

Title	売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(二) : 種類債務の合意による特定を契機として
Sub Title	Das Verhältnis der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zur Gefahrtragung (2) : Konkretisierung der Gattungsschuld durch Vereinbarung
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.6 (1996. 6) ,p.29- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960628-0029

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

売主瑕疵担保責任と危険負担との関係（二）

——種類債務の合意による特定を契機として——

北 居 功

- 一 二つの「危険」概念
- 二 ドイツ民法典における売主危険負担主義の制定
 - (1) 「売買における危険の負担」提案
 - (2) 第一委員会の決議
 - (3) ドイツ民法典における危険負担制度の成立
 - (4) 小 括（六十九卷五号）
- 三 種類債務の特定と危険負担の関係
 - (1) ドイツ民法典における特定制度の成立
 - (2) 特定の時期と拘束力
 - (3) ドイツ民法典二七九条
 - (4) 特定と弁済提供の関係
 - (5) 変更権
 - (6) 小 括（以上本号）
- 四 給付危険と対価危険の関係
 - (1) 給付危険と対価危険の関係
 - (2) 民法四八三条の意義
 - (3) 小 括（六十九卷八号）
- 五 瑕疵ある目的物による特定
 - (1) ドイツ法の瑕疵担保責任の構造
 - (2) ドイツ法における特定と瑕疵担保責任の関係
 - (3) 種類売買への瑕疵担保責任の適用問題
 - (4) 私 見
- 六 特定の合意（六十九卷九号）

三 種類債務の特定と危険負担の關係

種類債務の特定は何時どのようなようにして行われ、その効果は何か。従来からこの問題は四〇一条二項前段の債務者の完了行為による特定を巡って論じられ、効果に關してもその主眼は対価危険の移転時期との關係に置かれてきたように思われる。しかし、四〇一条二項には債務者の完了行為による特定と債権者の同意に基づく債務者の指定による特定の二つが定められており、これら二つの特定の關係については殆ど省みられていない。債務者の完了行為による特定はドイツ民法典二四三条二項の特定制度に倣った規定であるが、債務者の指定行為による特定はドイツ民法典には見られない特定制度であり、これは旧民法典上の特定制度に倣ったものではないかと想定される。いずれにせよ、種類債務の特定制度を考察する際には、今一度その制度の成立に立ち返り、制度の起点を確認する必要があるように思われる。そこで、以下ではまず四〇一条二項の一方の母法たるドイツ法を検討し、更に四〇一条自体の成り立ちを検討することを通して、種類債務の特定制度の意義と機能を考察する。

(1) ドイツ民法典における特定制度の成立

前章で見たように、普通法上議論された種類債務の特定時期の問題は、ドイツ民法典上、危険負担制度における債務者主義の採用によってイェーリングの「交付説」の主張内容と同じ形で解決されたこととなる。¹⁾しかし、フォン・キューベルは種類債務について独自の規定の必要性に基づいて、「給付が種類のみによって定められている債務關係」と題する部分草案を起草し、その一条で給付内容が中等の品質を有しなければならないことを定め、二条において特定について以下のように定めた。²⁾

二条 選択 (Auswahl) は、給付が選択された物の引渡によって実現されるか、又は既により早い時点で危険が債権者に移転する場合にはその時点が到来したときに、始めて完了する。

（選択債務関係の）四條・五條の規定はここでも適用される。

種類債務は当然両当事者の契約によって特定物の給付に確定されるが、そうした債務者が行う選択に債権者が同意することによって特定が生じることについては法律上特別な言及を要しない。そこで法律が定めるのは、種類債務の選択の権利が選択債務の際と同様に原則として債務者に帰属していることであるが（一条、債務者の一方的選択とその通知によっては種類債務の特定は生じない。通常は引渡によって特定が生じるのであり、ただ例外的に選択された物の発送によって危険が債権者に移転する場合にのみ種類債務の特定は物の発送時に生じることになる。³⁾

更に、この選択が一旦完了すると債務関係はその物の給付に確定し、その撤回は認められず、また選択権を有する債務者が相当期間内に選択を行わない場合には選択権が債権者に移転するのは選択債務と同様である（選択債務に関する部分草案四條・五條⁴⁾）。選択の拘束力（同草案四條）の根拠であるが、それについてフォン・キューベルは選択債務に関する部分草案の理由書で次のように述べている。すなわち、争われているのは選択権行使の拘束力の問題であり、一方で選択権のある債務者又は債権者によって行われた選択に拘束力を認め、その選択によって債務関係は選択された給付に集中するという立場があり、また他方、特別の合意のない限り給付の実現まで権利者は変更権 (ius variandi) を有するという立場が存在する。ローマ法は後者の立場であるが、近時の学説や立法の推移は前者の立場を支持している。そして草案もその前者の立場に従う。つまり、選択権の行使による債務の集中は専ら選択権者の利益においてのみ生じることからすれば、彼はその意思表示に拘束され債務関係はその選択された給付に集中すべきである。そうでなければ、選択権者は変更権の行使によっていわゆる信賴利益の賠償義務を負わなければならないことになる。⁵⁾

選択債務と異なるのは選択・分離された目的物の偶然の給付不能の場合であり、給付の個別化前には特定の給付が

債務対象となることがない以上は、不能による債務内容の確定は生じえない。この理は種類に属する目的物が一つを除いて全て不能となる場合にも当てはまり、この場合にも引渡ないし発送がなければ特定は生じない。給付されるべき種類の全てが滅失することにより債務者が解放されることにも特別な問題はなく、法律上特別の規定を要しない。⁽⁶⁾

この部分草案が第一委員会で審議された。種類債務に関する部分草案二条一項は、普通法上主張されたテールのいわゆる「分離説」を排除し、イェーリングの提唱に基づくいわゆる「履行説(交付説)」を危険の早期の移転事例を考慮して修正した形で採用したものと理解された。種類債務の性質から履行により分離も始めて行われるとすれば法律上特別の規定は要しないとの主張は少数派に止まり、多数派は重要な論争点についての解決を法的安定性の観点から重視した。そして、早期の危険移転についての修正は必要ないとの異論に対しては、種類債務が特定物債務に転化するの履行ないし引渡であるが、「衡平又は自明の帰結」から債権者への危険移転をもたらす債務者の行為を履行と同視する必要があることが認められた。更に、債権者と債務者の合意による特定が一部給付の場合にも事情によって認められること、および二条一項の規定が債務に適合する給付を前提とすることが確認された。⁽⁷⁾

二項に関しては、選択債務の規定の準用を止めて選択が撤回できないことのみを明文で規定することが承認された。つまり、選択債務に関する五条の選択権の移転は種類債務には馴染まず、また、四条の選択行為の撤回の禁止の準用についてはそれに伴う遡及効がやはり種類債務には適当ではないためである。⁽⁸⁾

こうした検討を踏まえて、第一草案二一四条は次のように定める。

選択は、給付が選択された物の引渡によって実現されるか、既により早い時点で危険が債権者に移転する場合にはその時点が到来したときに、完了したものとみなされる。

完了された選択は撤回できない。債務関係は選択の完了によって、選択された物に限定される。⁽⁹⁾

この第一草案二一四条に関して、帝国司法省の準備委員会は重大な疑義を提示した。種類債務について何時、一方

で債権者に選択された物に対する撤回されない権利が認められ、他方でその債権者に危険が移転されるのか、その時点を決める必要性の認識に基づいて、そのように「特定と危険移転が必然的な相関関係にある」ことからすれば、衡平の観点から、債権者が危険を引き受ける時点から分離された物を自由に処分できる地位にあることが認められなければならない。こうした要請に対して草案の規定では十分に対処できない。とりわけ草案の規定では送付売買に関する規定（現行四四七条）しか考慮されていないため、種類物を内容とする贈与約束や遺贈において目的物が送付される場合には、履行説の原則に立ち返って引渡時に特定が生じるものと言わなければならない。このことは衡平に合わない。債務者が彼の側で給付の実現のために全てを行ない彼の義務を果たす場合には、給付が実現されない限り債務者はその義務から解放され得ないが、少なくとも危険は彼から債権者に移転しなければならない筈である。「こうした、二五七条二項（現行三〇〇条二項）および四六八五条（現行四四七条）を基礎付ける考え方は一般化されなければならないであろう。債務者が給付の実現のために彼に義務づけられた行為を行った時点で特定が生じるなら、一三七条（現行二七五条）自体から、後に物に生じた偶然によって債務者が彼の債務から解放されることは明らかである。それと並んで、四六八五条の規定は、それが特定物売買も含むことは別として特別の意義を有する。つまり、そうした場合に売主は物の偶然的滅失にもかかわらず代金を請求できる、すなわち買主が危険を負担するのである」⁽¹⁰⁾。

こうした考慮は第二委員会にも受け継がれた。第一草案に対する第二委員会の審議において多数派により、種類債権における特定時期の問題について「その解決は履行説に立つ草案とは異なって図られた」のである。その結果承認された提案は、種類債権の内容を定める二一三条に、二一四条を以下の表現に改めてその二項として付加するものであった。すなわち、「選択の完了によって債務関係は選択された物に限定される。選択は債務者が債務関係の内容によって給付の実現のために彼に義務づけられた行為を行った場合に完了する」。多数派はその規定内容を確定しようとする。まず、給付が選択された物の給付によって完了するという履行説および草案が定めるケースは、その時点で債

務関係が終了する以上、特定の問題は生じない。従って、意味があるのは特定が引渡前に生じる場合である。このケースは草案の規定では送付売買が想定されているが、それでは狭すぎるのである。草案によれば、引渡前に危険が債権者に移転するのは、債権者の受領遅滞のケース(二五七条二項・現行三〇〇条二項)および送付売買のケース(四六五条・現行四四七条)であり、後者は有償契約に準用されるとしても、それらの規定では片務契約等の場合には対処できないことは明らかである。⁽¹¹⁾

法律行為上の当事者意思に対応する限り選択通知時に選択の完了を認めようとする提案に対しては、それが債務の特定と危険の移転の乖離をもたらすために拒否された。⁽¹²⁾

また、送付売買の規定を種類債務の特定に一般化しようとする提案も拒否された。一方で請負契約におけるその不当性が指摘されるとともに、他方で、その提案の趣旨は承認された提案によって埋め合わせされることが示唆されている。つまり、特定と危険移転との関連性は二三七条(現行二七五条)によって担保されるためであり、種類債務が特定物に転化して始めて危険移転が問題となる以上、「債務関係の特定と危険の移転が必然的な相関関係に立つ」ことは承認された提案の方が一般的な形で規定されうるのである。⁽¹³⁾

更に、危険移転時から債権者が特定された目的物について自由な処分権を保持できることが「衡平と取引の要請」である。仮にそうではなく、危険移転後も尚債務者に変更権が認められるとすれば、「債務者には、不当に債権者の費用で投機する可能性が与えられる」ことになる。債権者が特定された目的物に何らの利益も有しない場合には、債務者は他の目的物の受領を不当に拒絶する債権者に対して、悪意の抗弁(*exceptio doli*)⁽¹⁴⁾で対抗でき、あるいは、債権者の受領遅滞が債権者のために生じた特定の放棄を意味することが認められる。⁽¹⁴⁾

こうした多数派の主張に対して少数派は尚以下のように反論した。種類債務の本質からすればそれが履行によって消滅するまではその性質を變じることはないのであり、受領遅滞によって危険が債権者に移転するケースは債務者が

尚債務を負担し続ける不利益を調整するための例外措置である。また送付売買の例外も債務者が履行地での給付義務を負担するのみであるから、彼が必要な行為である発送を行う以上は危険は債権者に移転することを意味する。しかし、そうした場合であっても、「債務がその本質を変じ、種類債務が特定物の給付に向けられた特定物債務に変じる、との結果を有するものではない」のであり、債務者は一旦行った特定を撤回できるとするのが「衡平にも取引通念にも」適合するのである。このように、種類債務の特定物債務への転化が否定されるとすれば、送付売買に関する規範の一般化で十分である。それでは片務契約等の場合には対応できないとの反論があるが、そうした片務契約等の場合には寧ろ債務が履行されるまで債務者は為すべき全てのことを行ったことにならないのである。⁽¹⁵⁾

この議論は、九票対九票の採決によって委員会が審議の続行を拒否したことによって終了した。⁽¹⁶⁾ 以上の審議は、第二草案二〇七条二項において次のように定められることで条文に反映された。

債務者がその物の給付の実現のために彼の側で必要なことを行った場合、債務関係はその物に限定される。

この規定は、連邦参議院(Bundesrat)の司法委員会(Justizausschuss)において削除提案に遭遇した。すなわち、この規定は第一草案以来一致した承認を見出してこなかった規定であり、第二委員会での少数派の見解は一貫しているというのである。さらに、要するにその規定は種類債務が当事者の合意による以外の仕方では特定物債務に転化することを認めるのであるが、それには実質的な有用性も欠けているように見えるというのである。

しかし、この削除提案に対しては、この規定が様々な箇所でも適用されることから、その削除が体系の重大な変更を含むことになることが指摘されたことで、削除提案自体が撤回された。⁽¹⁷⁾ こうして、草案二〇七条二項は、最終的に今日のドイツ民法典二四三条二項として結実したのである。⁽¹⁸⁾

以上のような経緯で制定されたドイツ民法典における種類債務の特定制度は、当初、普通法上の種類債務の特定時⁽¹⁹⁾

期を巡る論争と同様に、専ら売買における対価危険の移転時期との関連性を意識して想定されていたことが明らかになる。その論争は交付説(履行説)の意味で既に債務者主義を採用した危険負担制度内部において解決された以上、引渡時での特定原理はいわば自明の原則として立ち現れ、例外的に送付売買における早期の危険移転時期との関係でその原則が「修正」されたに過ぎないのであった。しかし、帝国司法省および第二委員会での審議において、売買規定が関係しない贈与や遺贈の場合に「特定と危険移転との相関関係」を維持するための配慮について注意が喚起され、そうした場合に対応するために交付説(履行説)とは異なる規定への改訂が施されたことが明らかになる。

ところで、そこに言われる「特定と危険」の関連性は、片務契約や遺贈が問題となる限り、「特定と対価危険」の関連性を意味するはずはない。とりわけ、帝国司法省での審議の際に採用された現行ドイツ法で言えば二七五条や三〇〇条二項は、専ら給付危険——物の偶然の滅失による債務者の解放原理——に關係する規定であることは極めて重要と思われる。この理解は第二委員会の多数派に引き継がれたのであり、現行ドイツ民法典の二四三条二項の特定時期を巡る理解は、こうした経緯から一方で専ら「特定と給付危険」との関連性とその意義を求める見解が主張される素地を提供したと言えるのである。ところが、これに反して今日、いわば伝統的な「特定と対価危険との相関関係」を重視する立場も存在する。つまり、二四三条二項における特定制度は尚対価危険との関連性の脈絡の中で評価されるべき制度であるとの理解であり、この見解は第二委員会の少数派が主張した見解である⁽²⁰⁾。

従って、こうした対立は、第二委員会での多数派と少数派の見解の相違にまさに対応する対立構造に見えるが、実はその後の議論展開の中では、特定の撤回が認められるのか否か、といういわゆる「特定の拘束力」の議論において第二委員会における多数派が撤回を否定し少数派がそれを肯定したのに対して、今日では給付危険と特定を関連付ける見解が撤回を肯定し対価危険と特定との関連性を主張する見解が特定の撤回を否定するという傾向が見られ、いわば「捻じれの対立構造」を示すのである。果して、種類債務の「特定」制度とは、給付危険との関連の中で理解され

るべき制度であるのか、それとも尚旧来の対価危険との関連性を維持し続ける制度と理解されるべきなのか。この問題を次に検討してみよう。

(2) 特定の時期と拘束力

ドイツ民法典制定直後から学説の多数説は種類債務の特定時期を債務の種類ごとに分類し、債務者の給付に必要な行為をそれぞれに確定することによって、結果的に特定制度を対価危険とは切断して給付危険に関連付けることになった。すなわち、持参債務においては債務者が現実の提供を行う時点、取立債務においては債務者が目的物を分離しそれを債権者に通知する時点、送付債務においては債務者が目的物を発送した時点がそれぞれ債務者が給付に必要な行為を完了した時点となる。⁽²¹⁾このような解釈においては、取立債務において債務者による分離・通知時が給付危険の移転時となるのに対して、目的物の引渡時が対価危険の移転時となるため、明らかに給付危険と対価危険が乖離することになる。厳密には、持参債務においても提供時が給付危険の移転時で引渡時が対価危険の移転時であるから、ここでも僅かながら両危険の移転時期が乖離する。従って、この多数説の解釈によれば一般的に給付危険の移転が対価危険の移転に先立つことになるのである。⁽²²⁾従って、多数説の理解による種類債務の特定は、対価危険の移転とは切断され、専ら給付危険の移転をもたらす効果に関連づけられることになったのである。

では、特定が撤回できるのか、特定の拘束力の問題は既に普通法学説に登場する。分離説の提唱者であるテールは以下のように主張する。分離された特定物が引渡によって両当事者を拘束する以上は、その分離が拘束力を有し、それが給付目的物として扱われることには問題はないが、種類債務の特定にとって引渡自体は決定的要素ではない。買主側が分離する場合にも特定は生じるが、買主側の承認行為にも特定にとっての決定的要素は見出されない。売主が一方的に分離する場合には、その分離を任意に撤回することによって買主に不利益を転嫁する危険が内在するため分

離に拘束力をもたせる必要がある。そこで、双方向的な分離の要請が出てくるが、契約に適合した目的物が分離されれば買主はその引取を拒絶できないため、その分離に承認を与えることまで求める必要はなく、分離が買主に通知されることによって特定が生じるとすれば足りる。但し、この通知は分離された目的物の同一性を確定できるものでなければならぬ。⁽²³⁾

このテールの主張から明らかな通り、分離説は種類債務の特定時期を引渡時よりも早める結論を導くものの、債務者側の一方的な分離が任意に撤回されることによって生じうる買主側の不利益を考慮して、「双方向的分離」を要求し、その結果買主への通知を求めることで債務者側の分離の撤回を否定するのである。言うまでもなく、これは第二委員会が主張された多数派の見解であり、結局、ハーガーの指摘するように、⁽²⁴⁾第二委員会の主張内容は分離説に近い内容を有しているものと評価できよう。

ドイツ民法典制定後の学説も、「種類債務の特定による特定物債務への転化」という理論的な基礎に基づいて、特定の拘束力を原則として肯定した。⁽²⁵⁾これに対して、種類債務の特定の拘束力を全面的に否定する学説が登場する。メディクスは、通説および判例が原則として特定の撤回を否定しながらも債権者の利益を充足する限り代わりの商品の提供を信義則に基づいて拒絶できないことを認める点について批判を加える。つまり、債権者に、一方で特定された商品に対する請求権を認めるのに対して、他方で債権者にとってその請求権の主張が信義則に反するとして非難することは「論理的ではない」のである。信義則が援用されるならその内容が確定される必要があるし、仮に *venire contra factum proprium* の禁止(矛盾行為の禁止)の原則が援用されるとしても、それでは全ての問題には対応できない。特定は一体債権者の為にも作用する効果を生じさせるのか。もしそうであれば、特定された商品が引渡されない場合に債権者は債務不履行の効果を採用するであろう。その場合に債権者に特定の効果の援用が否定されるとすれば、それは何故に信義則に反する結果となるのか。反対に、債権者の特定に対する利益を通説は何故に保護しようとするのか。

債権者の利益は寧ろ種類債務の設定自体に内在するものではないのか、というのである。⁽²⁶⁾

では、反対に拘束力を否定する見解の可能性はあるのかが検討される。まず、二四三条二項の文言が問題となるが、この条文は一義的な解決を提示するものではない。「通常、特定物債務は債権者と債務者間の契約、つまり法律行為によって基礎付けられる。それに法律は債務者を拘束する。つまり、彼はまさにその特定物を引き渡さなければならない。というのも、彼はそれを約束したためである。これに対して集中によって成立した特定物債務は事実上の事実、つまり債務者の履行行為に起因する。債務者がその行為を単に事実上取消することを法律は何ら妨げない」のである。

例えば、一旦発送された商品を取戻し、一旦準備された商品を在庫に再び混入し、又は第三者に売却することによって債務者が履行行為を撤回し、特定という法律効果を取り消す場合、種類債務が再生するのか依然として特定物債務として扱われるのかについて、二四三条二項は何も語ってはいない。ここでメデイクスは二四三条二項の立法資料の検討を行う。既に見たように、第二委員会の多数派は特定の撤回を否定していたが、メデイクスはその見解の根拠を批判するのである。まず、危険移転が種類債務の特定物債務への「完全な転化」を前提とするわけではないし、債権者が特定以降に特定物の処分可能性を取得できなければならないというのも、結局債権者が引渡以前に処分できるのが引渡債権に過ぎないとすれば特定物への転化とは無関係な問題である。確かに債権者の費用での投機可能性の危険は存在するが、債務者が債権者に適宜に代物商品を給付すれば債権者には何の損害も生じないし、反対に債務者が適宜に代物を給付できないときには債権者は給付遅滞の制度によって十分に保護されるため、債務者の投機行為が債権者の費用に転嫁されることはない。従って、立法資料からは特定の撤回を否定する根拠は見出されないことになる。⁽²⁷⁾

そこで特定の撤回による種類債務の再生可能性が検討される。まず、三〇〇条二項との関係が問題とされ、通常は受領遅滞前に二四三条一項により特定が生じるが、持参債務および送付債務の場合に債権者が予め受領を拒絶するときは、債務自体は持参債務または送付債務のままであるが提供は口頭の提供で足りるため（二九五条一文）、口頭の

提供により物を分離すれば三〇〇条二項によって(給付)危険は債権者に移転することになる。こうした場合に売主が買主に物の引取を求めるときには二四三条二項は危険の移転には関与しないため、その効果は債務者から物の処分権を奪うことのみを意味し、結局特定の効果は債務者に不利益しかもたらさない。つまり、受領遅滞後の特定は債務者に不利益しかもたらさないという、この不合理を回避するには特定の拘束力を否定せざるをえない。⁽²⁸⁾しかも、特定の撤回による種類債務の再生を否定するならば、一旦特定された商品を分離して保管費用をかけて保存しなければならぬというのは経済的な視点から不合理であろう。債務の履行に向けて為すべき行為を行う種類債務者の地位を改善するのが特定制度の趣旨であるならば、保管費用の側面はその制度趣旨に反する結果となる。また、送付売買に典型的に見られるように、債権者はしばしば商品が特定されていることを知らず、またどの商品に特定されているのか知らずに、特定物に対する請求権を保持することになるとすれば、結局、債権者は特定されたのとは異なる商品であるとして商品の引取を拒否する権利を行使できないことになろう。⁽²⁹⁾

