原則であることは（適用否定説も含め）本来は異論がないはずであり、この原則は売主が調達義務を負った状態であつても変わらず（Ⅱ売主が代物調達義務を負うことは、買主の支配下で生じた滅失・損傷についてまで責任を負うことを意味しない）、したがって種類物売買で契約不適合物が引き渡された場合だけを特別視して同項の適用から除外する合理性がないことに照らすと、同項は、この場合にも適用されるべきである。

この目的論的解釈に適う解釈こそが、同項にいう「特定」は四〇一条二項の種類債権の特定とは異なる概念であるとの解釈である。五六七条一項は引渡し時の契約不適合について免責するものでない以上、ここで（引渡し時の契約不適合について）売主が調達義務から解放されてしかるべきか否かは、関係がないからである。同項は目的物を引き渡して支配が移転した後の滅失・損傷について売主を免責するにすぎないからこそ、同項の「特定」は、調達義務からの解放を本来意味するはずの種類債権の特定とは異なる概念であつて良いのである。

五六七条一項が問題とする滅失等の危険は、条文上明らかなように、引渡しによつて支配が移転して以降の滅失等の危険に限られる。逆にいえば、五六七条一項は目的物が引き渡された後に双方無責で生じた滅失・損傷についてのリスク配分規定である以上、契約に適合しない種類物の引渡しでは同項の適用がないと解しつつ（適用否定説Ⅱ危険移転否定説）、引渡し後の滅失等を（代金減額請求等の対象外としたり、解除や代物請求をした買主に価額償還義務を課したりす

る形で）買主負担とする解釈は妥当でない。

【付記】本研究は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた研究成果の一部である。

（１）たとえば、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）二〇二―二〇五頁・二一五―二一六頁、森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために』（有斐閣・二〇二〇年）三六四―三六五頁〔初出二〇一七年〕、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社・二〇二〇年）七六七頁〔北居功〕、曾野裕夫Ⅱ松井和彦Ⅱ丸山絵美子『リーガルクエスト民法Ⅳ契約』（有斐閣・二〇二二年）二〇二―二〇五頁〔曾野〕。

（２）近時の指摘としてたとえば、丸山絵美子「種類債権の『特定』」森田宏樹監修『ケースで考える債権法改正』（有斐閣・二〇二二年）二八四頁の注（４）〔初出二〇二〇年〕、曾野ほか・前掲注（１）一九八頁〔曾野〕、山城一真『契約法を考える』（日本評論社・二〇二四年）二二九頁〔初出二〇二三年〕。

（３）本来、対価危険は、一方の債務が履行不能となった場合における反対給付債務の運命を問題とする。売主による引渡しになされた場合、たいていの売買契約では債務の履行が完了するため、その後の滅失・損傷によって債務が履行不能となるわけではない。五六七条一項後段（と前段の解除の否定）は、いわば広義の対価危険が引渡しによって買主に移転することを意味する。

（４）北居功『契約履行の動態理論Ⅱ——弁済受領論』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）一五二頁以下（とりわけ一五八―一六〇頁）。これに対し、野澤正充『契約法の新たな展開』（日本評論社・二〇二三年）三六六―三六七頁・三七二頁・三八四頁・三八九頁は、特定物は主観的代替性がないために特定物の（滅失の）給付危険は契約締結時に債権者に移転するとの理解もまた、「特定物のドグマ」であると説く。この議論は、（本文で整理するように）「給付危険」という用語に損害賠償責任の負担をも含めるか否かという概念理解の相違にも影響を受ける。ただし、「危険」を論じる典型的場面は、不可抗力、すなわ

ち債務者無責による滅失の場面である。契約締結後、債務者無責により特定物が滅失した場合、損害賠償責任は発生しない(四一五条一項ただし書)。仮に、この前提を付してもなお、「特定物売買における滅失の給付危険は契約締結時から買主負担である」と理解することに異論があるとすれば、特定物概念の理解の相違が原因であろうか。特定物を「当事者がその目的物の個性に着目した物」と理解する限り、特定物は主観的に替えがなく、その物の(債務者無責の)滅失があれば売主の給付義務が尽きる(Ⅱ滅失の給付危険は債権者の負担)と解するのは自然に映る。なお、これはあくまで給付危険の負担であり、当該物の引渡し等による対価危険の移転がない限り、買主は代金の支払を拒絶できる(五三六条一項)。「特定を論じることの意義は、物が滅失したときに、その給付を請求することができなくなるといいうリスクを債権者が負うことを明らかにする点にある。」と説くのは、山城・前掲注(2)二〇二頁〔初出二〇二二年〕。