以上から、メデイクスは以下の結論を導く。すなわち、種類債務は特定により一時的に特定物債務に転換し、この状態は履行により債務が消滅するか、債務者が特定を撤回するまで存続する。この撤回により、特定物債務は再び種類債務に戻り、債務者は給付危険の移転の利益を失うと共に、物に対する処分の自由を回復する。この関係は供託と同様である。持参債務および取立債務の場合には、特定の生じた商品を在庫に混入し又は第三者に譲渡することで特定は撤回され、送付債務の場合には運送人への指図によって行われる。仮に特定が生じた商品が滅失・毀損したような場合には、そうした特定の撤回行為は不可能であるが、それでも反対給付請求権を維持するために、代物を債権者に引渡すことによって契約を維持でき、債権者が商品の滅失・毀損を援用する場合には、債務者は代物の引渡準備を表明することによって特定を撤回できる。債務者が特定を撤回すると種類債務が再生し、債務者は給付危険を負担することになる。この債務者の地位は、債務者が任意に種類債務の利益と特定物債務の利益の交換を行うことを意

味するのではなく、単に一旦給付行為によって招来した法的地位の変更を元に戻すことが許されるに過ぎない地位なのであり、債務者に変更権 (ius variandi) が認められているのではない。この撤回の可能性は、商品が既に債権者の占有下にある場合には債務者にその取戻は認められず、また種類債務が当事者の契約によって特定物債務に転換する場合にも認められない。⁽³⁰⁾

メディクスは特定の時期を巡る問題についてはこの論文では留保しており、特定の撤回の問題と特定時期の問題が論理必然的に関係するわけではないことを暗示している。しかし、特定の撤回が認められるのは、そもそも種類債務の特定が「債務者の給付危険からの解放」の利益のための制度であるとの認識であり、⁽³¹⁾ そうであれば、給付危険をいち早く債権者に移転させるのが制度理解として一貫する。事実、メディクスは別の文献において、特定の時期については、多数説に従って持参債務・取立債務については提供時、送付債務については発送時に特定を認めているのである。⁽³²⁾⁽³³⁾

これに対して、普通法においてイエーリングは、種類債務の特定を履行と関連付けることにより特定時期を給付行為の最終段階まで遅らせつつ、他方で特定の拘束力を否定する見解を主張した。⁽³⁴⁾ つまり、実際の取引事例やローマ法源が示すのは債務者が契約の意味に従って行わねばならない全ての事柄を行った場合に種類債務が特定され危険が移転することである。これは債務者が債権者に引き渡すか、送付することに示され、債権者が受領遅滞に陥る場合にはそれによって特定が生じ、危険が移転することを意味する。こうして一旦特定が生じても、特定された目的物が再び在庫に混入され、第三者に譲渡されることによって債権者の遅滞によって債務者に生じうる損害は回避されうることになるのである。⁽³⁶⁾ この見解がまさに第二委員会の少数派によって主張されたのである。

ドイツ民法典施行後も、特定時期の問題をこの交付説に従って解決しようとする立場は少数ながら主張され続けてきた。ベルンドルフは、ドイツ民法典二四三条二項が第一草案の「一般化」であり、まさにイエーリングの交付説に

做って普通法上の争点を解決し「履行説が法律に高められた」ことを主張する。つまり、売主が必要な行為を行うのは引渡時であり、その時点で対価危険が買主に移転することはドイツ民法典の定めるところであり、また送付売買では発送時がそれに相当する(四四六条・四四七条)。しかも、その時点で売主はその特定された物の処分権も放棄し⁽³⁷⁾特定の撤回は許されない。尤も、こうした場合に不当に特定を主張するような権利行使も考えられるが、それはシカーネによって排斥され⁽³⁸⁾うるため、問題はない。また、買主が受領遅滞に陥る場合にも危険は債権者に移転する(三〇〇条二項)。従って、種類売買における危険移転要因は、引渡、発送および買主の受領遅滞であり、これらの場合にのみ売主は自ら負担する義務に基づいて行うべきことを行ったと評価されるのである⁽³⁹⁾。

この交付説はラーベルによる「引渡(交付)義務(Lieferungspflicht)」の分析を契機に再び有力化することになる。ラーベルは比較法的視点から売主の「引渡(交付)義務」を、物権法上の占有や所有権の移転問題とは全く切断された債務法上の義務として把握し、「売主の行為の終結であり、それによって商品の占有が買主に移転しうる」ものと理解する。この引渡(交付)概念を国際的な法統一における売主の義務内容に利用しようとするのである。この概念のドイツにおける生成契機は一般ドイツ商法典三四五条に求められ、そこで醸成された引渡(交付)概念の民法典上の表明として二四三条二項が理解されている⁽⁴⁰⁾。こうした引渡(交付)概念の分析およびイェーリングとドイツ民法典の連続性の認識に基づいて、フォン・ケメラは、種類債務者が自ら義務を負っている全てを行い、つまり引渡(交付)した場合に二四三条二項によって免責されることを主張する。しかし、この引渡(交付)は債権者の受領遅滞によって妨げられるが、そこで意味を持つのが三〇〇条二項による免責なのであり、こうした理解によって二四三条二項と三〇〇条二項の機能分担が明確化されるのである⁽⁴¹⁾。

こうした見解はフーバーによって再度取り上げられるとともに、特定の拘束力と関連付けられたのである。まず特定の時期について、立法資料が示すのは交付説に基づく特定と危険移転の関係を維持していること、また、判例も交

付説に反する結論を示していないことが検証される。そこで実際に売主が給付準備を行い買主が受領遅滞に陥らない間に物が滅失する場合は買主に商品の取立期間が認められるときに意味を持ち、そのケース自体は決して稀ではない。この場合に、売主が新たな商品調達を拒否して契約の消滅（二三三条による対価危険の売主負担）を主張する場合は、商品の価格が高騰する場合（これをフーパーは「調達危険（Beschaffungsrisiko）」と呼ぶ）である。そうでなければ寧ろ、売主は契約の存続を望むはずであろう。この調達危険を巡って、売主と買主の利益は対峙することになるが、そうした利益の保護の基準は契約自体に内在するものであり、一方で買主が契約の枠内で物の価値の下落の危険を負担するのに対して、売主はその調達危険を契約に定められた基準の枠内で負担すべきである。そうであれば、売主が契約に定められたことを全て行い、引渡義務から解放されて始めて調達危険からも解放されるのであり、このことは交付時を基準に「特定と（給付および対価）危険移転が一致すること」（括弧の挿入は筆者を意味する。そこで、「交付（Lieferung）」概念の内容であるが、これは売主の「給付行為の完了」を意味し、売主の給付行為の適時性の判断基準、危険の移転および特定という三重の法的意味を有する。勿論、交付前に当事者の合意に基づく特定によって特定物債務への転化がもたらされる場合や商慣習により売主に一方的な特定の権利が認められる場合は別であるが、そうでなければ、交付時に特定がもたらされるのである。⁽⁴²⁾

このように売主の交付によって特定がもたらされるとしても、他方で、契約の枠内で売主が負担すべき調達危険を買主が不当に拡大させることは許されない。この意味で三〇〇条二項は把握されるべきである。イエーリングの交付説における特定・危険移転の一方の要因である受領遅滞について定められたのが三〇〇条二項であり、本来そこでいう危険移転は「対価危険の移転」の意味であったのが、第二委員会でも二三三条二項との調整がなされなかったため、両規定の関係が不明確になったのである。いずれにせよ、提供によって目的物が分離され、⁽⁴³⁾受領遅滞によって特定が生じる債務関係はその提供された物に制限されることを前提とするのがこの条文の趣旨であり、対価危険は二三四条

二項によって債権者に移転されることになる。⁽⁴⁴⁾

特定の拘束力について、フーバーはそれを肯定すべきことを主張する。まず、二四三条二項の制定史から第二委員会の多数派が特定の撤回を否定する見解であったことが想起され、判例が検討された後に、メディクスの見解が紹介される。そこで、送付売買における特定の撤回により債務者が特定された商品を他に処分することは「債権者の費用での債務者の投機可能性」をもたらすことが検証される。⁽⁴⁵⁾ しかも、契約の枠内での危険配分に適った処理は、発送時までは売主が調達危険を負担する以上、その危険にどのように対処するかは売主の自由であるが、発送により対価危険が買主に移転した以上、今度は寧ろ買主が物の処分権を握ってその物の運命を決定できなければならないことになる。⁽⁴⁶⁾ このことは受領遅滞においても三二四條二項が買主への対価危険の移転を定める以上は当てはまり、売主は尚その物を保管しなければならないが、買主が最終的に物の受領を拒絶する場合には買主が特定された物をそのままでは取得しようとしなことが明らかであり、後に買主がその物に固執する態度を採ることは矛盾行為となり許されないのである（*venire contra factum proprium* の禁止）。その限りで、判例への支持が表明される。結局、「引渡（又は受領遅滞による引渡の妨害）、危険移転および特定は一つの事象である。そのことが確定される限り、特定の拘束力は説得力を持つことになる」⁽⁴⁷⁾のである。

このように、フーバーは交付説がドイツ民法典の解釈として尚維持されるべきこと、および特定の拘束力は肯定され、極めて例外的に矛盾行為の禁止事例に限って買主の特定援用を禁ずることを主張する。この見解では、フーバー自身が述べる通り、特定時期の問題と特定の拘束力の問題は論理的に関連する問題であって、取立債務の際に見られるように特定と対価危険の移転の時期をずらす、多数説の解釈では、特定の拘束力は貫徹されにくくなるはずである。つまり、交付説では口頭の提供の後引渡までは特定が生じない以上売主が目的物の処分権を持つため他の物と取り替える自由を有する。この事情は、多数説が一旦提供時に特定を認める限り、尚特定の撤回が認められることでしか省

みられなくなるためである。

この問題はファン・フェンローイによって再び検討されている。⁽⁴⁸⁾ その主張によれば、通説が言う特定への債権者の利益は債権者の請求権にとって何らかの要件を構成するわけではないし、そもそも債権者の費用での債務者の投機の危険も債務者の積極的契約侵害や信義則に反した条件成就の場合の類推によって回避され、⁽⁴⁹⁾ また、債権者が転売等によって特定された物に利益を有する場合にはそれに対応した合意を債務者と締結するのが通例であり、そうした合意がない以上は債権者に特定について保護に値する利益は見出されえない。⁽⁵⁰⁾ では、反対に特定の撤回についての債務者の正当な利益は見出されるのが問題になる。受領遅滞や受領拒絶の際の特定の撤回にはドイツ民法典三〇四条が債権者に対する債務者の増加費用賠償請求権を定めており、この趣旨は債務者の物の保管義務が前提となる以上、債権者が特定を撤回して物を交換する利益を認めていないことになる。従って、原則としてドイツ民法典二四三条二項による特定の場場合には債務者は特定に拘束されることになる。⁽⁵¹⁾ 尤も、債権者が受領を一旦拒絶して代物を請求する場合には債務者が一旦特定された物を交換することが当事者の合意に適合することになるし、債権者が一旦受領を拒絶した後には代物の受領も拒絶して先の特定を援用する場合、通例はこうした債権者の行動を信義則違反と把握するが、これも最初の特定を止めて物を交換するという当事者の合意を基礎として把握すべきであり、債務者に代物給付の権利を認めるのである。ただし、売主が瑕疵ある物を給付する場合に一般的に売主の追完権が認められないとの通説の理解とはこの処理が矛盾することになる。そこで、債権者が追完を拒絶する決定をするまでは売主に一般的な追完権を認めるべきとの帰結が導かれることになる。⁽⁵²⁾

以上のように特定の拘束力を巡る論争点には際立った見解の相違が見出されるが、特定時期を対価危険の移転時に関連付けたうえで特定の拘束力を貫徹しようとする見解は今日尚少数説であり、⁽⁵³⁾ 多数説は特定時期を専ら給付危険と関連付けたうえで債権者が特定された物に特別な利益を有しない限り特定の撤回を認めるのである。⁽⁵⁴⁾ 勿論、メデイク

スのように債権者の利益要件を度外視して債務者の特定の撤回を認めようとする学説は多数説とは異なる立場として位置づけられるように見えるが、この差異は過大評価されてはならず、「メデイクスが例外を認めていることにより、結局は何らの差異も存在しない」ことが指摘されていることに注意しなければならぬ。⁽⁵⁵⁾

特定制度の立法経緯や特定についての債務者の投機可能性による拘束力の肯定からは確かに少数説には傾聴に値する内容が存在するのは事実であろう。しかも、フーバーの主張する契約による危険分配のあり方は説得力があるように思われる。それにもかかわらず何故に多数派はその少数説に靡かないのであろうか。その背景には種類債務者が特定前に負担する給付危険が非常に重い責任として認識されていることがあるものと思われる。それ故に、多数説は特定時期を早い時点に設定しているのである。事実、メデイクスは主張の前提として特定による種類債務者の責任軽減を挙げ、その内容として特定以降の主観的不能に基づく責任解放原理および調達債務違反の場合の無過失責任から特定による過失責任への移行を指摘する。⁽⁵⁶⁾ 種類債務者は特定前にはどのような様な義務と責任を負担するのか。この問題は種類債務者の負担する給付危険の内容の検討を意味することになるのである。

(3) ドイツ民法典二七九条

フォン・キューベルの起草した「責任の不履行の効果」草案一条は、支払不能が債務者の給付義務からの解放をもたらすという意味での「不能」には該当せず、従って債務者が給付義務を負担しつづけるという「不能」の例外規定であった。⁽⁵⁷⁾ この規定に関して、第一委員会是不能の原則規定である一〇条に関する決議——これは後に二三七条および三六八条一項に纏められた——で解決済であるため不要と決議した。⁽⁵⁸⁾ しかし、帝国司法省の準備委員会では、第一草案二三七条（現行二七五条）が定める特定物給付の客観的不能による債務者の解放原理（二項）および特定物給付における主観的不能と客観的不能の等置という原理（二項）は承認されたものの、主観的不能と客観的不能との等置原理

は特定物給付に固有の原理であり、給付目的物が種類で定められている場合にはその原理が妥当しないことを規定することが提案された。⁽⁵⁹⁾ この提案の趣旨は第二委員会にも引き継がれ、種類債務者が主観的不能によって自らの給付義務から解放されず、給付が可能な限り過失を問うことなく給付を実現できる旨を明示で規定すべきことが承認されたのである。⁽⁶⁰⁾ それに基づいて編纂委員会から第二草案二三五条として、以下の規定が提案された。⁽⁶¹⁾

尚可能な給付の実現についての債務者の主観的不能は、客観的不能と同視される。為されるべき目的物が種類によってのみ定められている場合、債務者は、給付が種類から可能である限り、彼に過失が帰されなくとも、自身の主観的不能について責を負わねばならない。

第二草案の改訂において、この条文の最初の文言を「債務関係の成立後に生じた主観的不能」と修正することが提案されたが、その根拠として以下の理由が挙げられた。⁽⁶²⁾

給付が契約の締結時に客観的に不能な場合には、契約は無効である。給付が契約締結時に可能である場合には、債務者は、既にその時点で生じていた自身の主観的不能にもかかわらず、契約に基づいて債務を負担する。後に彼の過失なく生じた主観的不能が初めて彼を解放する。二三五条一項は、こうした(修正提案の)制限でのみ正当である。

この提案は内容の上で承認されて編纂委員会に送付され、そこで二三五条の一文は改訂第二草案二六九条二項(現行二七五条二項)に対応に、二二文は改訂第二草案一七三条(現行二七九条)に対応に整理され、現行法に引き継がれたのである。⁽⁶³⁾

ドイツ民法典二七五条

債務者は、給付が債務関係の成立後に生じた彼の責に帰されるべきではない事情の結果不能となる限り、給付債務から解放される。

債務関係の成立後に生じた不能には、後発的に生じた債務者の給付の主観的不能が等置される。

ドイツ民法典二七九条

為されるべき目的物が種類のみによって定められている場合、債務者は、給付が種類から可能である限り、彼に過失が帰せられなくとも、自身の給付の主観的不能について責を負わなければならない。

以上の立法経緯からドイツ民法典二七九条の趣旨を見る限り、種類債務者はその主観的不能によっては給付義務から解放されないとの原理の表明規定であるとの理解が成立する。つまり、客観的不能による債務者の解放という原理の反面、主観的不能によっては債務者が解放されないとの原則が、支払い不能によっては債務者が解放されないとする部分草案一一条の削除によって第一委員会で確認された。しかし、帝国司法省の準備委員会以降では現行二七五条が定める、特定物債務における客観的不能による債務者の解放原理と主観的不能による債務者解放原理の併置という規定の仕方から、第一委員会を確認された主観的不能によっては債務者が解放されないとの原則が規定される必要が認識されて、現行二七九条が定められたのである。⁽⁶⁴⁾ 従って、デルンブルクが、二七九条が定めるのは「種類は滅失せず (genus perire non censetur)」の原理であると説くとき、⁽⁶⁵⁾ それが意味するのは、種類全部が滅失しない限り種類債務者の給付義務からの解放は生じないことであり、言うまでもなく、こうした解釈が立法経緯に忠実な二七九条の解釈論と評されうることになる。⁽⁶⁶⁾

しかし、学説・判例は種類債務者に客観的不能による解放しか認めないことには躊躇を示してきたのである。一方で、「客観的不能」概念の範囲を拡張する理解は、必ずしも「滅失」といった自然科学的意味での不能のみを種類債務者の解放原理に結び付けるものではないし、とりわけ学説は「経済的不能」概念の研究を通して債務者の給付義務の範囲を「犠牲の限度 (Opfergrenze)」という基準で確定しようとしてきた。⁽⁶⁷⁾ つまり、契約で求められる債務者の調達努力の範囲とはどのような範囲であるのか、そして、商品自体が市場にあるとしてもそれを獲得するのに契約から期待される以上の支出・努力が必要な場合に、果して債務者に尚給付義務を負担させるのが正当であるのか、という問

題意識である。

他方で、種類債務者に主観的不能しか認められない場合であっても、種類債務者の給付義務からの解放を認めないことを二七九条が定めるとすると、それが種類債務者に酷な結果をもたらす場合が少なくないことも指摘される。例えば、ガリチア卵を給付することを約束した債務者が、外国軍隊の侵攻によってその卵の原産地から逃避せざるを得なかった場合、市場からガリチア卵を入手することは必ずしも不可能ではないため、給付義務から解放されないのか。⁽⁶⁸⁾あるいは特定の機械から生産される製品が他の買主に出荷された後にその特定機械およびその機械の製品在庫が滅失した場合に、尚債務者は債権者に対して給付義務を負うのであるか。⁽⁶⁹⁾こうした場合に、主観的不能によって種類債務者が解放されないとの帰結を制限することは、とりもなおさず二七九条の適用範囲を制限することを意味することになる。

ところが、他方で、二七九条は立法過程では想定されなかった場面で登場する余地も見出された。ある美術商が特定の顧客に特定の版画(特定物)と見本によって選ばれた版画(種類物)を売却したが、それらの版画は第三者が所有していた。売買時に美術商はそれらの版画を取得できる十分な資力を有していたが引渡時には彼の資産を預かる銀行の破産によって資力が悪化し、それらの版画を取得できなくなった。そうした場合に、見本によって売却された版画については、それらが種類物であるため二七九条によって美術商は責任を負うことになるが、特定の絵画については二七五条二項によって給付義務から賠償義務なく解放される余地がある。⁽⁷⁰⁾こうした不均衡は、二七九条を種類債務に限定することから生じているのであり、二七九条の適用範囲の拡大の要請がそこには存在する。また反対に、種類債務であっても二七九条を適用することが妥当とは思われない帰結に到る場面も想定されうる。例えば、特定の樽に入ったワインの一部を売却した売主は、その樽を他人に盗まれた場合、その樽のワインを全部売却していれば二七五条二項によって給付義務から解放されたにもかかわらず、(限定)種類債務を負ったが故に二七九条によって給付義務から

尚解放されないことになる⁽⁷¹⁾。このように、二七九条は必ずしも種類債務に固有の性質に由来する規範ではないと考えられる余地が生じるのである。要するに、特定物債務と種類債務という区画とは別次元の債務の区画に基づく債務の性質を再考し、こうした不均衡を是正する必要が認識されたのである。

こうした問題の解決に一定の方向性を与えたのがバーラーシュテットであった。彼は、種類債務の特徴とされてきた「調達義務 (Beschaffungspflicht)」が実は種類債務の一定の類型にしか見出されない特質であって、必ずしも種類債務⇨調達債務という図式が妥当しないことを指摘した⁽⁷²⁾。すなわち、凡そ種類売買といっても、債務者が自己の在庫商品からの売却を意図する場合もあるし、あるいは自己の所有権外にあって期日迄に売主が他から調達することを想定する売買——これをバーラーシュテットは「市場関連種類売買 (marktbezogener Gattungskauf)」と呼ぶ——もあり、両者では利益状況や危険配分において全く異なる扱いを要する。通常の種類売買とはそれら両極の中間タイプであって、売主は自己の在庫からの売却を意図するものの二次的に市場からの調達義務を負うのである——これをバーラーシュテットは「単純な種類売買 (einfacher Gattungskauf)」と呼ぶ⁽⁷³⁾——。

バーラーシュテットは、二七九条の責任根拠を説明する出発点として、その規定が金銭債務および法定債務に適用されないことを検討した上で、契約上の種類債務を問題とする⁽⁷⁴⁾。その際に問われるべきことは、「何について債務者は責任を負うことを約束し、給付結果の実現を脅かすどのような危険を彼は自ら引き受けたのか」であり、契約締結に際して債務者が与えた言質について債務者自身が責任を負うべきとの基本原理に基づいて、債務法上の規範の正当化根拠が解釈論上与えられることになる⁽⁷⁵⁾。この観点から二七九条を根拠付けるとすれば、そこで定められた責任とは、先の種類売買の類型の後二者に共通の特質として、「契約において(単純な種類売買の際には二次的に)引き受けられた調達義務に由来することを確定しうるはずであり、「買主にとっては、売主が調達に向けて努力するであろうこと」は十分ではなく、寧ろ、売主は買主にその努力の成果を保証しなければならない」ことが起点となる。その際に、ど