(5) 磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』(有斐閣・二〇二二年)九二頁〔北居功〕。この「債務の運命」を、履行請求権の有無に限定する見解もあれば、損害賠償義務も含めた給付義務の有無を意味するものとして用いる見解もある。五六七条一項が問題とする債務者無責による滅失・損傷をテーマとする本稿では、給付危険に損害賠償責任の負担まで含めるか否かはさしあたり重要でない(四一五条一項ただし書参照)。ただし、山城・前掲注(2)二二五頁以下〔初出二〇二二年〕は、この違いが対価危険との関係理解などで差が生じるものと説く。詳しくは本稿の後掲注(11)で取り上げる。

(6) 曾野裕夫「売買」法律時報八六卷一二号(二〇一四年)九二頁、潮見・前掲注(1)二〇二頁、中田裕康『債権総論』(第4版)』(岩波書店・二〇二〇年)四六頁など。なお、「債務不履行責任の負担」という表現は、損害賠償責任を包含する趣旨であり、契約が解除される負担(対価危険の問題)までは含まないはずである。

(7) 森田修・前掲注(1)三六四—三六五頁〔初出二〇一七年〕は、五六七条一項前段の「危険の移転」は、「(債務不履行による諸救済が排除されて、債務者が債務不履行責任一般を負わなくなる)」という意味での『危険の移転』である。」としたうえで、五六七条の見出しにいう「危険の移転」を「広義の給付危険」の移転と呼び、四〇一条二項で移転する「狭義の給付危険」と区別する。また、山田到史子「日本民法改正法における『危険の移転』の意義——英米法の『危険移転』と大陸法の『対価危険・給付危険』の比較法的検討」法と政治七〇巻一号(二〇一九年)六九頁以下も、五六七条が問題とする「危険」

は従来の意味での給付危険（調達義務の負担）ではなく、五六七条の「危険の移転」規定は、「債務者の損害賠償を含む救済手段の主張ができない時点として『履行義務の尽きる時点』……を定め」るものと分析する（二〇三頁）。曾野ほか・前掲注

(1) 一九八—一九九頁および二〇二—二〇四頁〔曾野〕も参照。

(8) 潮見・前掲注(1)二〇五頁、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社・二〇二二年）一九一頁、磯村保「売買契約法の改正——『担保責任』規定を中心として」Law&Practice 10号（二〇一六年）八六頁、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣・二〇二一年）三二六頁など。

(9) 磯村編・前掲注(5)九三—九四頁〔北居〕。改正前民法では、売主の瑕疵担保責任（旧五七〇条）それ自体としては修補義務が定められていなかった（ただし、判例・学説は、とりわけ種類物売買において瑕疵物の給付を受けた買主に、完全履行請求権の一内容として修補請求権を認めてきた）。そのため、目的物が債務者無責で損傷等した場合における〈調達義務の運命〉と〈給付義務の運命〉とは一致していた。他方で、二〇一七年改正民法では、売主の契約不適合責任として修補義務が規定されたことで、「調達義務こそ負わないものの、なお給付義務（修補義務）を負う場合」が生まれた。これがゆえに、狭義の給付危険と広義の給付危険は、その移転時期にずれが生じる。

(10) 野澤は、（債権法改正前の段階から）物に対する現実の支配の移転によって給付危険が買主に移転することを強調し（野澤・前掲注(4)三六二頁注(51)、三六七—三六八頁、三七二頁、三八七頁注(36)）、瑕疵物の引渡しであってもこの給付危険が移転する可能性を示唆する（たとえば同三五七頁）。一般的には、目的物の滅失・損傷を債務者の調達義務・給付義務の運命と結びつけたのが給付危険である以上、契約不適合物の引渡しでは売主の給付義務は尽きないため（五六二条）、給付危険の移転が本来は生じないのを基本とする。しかし、野澤は、給付危険と対価危険とを区別する我が国の議論はドイツ法学の影響を受けた特殊なものであり、「物の危険」「給付危険」「対価危険」をあえて明確に区別する必要がなく、いずれも「目的物の滅失等についての危険」として把握すれば足りると理解する（同三六二頁注五一頁、三六七頁、三六八頁注五八、四六二頁など）。このように「給付危険」という用語を用いつつも、これを単純に、目的物の滅失・損傷の危険という意味で用いるため、引渡し時までの滅失や損傷については売主が責任を負うものの、引渡し後の滅失等については物を支配していた買主が負

担すべきであるから、給付危険が引渡しによって移転する、との理解にたどり着くのである。

これに対し本稿は、物の滅失・損傷の危険と、これを給付義務や反対給付義務の運命に結びつけた「給付危険」と「対価危険」とを、あくまで区別して議論を進める。契約不適合物の引渡しを受けた買主に追完請求権が認められる（五六二条）からには、契約不適合物の引渡しでは売主の給付義務は免責されず、これまでの理解からは給付危険が一切移転しない。本稿はこうした概念理解を前提としたうえで、しかし契約に適合しない特定物が引き渡された場合に移転するという「危険」（五六七条の見出し）の正体を見極めようとするものである。