の程度売主がそうした努力の成果の不実現について責任を負わねばならないかは、「売主が契約内容によって商品の不調達の危険を引き受けていた限り、彼は給付の障害について責任を負うとの原理」によって判断される。⁽⁷⁶⁾従って、従来「不能」概念の操作によって解決が図られようとしてきた問題は、「そうした障害を危険の観点の下でまず考慮して、誰がその危険を契約に従って負担すべきかを問題にすることがより正当である」ことを指摘するのである。⁽⁷⁷⁾

こうした指摘から先の問題点が見直されると、一方で、二七九条の適用範囲を「客観的不能」概念によって限定する問題については、「契約によって債務者が引き受けた危険」の範囲が問題とされることになる。ここでは、「買主が契約締結の際に売主が危険を解決すると表明しようとしていたと明確に認めえなかった危険については、二七九条はその基本思考によって適用されえない」ことになり、⁽⁷⁸⁾種類債務者が種類債務の性質に関連した障害について危険を負担することを契約内容から義務づけられることからすれば、病気や拘束といった種類債務者個人に存する障害については種類債務の性質とは無関係である以上、特定物債務と同様に処理されるべきことになるのである。⁽⁷⁹⁾そして、そのように債務者の義務の限界を画するのが「犠牲の限度」の基準なのである。⁽⁸⁰⁾

他方で、一定の特定物債務との均衡を図るために二七九条の適用範囲を拡大する問題については、二七九条の責任を基礎づける「債務の特質」とバーラッシュェットが指摘した「調達債務」の観点が重要となる。つまり、先に示した特定物債務者と種類債務者の主観的不能による解放原理の適用の有無という不均衡は、特定物債務・種類債務という債務区画基準ではなく、調達債務か否かという別次元の債務区画を導入することによって単純化されるのである。従って、特定物債務であっても調達債務である場合には、二七九条に規範化された債務者の責任が認められることになる。⁽⁸¹⁾

こうして、二七九条の適用範囲の確定については一応の方向性が見出されつつあるのに対して、二七九条の効果については争いがある。既述の如く、二七九条の立法経緯が示したのは、種類債務者の主観的不能による給付義務から

の不解放の原則であった。従って、そこに着目する限り、二七九条は債務者の給付義務の存続を定める規定と理解されることになる。しかし、二七九条の適用範囲の検討は、種類債務ないし調達債務に特徴的な危険の債務者による引受を基準とするものであるから、二七九条が債務者の主観的不能にもかかわらず尚給付義務の存続を特に定める必要があった固有の適用領域とは何であるのか、このことが再び問題となる。これについて、ロートは以下のような主張を展開した。⁽⁸²⁾

ロートは、まず、客観的不能概念が「経済的不能」にまで拡張されるかの問題について、債務者の給付内容に関する二つの基本的な見解の対立を、「一方(の見解)は、債務者が一定の結果をもたらさなければならないと考えるのに対して、他方(の見解)は、債務者が単に一定の行動を示し『債務に適った努力』を示さなければならないと考える」と描いて見せ、⁽⁸³⁾後者の考え方を支持した上で、客観的不能概念とは「論理的ないし事実的客観的不能」を核心とし、「債務者の利益での給付義務の変更が生じるのは、債務者に給付がもはや期待されない場合」であるとする。⁽⁸⁴⁾従って、給付の期待可能性が存する限りは客観的不能による債務者の解放効果は認められず、給付義務が存続することになり、遅滞に関する制度が債権者の利益で給付義務の変更をもたらすことになる。⁽⁸⁵⁾

そこで、主観的不能と客観的不能および遅滞との区別の基準に沿って考察すると、客観的不能とは給付が全ての者にとって調達不能な場合で、主観的不能とは給付調達が債務者にとっては不能であっても第三者にとっては可能な場合であり、両者共に債務者に給付が期待されえない場合であるのに対して、遅滞は債務者に給付が可能な場合を前提とする。そして、主観的不能については特定物債務については二七五条二項、種類債務については二七九条が規定することとなり、ここでは、種類債務における主観的不能のケースは論理的に三つが想定される。すなわち、①給付目的物を有する第三者に譲渡の意思がない場合、②債務者に目的物の取得に必要な資金がない場合、③特別な外的事情ないし個人的事情によって目的物の取得が妨げられる場合である。

ところで、給付調達に必要な資金欠缺の場合に債務者の給付義務がどのようなものか、という問題は金銭支払い自体を給付内容とする債務の際の資金欠缺と同様に、債務者は主観的不能であるが、学説は最終的に金銭支払いを債務者に命じるという結論自体に異論は差し挟まない。しかし、何故に債務者はその金銭支払いを命じられるのか、その根拠が問題となるとする。ロートによれば、金銭は「債務法上の最終的な代償物」であり、取引に関与する全ての者が自身の資産で責任を負う以上は、主観的不能について帰責性の顧慮なく債務者は金銭債務の給付義務を負うことになる。このことは資金欠缺のために給付調達ができない債務者にも同様に妥当し、そうした債務者の主観的不能は、債務者を給付義務から解放しないのである⁽⁸⁶⁾。要するに、金銭支払いまたは金銭支払いによって目的物を調達すべき債務者は、必要な金銭が欠缺し主観的不能に陥っても、尚本来の給付義務を負うのであり、二七九条はこうした場合に二七五条二項による債務者解放の原理を制限する。給付義務が存続する以上は、債務者は遅滞の責任を負うことになるが、その際には二八五条の無過失による免責を主張できないのである⁽⁸⁷⁾。

二七九条は商品が市場で取り扱われており、必要な金銭支出によって誰でも商品を調達できることを前提とし、そのような資金欠缺による主観的不能の際の給付義務の存続を規定する以上、第三者が給付調達に協力しない主観的不能ケースおよび外部的事情等に由来する主観的不能ケースについては二七九条は適用がないことになる⁽⁸⁸⁾。

こうした考慮は種類債務に限られるわけではなく、給付内容が特定物の調達である場合にも全く同様には当てはまることになる。つまり、特定物の調達を約束した債務者は、自己の資金欠缺に基づく調達不能の場合には、二七九条によって給付義務から解放されないが、その他の主観的不能の場合には、二七五条二項によって給付義務から解放されるのである⁽⁸⁹⁾。

このように、ロートは、主観的不能に関する二七五条二項の特別規定としての二七九条の意義を立法経緯に則した形で承認し、しかもその調達義務の特質から資金欠缺および金銭債務の際の金銭欠缺における給付義務の存続を定め

る規定として適用範囲を限定・拡大することを主張するのであり、学説の支持を見出しているのである。⁽⁹⁰⁾

こうした、いわば立法経緯に則した給付義務の存続規定としての二七九条の解釈とは全く異なる解釈論も展開されている。ロートの見解、すなわち金銭債務や調達債務における資金欠缺による主観的不能によって債務者が給付義務から解放されないこと、少なくとも債務者が最終的に金銭で責任を負うことは、二七九条から導かれるべき原理ではなく、寧ろ強制執行法や破産法を基礎付ける基本原理であって、そこに根拠を求めれば足りる、と反論されている。⁽⁹¹⁾

また、給付義務の存続を二七九条と関連付ける解釈論自体に対しても、そのこと自体は、種類債務の特定に関する二四三条二項あるいは三〇〇条二項が定めるように特定前の給付危険が債務者に負担される——すなわち、「種類は滅失せず」(genus perire non censetur)——ことから当然に帰結されるため、二七九条の援用は必要ない、と反論されるのである。⁽⁹²⁾ 従って、二七九条の意義は全く立法経緯から切り離されて、独自に探究されなければならない。まず、債務法上の体系的な位置関係からすれば、二七五条が責めに帰されない客観的不能の法律効果、二八〇条が責めに帰されるべき客観的不能の法律効果を定め、その間に置かれた条文は二七六条以下責めに帰されるべき事由を定めており、二七九条は二七八条と共に二七六条の帰責性概念の拡張規定と理解すべき場所に位置している。⁽⁹³⁾ さらに、二七九条の文言も「責めを負わなければならない」と規定されており、この文言は一般的には「損害賠償責任」を指し示す。⁽⁹⁴⁾ 従って、二七九条は種類(調達)債務における債務者の主観的不能ないし債務者が適時に給付しない場合の遅滞に基づく損害賠償責任について、二七六条の「過失」要件を拡張して、無過失でも尚賠償責任を負わなければならないことを定めた規定と理解されるのである。⁽⁹⁵⁾ では、そうした種類債務者の「重い責任」——保証責任(Ginstandspflicht)——が課せられる根拠は何であろうか。これについては、特定物債務者よりも種類債務者はより広範な処分の自由(Dispositionsfreiheit)を享受する反面、より大きな危険を負担すべきとの考え方が提示されている。⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾

以上のように、ドイツ民法典が二七九条という特別な規定を用意しているため、種類債務が特定される前の状態に

おいて債務者は特定物債務者よりも「重い責任」あるいは「重い給付義務」を負担するものと解する余地が存在するのである。このコンテキストから特定を給付危険に関連付ける見解を眺めれば、その背景にはそうした債務者の「重い責任ないし義務」からの早期の解放を特定に求める意図が存在するものと考えられる。今日、二七九条は種類債務というよりは調達債務の特質にその根拠が求められる傾向が見出されるが、そうであれば、我が国の解釈論でも調達債務における債務者の責任加重——保証責任の負荷——の余地も見出される。ドイツ法上の解釈論では特定物の調達債務について債務者の保証責任が権利の瑕疵に基づく担保責任との対比で論じられている⁹⁹。そうであれば、我が国の五六〇条以下の追奪担保責任規定の趣旨を調達債務者の責任に類推する考え方もあるいは可能であるかもしれない。少なくとも、両者の責任を「調達債務の特質」によって統一的に基礎付けることは可能であろうし、そこに一般債務不履行責任とは異なる権利の瑕疵に基づく売主の無過失責任の根拠を求めることができるものと思われる。

とところで、こうした調達債務という債務区分は、従来の特定物・種類債務の債務区分とは別次元の区分であるから、種類債務の際に債務者が「重い責任ないし義務」から特定によって解放されるべきとの配慮は、ドイツ民法典二七九条に基づくドイツ固有の議論であると評しうるであろう。我が国の民法典には二七九条のような規定が存在しない以上、種類債務の特定による調達義務およびその保証責任からの解放という図式は当てはまる余地がないはずである。従って、先のバーラーシュテットの見解を基礎にして種類債務Ⅱ調達債務の図式を否定するなら、債務者が調達債務を免れ、あるいは種類債務における給付危険から免れる限界を画するのは、それぞれの債務において債務者が契約によってどの様な義務と責任を引き受けたのかを基準に判断されるべきであり、種類債務が調達義務を前提とする限りにおいて、特定による調達責任からの解放効果がたまたま認められるに過ぎないのである。そうであれば、既述のフーバーの見解のように、種類債務の特定時期は、債務者が調達義務を負う場合も在庫債務に基づいて調達義務を負わない場合も、統一的に債務者の引渡義務の完遂時に求められるべきとの主張は説得力を増すはずである。つまり、調

達義務を前提にする種類債務の場合には、債務者が物の価値の高騰の危険を負担し債権者が物の価値の下落の危険を負担するのであり、在庫債務の場合には調達債務の場合のように価格の高騰による調達の困難は存在しないにせよ、尚価格の高騰の危険を負担することには変わりない。こうした互いの「危険保証(Risikosicherung)」の限界を画するのが特定であり、それは「給付の完了」を意味しなければならないのである。⁽¹⁰⁾

しかし、我が国の民法典はドイツ民法典とは異なって四九二条に提供の効果に関する規定を置いている。これは、債務者に債務不履行責任を免れさせる規定であるが、この効果の内容が種類債務における「危険保証」の時的限界を画するとすれば、フーバー等の言うような特定と対価危険との関連性の維持を内容とする主張も排斥されうる余地がある。種類債務の特定と弁済提供とはどのような関係に立つのか、これを検証しなければならないのである。

(4) 特定と弁済提供の関係

ポアソナードの起草になる旧民法典草案では、その財産編三五二条(旧民法典財産編三三二条)に、種類債務の特定に関する規定が定められている。

代替物又は、重量、数量もしくは寸法で測られる物を与える合意は、合意された性質、品質及び分量で、約束された物の所有権を受諾者に移転することを、諾約者に義務づける。この場合、所有権は、引渡又は当事者間で対峙して行われる指定(Determination)によって移転される。

この規定の趣旨について、ポアソナードは草案理由書で以下のような説明を与えている。すなわち、特定物の引渡を内容とする合意において、所有権は引渡とは無関係に合意時に移転するのが、フランス法および旧民法典草案の基本原理である(財産編三五二条)⁽¹¹⁾。しかし、合意が種類と分量によってのみ定められている物の引渡を内容とする場合には、所有権が単なる合意によって移転されることはありえない。その場合、「受諾者が債権者でしかないことは明らか

である。つまり、彼は所有者となる権利は有するけれども、その効果は物が種類から個別化される時にしか生じないのであり、そのことは引渡自体により、あるいはそれを特定物にする合意上の指定によって行われるのである⁽¹⁰²⁾。そうした目的物の指定は、当事者の一方がその意向のみで行うことは認められず、両当事者が「相對峙して」行いるのであり、その時点で所有権が移転するとともに、危険も所有者へと移転される。債務者がその手元で生じた物の滅失を債権者へと振り向けるような危険性は、そうした「相對峙した」指定のもとで回避されうることになる⁽¹⁰³⁾。

このように、旧民法草案上の種類債務の特定は、所有権移転効果を中心に引渡時または合意による指定時に生じることになり、こうした特定時点に関する限り、送付債務に関する発送時の特定も引渡時または合意時となる点は別としても、ドイツ普通法における「履行（交付）説」と同様であるし、また特定による対価危険の移転効果についても一致するのである。さらに、特定前の状況は、ボアソナードは「種類は滅失せず」との格言によって給付危険が債務者にあることをも示している⁽¹⁰⁴⁾。では、履行（交付）説がもう一つの特定原理とした受領遅滞による特定に関してはどうかであろうか。

フランス法および旧民法典草案には「受領遅滞」と題する制度は存在しないが、債権者が本旨に適った履行に応じない場面に対応すべく、「弁済の提供」制度を用意している。債務者が任意に債務の履行を試みるが債権者がその受取を拒む場合、債務者は執行官に目的物を手渡して今一度執行官による現実の提供を試みさせるか、あるいは催告によって提供に代えることができる⁽¹⁰⁵⁾。種類債務の際の提供方法については一九世紀フランスでは争われており、目的物の運搬が「不便で、困難であり不可能でさえある」こと、あるいは目的物の特定には両当事者の意思の関与を要するか、という点を巡って、原則である一二五七条の現実の提供が尚必要かあるいは一二六四条の催告手続きで足りるのかで見解が対立していた⁽¹⁰⁶⁾。この対立は、弁済提供の効果の差異が背景にある。一二五七条の現実の提供は供託と結びついて債務者の解放効果をもたらすものであり、通説は危険の移転をも含んだ債務者の解放効果を専ら供託に関連付け、

弁済提供にはせいぜい債務不履行責任の免責を認めるに過ぎないのに対して、一二六四条の催告には危険移転を伴う債務者の責任軽減効果を結び付けている。⁽¹⁰⁾従って、先の多数説は、不特定物債務について催告手続きで足りるとすることにより、それによって危険移転効果をも催告時に認めるため、本来の不特定物債務については危険が問題にならない以上、催告時の特定を認めることになる。これに対して、先の少数説は現実の提供によっては危険移転が問題とならぬため、特定が生じうるのはせいぜい供託時と解することになるのである。

ポアソナードは、こうした対立を草案財産編四九六条三号および四号において、特定物・種類物を問わず「運送が費用が嵩み、困難であるいは危険な場合」には、現実の提供を要さず提供中に引渡準備を申告することで足りるとするのである。この提供の手続きは、草案財産編四九七条を引き継いだ旧民法典財産編四七五条が特別法に譲っており、それに基づいて制定された「弁済提供規則」の一条および二条は、その提供が執達吏によって行われ、かつその際には調書に提供目的物が記載されるべき旨を規定している。その調書作成の目的は「他物ニ換ユルコト能ハサラシムル為」である(同規則二条)。しかし、この提供の効果については、ポアソナードはフランス法上の一二五七条・一二六四条等をめぐる混乱した学説状況を整理して、提供には債務者の附遅滞の防止・除去を、供託には債務者の解放を結び付けた(草案四九八条・五〇〇条)。従って、特定物・不特定物を問わず危険が債権者に移転するのは原則として供託時であり、提供には特定物に関して債務者が遅滞にある場合に危険を負担することが合意されていた場合のみが関係することになる。これに対して、不特定物の場合には提供と危険が関係しえない以上、提供による特定も生じえないものと考えられる。

この弁済提供制度は、債務者の任意の提供とは別個の特別な提供制度であり、債権者が債務者の任意の提供を拒絶することが前提となる。従って、種類債務の際にこの提供によって目的物が特定されるのは、まさに債権者の受領遅滞が生じている状況なのであり、⁽¹⁰⁾旧民法上では、債権者の受領遅滞の場面で介在する弁済の提供制度および供託制度

によって種類債務が特定されることになる。結局、旧民法の体系上では、種類債務の特定は、当事者の合意による特定、引渡による特定および弁済提供(受領遅滞)を前提とする供託による特定の三つの方法が認められていたのであり、その限りで履行(交付)説と同様の特定制度が想定されていたものと評しうるであろう。

こうした旧法体系は、現行民法典への改変過程でどのような修正を被ることになったのか、が問題になる。現行四〇一条二項は、第七八回法典調査会に三九九条二項として以下の条文を追加すべく、修正案として提出された。

前項ノ場合ニ於テ債務者カ物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シ又ハ債権者ノ同意ヲ得テ給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債権ノ目的物トス

この規定の趣旨として、梅起草委員は以下のような説明を行っている。すなわち、「不特定物デアルモノモ給付迄ニハ必ず特定物ニナル詰リ何時カラガ特定物ニナツテ而シテ特定物ニ関スル一切ノ規定ガ當嵌マルヤウナコトニナルノカ」を明規するための規定であり、「当事者が双方ノ同意ヲ以テ物ヲ示シマシタル場合ニハ是程確カナコトハナイノデ夫レハ斯ク明文ハナクツテモ其時カラ特定物ニナルト云フコトニ付テハ蓋シ疑ヒヲ容レヌデアラウト考へ」、また、一方の意思のみで特定が生じるとすれば、「債務者方デ證據ノナイノヲ奇貨トシテ始メニ指定シタノヲ後トカラ替ヘルト云フヨウナコトガアツテモ債権者ノ方デ證明スルコトガ殆ド出来ヌ然ウ云フノハ特定物トハ言ヘナイ双方デ之ト指定シタトキニ始メテ特定物トナツタ方ガ宜カラウト思フタ」とする。そこで、特定の問題で困難なのが隔地取引において債務者から債権者に物が送付される場合に何時特定が生じるのか、という問題であり、「何ウモ債務者ノ方カラ既ニ自分ノ行為ニ屬スルコトヲ總テ為シ了ツテ夫レカラ先ハうつちやつテ置ケバ當然向フヘ届クベキ有様ニ置テアル場合ニ於テハモウ物が慥カニ指定セラレタモノト云フテ事實ニ於テ差支ヘナイデアラウ」として、発送時に特定が生じるものと説かれている。こうした趣旨説明に続く質疑において、「給付に必要な行為」がどの程度の行為であ

るのが議論の中心となり、結局、具体的に示すことが適切ではないことから、「獨逸ノ草案ニアル如クこんな風ニ云ツテ置イタ方が間違ヒガ少ナクツテ宜カラウ標準トシテハ少シ不分明ナル嫌ハアルケレドモ其代リ間違ヒハ起ルマシ」との考慮から、こうした表現が採られた趣旨が説明されている。⁽¹³⁾

こうした梅起草委員の趣旨説明から、民法四〇一条二項に定められているのは、後段においては当事者の合意による特定であり、前段では送付の際に「発送時」において債務者の「給付に必要な行為の完了」が認められることである。従って、合意による特定は当事者「双方デ之ト指定」する際に認められるもので、両当事者の「相對峙した」指定を定める旧民法典上の特定と同様であり、前段の特定はドイツ民法典の影響を受けた文言によって、ドイツ法上送付債務にみられる発送時の特定と同様であることが明らかとなろう。⁽¹⁴⁾ この規定は、旧民法典が特定の方法として定めていた引渡による特定と合意による特定のうち、後者をそのまま温存する一方で、前者の時期を早める意味を有しているものと評しうる。⁽¹⁵⁾ その早められた時期が具体的には何時であるのか、この点が問題であり、送付債務の場合にはそれが発送時と考えられていたことは明らかであるが、持参債務や取立債務の場合にどのような解決が図られるべきかが明らかではない。しかし、梅博士は、そのような持参債務や取立債務の場合には、当事者の「合意による特定」が介在するのであり、実際に両当事者が合意するのは多くの場合に引渡時であるとされる。⁽¹⁶⁾ 従って、四〇一条二項に関する限り、起草者の意図はドイツ法における第二委員会の多数意見と同一であると評することが可能であろう。

このように見てくると、我が国の四〇一条二項の種類債務の特定時期は、原則として引渡時(二項後段)であるが、送付債務については発送時(二項前段)という、ドイツで主張される履行(交付)説の主張内容と軌を一にするように思われる。では、そうした履行(交付)説がもう一つの特定要因とする受領遅滞による特定は、我が国の現行法において認められるのか、が検討されなければならない。先に見たように、旧民法では受領遅滞による特定は弁済の提供の効果の一貫として、その特殊な提供手続きの枠内で認められていた。従って、その提供制度が現行への修正過程でど

のような変容を被ったのが問題なのである。執行官が関与する旧民法上の提供制度は、現行法では四九三条において執行官の関与を要しない簡易な制度へと変更されている。⁽¹¹⁵⁾ 穂積起草委員は、旧民法では債権者遅滞の場面のみに提供制度の登場余地が想定されていたが、「提供ハ如何ナル場合ニモナクテハナラヌ」ため「主トシテ獨逸ノ原案」を参照して現行法上の提供制度が定められた旨を説明されている。⁽¹¹⁶⁾ 従って、現行法上の提供制度はもはや受領遅滞制度そのものを意味するのではなく、受領遅滞の前提ないし一要件に過ぎない制度と評価され、弁済過程の最終局面を規制する制度に過ぎないものとなったのである。ところが、その弁済提供の効果は旧民法上の提供の効果よりも広く、提供によって「危険」も移転することが想定されていたため、⁽¹¹⁷⁾ 種類債務に関しては「危険」が債権者に移転する以上は特定が為されていなければならないことになる。結局、四〇一条二項に関する限り特定が生じる時期は引渡時が原則であるとしても、四九三・四九二条との関係からは提供時には特定が生じうると解釈する余地が出てくるのである。事実、起草委員であった富井博士は、持参債務においては現実の提供時、取立債務においては口頭の提供時に特定が生じ、送付債務については債権者の住所が履行地であるのが原則である以上は持参債務と同様に解釈すべき問題として、発送時の特定を否定されており、明らかに梅博士の所見と対立する立場を採られている。⁽¹¹⁸⁾ 送付債務については別として、寧ろこうした提供時を特定時に関連づける理解が学説の主流を占めることとなり、梅博士の主張された履行(交付)説は今日まで引き続いて主張されるものの、尚少数説に止まるのである。⁽¹¹⁹⁾

ここでまず、四〇一条二項に関する重要な解釈論上の変遷について注意が必要である。つまり、提供時に特定を認めようとする通説によれば、起草趣旨とは異なって特定が引渡時よりも常に早く生じうるため、当初想定されていた合意による特定はその重要性を失うことになる。また、引渡時に特定を認める少数説も、債務者の行為の完了時の解積をドイツの履行(交付)説に関連付けて解釈してきたため、ここでも合意による特定が無視されることになった。そこで、学説は四〇一条二項後段の特定に一定の意義を読み込むために、「債権者との合意によって債務者に指定権が付

与された場合一と解釈し、⁽¹²⁰⁾本来の合意による特定の意味をそこから奪うことになった。しかし、四〇一条二項の沿革的考察から明らかになるように、後段の特定は旧民法から受け継がれた「合意による特定」⁽¹²¹⁾を定めたものであり、前段の特定の意義が拡張されることによってその起草当初に予定された意義の大部分を失うことになっているとはいえず、債務成立後提供および履行前に当事者の合意によって種類債務が特定される場面で尚意義を有するはずである。

このように、我が国でも結局ドイツと同様に、種類債務の特定と提供が関連するののか、それとも特定は飽くまで引渡に関連するののか、が争点となっているが、従来はどちらの立場も対価危険の移転と特定との関連性が意識されて論じられてきた点が、ドイツの状況とは異なる点である。つまり、特定を提供時に認める学説も五三四条二項の規定に基づいて種類債務の特定時に対価危険が移転するものと解釈し、⁽¹²²⁾そうした債権者主義の適用を批判することを契機として主張されたのが、引渡時まで特定時点が遅らせることによって五三四条二項を実質的に債権者主義へと変更しようとする引渡説なのである。⁽¹²³⁾債権者主義が批判に晒されその適用が制限されるべきであるとするなら、確かに引渡説の主張には合理性があるが、それとても債務者の給付義務からの解放を引渡時に求めることからすると、債務者の給付危険からの解放と対価危険からの解放とを同一に論じる必然性が疑われてよいようにも思われる。ドイツにおいては債務者の特定前の義務と責任が重いことから、政策的に特定時点を早めることが意図されていたとも見えるが、こうした配慮は我が国でも一定の限度で妥当する余地があろう。つまり、種類債務者は特定時まで給付危険を負担し、「種類は滅失せず」の原理から給付義務を負担し続けることはドイツ民法典一七九条のような規定が存在しなくとも四〇一条二項の反対解釈から当然導かれるし、そうであれば債務者が給付義務を負いつづける状況は必ずしも容易なものではないであろう。さらに、種類債務者の多くが調達債務を負うものとして想定されているとすれば、⁽¹²⁴⁾その調達についての保証責任は解釈論上無過失責任と考えられることからすれば、その責任も非常に重くはないはずである。勿論、契約によって債務者がそうした義務と責任を自ら引き受けたことからすれば、そうした重い義務と責任を引渡時まで

負担することも当然との主張は可能であろうが、我が国の弁済提供制度は債務者の義務と責任の時的限界として機能するのであり、提供時には特定が生じうると解釈することが正当と思われるのである。⁽¹²⁵⁾ その時点で特定が生じれば債務者は少なくとも給付危険から解放され、五三四条二項の定める債権者主義が合理性を欠くとすれば対価危険の移転時期は引渡時または受領遅滞時に求められることにならう。⁽¹²⁶⁾ 従って、我が国の種類債務の特定制度もまた、ドイツ法上の特定制度に関する多数説の見解と同様に、専ら給付危険の移転と関係付けられるべきである。⁽¹²⁷⁾

(5) 変更権

種類債務は特定によって特定物債務に転化するのか、ということが問われている。旧民法においては、先に見たように、種類債務の特定は、引渡、合意または弁済の提供を伴う供託の三つの方法によって行われることが認められていた。旧民法の制度体系からすれば、特定後の目的物の変更は原則として否定されるものと考えられるであろう。引渡によって特定される場合には目的物は特定時には債権者の手元にあるため、目的物の変更は入り込む余地はない。合意による特定の場合には、当事者が相対峙して目的物を特定する以上は債務者はその目的物を引き渡す義務に拘束されることになり、特定された目的物以外の物の引渡は直ちに債務不履行を意味することにならう。⁽¹²⁸⁾ 事実、ポアンナードが、一旦為された特定の後にその目的物を変更することで債務者が自己の下で生じた滅失を債権者に振り向ける危険性が回避されることを意図していたことは明らかである。⁽¹²⁹⁾ また、債権者が物の引渡に応じない場合には、債務者は弁済の提供を試みることになるが、そこでは目的物の変更されないように調書が作成され、債権者が提供に尚応じなければ、債務者は供託によってその物の引渡義務から解放される。危険が移転するものこの供託時である以上、特定時点も供託時に求められるが、⁽¹³⁰⁾ 目的物の変更はその供託の取戻の枠内で認められるに過ぎないことにならう。⁽¹³¹⁾

現行民法四〇一条二項に関して、梅起草委員の趣旨説明によれば、債務者の一方的な特定ではなくて合意による特

定が原則とされたのは債務者が投機行為にすることを避けるためであった。⁽¹³²⁾ ただ、送付債務の際に例外的に發送時に特定が認められることで債務者の一方的特定が認められたに過ぎず、原則として特定された目的物の変更は認められない趣旨で特定制度は想定されたものと推測可能であろう。すなわち、種類債務は特定によって特定物債務となり、以後は特定物債務の論理が適用されてゆくのである。⁽¹³³⁾ この点、富井博士が、特定が所有権および危険の移転をもたらす債務者だけでなく債権者にも利益をもたらす以上は、特定以後の変更を認めるべきではないと主張されるのも、特定による種類債務の特定物債務への完全な転化を認める結果となる。⁽¹³⁴⁾ そして、こうした理解は、その後の学説にも受け継がれてゆくこととなった。⁽¹³⁵⁾

しかし、これに対して学説の中には特定以後にも目的物の変更を債務者に認めようとする見解が登場する。その嚆矢と目される中島博士によれば、原則として種類債務が特定されれば、それは債権者の利益のためにも効力を生じため、目的物の変更は許されない。しかし、実質的に債権者に損害がない場合にも債務者に変更権 (*ius variandi*) —— 「一旦特定シタル物を変更スル権利」 —— を認めないとの原則論は、「徒ラニ形式ニ拘束セラレテ債務者ノ利益ヲ犠牲ニ供スル」こととなって「策ヲ得タルモノニアラス」と評されうる。従って、債権者が最初特定された物に正当な利益を有しない場合、および債権者が最初特定された物について受領遅滞となる場合には、例外的に債務者に変更権が認められるべきことが主張されたのである。⁽¹³⁶⁾ この主張はその後学説に広く支持を見出すことになるが、そうであれば、一体、種類債務は特定によって特定物債務に転化するのか、変更権が認められるのは特定物への転化の論理とどのよう整合するのか、が議論されることとなる。

鳩山博士は、特定による特定物への転化を認めつつ、「信義ノ原則ニ基キ債権者ガ特ニ其物ノ給付ヲ要求スルコトガ信義ニ反スルモノト認ムベキ場合」に変更権を肯定され、石田博士も、「権利者に何等合理的の利益なきに拘らず唯義務者を害する意思のみを以て権利を行使するは権利の正常的内容を逸脱せる権利の濫用にして之を許すべき限りに

あらざるは敢て明文を要せず」として、信義則に加えて権利濫用をも援用して変更権を認める余地のあることを指摘される。⁽¹³⁹⁾つまり、債権者が特定された目的物に利益を有するの否かを基準に、信義則を援用して目的物の「変更」を債務者の権利として例外的に——すなわち、特定によって特定物債務に転化するのが原則であることには変わりない——認めようとされるのである。⁽¹³⁹⁾こうした立論はドイツにおける特定の拘束力に関する通説の主張と軌を一にする。

しかし、債権者の利益といった債権者の請求権の構成要件ではない要因を基準に、特定による種類債務の特定物債務への転化原理の例外を認めることは、理論的には問題が残り、「種類債務の性質の残存を否定する通説の理論からみれば、例外的にも変更権を認めるのは不当である」⁽¹⁴⁰⁾ことになる。そこで、変更権を認める理論的根拠を種類債務の性質に求めようとする見解が主張されることとなった。既に、勝本博士は、「元来種類債権は、種類の個別性に重きを置かず、苟くも其種類に属するものならば、何れも同一の履行価値があるべき債権であって、特定は単に種類債務を現実に行うための手段に過ぎない」のであり、「種類債権の結果発生したる特定債権は、其母胎たる種類債権と全然別個なるものにあらずして、其延長たる性質を有するに過ぎぬ」ため、債権者の利益と信義則を基準に変更権を債務者に認めることができる、と主張されたのである。⁽¹⁴¹⁾こうした主張は、「種類債権の特定においては、……選定の義務をおう給付の範囲がたんに右特定物にまで狭められてあることを意味するにとどまる」⁽¹⁴²⁾として、または「種類債務が特定しても、本来の特定債務とは異り、本来種類債務であったと云ふ性格は全然之を失ふわけではない」⁽¹⁴³⁾として、特定による特定物債務への「完全な転化」を否定することにより債務者の変更権を認める理論的基礎を構築しようとする主張へと引き継がれた。⁽¹⁴⁴⁾すなわち、「目的物の確定(特定)によって給付の目的物がきまるけれども、その給付義務は、依然として在来の種類債権にもとづくものであって、確定(特定)後といえども、従来の種類債権の同一性を失うことはない」というのである。⁽¹⁴⁵⁾さらに進んで、舟橋博士は、より徹底して「特定により特定物債権に変ずる」というようなドグマを批判し、「特定があっても、種類債権は依然として種類債権であって、特定物債権に転化するもの

ではなく、「たとい特定しても、特定物債権に転化するのではなく、種類物として常に当然に、他の同種物に変更しうるわけであるから、わざわざ『変更権』なるものを持ち出す必要もない」とされる⁽¹⁴⁶⁾。

このように、「特定による種類債務の特定物債務への転化」という論理は、変更権を認めるための理論構成を契機に批判に晒されることとなったのである。ところが反対に、このように特定物債務の論理を適用する前提としての種類債務の特定という古典的命題を批判し、特定要件を薄めて、種類債務の性質を残存させる主張においては、「特定」とは一体何を意味するのかが問題にならう。この点について金山教授は、種類債務が特定を契機に「完成」されて特定物債務に転化するのではなく、特定物債務とは別個・独立の「完全な」債務として種類債務を承認し、そうした「完成」された種類債務の「履行の事実前提」を整えるのが特定の意義であるとされる⁽¹⁴⁷⁾。また、機能的に種類債務の特定を把握しようとするのが鈴木教授である。すなわち、四〇一条二項前段の特定を弁済提供と関連付ける理解を起点に、そうした場合の特定の効果はその実弁済提供の効果に過ぎないため、そのような特定によって生じるのは対価危険の移転効果のみであり、債務者の調達義務からの解放や帰責性有る毀損・滅失の場合の損害賠償義務といった効果は生じない。つまり、「種類債務が全面的に特定物債務に転化する、という意味でのいわゆる『特定』が生ずる、と考えるべきではない」とされるのである⁽¹⁴⁸⁾。

ここで問題として取り上げたいのは、種類債務の特定と変更権とはどのような関係に立つのか、および変更権が認められるのはどのような場合なのか、である。まず、種類債務の特定とは何を意味し、また変更権とは一体何であるのか、である。従来の変更権を巡る問題は、種類債務の特定により種類債務がどのように変わるのか、という点について抽象的な理論の平面に終始してきた。つまり、変更権を認めるためにはどのように種類債務の特定による特定物債務化を防ぐのか、という問題設定である。そこでは、「種類は滅失せず (genus perire non censetur)」という論理が当然に含意され、債務者が給付義務を履行しない限り給付義務を免れない、ことが当然の前提にされていたように見

受けられる。先に見た鈴木教授の特定解除は端的にそれを表明するように見えるし、時として主張される債権者に変更請求権を認めて債務者の給付義務を存続させようとする見解⁽¹⁴⁾や、さらに、特定後でも債務者に帰責性ある目的物の毀損・滅失の場合には給付義務の存続を認めるべきとする見解⁽¹⁵⁾は、そのことを意味するように思われる。しかし、特定後にも尚債務者に種類債務の性質に基づいて給付義務を課す余地を認めるのであれば、端的に引渡まで特定が生じないと解釈する方が素直な考え方ではなからうか。従って、引渡時よりも早い時点で特定を認めつつも債務者の義務ではなくて権利として変更権を認める見解は、価値判断としては引渡説とは一線を画す構成に止まっているものと評することができよう。

そうした変更権の行使は、特定された種類債務にどのような影響を与えるのであろうか。変更権のもとで、債務者が一旦特定した目的物を第三者に売却して別の目的物を準備する、あるいは一旦特定された目的物を再び他の在庫に混入し後日に再び目的物を準備するといったことが認められるのであり、「変更権は要するにこの特定の効果を喪失（或は撤回 Rucknahme）せしめる権能を当事者に認めるものである⁽¹⁶⁾」。薬師寺博士は、こうした特定の撤回構成を論じられている。すなわち、「いわゆる変更権の問題は、特定したる目的物を他の特定物に変更する権利を、債務者が有するや否やの問題として論議されているのであるが、仔細に観察するときは、これは給付の目的物たる特定物を、直接に他の特定物に変更することではなくして、特定利益の放棄と、その結果復活する普通の種類債務の履行のためにする給付必要行為との結合の問題であるといわざるをえない」として、従来の変更権の問題を特定利益の放棄として把握すべきと主張される⁽¹⁷⁾。では、特定は誰の利益を保護するためのものであるのか。これについて、薬師寺博士は、まず四〇一条二項前段の特定に関して、それが債務者の利益保護のための制度であることを論じられる。すなわち、「債務者が、債務の履行に着手し、遂に『給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シ』たときは、彼は履行をするにつき、自己の権力内にある総てを為し了つたのだから、その時から、債務者が給付の目的物として差し向けた特定物に対する

滅失・毀損の危険は、これを債権者に転嫁して、債務の履行につき、自己のなしうる総てを為し了りたる債務者の利益を保護するを相当と考え、種類債務の目的物の範囲が、その特定物に限定される」のであるから、「債務者は、給付必要行為の完了により、特定利益を享受した後、債権者に対し、これを放棄することができると解するを相当とする」とされる⁽¹⁵⁴⁾。さらに、当事者の合意による特定については、「当事者の合意による特定とその他の特定とを区別する何等の理由がないから、特定利益享受者は、自己の有する特定の利益を放棄することができる。従って、債務者の利益のために、当事者の合意による特定がなされた場合には、債務者は、特定の利益を放棄して、種類物たる性質を具備する他の目的物を給付することを妨げない」のである⁽¹⁵⁵⁾。こうした特定の利益の放棄によって当初の種類債務が再生する。すなわち、「種類債務の特定は、種類債務を履行するためにその履行の段階において、給付の目的物の範囲を極度に限定することをいうのであって、その特定された目的物は、種類債務たる性質を具備しているのだから、履行のために、それを債権者に交付するのは、『種類物の一定量』を引渡すことに帰着する」⁽¹⁵⁶⁾ため、「種類債務の特定後、特定利益享受者が、特定の利益を放棄するときは、種類債務は、給付の目的物の範囲が、特定物に限定される状態より解かれて、再び一般種類物を目的物とする以前の状態に還元する」のである⁽¹⁵⁷⁾。

このように、種類債務が一旦特定されると特定物債務に転化するが、特定によって利益を享受する者がそれを一方的に放棄し、特定を撤回することによって元の種類債務を再生させるといふ構成は、特定物債務と種類債務の架橋としての「特定」の機能を損なわずに、その特定の伝統的意義を尊重しながら、尚従来の変更権の主張が認めようとしてきた結論をも取り込むことができる点で一日の長があるように思われる。しかも、従来の学説が変更権を認めることで特定の意義を種類債務の履行過程に埋没させ、変更権が特定された債務にどのような影響を与えるのかを論じてこなかったのに比して、理論的により明確な内容を有しているものと評価できるのではないであろうか。つまり、立法当時には引渡時まで原則として特定が生じないと想定されていた種類債務の特定制度であったが、弁済提供との関

係で特定の時点が早められる解釈の登場によって、種類債務者の義務と責任の時的限界が引渡時から弁済提供時まで早められ緩和されることとなったのであり、これは専ら債務者が一方的に給付必要行為を完了することにより、自ら負っている給付危険と場合によっては負うことになる調達責任を弁済提供時に種類債務を特定させることによって免れうることになったことを意味する。いわば、弁済提供時の特定とは法が種類債務者に与えた特典なのであり、そうであれば、そうした特典を享受するか否かは種類債務者の自由なのであって、一旦享受した特典を再び放棄して給付危険と調達責任を自ら負担することもまた種類債務者の自由なのである。

では、合意による特定の場合に債務者の特定の撤回は認められるのであろうか。山中博士は、当事者の合意による特定の場合には特定物債務に完全に移行するとして、債務者に変更権が認められるような債務者の一方的な特定のケースから区別されている。⁽¹⁵⁸⁾これに対して、薬師寺博士は、「合意による特定とその他の特定とを区別する何等の理由がない」として山中説を批判した上で、債務者の利益のために合意による特定が為された場合には債務者に一方的な特定の撤回が認められるとされていた。⁽¹⁵⁹⁾他では、合意による特定の場合にも債務者に変更権が認められるのか否かは明確に論じられていないが、基準となるのは債権者の利益の問題であろう。通説が理解するように、四〇一条二項後段の特定を合意により債務者に指定権が付与される場合の特定と考えると、その場合には債務者の指定権に債権者が同意しているの⁽¹⁶⁰⁾であり、債務者が具体的な目的物を指定すること自体は債務者の一方的な行為に違いない。従って、そうした指定を債務者が一方的に撤回するのも自由であろう。しかし、先述の通り、四〇一条二項後段の特定は、当事者の「相對峙した」合意による特定を意味するものと解釈すべきであり、そうであれば、特定された目的物の給付は当事者の合意に基づくものであって、これを債務者に変更することはできない。債務者が特定されたのは別の物を給付することは、直ちに債務不履行を意味することにならう。実際にも、種類債務が存在して引渡前に当事者の立会いの下で目的物が特定される場合には、債権者が目的物の性状・品質を検査し、目的物が契約内容に適合することを

承認することが想定される。そうであれば、債権者にとっては検査済の目的物の給付について利益を有するのであって、債務者がこれを一方的に変更することはできないはずである。恐らく、他の学説も債権者の利益基準に基づいて債務者の変更権をこうした場合に否定するであろう。薬師寺説でも「債務者の利益での合意による特定」との限定が付されているのであり、そうした場合には債務者の撤回は認められないことになろう。寧ろ、薬師寺説が撤回を認める合意による特定の場合とは、債務者に合意に基づいて指定権が付与されている場合になるのではなからうか。

このように考えると、四〇一条二項に定められている二つの特定方法について、両者を同一に扱うことには疑問が残る。すなわち、同項前段の給付必要行為の完了による特定は債務者の一方的な特定行為であり、法が債務者に付与した義務および責任の軽減制度である。債務者の負担する給付危険や多くの種類債務において認められる調達責任は債務者にとって必ずしも容易に克服されるものではないとの認識に立脚すれば、提供時に特定が認められることにより、債務者は給付危険および調達責任から引渡前に解放されることに利益を有しており、まさにこうした債務者の利益のために認められたのが法定の特定制度なのである。こうした法定の利益を享受するもしないも債務者には自由なのであり、債権者に不利益を及ぼさない限り、債務者は一旦為された特定の利益を放棄することにより特定を撤回して当初の種類債務を復活させ、再び自ら給付危険と調達責任を負担するのは自由なのである。これに対して、合意による特定の場合には債権者の利益がそこに見出される場合が多いであろうし、「合意は拘束する」(pacta sunt servanda) という基本原則からも、当事者は「特定の合意」に拘束されるべきなのである。従って、行為完了による特定(四〇一条二項前段)と合意による特定(四〇一条二項後段)は、特定の撤回が認められるのか否かという点から見て全く異なる特定方法と言ふべきである。

(6) 小括

種類債務の特定は、イエーリングに始まる履行（交付）説を起点としつつも、ドイツおよび我が国の民法典に採用された「給付に必要な行為の完了」という文言によって、債務者側で為すべき全ての事柄の完了を意味するものと解釈されることにより、弁済の提供に関連付けて理解されることとなった。ドイツ民法典上では、対価危険の移転が引渡時であることから（四四六条）それに先んじて生じる特定の効果はそれ自体の効果として、給付危険の移転に求められたのである。我が国では、五三四条二項が四〇一条二項の特定時に対価危険が移転することを定めるため、五三四条の定める債権者主義が特定を介して種類債務にも適用される構造となっているが、そうした債権者主義の批判を前提に、種類債務においても支配移転時から対価危険が債務者に移転されるとの解釈が有力になりつつあるように思われ、近時、そうした解釈を前提に四〇一条二項の特定の効果を給付危険の移転に求める主張が現れつつあり、また本稿でもそうした解釈論を展開したのである。