（11） 少なくとも従来、対価危険が給付危険よりも先に移転することはないと理解されてきたことにつき、小野秀誠『反対給付論の展開』（信山社・一九九六年）九一頁、北居・前掲注（4）一五〇—一五一頁。近時、山城・前掲注（2）二二六頁〔初出二〇二二年〕は、給付危険概念を「損害賠償責任の負担」まで含めて用いる立場からは、「債権者が対価危険を負うか否かは、給付危険とは無関係に論じられる。」とし、「結局、給付危険とは損害賠償請求の可否をいい、対価危険とは解除の可否をいうこととなる。」と整理・分析する。もともと、山城自身は、『危険』という統一的概念を用いて論じる意義は、二つの『危険』の間に一定の論理的関係を措定する定義²（引用者注——他から調達して給付を行う危険を給付危険とする定義）において、いつそう明瞭になるであろう。」と説き（同頁）、右のような両危険の關係理解を支持しないものとみられる。本稿も、右の關係理解に疑問がある。山城が的確に指摘するように、両危険の間に一定の論理的關係があつてこそ、概念の存在意義がある（対価危険の定義を、目的物が滅失・損傷した際に、給付危険の債権者負担によつて債務者の引渡債務が全部ないし一部消滅した場合における反対給付債権の運命とし、給付危険と対価危険との關係を意識するのは、磯村編・前掲注（5）九三頁〔北居〕）。ただし、いま支持しない右のような理解は、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めるがゆえに生じるのではなく、対価危険概念の理解に由来するのではないかと考える。

給付危険と対価危険の關連を切り離し、対価危険を解除の可否をいうものと理解することは、つまるところ、単に債権者の反対給付義務の負担を対価危険と呼ぶに等しい。しかし、この理解を前提とすれば、売買契約の締結と同時に、買主は対価危険を負うことにならないか。本来、対価危険は、単に債権者の反対給付義務の負担ではなく、一方の債務が履行不能となり、

かつ損害賠償債務にも転化せずに債務者の債務が全部ないし一部消滅した場合における、債権者の反対給付義務の運命を問題とする。損害賠償債務に転化しない場合を前提とすることの指摘が稀なのは、危険負担の問題がそもそも債務者無責の場合を前提としているからである。確かに、債務者有責の場合をも含めて危険を語るならば、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めて理解するか否かにより、履行不能につき債務者有責の場合にも給付危険が移転するか否かが左右されよう。そして、なるほど債権者はこの場合にも別途、契約の解除により反対給付義務を免れることができる。しかし、こうして債務者の債務が損害賠償債務に転化する場合にまで、対価危険の問題とする必要がないように感じられる。対価危険はあくまで、一方の債務が履行不能となり、契約で予定された利益を債権者が獲得できないにもかかわらず、債権者が反対給付義務をなお負わなければならぬか、を問う概念のはずだからである。以上の理解によれば、いま検討している給付危険と対価危険の関係理解（注の冒頭で挙げた理解）は、給付危険概念に損害賠償責任の負担まで含めたがゆえに生じるのではなく、対価危険概念を単に債権者の反対給付義務の負担といった形で広く用いることに起因しているといえよう。右で挙げた北居による対価危険の定義（給付危険の移転を対価危険移転の論理的前提とする理解）は、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めても成り立つように思われる。

(12) 平野裕之『債権各論Ⅰ契約法〔第2版〕』（日本評論社・二〇二四年）二七九頁の注(98)、平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』（慶應義塾大学出版会・二〇二一年）四三九―四四〇頁は、危険移転を認めれば買主の解除が認められないとの理解を前提に、特定物売買でも解除が認められるほどの不適合がある場合には、五六七条一項を制限解釈して引渡しによる危険移転を否定すべきと説く。契約不適合解除の場合には引渡し後の滅失等のリスクも売主負担となり得るとする点で私見と一致するが、本稿全体で論じるとおり、引渡し後の滅失等の危険は移転しつつも、引渡し時に存する不適合責任はなお追及できるため、契約の解除も可能である。そして、こうして引渡し後の滅失等の危険が移転しても、解除によってこれを売主に転嫁することができる（解除による危険の回帰）。

(13) 契約不適合の判断基準時は引渡し時である（五六七条一項参照）。したがって、引渡し後の滅失・損傷について売主は契約不適合責任を負わない。

(14) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣・二〇〇二年)二八五頁以下(とりわけ三〇六・三〇八頁)、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号(一九八九年)一二九頁以下。

(15) 北居・前掲注(4)二〇五頁以下。

(16) 両見解の相違については、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」日本法学八三巻一号(二〇一七年)八三—八四頁および注(87)も参照されたい。

(17) 森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣・二〇一九年)二九一頁は、法制審議会において五六七条一項に括弧書きが挿入される前の段階(審議経過については後掲注(42)参照)、すなわち適合物と不適合物を問わない段階での部会資料八一—三一〇頁の記述に着目して、「これによると、五六七条一項の趣旨は、引き渡された物の契約不適合による担保責任が認められるか否かの問題と、目的物の支配の移転によつて買主に対価危険が移転するか否かという問題とを切り離して、それぞれの規律を重疊的に適用することにあるといえよう。」と説く。法制審議会では、その後括弧書きが挿入されているため、この資料をもとに同項の制度趣旨を捉えることが妥当かは議論の余地があるものの、売主が契約不適合責任を負うことと、引き渡された物の滅失・損傷の危険を買主が負担することは別問題であり、かつ両立することが示されている。ただし、森田は後者を対価危険と呼ぶが、やはり概念の論理関係上、その前提として何らかの給付危険の移転が必要なはずであり、本稿はその観点から、給付危険の部分的な移転を提言する。

(18) 渡邊拓「契約不適合がある種類物が引渡し後に滅失・損傷した場合における危険の移転について——改正民法五六七条一項括弧書きの存在意義」磯村保ほか編『法律行為法・契約法の課題と展望』(成文堂・二〇二二年)四四九頁も、「契約不適合のある種類物が引渡し後に滅失・損傷した場合であっても、契約不適合の影響を受けていない価値が存在していた場合には、その部分の価値の給付危険や対価危険をどちらが負担するのかという問題がある」と説く(同四五二頁も参照)。渡邊はこうした理解から、解除や代物請求をした買主に受領物の滅失・損傷を理由として価額賠償義務を課すことは、「契約不適合の影響を受けていない部分について……対価危険を負担したことになる」以上、適用否定説が給付危険と対価危険の移転を否定す

ることと「整合しない」と述べる(同四五〇—四五二頁)。

(19) 北居功「給付危険と対価危険」法学教室四五四号(二〇一八年)三三頁、森田(宏)・前掲注(17)二九〇頁も参照。

(20) 詳細は、大木満「合意した物よりも高価な異種物の給付について——ドイツ新債務法の法状況を中心に」法学研究(明治学院大学)九〇号(二〇一一年)三四五頁以下。

(21) 基本方針段階のものであるが、民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』(商事法務・二〇〇九年)二〇二頁、大木・前掲注(20)三四八—三四九頁。主観的瑕疵概念の採用は、瑕疵物と異種物との区別が困難であることを踏まえ、この区別を不要とする積極的意義も有していたことについては、下森定『履行障害法再構築の研究』(信山社・二〇一五年)四四頁以下〔初出二〇〇七年〕、北居・前掲注(4)三五七頁。

もちろん、異種物が引き渡された場合に、そもそも目的物の「引渡し」があったと評価できない場合があることは否定しない。この点で、中田・前掲注(8)三〇二—三〇三頁、平野・前掲注(12)『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』四〇〇—四〇一頁のほか、部会資料八一—一三・一〇頁も参照。なお、改正前において異種物給付を瑕疵担保の法的性質論との関係で議論整理するのは、柚木馨Ⅱ高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣・一九九三年)三五七—三五九頁〔柚木Ⅱ高木〕。

(22) たとえば、潮見・前掲注(1)六〇四—六〇五頁は、異種物の返還不能リスクを買主が負うことを前提に、価額償還義務の内容を論じている。

(23) 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」日本法学八二巻四号(二〇一七年)一一六頁以下。

(24) 改正後に、解除が認められるほど重大な不適合がある特定物が引き渡された場合に、五六七条一項の適用を制限しなければならぬとする、前掲注(12)の平野の見解も参照。

(25) 法制審議会でも契約不適合のある種類物が引き渡された局面に関する審議で、内田貴委員は、契約に適合しない種類物が引渡し後に滅失した場合を前提に、五六七条一項の適用を認め、危険移転を肯定したとしても、その後「滅失したこと自体を理由とする責任追及はもはやできませんけれども、瑕疵を理由とする担保責任の追及はできる。修補請求はもちろんできません

んが、代金減額とか損害賠償とかは可能であるというふうに解釈されていると思います。」と述べている（法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議事録四九頁）。なお、右発言に表れているように、内田は、右の理解を改正前民法下でも展開していた。内田貴『民法Ⅱ債権各論（第3版）』（東京大学出版会・二〇一一年）一四二―一四三頁参照。

(26) 前掲注(12)を参照。

(27) 軽微な不適合であれば特定を認め（A-1説）、かつ特定後の代物請求を否定すれば、軽微な不適合物が引き渡された場合の代物請求が否定されるに至る。これに対し、軽微な不適合でも代物請求を認めるべきことを説くのは、森田（宏）・前掲注(17)二九三頁注(63)、丸山・前掲注(2)二九五頁。不適合が軽微な場合の代物給付は、売主の選択および五六二条一項ただし書の「買主に不相当な負担を課する」か否かの判断に委ねるのも選択肢であろう。