その背景には、種類債務者が負うべき調達義務が必ずしも債務者にとって容易に克服できるものではないとの認識がある。従来、我が国では種類債務者は調達義務を負うことを前提に議論が展開されてきたが、限定種類債務に見られるように、種類債務者は必ずしも常に調達義務を負うわけではない。あるいは、特定物債務者でも調達義務を負うことがありうる。従って、特定物債務と不特定物債務との債務区分と調達・非調達債務の債務区分とは異なる債務区分であり、種類債務者が負うべき給付義務は、一般的には「種類は滅失せず」との格言に現れるように、その主観的不能を債務解放根拠としては援用できないということになるが、それは種類債務の設定行為で合意された危険引受範囲の問題であり、あらゆる主観的不能の援用を遮断するものではない。また、調達債務者が負う調達義務は、一種の調達保証責任をもたらしているものであり、適時の調達がなされない場合には無過失で損害賠償責任を負うことになりうる。従って、種類債務の特定が関係するのは、本来種類債務の給付義務の問題であり、特定によって債務者は主観的

不能も債務解放根拠として、特定物債務の場合と同様の主張を認められることになる。さらに、種類債務でかつ調達債務の場合には、特定によって調達責任からも解放され、通常の過失責任の原理に服することになるのである。

そうした不特定物の給付義務および調達責任からの解放は、当事者の合意に基づいて引渡時に認められるべきであろうが、より早期に解放を認めようとするのがドイツおよび我が国の多数説である。我が国の民法典の立法過程において、弁済の提供の効果が債権者への「危険の移転」をもたらすように拡張されたのを契機に、危険移転の前提となる種類債務の特定時点も弁済提供時にまで早められうることになった。そのことが起因して、四〇一条二項に定められた二つの特定方法も本来予定された発送時の特定を意味するはずの必要行為の完了による特定が弁済提供時に一般化されるのに応じて、引渡時を意味するはずの合意による特定が本来の意義を失うこととなったのである。従って、債務者の義務と責任の時的限界が弁済提供時に引かれる以上、その時点で不特定物の給付義務および調達責任からの解放効果が認められるべきであり、種類債務の場合には、その時点での特定が認められなければならないことになる。結局、四〇一条に定められた特定とは、弁済の提供に関連付けられる給付必要行為の完了による特定と当事者の「相對した合意」による特定の二つであり、それらの特定に共通する固有の効果は給付危険の移転——不特定物の給付義務からの解放——に求められるべきなのである。^{(16) (16)}

しかし、四〇一条二項に定められた二つの特定方法は、効果として給付危険の移転をもたらす点では同じであって、も、全く同一というのではない。つまり、特定は種類債務を特定物債務に転化し、以後特定物債務の論理を適用すべきその契機となる行為である。しかし、給付必要行為の完了による特定は、債務者が自らの不特定物の給付義務と調達責任から解放される利益を得るために一方的に行う特定であり、特定以後も債務者が自らそうした利益を放棄するのは原則として自由である。これに対して、合意による特定は、両当事者の利益のために為される特定であり、相手方の利益を無視して一方的に特定の利益を放棄することは許されない。「合意は拘束する」のである。⁽¹⁶⁾ 従って、四〇一

条前段の特定と後段の特定は、必ずしも同一に論じられるべきものではないのである。⁽¹⁶⁾
 それでは、給付危険と対価危険とはどのような関係に立つのか、そして我が国で特定により給付危険が債権者に移転するとはどのようなことを意味するのか、この点を次に検討しなければならぬであろう。

- (1) 普通法上の種類債務の特定を巡る議論については、第二章注(21)および本文の該当箇所を参照。
- (2) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von KUBEL, Berlin/New York, 1980, S. 43.
- (3) これはドイツ民法典四四七条の送付売買が想定されているのであり、事実、フォン・キューベルは一般ドイツ商法典三四五条および売買における危険負担に関する一八七六年の第一委員会決議の参照を指示しているのであり、それに続けて普通法上争われた種類債務の特定問題が危険負担の問題の解決に依拠することについて、次のように言うのである。すなわち、「売主が危険を通常は引渡まで負担しなければならず、例外は三四五条の規定により売買物の送付の場合にのみ生じるといふ委員会決議によつて、何時種類債務における分離が完了したとみなされるのかという問題は解決されるのである。」 von KUBEL, a. a. O. (Note 2), S. 46.
- (4) 給付目的物の分離の拘束力の根拠については選択債務の際の給付目的物の確定の拘束力(四条)と同様である旨が述べられてこの問題をなご。 von KUBEL, a. a. O. (Note 2), S. 46.
- (5) von KUBEL, a. a. O. (Note 2), S. 35. この賠償義務に「じてフォン・キューベルはヴァイントシャイトの教科書を参照させており、それによれば、「相手方が、表示された物が給付され又は給付されるべきであらうと信頼したことにより被る不利益」であると認められる。」 Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 7 Aufl., 1891, Frankfurt am Main, § 255, Note 9, S. 18.
- (6) von KUBEL, a. a. O. (Note 2), S. 47.
- (7) (Hrsg.) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin/New York, 1978, S. 52 f.
- (8) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 53. それに続けて「委員会はこのような場合に種類債務が認められ、とりわけ

限定種類債務と選択債務との区画をどのように確定するのか、という問題を検討したが、「当事者によって重点が、数量で指示された個体にかけられているのか、それとも数量制限が特殊な種類の指示を目指すものであるのか」がその区画の基準であるが、そうしたことに關する一般規定の定立は不要であり、具体的ケースで確定される問題とされた。次に、債権者に分離権限が認められる場合の規定について、多数派はその必要を認めなかった。更に、給付内容が行為である種類債務に關する規定の必要性が検討されたが、そうしたケースは稀であり、一般規則に馴染まない特殊性を含むものであるため、それに関する規定の必要性も否定された。こうした点に關して JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 53 f. 尚、この第一委員会の決議が瑕疵担保規定に影響を与えたことについて、後出第五章第一節を参照。

(9) この第一草案二一四条に關して、理由書は第一委員会の審議の内容を繰り返すに止まる。すなわち、種類債務の特定をもたらず債務者の行為について草案は「法的安定性の利益において、その重大性および存在する論争に由来して」積極的に履行説の意味で規定する。従って、分離された物の給付によって給付義務が実現され、それによって危険が債権者に移転した時に分離は完了したものとみなされる。しかし、「衡平および拒否されない内的帰結」から、送付売買の場合において債権者に危険が移転するより早期の債務者の行為が履行と同視される。そして、完了した分離行為は撤回できず、これは「債務の完全な履行を要求しうる債権者の権利を何ら害するものではない」。この分離行為によって債務関係は分離された物に限定されるが、選択債務の場合とは異なつて、分離行為に遡及効は認められない。Benno MUGDAN, Die gesamten Materiatien zum B. G. B. für das deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1899, Motive, S. 7.

第一草案に対しては、以下のような批判が提起された。すなわち、売買における対価危険が引渡によって買主に移転されるという規定が用意されている以上、ここで種類債務の特定について特に定める必要はないし、特定が撤回できないという点も引渡が行われて特定される場合には殊更そうした言及は無駄であるだけでなく、受領遅滞の際に特定が撤回できないというのは寧ろ取引通念に反する結果となる。さらに引渡によって特定されるというのは自明であるし、引渡前でも合意によって特定されるのであるから、不当な規定である。また贈与者や遺産相続人が発送後にも負担しなければならぬというのとは不当である。こうした批判が、帝国司法省の準備委員会以降の審議に反映されてゆくのである。これらの批判にこたへ、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. 2, Als Manuskript gedruckt, 1890, Neudruck 1967, S. 13 f.

(9) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 55 f.

- (11) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 505 f.
- (12) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 506.
- (13) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 506.
- (14) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 506. こうした債務者の特定の撤回による「投機可能性」が具体的にはどのようなケースを意味するのかが、議事録には現れていない。しかし、近時フォーバーは、次のような事例で債務者の「投機可能性」を説明している。すなわち、イタリアの売主とドイツの買主が二貨車分のトマトの売買をドイツ法の適用の下で合意するが、国境で怠業が発生する。それでも尚合意に従って五月中に引渡が行われることが合意されたため、売主は二貨物を発送する。しかし、その一台が国境で止められその貨車に積まれたトマトは腐敗してしまふ。国境を通過した貨物について売主は運送人に買主に引き渡さないように指示し、指定地で最高値をつけた者に売却する。そして腐敗した貨物については、送付売買の規定に従って買主の危険負担の適用を主張して代金の支払いを求め。さらに、五月中に再び売主がトマトを発送し、国境を通過した第三の貨物を再び指定地で買主以外の者に売却し、国境で止められた第四の貨物については送付売買の適用を主張する。この例では買主の費用での売主の「投機」が認められると説明されるのである。Ulrich Huber, Zur Konzentration beim Gattungskauf, Beitrage zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70 Geburtstag am 24 Dez. 1975, Berlin, 1975, S. 347 f. のフォーバーの事例は既に新田教授によって紹介されている。新田孝二「種類債務の特定」法学新報一〇〇巻二号(平成六年)二二・一三三頁。
- (15) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 506 f.
- (16) MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 507.
- (17) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 58.
- (18) 現行ドイツ民法典二四三条二項は次のように定めている。
債務者がその物の給付に必要な行為を完了したときは、債務関係はその物に限定される。
椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論(日本評論社・昭和六三年)三六頁によると本条は、「債務関係は、この物に定まる」と訳されている。
- (19) ドイツ民法典上の種類債務の特定制度については、この他に債権者の受領遅滞による種類債務の特定を定める三〇〇条一項が存在する。この規定の制定史を簡単に見てみよう。

フォン・キューベルの起草した「責任の不履行の効果」草案三三条は次のように定めていた。

債権者遅滞の発生から債務者は、彼が予めより重い責任を負っていた場合でも、故意又は重大な過失についてのみ責任を負う。

債務者にとってその後彼の責に帰されるべきでない事情によって給付が不能となったか、又は給付すべき物がそうした事情によって悪化した場合、債務者は、それが妥当する範囲で、彼の責任から解放され、債権者は尚全ての反対給付の義務を負う。このことは、物が種類から給付されるべき場合で且つそこから債務者が債権者に給付を提供した一定の在庫がそうした事情の結果滅失又は悪化した場合にも適用される。

この三三条一項は債権者遅滞による注意義務の軽減を定め、二項は債権者遅滞による危険の移転を定めている。つまり、債権者遅滞の発生後に債務者の故意又は重大な過失によらずに給付が不能となる場合には、債務者はその不能となった範囲で給付義務から解放されるが、債権者に対しては反対給付の請求が尚可能なのである。この原理は草案が危険負担の債務者主義に立つだけに尚更意義深いのである。

種類債務においては、給付目的物が債務者によって提供時に分離されていればこの原理がそのまま当てはまる。しかしこれだけでは不十分であり、債務者が一定の在庫から提供を行ったが債権者がその受領を拒絶し、その後偶然事によりその在庫自体が滅失・悪化する場合にも債権者に危険が移転することが提案されている (von KUBEL, a. a. O. (Note 2), S. 919ff.)。

この三三条二項について第一委員会では以下のことが承認された。まず一文に関しては、債務者の後発的不能による解放原理は当然であるから言及の必要はなく、寧ろこの規定の趣旨の明確化のためには双務契約の場合についての言及が必要であることであった。二文に関しては、「危険は、適切に調達され債権者に提供によって知らされる分離に債務者が拘束される場合にのみ債権者に移転しうるはずであり、草案の種類債務の特定に関する規定によれば、「拘束は債権者への危険の移転時に始めて生じる」ことからすれば、「債権者に受領のために知らされていない分離が債務者にとって拘束力がなく、危険が債権者に移転しないこと」が明らかにされるのが重要であるとされた。更に、部分草案の二文が表明する在庫自体の滅失・悪化のケースは学説の処理に委ねられるべきで、ここで規定することは重要ではないと判断された。

こうして決議された規定は決議案一〇四条二項および三項として次のように規定された。

双務契約において、給付が債権者の遅滞発生後に債務者の責に帰されるべきではない事情によって不能となる場合、債務者は反対給付の権利を保持する。

給付の目的物が種類のみで定められている物の場合、債権者が選択され提供された物の不受領によって遅滞に陥る時に、危険は債権者に移転する。

その後、この二項と三項はクルールバウムの主要提案によって分離され(この提案に関しては、第二章注(82)参照)、二項はその後現行三二四二条二項に結実し、三項は第一草案二五七条二項として整理された(以上に関して、JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 351 ff.)。

こうした議論は、第一草案における種類債務の特定制度が交付説を前提としたことに由来する議論であって、特定制度の理解が帝国司法省以降の審議で変容すれば、当然、この草案二五七条二項の理解も変わらざるをえない筈である。

第二委員会では、この規定と特定の原則規定である現行二四三二条二項との関係が問題とされ、債権者を遅滞に置く提供が種類債務の特定をもたらずのか、それとも債務者の特定行為が提供以上の意味を有するのかが争われた。委員会は、債務者が債権者に提供行為を行うことにより債務者は給付に必要な行為を行うことになり、それによって特定が生じて、危険が債権者に移転する、この種類債務の特定原理を本条も表明するものに過ぎないと理解したのである。この理解に基づいて、この規定に以下の表現を与えることが承認された(MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Protokolle, S. 540)。

給付内容が種類のみによって定められる物である場合、債権者が提供された物の不受領によって遅滞となる時に、危険は彼に移転する。

この規定が表現を修正されて、現行三〇〇条二項となったのである(JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 354)。

しかし、必ずしもこれによって本条の意味内容が明確となったわけではない。しかも第二委員会が問題としたように、本条が二四三二条二項とどのように関係するのか、その関係の把握如何によって、つまり、二四三二条二項における特定が給付危険と関連するのか、対価危険と関連するのか、その理解の仕方によっても本条の意味内容の理解が変わるのである。この点については、注(20)参照。新田教授は、二四三二条二項が受領遅滞をも取り込む形となり、結局、提供と特定の関連に重点が置かれることとなったことが、特定と給付危険の関連性に重点を置く通説の形成に途を開いたと説かれている(新田孝二『特定』の基準・Lieferung (交付) 概念)片山金章古稀記念・民事法学の諸相(勁草書房・昭和四五年)二二八・二二九頁)。この理解はドイツ民法典制定後に主張された特定制度についてのフィッシャーの見解に共通する視点である。フィッシャー説については後述(21)参照。

(20) ハーガーは二四三二条二項の制定史を分析して以下のように説く。第一草案の起草者が種類債務の特定について考慮してい

たのは、普通法上の特定時期の問題を交付説の意味で解決することであったが、普通法においては、危険負担に関する普通法原則である債権者主義が種類債務には適用されないうために特定時期の問題は「緊急性」を有していた。しかし、その危険負担の問題は危険負担制度の内部において解決された以上、第一草案規定はそうした対価危険の問題には関係しえず、寧ろ種類債務者の調達義務が対価危険の移転時に終了するという基本原則を表明したに過ぎない。第二委員会では片務契約や遺贈の送付ケースを念頭に新たな規則を作ることとなったが、この修正は売買においては何らの影響もたず、売主の調達義務は対価危険の移転時に終了するという原則が維持されている。こうした理解に基づく、「ドイツ民法典三〇〇条二項は、三二四条二項が四四六条・四四七条の規定を補充するのと同じように二四三条二項を補充する」。種類債務者が債権者の協力がないことにより給付に必要な行為を行えず特定をもたらさない場合に、債権者遅滞が存在すれば特定が生じることを表明する規定と理解される。こうした理解を前提とすると、種類債務の売主が彼の調達義務から解放されるのは、彼が対価危険をもたらす行為を行ったときに限られるとの見解が主張される。しかし、これは少数説であり、多数説は、「二四三条二項と三〇〇条二項との適用領域をすらして、持参債務の際には現実の提供時、取立債務の際には債務者が物を分離し債権者に通知した時に提供が生じるとして、一定の場合に給付危険の移転を対価危険の移転よりも早める解決をもたらす。これは、テールの分離説が背後に隠れている解釈であるが、この立場は民法典の制定史を通じて貫徹されなかった。結局、「疑いなのは、少数説のみが二四三条二項の制定史に対応し、それのみが二四三条二項と三〇〇条二項の適用領域の間に明確な境界を確保することである」²¹⁾。Günter HAGER, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, 1982, S. 226 ff.

(21) 既に、デルンプルクは、イェーリングの交付説に従って引渡時に特定が生じることを原則として認めつつも、送付債務の際には提供と特定の関連から発送時の特定を認めようとした²²⁾。Heinrich DENNBURG, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 1/2 Aufl., 1899, Halle, S. 29 f. の後、ハンネマンは引渡前の特定を認めようとした²³⁾。Friedrich ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9 Aufl., 1903, Berlin, S. 674, Anm. 13. 同く、当時既に明確な形で取立債務の際の分離・通知による特定を認め主張が存在した。Carl CHROME, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902, Tübingen/Leipzig, S. 52, Konrad COSACK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4 Aufl., 1903, S. 313, Paul OERMANN, Kommentar zum B. G. B., Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3/4 Aufl., 1910, Berlin, § 243, Anm. 4, S. 20, Julius von STAUBINGER/Ludwig KUHLENBECK, Kommentar

zum B. G. B., 7/8 Aufl., 1912, München/Berlin, § 243, Anm. 5, S. 31 f. 行った見解の形成に影響を与えたと思われるのが、フニッシャーの論理である。それにすれば、イエーリングの見解を基礎に、種類債務の特定が生じるのは、送付債務の際には分離・発送時、取立・持参債務の際には分離・債権者遅滞時となるが、債権者遅滞の要件として債務者の提供が常に必要となる。従って、特定も債務者の提供時に発生すべきと解するようになり、結局、持参債務の際には現実の提供時、取立債務の際には口頭の提供時に特定が認められるようになり、Hans Albrecht Fischer, Konzentration und Gefährtragung bei Gattungsschulden, Jherings Jahrbucher, Bd. 51, 1907, S. 191 ff. キマンが「イエーン民法典がイエーリングの交付説」「本質的同一致す」を認めたと述べ、行った履行地説を主張する。Wilhelm Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld, 1912, München/Leipzig, S. 94 f. 行った同一「メック」の「イエーン民法典の規定は交付説とは別個の特定原理の表明である」という原理を「完一理論 (Erlidigungstheorie)」と呼ぶべきである。Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, Tübingen, § 9, RdNr. 6, S. 30 f. やれで「多数説を主張する」として Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 13 Aufl., 1950, Tübingen, § 6 III 2, S. 29, Walter ERMAN/Aloys BOHLE=STRAVSCHADER, Handkommentar zum B. G. B., 1952, Münster, § 243, RdNr. 6, S. 276, Richard ALFF, Das B. G. B., -R. G. R. K., 12 Aufl., 1976, Berlin/New York, § 243, RdNr. 10, S. 41, HAGER, a. a. O. (Note 20), S. 228, Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht, 19 Aufl., München, 1991, RdNr. 93, S. 60, エメリッヒは、イエーリングの交付説とドイツ民法典の特定制度との関連性を認めたと述べ、債務者が履行のために必要なことを全て行わなければならないことの意味とは、「債務者が彼にその都度債権者の協力なくして可能な範囲で提供しなければならぬこと」であり、その結果、二四三条二項による特定の要件は「原則として二九四条による受領遅滞の要件と一致する」となる」と説くことである。Volker EMMERICH, Münchener Kommentar zum B. G. B., Bd. 2, 3 Aufl., München, 1994, § 243, RdNr. 33, S. 297, 二四三条二項が第二章案以降「彼の側 (seinerseits)」に必要なことを行った場合」との文言を採用したことで、債務者の一方的な行為による特定を認めやすくなったことは事実であるように、こうした理解が多数説へと展開してゆく論理はエメリッヒの説明に窺い知ることができよう。しかし、こうした理解に反対するのがメディクスであり、取立債務であっても、債務者が持参することが可能であれば債務者にできる範囲のこととは、分離・通知だけにとどまらないとする。従って、問題なのは「債務者にとって可能なことではなく、債務者に義務づけられてること」であり、その帰結は多数説の見解と同じなのである。Julius von SRAUDENGER/Dieter MERICUS, Kommentar zum B. G. B., 12 Aufl., Berlin, 1983, §

243, RdNr. 29, S. 10.

(22) HAGER, a. a. O. (Note 20), S. 231. HECK, a. a. O. (Note 21), § 9, RdNr. 6f., S. 30 f.

(23) Heinrich THOU, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6 Aufl., Leipzig, 1879, § 264, S. 859ff. 尚' の分離説については、第二章注(21)および本文該三箇所参照。

(24) 前出注(20)参照。

(25) DERNBURG, a. a. O. (Note 21), S. 30, CROWE, a. a. O. (Note 21), 52 f., OERTMANN, a. a. O. (Note 21), § 243, Anm. 5, S. 21 f., ENNECCERUS/LEHMANN, a. a. O. (Note 21), § 6 III 2, S. 30, ERMAN/BOHLE=STAMMSCHRADER, a. a. O. (Note 21), § 243, RdNr. 8, S. 276 f. かつ、この見解に対して特定化する種類債務の特定物債務への転換を否定する見解も早くから主張されていた。STAUDINGER/KUHLENBECK, a. a. O. (Note 21), § 243, Anm. 5, S. 32 f. また、HECKは、特定による種類債務から特定物債務への転換と、この概念操作の帰結としての特定の拘束力の肯定を、利益状況にそぐわないものとして批判している。HECK, a. a. O. (Note 21), § 9, RdNr. 7, S. 31. かつ、このHECKの主張を正当として、特定が種類債務の履行の一段階に過ぎず、特定であっても種類債務は、その種類債務としての性質を交じるものではない、と主張するのが、HENTLEの主張である。Rudolf HENTLE, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Rostock, 1934, § 45, S. 265. 尚' 既に一九〇八年の時点で、BLAITHが特定による種類債務の特定物債務への転換を批判していたことが、新田教授によって指摘されている。新田・前出注(14)二三頁以下および二八頁注(2)参照。

(26) Dieter MEDICUS, Die konkretisierte Gattungsschuld, JUS, 1966, S. 299 f. 尚' の論文は既に新田教授によって紹介されている。新田・前出注(14)一七頁以下参照。また、コーザックが民法典制定直後において、債権者に特定の通知がなされるまでは債権者が自由に特定を撤回できることを主張していたことは注目されてよいであろう。COSACK, a. a. O. (Note 21), S. 313 f. さらに、レオンハルトは、特定が種類債務者の利益にのみ発生することを前提にして、債権者が特定を常に援用できなければならないと主張している点も、メディウスの見解に通じる発想が窺える。Franz LEONHARD, Die Wahl bei der Wahrschuld, Jherings Jahrbucher, Bd. 41, 1900, S. 30.