(28) 拙稿・前掲注(16)九一頁。

(29) 前掲注(23)(16)の拙稿のほか、買主の解除による危険の回帰・再移転を説くのは、北居功「三重売買と危険負担——危険負担制度と契約解除制度の競合」法研八四卷一二号（二〇一一年）四二五頁、曾野ほか・前掲注(1)二〇二頁（一三六―一三七頁も併せて参照）〔曾野〕。なお、ドイツでは、危険回帰構成ではなく、「危険の浮動的構成」客体承認による遡及的危险移転構成」も有力である。瑕疵物が引き渡された場合、当該瑕疵物の滅失等の危険は浮動状態にあり、買主が契約の瑕疵担保解除を選択した場合には、危険は移転しなかったことになり売主負担となるのに対し、買主がその客体を承認した場合には引渡し時に遡って危険が買主に移転していたと理解される。これについては、拙稿・前掲注(23)一三六頁の注(103)のほか、詳細は藤田寿夫「契約不適合責任と危険移転・同時履行」香川法学四一卷三・四号（二〇二二年）六四頁以下を参照されたい。

(30) なお、引渡し後の滅失等を売主負担とすることは、契約不適合の判断基準時を引渡し時とすること（五六七条・五六二条参照）と矛盾する、との批判が想定される。もっとも、この批判は必ずしも当たらない。引渡し後に生じた滅失等であっても、それが契約不適合（瑕疵）から生じた場合には例外的に売主負担とすることについて議論が一致するところ、本文で見た定式は、ここで滅失等の原因を「不適合」自体に限定せずに、「不適合物の引渡し」に広げるにすぎず、引渡し後に生じた滅失等を売主負担とする例外の一つであって良いからである。問題は、本文で検討するように、買主が修補請求など客体承認を伴う

救済手段を選択した場合にも右定式が妥当して良いか否かにある。

- (31) Stephan LORENZ, *Recht des Käufers zur Zurückweisung einer mangelhaften Sache—Voraussetzungen und Grenzen*, NJW, 2013, S.1341ff.; Brigitta JUD, *Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht*, JuS., 2004, S.841ff. 「もし買主が引渡しを拒絶していたなら危険を負わなかったはずであるという仮定が、引渡し後にもどこまで貫徹できるのかという観点」から、買主の認容拒絶の可否を意識しつつリスク配分を検討するのは、北居功「買主の正当な認容拒絶——商法五二七条の沿革および比較考察を契機に」法研九一卷二号 (二〇一八年) 一七三頁以下 (一九九頁の注(55)も参照)。

- (32) 軽微な不適合の場合にも認められる代物請求権が行使された場合に、常に危険の回帰を認めることには疑問もあり得る。しかし、民法は、買主の代物請求に対し、買主に不相当な負担をかけない範囲で売主の修補による追完を認める (五六二条一項ただし書)。買主の代物請求にもかかわらず、売主は修補による追完を選択することで、売主が責任を負う範囲を引渡し時に存在した当該軽微な不適合部分に限定することができる。売主にこうした修補機会がありつつも、代物給付による追完を受け入れた場合には、引渡し後の双方無責での損傷等を売主負担とすることも不当とまではいえないのではないか。

- (33) 結果として、受領遅滞による危険移転はなくとも、本件定式が妥当せず、買主負担となり得ることを意味する。受領遅滞中の偶然滅失等を買主負担とする論理は、売主の許で生じた滅失等にもかかわらず、本来それ以前に買主が受け取るべきであり、受け取っていれば生じなかった滅失等であることに着目して買主負担とする論理である。買主は受け取るべき局面であったことが重要である。これに対し、買主の許で生じた滅失等を例外的に売主に転嫁することを認める本件定式は、買主の許で生じた滅失等にもかかわらず、買主が受け取らなければ生じなかった滅失等であることに着目して売主負担とする論理である。適合物が引き渡された場合にも買主の許で生じたであろう滅失等である以上、売主の義務違反と買主の許での滅失等の因果関係はもとより弱い。買主の許で生じた滅失等を転嫁できるほどの事情が、買主だけでなく売主にもあるのかを考慮すべきことを示している。

- (34) ドイツにおける議論については、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」日本法学八四卷一号 (二〇一八年) 一三七頁以下を参照されたい。

(35) 潮見・前掲注(1)二二六頁、潮見・前掲注(8)一九二頁以下、磯村・前掲注(8)八七頁、山本敬三『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』(商事法務・二〇二三年)二八八頁・三二二頁〔初出二〇一六年〕、中舎寛樹『債権法——債権総論・契約』(日本評論社・二〇一八年)一八〇頁、下森定「新給付障害法に関する一所感——修正法定責任説から見た新給付障害法」法学志林一一八巻二号(二〇二〇年)九五頁。法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議事録四八—四九頁〔住友関係官発言〕も参照。