(27) MEDICUS, a. a. O. (Note 26), S. 300 ff.

(28) MEDICUS, a. a. O. (Note 26), S. 302. このメディウスの交付説の見解を取り上げて、その見解による三〇〇条二項の関係について説明し、この見解の評価を留保する。MEDICUS, a. a. O. (Note 26), S. 302 f. この見解については、後述する。

- (25) Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 303.
- (26) Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 303 f. 更に「メディクスは、この特定の撤回が瑕疵ある物を給付した売主の追完権とは関係しないことを指摘する。つまり、特定の問題は瑕疵なき物を前提とするのに対して、追完権の問題は始めから瑕疵ある物を前提とするからである。続けて「メディクスは、種類債務と類似の債務関係として金銭債務と請負債務について、特定の問題を取り上げている。金銭債務については、喪失危険(Verlustgefahr)にいつドイツ民法典(70)条一項が定めているため、二四三条二項が関与しうる場合として金銭の送付が遅れた場合の遅延危険(Verspätungsfahr)のケースを挙げる。つまり、金銭を送付した債務者はそれが期日に遅れて債権者に到達しても遅延利息を支払わないという形で関与するのである。又、二七〇条一項が任意規定であることから合意等によってその規定の適用が排除されている場合、更に「二七〇条三項により債権者の移転によって喪失危険が高まる場合にも二四三条二項の介入余地を認める。また、請負債務の場合に、仕事完成後引渡前にも二四三条二項によって請負人の仕事完成義務からの解放を認める余地を主張する。そして、それらの場合に特定の撤回を認めるのである。Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 305 f.
- (27) Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 298.
- (28) STAUDINGER/Medicus, a. a. O. (Note 21), § 243, RdNr. 29 ff, S. 10 f.
- (29) このように「メディクスと同様に、特定時期の問題を給付危険と関連付けて対価危険の移転よりも早め、かつ特定の撤回を認める近時の学説としては、Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14 Aufl., München, 1987, § 11, 1, S. 153 f. ラーレンツは、「一旦生じた特定を債権者が援用し、それに基づいて損害賠償を請求するにについては、「債権者が何ら法的に保護に値する利益を有しないのは明らかである」として、特定の撤回を認めつつ、特定の時期を債務の種類に分けて提供または送付時に認めている。更に「Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 7 Aufl., 1992, Heidelberg, § 13, 1, S. 29. また、フッケンチャーは「判例が特定の拘束力を原則として認めつつ、代物によっても債権者の利益が充足されるなら特定の拘束力の例外を認めることを「首尾一貫しない」として批判する。通常の種類債務は寧ろ代物による債権者の利益充足ケースなのであり、そうでなければ債権者は特定物債務を合意しつつた善だからである。Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 8 Aufl., Berlin/New York, 1992, § 28, III, RdNr. 205 f. S. 152 f. 40-52 Peter Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1992, RdNr. 158f., S. 71 f.
- (34) イェーリントクの交付説については「第二章注(21)および本文該当箇所参照。

(35) イエーリングが挙げるのは次の例である。NはXに住むAとZに住むBから別々に石炭六〇〇ツェントナーの注文を受けた。Nは二〇〇ツェントナーを船会社のPに引渡し、Pは八〇〇ツェントナーを一方の船に、四〇〇ツェントナーを他方の小舟に載せたが、小舟が嵐で積み荷とともに沈没してしまった。Pは最初に接岸したXのAに六〇〇ツェントナーの石炭を引渡し、Bには残りの二〇〇ツェントナーしか引き渡しえなかった。この場合、Nは契約に従って全てのことを行っていたにもかかわらず、分離されていなかったことによりBに対して代金全額を要求できないのは不当ではないのか、というのである。Rudolf JHERING, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kauf-contracte, Jherings Jahrbucher, Bd. 4, 1861, S. 367ff. こうした議論から明らか通り、普通法における種類債務の特定の問題は、危険負担について実質的に債務者主義を採用すべきか否かの議論と符合してくるのであり、フォン・キューベルがこの問題を売買における危険負担の枠内に位置づけて考えたのも当然と評することができよう。

(36) JHERING, a. a. O. (Note 35), S. 438.

(37) ヘルントルフはここでブックカーが主張した事例を援用する。すなわち、プレーメンのAがハンブルクで抽選が始まった後に一連の債券のうち一〇枚分の債券を購入する。ハンブルクのBは私的郵便でその債券を発送するが、その後Aに向けて発送した債券の中に一等の債券が含まれていることを知り、その債券の交付を拒み他の一〇枚の債券をAに引渡す。こうした事例から、特定の撤回が不都合を招きうるヘルントルフは指摘するのである。Wilhelm BERNDORFF, Die Gattungsschuld, Berlin, 1900, S. 37, S. 40f., S. 81.

(38) BERNDORFF, a. a. O. (Note 37), S. 41.

(39) BERNDORFF, a. a. O. (Note 37), S. 82f., その他に、イエーリングの交付説に従った見解を主張するのは、Friedrich SCHOLLMAYER, Recht der Schuldverhältnisse, 1900, München, §243, S. 12, Otto PLANCK, B. G. B., 1/2 Aufl., 1900, Berlin, §243, Anm. 4, S. 12. Arwed BLUMFELDER, Allgemeines Schuldrecht, 2 Aufl., 1957, Berlin/Frankfurt am Main, S. 59f.

(40) Ernst RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin, 1957, S. 316ff.

(41) Ernst von CAEMMERER, Anleiheschulden und Einlösungsmittel, JZ., 1951, S. 743f. このフォン・ケメラーの説明に注目されるのが新田教授である。新田・前出注(39)一二九・一三〇頁。新田教授がその説明をなしているように、フォン・ケメラーがその論文で論じている問題は起債債務の償還に際して通貨の切下げが行われた場合のその危険を起債債権者、起債

債務者のいずれに負担させるのかという問題であった。結局、フォン・ケメラは、銀行での支払い準備には起債債務者の給付必要行為の完了は認められず、そうした危険は起債債務者が負担すべきことを主張するのである。これに対して、クレーマンは、起債債務者が銀行口座に償還金額を振込み、その旨を債権者に知らせることによって二四三条二項による特定が発生し、給付危険が債権者に移転することを主張する。KULEMANN, *Gefahrübergang nach Konkretisierung* (§ 243 Abs. 2 BGB) setzt nicht notwendig Annahmeverzug (§ 300 Abs. 2 BGB) voraus. MDR., 1951, S. 397 f.

- (42) HUBER, a. a. O. (Note 14), S. 329 ff. 尚、このフーバーの論文は既に新田教授によって紹介されている。新田・前出注(14)二頁以下参照。

(43) フーバーの言うように、三〇〇条二項による危険移転の前提には目的物の分離・通知を要求するのが通説である。Otho PALANDT/Helmut HENRICHs, B. G. B., 51 Aufl., München, 1992, § 300, RdNr. 4, S. 364, Günther HONN, *Zur Dogmatik der Risikotragung im Gläubigerverzug bei Gattungsschulden*, AcP., Bd. 177, 1970, S. 385 ff., しかしてこれに対してシュレーターは、必ずしも分離を要求しない。例えば、売主が一〇〇〇リットルの灯油の買主に二〇〇〇リットル入りのタンクをもって一旦灯油の引渡を試みたが、買主が受領しないためにそのまま戻る途中に事故でタンクに積まれていた灯油二〇〇〇リットル全部を失った場合に、分離がない以上通説では三〇〇条二項による特定は生じないことになり、より典型的には口頭の提供で足りる取立債務の場合に期日に提供されたが分離されないで買主が受領に応じない間に在庫全部が焼失するような場合には尚更特定は認められないが、仮に受領されてたなら引渡されていた商品部分について条件的因果関係の認められる範囲で三〇〇条二項による危険移転を認めべきであると主張する。Jan SCHRODER, *Zur Auslegung des § 300 Abs. 2 BGB*, MDR., 1973, S. 466 ff. こうした帰結自体は先の通説の主張によっても認められる。つまり、そうしたケースで限定種類債務でない限り売主は尚代物給付義務を負うがその費用は増加費用として買主の負担とする。買主がそうした増加費用の支払いを嫌うなら代物給付を放棄し、元の代金額の支払いのみで済みますことができるとするのである。HONN, a. a. O., S. 412 f. この点に関して、ハーガーは、ヘンの構成は不必要に複雑であり、端的なシュレーターの構成を支持している。HAGER, a. a. O. (Note 20), S. 190, FN 98. この問題はフォン・キューベルが部分草案で特別に規定を用意したが、編纂過程で学説に委ねられた経緯があった。これに関しては、前出注(19)参照。また、この問題については、新田・前出注(14)六六頁以下参照。

- (44) HUBER, a. a. O. (Note 14), S. 337 ff., 三〇〇条二項の制定史については、前出注(19)参照。

- (45) HUBER, a. a. O. (Note 14), S. 339 ff. この投機可能性の事例については、前出注(14)参照。

- (46) HUBER, a. a. O. (Note 14), 348 f. フォーバーは「当事者相互間の債務法上の関係では、処分権は、誰が所有権者であり占有者であるかという物権法上の問題(国際的な物関係においては *lex rei sitae* により全く別個に扱われる問題)ではなく、誰が危険を負担するのかわという債務法上の問題に依拠する」と説く。
- (47) HUBER, a. a. O. (Note 14), S. 349 ff.
- (48) Gerd van VENROOY, *Konzentration nach §243 Abs. 2 BGB zu Lasten des Schuldners*, WM., 1981, S. 890 ff.
- (49) van VENROOY, a. a. O. (Note 48), S. 893 u. 895. フォン・ヴェンローイはフォーバーの挙げた投機事例(前出注(14)参照)に「ドイツ民法典一七二条二項の類推に於て四四七条による危険移転が生じていないと解釈すれば足りる」とする。
- (50) van VENROOY, a. a. O. (Note 48), S. 895 f.
- (51) van VENROOY, a. a. O. (Note 48), S. 896 f.
- (52) van VENROOY, a. a. O. (Note 48), S. 896 ff.
- (53) PALANDT/HEINRICH, a. a. O. (Note 43), §243, RdNr. 7, S. 239. 「ラントリンインリヒスによれば、原則として債務者は特定に拘束されるが、「債権者提供された物を拒絶するか又は最初の引渡を履行として受領した場合」には他の物で履行する権利が与えられる」と説く。
- (54) Walter ERMAN/Wilhelm SIRE, *Handkommentar zum B. G. B.*, Bd. 1, 7 Aufl., 1981, Münster, § 243, RdNr. 13, S. 532. Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Arndt TEICHMANN, B. G. B., Bd. 2, 12 Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1990, § 243, RdNr. 12, S. 170 f. ターコブレンは特定の撤回要件として債権者の利益要件に言及している。従って「メテックスの主張は見解が近い」と考へておられるか。その他「Walter ERMAN/Olaf WERNER, *Handkommentar zum B. G. B.*, 9 Aufl., 1993, Münster, § 243, RdNr. 10f., S. 545, EMMERICH, a. a. O. (note 21), § 243, RdNr. 33 ff., S. 297 ff.
- (55) Herbert LESSMANN, *Grundprobleme der Gattungsschuld*, JA., 1982, S. 284.
- (56) Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 298.
- (57) 「これら二つは」第二章・注(77)参照。
- (58) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 213 f. 更に「第二章・注(80)参照。
- (59) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 227 f.

- (69) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 230 ff. MUGDAN, a. a. O. (Note 9), S. 528 f.
- (70) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 233.
- (71) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 233 f. MUGDAN, a. a. O. (Note 9), S. 529.
- (72) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 234.
- (73) 連邦参議院の司法委員会では、第一草案三二七条二項が定める客観的不能と主観的不能との等置原理が正当であり、寧ろ第二草案三三五条が定める内容はその反対解釈でカウマールとすることを意見が提出された。しかし、これは単に表現の問題であつて、むしろでも内容的には異ならなうとして退けられた(JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 7), S. 234 f.)。このことは、二七九条が二七五条二項と裏腹の規定であることを意味するはずである。
- (74) DERNBURG, a. a. O. (Note 21), S. 31 und 132 f.
- (75) Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang STEBERT/Herbert WIEDEMANN, B. G. B., Bd. 2, 12 Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1990, § 279, RdNr. 1, S. 963 f. FIKENTSCHER, a. a. O. (Note 33), § 28, III, 3, RdNr. 207, S. 153. PALANDT/HEINRICH, a. a. O. (Note 43), § 279, RdNr. 10, S. 344. EMMERICH, a. a. O. (Note 21), § 279, RdNr. 18, S. 909 f. ヌンツ/民法典(二七九条)の制定史とこころ Horst Heinrich JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, Bonn, S. 145 ff. ヌンツ民法典二七九条に関して、浅井清信・債権法に於ける危険負担の研究(立命館出版部・昭和一七年)五七二頁以下。
- (76) この「経済的不能」概念は、かつては「不能論」として議論されてきたが、今日は行為基礎の脱落論の問題として取り上げられる。この点に関しては、五十嵐清・契約と事情変更(有斐閣・昭和四四年)八一頁以下に詳しく。
- (77) RGZ, Bd. 99, S. 1 ff.
- (78) RGZ, Bd. 57, S. 116 ff.
- (79) COSACK, a. a. O. (Note 21), S. 355 f.
- (80) KISCH, a. a. O. (Note 21), S. 87.
- (81) Kurt BALLERSTEDT, *Zur Lehre von Gattungskauf*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, München/Berlin, 1955, S. 261 ff.
- (82) BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 264 f.

- (74) BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 266 ff.
- (75) BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 270 ff. または、こうした視点から、バーラーシュテットは、特定物売買における原始的主観的不能の際の債務者の保証責任および瑕疵担保責任における主観的瑕疵概念を説明すべきであり、それによって、「特定物売主の保証責任が、契約外に存する法律上の命令に由来するとこの観念は最終的に克服される」と説くのである。
- BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 272.
- (76) BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 272.
- (77) BALLERSTEDT, a. a. O. (Note 68), S. 274.
- (78) Ulrich Huber, Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Hager einheitlichen Kaufrechts, JZ, 1974, S. 434. フーバーは、こうした観点による二七九条の適用範囲の限定が、ハーグ統一売買法における責任制限(七四条)と軌を一にする解決をもたらすことを指摘している。この統一売買法七四条によれば、主観的不能による種類債務者の給付障害は「不適時の給付」の問題であり、「契約違反が契約締結時に、当事者の意図によって、予見、克服又は回避する義務のない事情に由来することを証明した場合」には、債務者(売主)は履行義務も損害賠償義務も免れることになる。
- (79) SERGEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 3, S. 964. または、そこに掲げられた文献を参照。これは、今日の通説と評して良いであろう。
- (80) Ulrich Huber, Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln, 1981, S. 717. フーバーは、こうした「犠牲の限度」を超える問題を行為基礎喪失の理論に組み込んできた従来のドイツ学説を批判し、寧ろ、個々の契約内容における債務者の「危険引受」の範囲の確定というバーラーシュテットの命題を正当と評している。Huber, a. a. O. (Note 78), S. 434.
- (81) SERGEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 4, S. 964. これとは反対に、種類債務であっても調達債務ではない場合——これはバーラーシュテットの言う「在庫債務」の場合——には、勿論、二七九条がその文言から種類債務に適用される以上は、在庫債務であっても適用を免れないことになる。その場合、債務者は「十分な在庫の存在」を債権者に約束したことが二七九条の規範根拠と解されるため(Huber, a. a. O. (Note 78), S. 434.)、在庫の不足は債務者が契約内容に従って引き受けた危険となる余地もある。しかし、そう解すると、在庫全部の売買の際には主観的不能によって債務者が解放されるのに、在庫の一部の売買の際には二七九条の規律を受けることになるとの不均衡が存在することは免れない。そ

こで、二七九条を調達債務の特性から根拠付け、そうした債務の特性が存在しない在庫債務の場合には、もはや二七九条の定める責任根拠が欠落すると理解して、二七九条の適用を端的に否定すべきとする主張が現れている。Joachim LEHMPREAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, Kritisches zu § 279 BGB.*, Berlin, 1972, S. 81.

(82) Günter RORR, *Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners*, JUS., 1968, S. 101 ff.

(83) RORR, a. a. O. (Note 82), S. 102. ①の対立にレムペナウも注目し、ロートと同様に債務者の「給付努力」を給付障害における解放原理に結び付けようとする。レムペナウによれば、給付の結果に着目し、その不実現を給付障害法の中心概念として確立したのは、一九世紀普通法学、なかでもフリードリッヒ・モムゼンであった。ローマ法における「厳格訴権」(actiones stricti iuris)と「誠実訴権」(actiones bonae fidei)では、給付障害に関する考え方が異なっており、前者においては、債務の存在は給付目的物の存在に結び付けられていたため、「給付目的物の滅失は、Impossibitium nulla est obligatioの基本原則によって obligatio の消滅をもたらす」のである。この基本原理は、滅失が債務者の積極的行為に由来する場合等には perpetuatio obligationis によって制限され、本来の obligatio の存続が認められたが、それは金銭給付を命じる判決によって強制されるため、損害賠償請求権への転化といった論理は不要であった。これに対して、誠実訴権においては給付障害の特別な範疇は設けられておらず、「債務者が信義則に従って行動していれば彼は彼は自身の給付義務から解放される」のであり、「債務者が契約によって引き受けた行動義務を履行し、それによって自身の給付義務の履行を妨げた事情には責めを負わない」とこととされていた。種類債務は厳格訴権の対象とされ、従って債務者の解放は客観的不能のみが認められることになる。そこから、「特定物債務と対比して種類債務の履行は、個別の目的物の滅失によっては不能とならない」のであり、ローマ法上の「不能」が債権者への目的物の譲渡等も含む限り、種類債務ではそうした意味での主観的不能が obligatio の存在に何等の影響も及ぼさないことになる。②ことから、普通法上の原理 “species perit ei cui debetur, genus perire non censetur” が導かれた。従って、種類債務における主観的不能の問題は、ローマ法の厳格訴権の基本原則の適用以外の何者でもなかったのである。この二つの訴権体系の区別は、一九世紀ドイツの普通法学においては意義を失うことになり、論理的には誠実訴権における債務者解放原理が全ての債務の解放原理へと拡張され、「給付結果についての責任の強制」から「行動義務の純粹な体系」へと発展する余地があった。しかし、この発展を妨げたのがモムゼンであり、モムゼンは、反対に厳格訴権上の債務者解放原理である「不能」概念を誠実訴権領域に拡張したのであり、これが「給付結果についての責任の強制」としての給付障害の基本秩序の理解を基礎付けることとなった。但し、モムゼンの体系では主観的不能による債務者解放効果を取り入れることによ

って債務者の一定の行動義務を考慮することにより、「不能」体系に修正を加えてはいる。このモムゼンの給付障害体系が基本的にドイツ民法典に引き継がれたのであり、しかも、目的物の滅失による債務の消滅という厳格訴権上の給付障害思考は、二七五条二項が主観的不能による債務者解放効果を定めることによって債務者の行動義務を考慮するのに対比して、「最も純粹に二七九条に刻印された」のである。以上について、LEMPREAU, a. a. O. (Note 81), S. 30 ff., Franz WEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserford. im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, Bd. 1, München/Berlin, 1965, S. 783 ff. モムゼンの不能論とそのドイツ民法典体系への影響については、磯村哲「Impossibilium nulla obligatio 原則の形成とその批判理論—その一、独民法の『原始的不能』の学説史的背景—」石田文次郎選歴記念・私法学の諸問題—民法(有斐閣・昭和三〇年)三九九頁以下、北川善太郎・契約責任の研究(有斐閣・昭和三八年)一一二頁以下。またヴィーアッカーの論文を紹介するものとして、田沼柊「Weackerの給付論をめぐっての一考察—契約責任の拡大に関する比較法的研究(1)—」比較法雑誌一七巻三号(昭和五八年)七七頁以下参照。

(84) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 102 f.

(85) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 103 f. 論理的に債務者に給付が期待されえない場合としては、さらに給付を調達するために必要な支出が極めて高くつく場合、つまり「犠牲の限度」を超える場合であるが、「経済的不能」概念を認めるなら、それは「客観的不能概念」に取り込まれることになろうし、その概念を否定する場合でも、行為基礎の喪失論で処理するのがドイツの学説の対応である。

(86) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 104 ff.

(87) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 106.

(88) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 106.