(36) 奥田昌道編『新版注釈民法⑩Ⅰ債権(1)』(有斐閣・二〇〇三年)二四六頁以下〔金山正信Ⅱ金山直樹〕参照。そのうえで、瑕疵物の引渡しを受けた買主がする「履行としての受領」(客体承認)に、当事者の合意による特定を認める見解が主張されてきた。北居・前掲注(4)二五四頁参照。

(37) 山野目章夫「新しい民法の債権関係規定のもとにおける種類物売買の法律関係」法の支配一九〇号(二〇一八年)八二頁以下、中田・前掲注(8)三二五—三二六頁。法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議事録四九頁〔内田貴委員発言〕も参照。

(38) 森田(宏)・前掲注(17)二八八頁以下(特に二九八頁・三〇〇頁)、宮本健蔵編『新・マルシェ債権総論〔第2版〕』(嵯峨野書院・二〇二三年)四一頁〔宮本〕、丸山・前掲注(2)二九三—二九五頁、益井公司「種類債権の特定に関する一考察」宮本健蔵先生古稀記念『民法学の伝統と新たな構想』(信山社・二〇二三年)五九頁・六四—六五頁。

(39) 野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法セミ七七三九号(二〇一六年)三八頁以下、野澤・前掲注(4)四五八頁〔初出二〇一七年〕、拙稿・前掲注(23)一一〇—一一一頁・一一八頁、拙稿・前掲注(16)一一二—一二三頁注(95)、松岡ほか編・前掲注(1)七七三頁および七七五頁〔北居〕、曾野ほか・前掲注(1)二〇一頁〔曾野〕、渡邊・前掲注(18)四五三頁以下。また、平野も、前掲注(12)の『債権各論Ⅰ契約〔第2版〕』では、このB説に立つ(同二七九頁)。ただし、解除されるほど重大な不適合の場合に適用を制限し、危険移転を否定する点では、A-1説と同様である(この点は前掲注(12)を参照)。

(40) 同様の指摘は、森田(宏)・前掲注(17)二九二頁、松岡ほか編・前掲注(1)七七五頁〔北居〕、渡邊・前掲注(18)四五〇—

四五二頁。渡邊は、同項の反対解釈によれば、「救済方法の格上げの問題」と「価値賠償の問題」とが生じるものの（四三七頁）、適用否定説が救済方法の格上げや価値賠償義務が否定される結論を支持しているわけでないことを指摘する（四五〇頁）。

(41) 曾野ほか・前掲注(1)一三六頁〔曾野〕。

(42) 法制審議会において特定物と種類物とでの区別案は審議最終盤に俎上に載った。当初、特定物と種類物とを問わず、適合物と不適合物による区別がなされたが（部会資料七五A・三〇頁）、その後、契約不適合物であっても引渡しにより支配が移転することから、引渡し後の売主無責の滅失・損傷」を理由とする履行の追完請求等はすることができないとするのが公平の観点から相当である」と理解され（部会資料八一―三・一〇頁）、特定物と種類物、また適合物と不適合物を問わない規律が提案された（部会資料八一―一・八頁）。しかし、さらにその後、現行五六七条一項に繋がる括弧書が挿入され（部会資料八三―一・五〇頁）、第九六回会議において、ここである「特定」の意義が取り上げられた（法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議事録四八頁以下）。

(43) 下森・前掲注(35)九一―九六頁（とりわけ九六頁）。

(44) 潮見・前掲注(1)二一六頁、潮見・前掲注(8)一九三頁、藤岡康宏Ⅱ磯村保Ⅱ浦川道太郎Ⅱ松本恒雄『〈Sシリーズ〉民法Ⅳ債権各論〔第5版〕』（有斐閣・二〇二三年）一一三頁〔浦川〕、山城・前掲注(2)三八五頁注(30)〔初出二〇二三年〕など。

(45) たとえば、道垣内弘人Ⅱ中井康之編『債権法改正と実務上の課題』（有斐閣・二〇一九年）三二三頁〔中井発言〕（初出二〇一八年）など。

(46) 磯村・前掲注(8)八七頁。なお、「仮に契約に不適合な物では特定しないとすれば、契約不適合責任に関する規定の適用はなく、買主は売主に対して、一般の債務不履行責任（民四一五条）を問うこととなり、例えば短期の期間制限の規定（民五六六条）は適用されない。」と説くのは、野澤・前掲注(4)三八〇頁（三八五頁も参照）。もっとも、五六七条一項が適用されないとは解したとしても、五六二条以下の規律も適用外とする必然性はない。

(47) 拙稿・前掲注(23)六七頁以下のほか、たとえば近時でも森田（宏）・前掲注(17)二九二頁、渡邊・前掲注(18)四三七頁・四五二頁など。

【注54関連）種類物売買で履行地説による特定で調達義務からの解放を認めた場合における滅失・損傷の給付危険】

	給付危険の意義	
	調達義務の負担	修補義務・損害賠償義務も含めた給付義務の負担
特定後の滅失	買主負担（※1）	買主負担（※1）
〃 損傷	売主負担（※2）	売主負担

- ※1）特定後の滅失の場合にも買主の本来的履行請求による代物請求を認めるならば、売主負担となる。
- ※2）仮に特定後の代物請求を否定すれば、狭義の給付危険は買主負担となる（売主は調達義務から解放される）。これに対し、修補義務は当然存する以上、広義の給付危険は売主負担となる。

(48) 拙稿・前掲注(16)一一二―一一三頁の注(95)および注(97)を参照。丸山・前掲注(2)二九六頁、渡邊・前掲注(18)四五一頁も参照。

(49) 先に本文で見た磯村論文では、本来五六七条一項は②まで規定するものとの理解を前提に、そう理解した場合の適用否定説からの帰結の不合理を意識して、解釈によつて買主に価額償還義務を課すことで同項のリスク配分を修正することが意識されているように思われる。併せて磯村保『事例でおさえる民法改正債権法』（有斐閣・二〇二一年）二九六頁も参照。

(50) 拙稿・前掲注(23)六七頁以下。

(51) 本稿でいうB説をとる場合、「引き渡された目的物の所有権はどうなるのかという点が問われる」とするのは、潮見・前掲注(8)一九二頁。

(52) 森田（宏）・前掲注(17)二九七頁。

(53) 森田（宏）・前掲注(17)二九六頁。

(54) 特定後の代物請求をめぐる議論をここで整理する。四〇一条二項前段の「給付必要行為の完了」の解釈として従来の通説である履行地説かつ契約適合物（瑕疵がないこと）必要説を堅持し、これによる調達義務からの解放を認める見解からは、特定後に滅失しても売主に調達義務はない。履行地説による特定Ⅱ調達義務からの解放Ⅱ狭義の給付危険の移転という定式となる（上掲の表も参照）。他方、特定後に損傷した場合には、四〇一条二項の効果と五六二条とが規範衝突する。契約不適合物の引渡しを受けた買主に代物請求権を認める五六二条を尊重すれば、履行地説に従った特定により調達義務からの解放という意味での給付危険が移転するといっても、それは特定後の滅失の給付危険のみであり、損傷の給付危険は移転していないことになる（磯村

編・前掲注(5)一一八頁〔北居〕。言い換えれば、「履行地説による特定Ⅱ調達義務からの解放」とする理解は、その特定時から引渡しまでの間の損傷につき、売主が契約不適合責任を負い、代物給付義務を負うことと矛盾する。

もちろん、この矛盾は、種類債権の特定を重視・優先し、特定後の代物請求を否定することで解消する可能性もあり、現に少数ながらこうした見解も現れている（山本・前掲注(35)二八九頁・三一二頁、中田・前掲注(6)五一―五二頁、中田・前掲注(8)三二六―三二八頁。平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社・二〇一三年）三〇頁も参照）。特定後の代物請求を否定するならば、引渡し前の特定によって損傷の場合も含めて調達義務から解放される。しかし、五六二条および五六七条は引渡し時を基準に契約不適合を判断することを明確にしているのに対し、履行地説はあくまで「給付必要行為の完了」の一解釈にすぎない。調達義務からの解放の時点として履行地説を採るがゆえに、五六二条一項の規律との矛盾が生じている。何より、ひとくちに種類債権の特定とは言っても、「給付必要行為の完了」による特定は、合意による特定や四〇一条二項後段による特定と異なり、債務者の一方的行為による特定であり、取立債務で目的物を分離して準備し、これを債権者に通知したとはいえ、未だ買主に受領遅滞がない段階、しかも売主の許で滅失等した場合が問題とされている。このリスクを買主に負わせることには相当に慎重であるべきはずである。この観点からは、契約不適合物の引渡しを受けた買主には、五六二条にあるとおり、代物請求が認められるべきことになる。仮に履行地説によるとしても、少なくとも特定後の損傷ケースで売主は調達義務を免れない。

もっとも、引渡し前の特定（四〇一条二項）を認めつつ、特定後・引渡し前に損傷が生じた場合に、売主の代物給付義務を認めるならば、これは先述のとおり、四〇一条二項と五六二条との規範抵触がある中で、五六二条を優先した解決を図ることを意味する。これを認めることは種類債権の特定の効果と矛盾しないのか。この問題へのひとつの解答を与えるのが森田論文である（同じくA・2説に立つ益井・前掲注(38)は、種類債権の特定には調達義務からの解放がないと考えるため、矛盾とならない。ただし、同七三頁で自認するとおり、特定の存在意義が乏しくなり、同規定の文言とも乖離する。もっともこの批判は、種類債権の特定と給付危険の移転時期を切り離す点で、後掲注(60)に挙げた文献にも妥当する）。他方で、「給付必要行為の完了」に引渡しを要求する見解（後掲注(56)の北居説を参照）に立ちつつ、適合物であることも必要と解すれば、「特定後