(89) ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 106 ff. ロートは、二七九条の立法趣旨についても第一章案の理由書の以下の記述を根拠に、資金欠缺に基づく主観的不能に関する規定であるとの主張を根拠付けている(ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 105 f.)。すなわち、主観的不能が存在するのは「債務者の資金が履行するのに十分ではない場合であり、それは、金銭または他の物ないし権利の給付あるいは行為の実行に存しうる。そうした主観的不能は債務関係の成立の際に存在しても、また後発的に生じても、債務者の責任に影響しないのである」(MUGDAN, a. a. O. (Note 9), Motive, S. 45)。

(90) Julius von STAUDINGER/Manfired LOWISCH, *Kommentar zum B. G. B.*, Berlin, 1979, § 279, RdNr. 2, S. 81, SOER-

- GEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 4, S. 964. ①註釋をよむべきに提せられた文献を参照。
- (75) STAUDINGER/LOWISCH, a. a. O. (Note 90), § 279, RdNr. 2, S. 82; SOERGEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 4, S. 964 f. LEMPENAU, a. a. O. (Note 81), S. 109 ff., Dogmar COESTER-WALTJEN, Die Bedeutung des § 279 BGB für Leistungsverzögerungen, ACP., Bd. 183, 1983, S. 291, Susanne WEBER-WILL/Bernd-Rüdiger KERN, Ein Beitrag zur Dogmatik des § 279 BGB, JZ., 1981, S. 261, Walter ERMAN/Robert BATTES, Handkommentar zum B. G. B., 9. Aufl., Munster, 1993, § 279, RdNr. 2, S. 702. ②「マヤンチャー」は、従来ローテの主張を支持したが、この点については「FIKENSCHER, a. a. O. (Note 33), § 29, I, RdNr. 216, S. 156.
- (83) LEMPENAU, a. a. O. (Note 81), S. 27, COESTER-WALTJEN, a. a. O. (Note 91), S. 285, WEBER-WILL/KERN, a. a. O. (Note 91), S. 260. ERMAN/BATTES, a. a. O. (Note 91), § 279, RdNr. 1, S. 702.
- (85) COESTER-WALTJEN, a. a. O. (Note 91), S. 287, WEBER-WILL/KERN, a. a. O. (Note 91), S. 260. SOERGEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 6, S. 965.
- (87) LEMPENAU, a. a. O. (Note 81), S. 22 ff, COESTER-WALTJEN, a. a. O. (Note 91), S. 287, WEBER-WILL/KERN, a. a. O. (Note 91), S. 260. SOERGEL/SIEBERT/WIEDEMANN, a. a. O. (Note 66), § 279, RdNr. 6, S. 965.
- (95) 債務者の遅滞責任を定めた規定として「二十九条を理解しよむべきは、COESTER-WALTJEN, a. a. O. (Note 91), S. 288, SCHLECHTREM, a. a. O. (Note 33), RdNr. 292 und 322, S. 138 f. und 152. これに対して、債務者の主観的不能に基づく責任規定については「LARENZ, a. a. O. (Note 33), § 21, I, d. S. 316 ff. WEBER-WILL/KERN, a. a. O. (Note 91), S. 262. LEMPENAU, a. a. O. (Note 81), S. 25. ノーネは「二十九条の意義は、以下のように説明しよう。すなわち、「二十九条はその固有の意義を、それが遅滞ケースにも適用されることによって初めて獲得する。それによれば、種類売買における売主は、彼が商品を確認された引渡期日に手元に有しなるときには、常に責任を負わなければならない。要するに、彼は、「三二五条または三二六条によって損害賠償の責任を負うのである。」Huber, a. a. O. (Note 78), S. 434. この「二十九条の規定を法律効果の点で給付義務の存続規定とみるのか損害賠償債務の関する規定と理解するのかが対立が存在するが、エムメリヒによれば、その相違点は債務者の主観的不能の場合に債権者に損害賠償請求権を直ちに認めるのか、それとも給付義務の存続を前提に遅滞要件が備われば損害賠償請求権を認めるのかという点に求めている。そこでは、債務者の主観的不能の採用が最終的な履行拒絶を意味するとすれば双方の見解の相違は「事実上僅かである」に過ぎない。」EMMERICH, a. a. O.

(Note 21), § 279, RdNr. 18, S. 909 f.

(86) STAUDINGER/LOWISCH, a. a. O. (Note 90), § 279, RdNr. 1, S. 81. MEDICUS, Bürgerliches Recht, 15 Aufl., 1991, Köln/Berlin/Bonn/München, RdNr. 266 f., S. 156. COESTER-WALTEN, a. a. O. (Note 91), S. 288. 大塚レムベナウが二七九条が債務者の責任を定める規定であるはずとの理解を示しながらも、ローマ法の厳格訴権体系における給付障害概念の「誤った」導入を批判し、誠実訴権体系とそれを引き継ぐ二四二条(信義則規定)に基づいて、債務者の「行動義務」とその期待不可能性を給付障害の基本原理に置く。そして、債務者の責任は専ら「過責(Verschuldung)」の上位概念で統一されるべきことを主張し、調達債務の際にその例外としての無過失責任を認める必要性を否定しようとするのである。結局、レムベナウによれば、調達債務者の責任も原則である二七六条の過失責任の原則に還元されるものであるため、二七九条の固有の適用領域は否定されることになる。LEMPENAU, a. a. O. (Note 81), S. 97 ff.

(97) こうした債務者の責任規定としての二七九条の理解は立法経緯からは根拠付けられないはずであるが、立法史の再検討から責任規定としての二七九条を解明できるとする主張も存在する。つまり、債務者の債務からの解放を囀う現行二七五条は、元々給付義務からも損害賠償責任からも債務者を解放する趣旨で制定されたため、第二委員会で行二七九条の内容が提案された際には、種類債務者がその給付能力について損害賠償責任を負うことが提案された。その内容の起草が編纂委員会に委ねられたのであるから、今日、二七五条が定めるのは客観的不能・主観的不能による給付義務の消滅であり、債務者の解放を損害賠償責任規定に委ねることである。そして、二七九条はその責任について、種類債務者の特別な帰責要件を定める趣旨である、というのである。以上について WEBER-WILL/KERN, a. a. O. (Note 91), S. 259 f.

(98) 前出注(59)および該当本文参照。

(99) ロートは、原始的な主観的不能の場合にも二七九条に関する彼の見解を敷衍して、「個別ケースにおいて保証引受が具体的に証明されない限り、債務者に資金欠缺に基づく主観的不能の場合にのみ、履行について責任を負わせる」ことを主張する。ROTH, a. a. O. (Note 82), S. 108. フーバーは、「ドイツ民法典二七九条は、それが学説で理解されているように、全ての債務関係について客観的な過失とは無関係な保証義務を契約に基づいて規律する不文の一般原則の特別な適用ケースではない」のであり、その責任根拠は、「債務者が給付の原始的な主観的不能について常に責任を負わねばならない」との不文の規則から明らかとなる」とする。特に、他人物の売主が無条件の調達義務を負い、それについて無過失の責任を負担することは、「現行給付障害法の疑う余地のない構成部分」となっていることを参照させるのであろう。HUBER, a. a. O. (Note 80), S. 717 f. 也

らに、メディックスの以下の主張は、端的に追奪担保責任と二七九条責任との関連性を特徴付ける。すなわち、特定物の調達義務を負う債務者に関して、「彼にその調達が契約に適った労力で不可能である場合にのみ主観的不能が存在する。この主観的不能について、通説は、主観的不能が契約締結時に既に存したか(原始的な主観的不能)または後に初めて生じたか(後発的な主観的不能)に応じて債務者に異なった責任を負わせる。というのも、前者では担保責任が適用されるべきこととなり、種類債務者が二七九条によって責任を負うのと同じの厳格な基準である。これに対して、後発的な主観的不能の場合には、過失責任が適用されるためである。」Medicus, a. a. O. (Note 26), S. 298.

(100) Huber, a. a. O. (Note 14), S. 334 f.

(101) Gustave BOISSONADE, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2ème. éd., t. 2, 1883, Tokio, numeros 124 et suiv., pp. 134 et suiv.

(102) BOISSONADE, a. a. O. (note 101), numero 129, pp. 139 et 140.

(103) *ibid.*, フランス法上の危険負担の原理、すなわち所有権主義は旧民法典も引き継いでおり、種類債務の特定による所有権移転効果は、その危険負担原理からすれば、当然危険の移転効果をも併せ持つということを意味することになる。旧民法典草案上の危険負担の原則は、財産編三五五条に定められている。そこに表明されているのは、「物は所有権者によって滅失する(res perit domino)」という原理なのである。BOISSONADE, a. a. O. (note 101), numero 140, p. 149. 尚、フランス法における旧民法における危険負担制度については、前田敦「特定物売買における所有者主義の危険負担——フランス法からの示唆——」法学政治学論究二〇号(平成六年)四六七頁以下を参照。

(104) BOISSONADE, a. a. O. (note 101), numeros 139 et 474, pp. 149 et 520.

(105) フランス民法典一二五七条以下、旧民法典草案財産編四九五条以下。

(106) 多数派は実際の便宜を重視し、債務者の一方的な目的物の特定を認めて、催告手続きで足りるとする。例えば、Charles Aubry et Charles Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 4ème éd., 1871, Paris, § 322, p. 197, Alexandre DURANTON, *Cours de droit français*, t. 12, 1831, Paris, numero 221, pp. 346 et suiv., Léobon LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 3, 1857, Paris, Art. 1257, numero 10, p. 445, Charles DEMOLOMME, *Cours de Code Napoléon*, t. 28, Paris, numero 127, pp. 127 et 128, Victor MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. 4, 7ème éd., 1873, Paris, numero 728 et 742, pp. 589 et 599, Maurice VOLLETTE, *Des offres réelles en droit français*, (Thèse),

1896, Paris, numero 398, p. 171. じれに對して、不便であつても法律が命じて以上は現実の提供が必要であるとするのは、Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. 12, 2ème éd., 1902, Paris, numero 1625, p. 642, Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 8, 2ème éd., 1936, Paris, numero 403 et 613, pp. 295 et 444, Édouard COLMER DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, t. 5, 2ème éd., 1888, Paris, numero 208, bis III, p. 397.

(107) 一二七条によつて債務者の解放的效果を危険移転も含んで全て供託に結び付ける点ではほぼ一致があるが、現実の提供にどのような効果が認められるのかについては争われていた。とりわけ、危険の移転効果が提供に認められるかについては、これを否定するのが通説である。AUBRY et RAU, op. cit. (note 106), § 322, p. 199, MARCADE, op. cit. (note 106), numero 731, p. 590, COLMER DE SANTERRE, op. cit. (note 106), numero 202, p. 383, Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, t. 2, 1881, Paris, numero 1385, p. 759. ローレンスは次のような説明を与えてゐる。すなわち、提供された金銭なりし不特定物は「不特定なままの物であるため、提供にもかかわらず、債務者は物の滅失により解放されることを主張しえない。というのも、物の滅失は、債務が目的として特定物に特定されている場合しか解放しないためである」。François LAURENT, *Principes de code civil français*, t. 18, 3ème éd., 1878, Paris et Bruxelles, numero 198, p. 224. じれに對して、提供された目的物が滅失した場合に、端的に債権者への危険の移転を認めると、Charles TOULIER, *Le droit civil français*, t. 7, 5ème éd., 1830, Paris, numeros 231 et 232, p. 296. せつした場合に債権者への損害賠償を認めるとして実質的な危険の移転を認めるとするものが、DURANTON, op. cit. (note 106), numero 225, p. 357, VOLLETTTE, op. cit. (note 106), numero 114, pp. 49 et 50. ちかゞ、提供が債務者の附違滞を防止・除去すべきところから債務者が遅滞に附されたときにも負担すべき危険としてこの債務者を免責すべきとするものが、LAROMBIÈRE, op. cit. (note 106), Art. 1257, numero 10, p. 444, Claude DELVINCOUR, *Cours de droit civil*, t. 2, 2ème éd., 1819, Paris, note 5, p. 762. じれに對して、催告に危険移転をも含んだ債務者の解放的效果を認める点では争いはない。例えば、オーブリーローは「一二六四条において「供託は債務者にとつて最終的に解放される、つまり物の保管を行う義務から解放されるためにのみ必要であるに過ぎない」とし(AUBRY et RAU, op. cit. (note 106), § 322, p. 197, note 24.)」ラロンホールも「せつした意味で、提供は解放に匹敵する」(108) フランス法および旧民法上の弁済提供制度が、その独特のシステムに基づいて、またこの受領遅滞制度として機能するものとす

関して、詳細は、拙稿「債権者遅滞論の再構成序説——民法四一三条と四九二条の基本構造とその関係」法学政治学論究(二号(平成元年)一六八頁以下を参照。

(109) 法典調査会民法議事速記録三(商事法務研究会・昭和五九年)七三〇・七三二頁。

(110) 法典調査会民法議事速記録三・前出注(109)七三二頁。

(111) 法典調査会民法議事速記録三・前出注(109)七三五・七三六頁。ここでは、ここで直接参照されたのがドイツ民法の第一草案であることも明示で告げられている。

(112) 梅委員は、不特定物債務が特定によって特定物債務に転化することを前提に、その時点から危険負担および所有権の移転を中心とした特定物債務の論理が適用されることを説いている(法典調査会民法議事速記録三・前出注(109)七三〇・七三二頁)。従って、特定の問題もその主眼はそうした二つの主要問題が念頭に置かれていることになるが、我が国の民法典には送付債務に関する特別な規定は置かれなかった。旧商法典は三一八条に送付債務に関する規定を配している。

債務者ノ負担セル送付ノ義務ハ債権者ノ指定シタル運送場若シ指定セサルトキハ適當ニ交付スルヲ以テ之ヲ履行シタルモノトス

この規定(草案三六七条)の趣旨について、ロesslerは次のような説明を与えている。すなわち、三一七条(草案三六八条)が債権者側の指定地ないし営業所が履行地となる旨を定めることから、債務者は通常は履行地への送付を義務づけられることになる。その際に、送付に関する全ての事柄は債務者が責任を負うべきことになるが、債務者が注意を払って適時に送付を果たせば、彼の側では履行したことになる。従って、「契約締結後の物の危険は債権者が負担するのと同様に、送付の全ての危険も債権者が負担する」の旨(Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. 1, Tokio, S. 173)。こうした送付危険の債権者負担の原理は、三二〇条(草案三六九条)にも明確に定められている。

別段ノ契約ナキトキハ債務ノ目的物ノ送付ハ債権者ノ危険ニ於テ之ヲ為スヲ通例トス但債務者カ自己又ハ其使用人ノ過失ニ付テ負フ責任ハ此カ為メニ妨ケララルコト無シ

こうした送付危険の債権者負担主義は、ロessler自身の説明にも窺えるように危険負担の債権者主義と同一の原理を基礎とする。このことは、一般ドイツ商法典の起草過程を根拠に、現行ドイツ民法典四四七条の送付債務に関する危険負担規定が債権者主義の現れであることを主張する、ハーガーおよびフーバーの理解とも一致する(これについては、第二章注(114)参照)。我が国の民法典が五三四条において債権者主義を採用すれば、自ずと送付危険も債権者が負担することになるのはここか

ら明らかになる。但し、その前提には、そうした特定物債務の論理である危険負担の債権者主義が種類債務に適用されるには種類債務の特定が不可欠の前提である。従って、梅起草委員の趣旨説明もこうしたコンテクストで理解されるなら、旧商法典上の送付危険規定の削除には、送付の際の種類債務の特定問題が極めて重要な位置を占めていたことがわかるのである。

(113) 事実、梅博士は民法要義において、四〇一条二項後段の特定とは「債務者ト債権者ト一致シテ給付スヘキ物ヲ指定シタルトキ」を意味すると説かれている。他方、前段の特定は「債務者カ既ニ物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シタルトキハ履行ヲ為スニ付キ債務者ノ権力内ニ在ル事ヲ為シテハリタルカ故ニ其物ヲ給付スルノ意思ハ全ク確定シタルモノト謂ハサルコトヲ得ス」とし、さらにこの行為の完了は引渡とは別個の問題であり、「引渡ナルモノハ債務者ノ行為ノミニ因リテ成立スルモノニ非ス必ス債権者ノ行為ヲモ要スルモノナリ故ニ唯債務者ニ於テ自己ノ権力内ニ在ル行為ヲ完了スルモ未タ必スシモ引渡アリト謂フコトヲ得ス」として、明確に引渡とは区別され、その前段階となる履行過程での債務者の行為を問題とすることを明言されている。梅謙次郎・初版民法要義・巻之三(明法堂・和仏法律学校・明治三〇年)(信山社・平成四年復刻)一五頁以下。

(114) 梅博士は、合意による特定は「如何ナル方法ニ依ルモ苟モ債権者ト債務者ノ意思一致スレハ可ナリ而シテ最も多クノ場合ニ於テハ引渡ノ時ニ於テ特定スルモノニシテ債務者カ或物ヲ債務ノ履行トシテ提供シ債権者ニ於テ之ヲ受取リタルトキハ其物ニ付キ債権者ノ黙示ノ同意アルモノナルカ故ニ其物ハ特定シ危険モ亦移転ス」るため、債権者の同意がない場合が問題として残る。実際に問題となるのは隔地取引における送付債務の場合であり、旧民法の規定では引渡まで特定が生じないことになるが、発送時に特定するものと考えるべきであり、「獨逸民法ノ主義ヲ採用シテ」給付ニ必要ナ行為ノ完了」時の特定が認められたものである、と説かれている。梅・民法原理・債権総則(巖松堂書店・明治三五年)(信山社・平成四年復刻)六三頁以下。さらに、この発送時の特定をもって提供との差異を強調されてもいる。法典質疑問答・第三編・民法債権(有斐閣書房・明治三九年)(信山社・平成六年復刻)五頁。

(115) 旧民法の提供制度はフランス法上の提供制度を踏襲した制度であり、手続きについてもそのことは当てはまる。両法の認める提供制度は常に執行官の介入を必要とするものであるため極めて煩瑣で費用を要するため、フランスにドイツ民法がサレインユによつて紹介(Raymond Saleilles, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand, 2ème éd., 1901, Paris, numero 38, p. 32. このサレインユの紹介に関しては、拙稿「売買における買主の引取遅滞制度の意義と機能——一九世紀のフランス法及びドイツ法を中心に——」法学政治学論究四号(平成二年)一五〇頁)されて以降は、その対比からフランス法への批判が多くなった。ブタンは、「外国の立法は、現実の提供

というフランスの手續きよりも、より単純な債権者遅滞という名称で理解される制度を認めている。それは、債務者遅滞の対称 (contre-partie) である」として、「ドイツ民法典二九三条以下の存在を指摘しては (BEUDANT, op. cit. (note 106), t. 8, numero 618, note 3, p. 445)。これに続いて「ドイツ法との対比に基づいて、ドイツ法制の優位性が指摘される。ロラン・カピタンによれば、フランス法の提供制度は債権者遅滞の際に実質的に債務者の負担を加重することになるのに対して、「ドイツ民法典は、債権者によって、債権者に対して為される催告または督促に解放的效果を与えており、その催告は口頭でもよい。債権者の抵抗は損害賠償の原因ともなりうる。弁済の受諾を拒絶する場合の受領遅滞理論のこの転換は、完全に論理的である。一度期限が到来すると、弁済しなければならぬ債務者は、債権者が弁済を受け取って債務者にもたらさなければならぬ解放に対する権利を取得するのである」として、フランスの提供手續きが批判されるのである (Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, Cours élémentaires de droit civil, 2ème éd. par Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, 1953, Paris, numero 499, p. 461)。さらに「シヨスランは、フランス法の体系がドイツ法の体系と比べて「學術的である」と、また満足のごくも「ドイツ法」に批判」(Louis JOSEPHAND, Cours de droit civil positif français, 3ème éd., t. 2, 1939, Paris, numero 866, p. 532)。「マルティン・レイノも「例えはドイツのようだが、債務者は債権者に弁済を受け取ることを催告するのみで解放される」というのが、より是認されるであらう」として (Gabriel MARRY et Pierre RAYNAUD, Droit civil, t. 2, 1ère éd., 1962, Paris, numero 599, p. 636)。

- (116) 法典調査会民法議事速記録三・前出注(109)三六八・三六九頁。
- (117) 法典調査会民法議事速記録四・前出注(109)(昭和六〇年)九二頁以下。梅・前出注(113)二七二頁。拙稿・前出注(108)一七二頁以下参照。尚、ここで言われる「危険」が給付危険を指すのか、対価危険を示すのかは問題であるが、少なくともも給付危険がそこに含まれるに違いない。これは、給付危険と対価危険の関係についての考察を前提とするが、この点は次章で検討する。
- (118) 富井政章・民法原理・第三卷(有斐閣・昭和四年)(信山社・昭和六〇年復刻)九三頁以下。
- (119) 提供時に特定が生じうることを認めうるとするのは、横田秀雄・債権総論(巖松堂書店・大正一五年)五四頁以下、尚、同「債権者ノ遅滞ヲ論ス」法学新報三三卷六号(大正一一年)五四頁によれば、弁済の提供によって危険も債権者に移転することが認められるため、不特定物債務においては特定が提供時に認められなければならないであろう。その他、石坂音四郎・日本民法第三編債権第一卷(有斐閣書房・大正元年)一三四頁以下、川名兼四郎・債権法要論(金刺芳流堂・大正四年)七〇

頁、中島玉吉・民法釈義(金刺芳流堂・大正一三年)一七二頁以下、鳩山秀夫・日本債権法(総論)(岩波書店・大正一二年)二九・三〇頁。石田文次郎「種類債務の特定を論ず」法学論叢七巻四号(大正一二年)五七頁以下は、提供と特定を明確に峻別して、履行地を基準に特定時期を確定すべきとし、提供との関係を切断する。特定と提供を峻別する契機となった主張であるが、以後の学説は両概念を峻別しつつも、特定時期を原則として提供時に求めており、例外的に送付債務を扱っている。勝本正晃・債権法概論(総論)(有斐閣・昭和二四年)一〇六頁以下、小池隆一・債権法総論(泉文堂・昭和三一年)、三二・三三頁、我妻榮・債権総論(民法講義IV)(岩波書店・昭和三九年)三三頁、於保不二雄・債権総論(有斐閣・昭和四七年)三七・三八頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男(林)債権総論(青林書院・昭和五七年)三五・三六頁、松坂佐一・民法提要・債権総論(有斐閣・昭和五七年)三九・四〇頁、中川淳編(阿部浩二)民法II(債権法)(法学書院・昭和五九年)一一・一二頁、平井宜雄・債権総論(弘文堂・昭和六〇年)二二頁、澤井裕・テキストブック債権総論(有斐閣・昭和六〇年)二〇頁、林良平編(半田吉信)債権総論(青林書院・昭和六一年)三〇・三一頁、奥田昌道編(金山正信)注釈民法(有斐閣・昭和六二年)一〇五頁以下、前田達明・口述債権総論(成文堂・昭和六二年)三九・四〇頁、白羽祐三・債権総論(中央大学出版部・昭和六二年)一一頁、高島平蔵・債権総論(成文堂・昭和六二年)二二八頁、川井健・民法教室債権法I・債権総論(上)(日本評論社・昭和六三年)二五頁以下、水本浩・債権総論(有斐閣・平成元年)七・八頁、奥田昌道・債権総論(悠々社・平成四年)四三・四四頁、新関輝夫・債権総論(法律文化社・平成四年)一一・一二頁、森泉章編(森泉)基本民法学II(法学書院・平成四年)一一・一二頁、北川善太郎・債権総論(民法講要III)(有斐閣・平成五年)三八・三九頁、安達三季生・債権総論講義(信山社・平成五年)一九頁、山口純夫編(山口)債権総論(青林書院・平成五年)三〇頁、山川一陽・債権法講話(有信堂高文社・平成五年)一一・一二頁、石田喜久夫他編(中井美雄)債権総論(青林書院・平成五年)三六・三七頁、田山輝明・債権総論(成文堂・平成五年)二二頁、潮見佳男・債権総論(信山社・平成六年)七四頁以下、近江幸治・民法講義IV・債権法総論(成文堂・平成六年)三五・三六頁、鈴木禄弥・債権法総論(創文社・平成七年)二六九・二七〇頁、平野裕之・債権総論(信山社・平成七年)(24)一五・一六頁。こうした中で、取立債務の際にも口頭の提供時ではなく現実の提供時に特定時を求めるのは、星野英一・民法概論III(良書普及会・昭和五八年)一六頁。勿論、こうして提供時に特定が生じるとの主張であっても、送付債務の際には発送時に特定を認めるものが多いため、そこでは特定は提供よりも早期に生じることになる。但し、送付債務が何を意味するのは定かではない。ドイツ民法典とは異なって、我が国の民法典では持参債務が原則であるため、第三地への好意送付を送付債務として論じるものが多いようである。これに対して、引渡または受領遅滞によって