の代物請求」という現象自体がそもそも生じない。

(55) 森田(宏)・前掲注(17)三〇〇頁。

(56) 近時、別の角度からの引渡し説が北居功により主張されている。四〇一条二項の効果として調達義務からの解放(狭義の給付危険の移転)を認めつつ、履行地説を維持する見解によれば、特定により滅失の給付危険は買主に移転するが、(特定後の代物請求を否定しない限り)損傷の給付危険は売主が負ったままとなる(五六二条)。しかし、特定後から引渡しまでの間に生じたのが滅失なのか損傷なのかで給付危険の所在が異なる合理性は乏しい。そもそも、当事者の合意による特定ではなく、債務者の一方的な行為である「給付必要行為の完了」による特定は、相当に慎重であるべきである。こうして北居は、五六二条の存在および滅失と損傷の給付危険が同一であるべきことを根拠に、四〇一条二項前段の特定には引渡しまでが必要であると説く。北居・前掲注(19)三五頁、磯村編・前掲注(5)一二〇頁以下〔北居〕。もちろん、この見解に立つても、種類債権の特定という制度の存在意義は従来と比べ格段に低下する。しかし、四〇一条二項がその効果として調達義務からの解放を指示している点を軽視せず、なおかつ五六二条・五六七条を尊重するならば、「給付必要行為の完了」に引渡しを求める理解は説得的である。

なお、改正前民法下で、引渡し(交付)によってはじめて四〇一条二項前段の種類債権の特定を認め、四〇一条二項の特定時点と改正前五三四条二項による対価危険の移転時点とを一致させたのは、新田孝二『危険負担と危険配分』(信山社・一九九八年)一一六頁〔初出一九六八年〕。

(57) 所有権の所在を根拠に使用利益返還義務を否定する(所有権者に利益とリスクを帰属させる)論理は、森田が指摘するように解除の原状回復の場合にも及ぼすならば、ときに不当な結論に至るように思われる。利益とリスクの同一帰属論については、拙稿・前掲注(34)一一三―一一五頁および一二四―一二五頁。売主解除の場合を想定すると同理論に難点があることについては同一四八―一四九頁。代物請求や契約不適合解除の場合における買主の使用利益返還義務の否定は、買主の使用利益喪失損害の賠償請求との損益相殺により実現されるべきである。拙稿「契約不適合解除における使用利益の帰趨——買主の原状回復義務と売主の填補賠償責任の競合」日本法学八八巻三号(二〇二三年)二四七頁以下。

(58) 丸山・前掲注(2)二八九頁は、「調達義務を負い続けると考えるならば、特定によって所有権が移転したとは言えないことになる」とする。

(59) 前掲注(56)を参照。

(60) 曾野・前掲注(6)九二頁以下、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時六八巻一号（二〇一六年）一七頁、潮見・前掲注(1)二〇五・二二三頁、潮見・前掲注(8)一九一頁、大村敦志Ⅱ道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣・二〇一七年）四一五頁〔石川博康〕、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』（商事法務・二〇一八年）四三七頁〔石川博康〕および一〇二頁〔橋口祐介〕。この点については、石月真樹「種類物の特定による給付危険の移転」北海学園大学法学研究五五巻一号（二〇一九年）一頁以下も参照。

なお、契約不適合物の引渡しによる種類債権の特定を認めるA・2説からしても、本来的履行義務に限った給付危険を想定すれば格別、こうした限定をせずに給付危険を理解するならば、やはり契約不適合物の引渡しでは給付危険は完全には移転しない。本稿Ⅱ章1節(2)の最終段落を参照されたい。

(61) 契約に適合しない種類物が引き渡された場合に適用否定説に立つ潮見も、そもそも五六七条一項で危険移転が生じる根拠を、「売主が買主に特定された個物を引き渡したこと（正確には、買主が特定された個物の引渡しを受領したこと）」に求める（潮見・前掲注(1)二二五頁）。ここで「受領」は、買主の支配領域に入ったという受取りの意味で用いられている（同二〇四―二〇五頁参照）。重要なのは、対価危険でなく、給付危険の移転でも引渡しによる支配の移転が根拠とされていることである。

(62) 潮見・前掲注(1)二二三頁、中田・前掲注(6)五一頁。

(63) 本稿は現行法である五六七条一項を前提に危険移転を論じてきたが、本稿の論理は改正前民法にも妥当する。瑕疵ある種類物の引渡しを受けた買主が契約の解除をしたものの受領物を返還できない場合に価額償還義務を負うとされたのは、引渡しによって給付危険と対価危険の部分的移転があるからである。