初めて特定が生じるとするのは、岡松参太郎・註釈民法理由下巻(有斐閣書房・明治三年)二四・二五頁、川村泰啓「種類債務の特定・集中の契約総則的構造」比較法雑誌七卷三〇四号(昭和四八年)一九頁、同「種類債務のいわゆる特定」ジュリスト六一六号(昭和五一年)八一・八二頁、新田孝二「種類物売買における危険移転の時期——日本の判例による検証——」明治学院論叢研究年報・法学3(昭和四三年)二二・二三頁、同・前出注(19)一四七・一四八頁、同・前出注(14)二頁。この立場は引渡説と呼ばれている。

- (120) 合意によってまたは債権者から債務者に指定権が付与された場合の特定と解するのが一般的である。富井・前出注(118)九〇頁、岡松・前出注(119)二五頁、石坂・前出注(119)一三三頁、中島・前出注(119)一六九頁、鳩山・前出注(119)三一・三二頁、勝本・前出注(119)二〇頁、我妻・前出注(119)三三頁、於保・前出注(119)三六・三七頁、林Ⅱ石田Ⅱ高木(林)前出注(119)三六頁、松坂・前出注(119)三八頁、星野・前出注(119)一六頁、林編(半田)・前出注(119)三一頁、平井・前出注(119)二二・二三頁、前田・前出注(119)三九頁、白羽・前出注(119)一三頁、高島・前出注(119)一七頁、川井・前出注(119)二八頁、奥田・前出注(119)四二頁、新関・前出注(119)一一頁、安達・前出注(119)一九頁、山口・前出注(119)三一頁、山川・前出注(119)一三頁、田山・前出注(119)二二頁、潮見・前出注(119)七六頁、近江・前出注(119)三六頁、鈴木・前出注(119)二六八・二六九頁、平野・前出注(119)(23)一五頁、小池・前出注(119)三三頁は、契約による債務者への指定権付与ケースと四〇一条二項後段の特定とを区別すべきことを強調する。また、奥田編(金山)前出注(119)八九頁以下はここでいう「債権者ノ同意」は債務者が指定することについての同意ではなく指定された「物」についての同意であるとし、石田(文)前出注(119)五六頁も、同様に指定された目的物を承認する觀念の通知がこの債権者の同意であり、債務者への指定権付与の場合には四〇一条の規定の適用はないとする。これに対して、水本・前出注(119)七頁は、寧ろ債務者の指定行為への同意であって物への同意ではないとする。この点について詳細な検討を加えるのは、石田他編(中井)前出注(119)三五・三六頁。
- (121) 四〇一条二項後段の債務者の指定による特定を当事者の合意による特定と解するのは、梅・前出注(113)一五・一六頁、横田・前出注(119)五五・五六頁。
- (122) 提供時の特定の効果として対価危険の移転を挙げるのは、富井・前出注(118)一〇七頁、尤も、富井博士は立法論として危険負担の債権者主義を批判されている。岡松・前出注(119)二七頁、横田・前出注(119)五六・五七頁、石坂・前出注(119)一四九頁、川名・前出注(119)七頁、中島・前出注(119)一八一頁、鳩山・前出注(119)三二頁、石田・前出注(119)七〇・七一頁、勝本・前出注(119)一三三頁、小池・前出注(119)三五頁、我妻・前出注(119)三四頁、於保・前出注(119)三九頁、林Ⅱ石

田 高木〔林〕前出注(119) 三六頁、松坂・前出注(119) 四二頁、平井・前出注(119) 二二頁、前田・前出注(119) 四二頁、白羽・前出注(119) 一三頁、川井・前出注(119) 二九頁、新関・前出注(119) 一三頁、安達・前出注(119) 二〇頁、山口・前出注(119) 三一頁、山川・前出注(119) 一四頁、石田他編〔中井〕三九頁、潮見・前出注(119) 七五頁、近江・前出注(119) 三七頁、鈴木・前出注(119) 二八六・二八七頁、平野・前出注(119) (25) 一八頁。尚 奥田・前出注(119) 四五頁は、五三四条二項が当事者の意思によって排除される余地のあることを指摘する。

(123) 川村「種類債務の特定・集中の契約総則的構造」前出注(119) 一九頁、同「種類債務のいわゆる特定」前出注(119) 八一・八二頁、新田「種類物売買における危険移転の時期——日本の判例による検証——」前出注(119) 二二・二三頁、同・前出注(119) 一四七・一四八頁。そもそも梅博士の主張も特定物については債権者の危険負担原理に対して種類債務については結果的に債権者主義を導入することになり、結論には今日の引渡説と差異はない(梅・前出注(113) 一六・一七頁)。

(124) 例えば、我妻博士は、「特定する前には、その種類に属する物が市場に存在する限り、履行不能とはならない」として、給付義務の存続を種類債務の特色として説明されているが(我妻・前出注(119) 三四頁)、こうした理解が一般的であると思われる。つまり、市場に商品が存在する限り、商品を調達して債権者に給付すべき義務を債務者は負うのである。逆に、我が国ではそうした債務者の給付義務の存続のみが語られるに過ぎず、適時に給付されない場合の種類債務者の責任の側面は注目されてこなかったと言ふことができる。

(125) 木村教授が、「私は履行の提供によって種類債務の特定と並んで、履行危険が債権者に移転し、受領遅滞によって対価危険が債権者に移転すると解釈することを提案したい」(木村常信「種類債務と危険負担」産大法学五巻一号(昭和四六年) 九頁)とされるのは、「時的限界」としての弁済提供の機能に着目された意見であろうか。また、平野教授が、債務者が給付に必要な行為を完了するのに債権者がそれに応じないために引渡行為が完了しない場合に、「民法は、提供により債務者の責任を軽減する思想をここにも及ぼし、債務者の債務を軽減」するために四〇一条二項前段の特定を認めた(平野・前出注(119) (24) 一五頁)と説かれるのも、そうした趣旨で理解できようか。さらに、特定物・不特定物を問わず、持参債務については現実の提供時、取立債務については口頭の提供時に対価危険を移転させる旨の主張(安藤次男「危険負担における債権者主義」民法学(5)〔有斐閣・昭和五年〕 四一頁)も一律に提供の「時的限界」機能に着目する主張と把握できよう。

(126) 既に、水本教授は、特定物債務に関する五三四条一項の危険負担債権者主義への批判を踏まえたうえで、種類債務における債権者主義の適用を回避するいくつかの方策を提案されている(水本・前出注(119) 一〇頁以下)。引渡説のように四〇一条

二項の特定自体を引渡時に遅らせることによって自動的に五三四条二項の適用が債務者主義を意味することになるのも一つの解決策であるが、これに対しては批判も多い(詳細な批判を加えるものとしては、半田吉信「不特定物売買における危険負担1」法律時報四七巻一三三号(昭和五〇年)一五三―一五一頁)。従って、四〇一条二項の特定はそれ自体従来の解釈を維持しつつ、対価危険の移転時期を五三四条二項から離れて引渡時に遅らせる解釈の可能性が登場する。事実、半田教授は、かつて「不特定物が買主に引渡されたときに目的物についての危険が売主から買主に移転するという考え方は、わが民法上、特定物債務の場合に比してほとんど学説に定着していない」としつつ、「不特定物売買においても目的物が特定しただけでは、危険が債権者に移転するのではなく、原則として目的物が債権者に引渡されたときに危険が移転すると解すべき」であると主張された(半田「不特定物売買における危険負担2」法律時報四八巻一号(昭和五一年)一三六頁)。また、近時、土田教授も特定物債務・不特定物債務を問わず対価危険の移転時を引渡時に一律に決すべきことを主張されている(土田哲也「危険負担論の未來像は、いかにあるべきか」椿寿夫編・講座現代契約と現代債権の展望・第五巻・契約の一般的課題(日本評論社・平成二年)一三二頁以下)。このように解すると、特定の固有の効果が問題となってくるのである。

(127) 近時、四〇一条二項の特定時期と対価危険の移転時期を明確に分離し、ドイツ法と同様に、種類債務の特定を専ら給付危険の移転効果に関連付ける主張が登場している。木村教授は、特定が専ら給付危険の移転効果にのみ関係するのに対して、対価危険はそれとは別に所有権の移転に連動すると説かれる(木村常信「請負・売買と瑕疵担保」座大法学九巻二号(昭和五〇年)九頁)。澤井教授は、特定によっては対価危険までは移転せず給付危険のみが移転し、高度の提供(債務者の履行努力の評価)があれば対価危険が移転するとされ、給付危険と対価危険の移転時期の乖離を認められている(澤井裕「危険負担」遠藤浩||林良平||水本浩編・現代契約法大系・第二巻・現代契約の法理(2)(有斐閣・昭和五九年)一一九頁以下)。あるいは、船越教授は、五三四条一項が買主の受領遅滞における買主の危険負担原理を定めたものであり、四〇一条二項の特定が生じても直ちに対価危険は移転せず、債権者の受領遅滞の際に五三四条により危険が移転する、と主張される(船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成(三)」判例時報一〇五三三号(昭和五七年)一〇頁)。さらに、半田教授も、特定によって給付危険は移転するが対価危険が移転するのは引渡時であると主張される(半田・前出注(126)一三六・一三五頁)。近時、小野教授も、半田教授と同様に、原則として提供時の特定により給付危険が移転するが、対価危険については五三六条一項に基づいて引渡時に債権者に移転すべきことを主張されている(小野秀誠「種類売買における危険負担」一橋論叢一〇二巻一号(平成元年)三六頁以下)。こうした考え方について、半田教授は、提供時に受領遅滞が生じるといふ我が国の法制度を「軽視しているから

- いはあるが」、対価危険の移転時期を債権者と無関係に認めない点で「合理的な一面を有する」と評されている(林編(平田)・前出注(119)三三頁注)。尚、引渡説を主張される川村教授は、四〇一条二項後段の特定については、給付危険の移転効果のみが生じ、対価危険の移転効果とは分断されることを説かれている(川村「種類債務のいわゆる特定」前出注(119)八二頁)。
- (128) 原則として特定を撤回することを認めるドイツのメディクスも、合意による特定の場合には特定の撤回を認めていない。当事者が目的物について合意した以上は、その合意に当事者は拘束されるためである。前出注(27)および該当本文参照。
- (129) 前出注(103)および該当本文参照。
- (130) 前出注(108)および該当本文参照。
- (131) 旧民法典財産編四七八条二項(草案五〇〇条二項)は、債権者が供託を受諾するか既判力ある判決によって供託が有効と宣言されるまでは、債務者は供託物を取り戻して供託の解放効果を取り消すことができることを定めている。
- (132) 前出注(109)および該当本文参照。
- (133) 法典調査会において、高木委員から「特定物トス」ト云フヤウナコトト同ジヤウナ意味ニ御説明ニナツタト考ヘル然ラバ之ヲ「其物ヲ以テ特定物ト看做ス」トカ「特定物ト為ス」トカ云フヤウナコトニシテハ如何デアリマセウカ」との提案に対して、梅起草委員は、その「御問ヒハ之モ御尤モノ御問ヒデアツテ現ニ吾々ノ間ニ於テモソソナ風ニ書イタラ何ウデアラウカト云フ話モ出マシテ私モ然ウ云フ風ニ書イタラ宜カラウト思ヒマシタケレドモ夫レダト云フト場所ニ甚ダ困ル夫レナラバ物ノ部ヘデモ入レヤウカト云フ話モアツタノデアリマスケレドモ」適當ではないと判断した旨を説明される(法典調査会民法議事速記録三・前出注(109)七三三・七三四頁)。この趣旨説明から、起草者が特定によって種類債務が特定物債務に転化すると考えていたことは明らかとなる。同旨、奥田編(金山)前出注(119)一一一・一一二頁。
- (134) 富井・前出注(118)一〇二・一〇三頁。
- (135) 岡松・前出注(119)二三頁以下、石坂・前出注(119)一四六頁以下、川名・前出注(119)七一頁、三瀧・前出注(119)五一・五二頁。
- (136) 中島・前出注(119)一八一頁以下。
- (137) 鳩山・前出注(119)三三頁。さらに、同・債権法における信義誠実の原則(有斐閣・昭和三〇年)二六七頁参照。
- (138) 石田・前出注(119)七卷四号七五頁。
- (139) 同旨、小池・前出注(119)三五頁、我妻・前出注(119)三四頁、於保・前出注(119)三九・四〇頁、林Ⅱ石田Ⅱ高木(林)前

- 出注(119) 三六頁、松坂・前出注(119) 四二頁、近江・前出注(119) 三七頁、浅井清信「種類債権の特定」総合判例研究叢書民法(7)(有斐閣・昭和三二年) 三九頁。
- (140) 水本・前出注(119) 九頁。
- (141) 勝本・債権総論・上巻(巖松堂書店・昭和五年) 一六〇頁。
- (142) 山中康雄・債権法総則講義(巖松堂書店・昭和三年) 五〇頁。
- (143) 有泉亨・判例民法昭和一二年度・二八六頁。
- (144) 奥田教授や北川教授が、種類債権の性質により債務者の変更権を肯定できるとされているのはこうした趨勢に立つ見解と理解できようか(奥田・前出注(119) 四五頁、北川・前出注(119) 三九頁)。また、星野教授は、変更権の肯定が「特定の効果としてその物が全く特定物と同じ扱いを受けるものと解すべきではないことを示している」ことを指摘される(星野・前出注(119) 一五頁)。安達教授も、「債務者が変更権を有する限り、種類債権は特定後も特定物債権に転化したとはいえないわけである」と説かれている(安達・前出注(119) 二〇頁)。さらに、潮見教授も、「かつて種類債権であったという性質がこの債務の属性に影を落とす」とされる(潮見・前出注(119) 七一・七三頁)。
- (145) 奥田編(金山) 前出注(119) 一一三頁。
- (146) 舟橋諄一「特定物」と種類債権の『特定』法政研究二二卷二〥三〥四号(昭和三〇年) 四〇六・四〇七頁。
- (147) 奥田編(金山) 前出注(119) 一一四頁。こうした視点を歴史的な発展段階に位置づけ、「完成」された債務としての種類債務を承認し、その中で特定制度を位置づけようとするのが山下教授である。すなわち、「種類債権の履行は、当然に目的物の特定を結果するが、このような特定は、抽象的な種類債務が集中固定することである。それは主観的要素をまとった『特定物売買(債務)』の『特定』とは意味が異なる。種類債務の特定は、種類債務が特定物債務に対して独立性を取得することによって客観的に認識されるものとなるが、その反面特定は特定物債務と関連して考えられるものである」とし、特定を契機とした特定物債務論理への移行ではなく、履行に関連付けられた特定という種類債務に固有の特定論理を説明されている。山下末人「種類債務の履行と特定——ドイツ普通法理論に関して——」商大論集(神戸商大) 二八号(昭和三四年) 一四二・一四三頁。
- (148) 鈴木・前出注(119) 一六八・二六九頁。
- (149) 有泉博士は、「給付が債務者の責に帰すべき事由によって不能となったやうな場合には事情により債権者は特定の効果を喪失せしめて、従って元の種類債権として同種の物を給付せしめ得ると解すべきであらう」とされる(有泉・前出注(149) 二八

七頁)。また、澤井教授も、特定後に尚別の物の給付を債務者に義務づけるといふのは、「特定によってその後の滅失により履行不能となるが、債務者に変更権が認められるように、債権者にも信義則上変更権が認められる場合があるということであり、ではないか」と説かれる(澤井・前出注(127)一〇八頁注(2))。他に、債権者の変更請求権を認めるものとしては、勝本・前出注(14)一六〇頁、潮見・前出注(119)七三頁。

(150) 石田稜・民法V(契約法)(青林書院新社・昭和五七年)五八頁。石田助教授は特定物でも代替性があれば履行不能ではなく別種の物の給付を為すべきものとされる。これは、特定物でも瑕疵があれば完全履行請求権を認めようとの基本論理(一五〇頁)に立脚するものである。

(151) 引渡説を主張される新田教授は、近時、ドイツのフォーバーの見解に基づいて変更権の問題を扱っておられる。そこでは、変更権が認められるのは、債権者が格別の理由もなく受領を拒絶した場合に認めれば良いとされており、一旦受領を拒絶しておきながら後になって拒絶した最初の物を請求するのが信義則違反となるとの考えに基づく(新田・前出注(14)二七頁)。この主張は、特定による種類債務の特定物債務化を認めてもその主張を債権者に信義則に基づいて制限するにすぎないため、種類債務の性質や特定の特殊性を論じる必要がなく、明確な理論構成といえよう。

(152) 有泉・前出注(143)二八六頁。

(153) 薬師寺志光「種類債務の特定」法学志林五〇巻三〓四号(昭和二八年)五三頁。平野教授も、「変更権とはいうが、別の特定物に変更できるといふのではなく、要するに特定の効果の放棄である。」として、変更権と特定の撤回を同じものであることを説明されている。平野・前出注(119)(25)一八頁。さらに、メディクスは特定の撤回であって、変更権の問題ではないことを明確に指摘している。前出注(30)該当本文参照。

(154) 薬師寺・前出注(153)三三・三三頁。

(155) 薬師寺・前出注(153)四一頁。

(156) 薬師寺・前出注(153)四八頁。

(157) 薬師寺・前出注(153)五〇頁。

(158) 山中・前出注(142)五〇頁。

(159) 薬師寺・前出注(153)四一頁。

(160) この債務者の指定のケースにおいて、債権者が与える同意は目的物の指定自体を意味する解釈も存在することについては、

前出注(120)参照。

(161) ハーガーは、「種類売主が、彼が契約上負っている全てのことを行った場合には、彼は自身の調達義務を満たしたことになる」が、その際に考慮されるべきことは、「対価危険の規則についてと同様に、給付危険の規則についても物支配と危険負担の結合の必要性が認められるか」という点であるとし、これを否定する。すなわち、「給付危険の背後には、調達危険、従って、高騰する価格の危険が潜んでいる。そして、この危険の帰属にとって物支配は重要ではない。危険支配と危険負担の結合の一般的な必要性も、給付危険の秩序の際にはそれ以上は役立たない。なぜなら、給付危険の割り振りに結び付けられた価格騰貴の危険を、売主も買主も支配できないためである。これに対して、寧ろ、給付危険の秩序の下では、対価危険の秩序の際と同様に、必要なのは規則が容易に把握でき、当事者間での紛争が可能な限り回避される、との考慮である」として、多数説と同様の特定時に関する結論を導いている。HAGER, a. a. O. (Note. 20), S. 229 ff.

(162) 送付債務については、発送時点に特定時を求めるとの説が通説である。しかし、そもそも我が国での送付債務とはどのような債務を指すのかが争われており、しかも、商事取引をも対象にして考慮すべき事柄であるため、本稿では詳細には立ち入らない。他日、別稿に期する。

(163) 通説は、特定によって所有権が債権者に移転することを認める。所有権の移転時期自体一つの大きな問題であるが、金山教授は、特定の撤回という構成に対する批判として、そこで言われる特定の利益が問題であり、「債権者に移転している所有権との関係はどうか」を問われている(奥田編(金山)前出注(119)一一四頁)。種類債務が特定されることで特定物債務に転化し「完成」されることによって、以後は特定物債務の論理が適用される、との思考に基づいて契約締結時の所有権移転原理(一七六条)が特定を介して種類債務にも適用されるのである。しかし、給付完了行為による特定は弁済提供との関連で法が認めた債務法上の債務者の義務と責任の制限制度なのであり、直ちに物権法秩序に関連するものではない。しかも、起草者は種類債務を特定物債務の論理に載せる契機としての特定を原則として合意による特定と考えていたのであり、両当事者の関与を要求しているのである。従って、合意による特定時に所有権が移転することが認められるとしても、直ちに給付必要行為の完了時にも同様に考える必然性はないのではなからうか。

(164) 合意による特定によって種類債務は特定物債務に完全に転化するのか。合意による特定であっても、更改として特定物債務に転化することを当事者が意図しているとは一般的には言えないであろう。寧ろ、飽くまで種類債務の履行のために目的物を合意によって特定するのであって、最初に設定された種類債務の性質は尚残存するという考え方は尚有効であると思われる。

例えば、債務者が一旦特定された目的物を第三者に売却したり、あるいは提供後再び在庫に混入するような場合には、債務者の一方的な特定の利益の放棄が認められるであろうが、特定後に債務者の責に帰される事由によって目的物が滅失した場合にはどうであろうか。理論的には、債務者は債権者に損害賠償の責任を負うこととなるが、場合によっては債務者も債権者も物の給付を望むこともあろう。仮に債権者にそうした意図がなくとも物の給付が債権者に何等の不都合もたらさないことは十分に想定される。学説の中には、そうした場合に変更権を論じるものもあり(奥田編(金山)前出注(119)一三三頁)、また本来の給付義務の存続を端的に認めるものもある(鈴木・前出注(119)二六九頁、石田・前出注(150)五八頁、田山・前出注(119)二四・二五頁)。また、平野教授は、そうした場合に債務者は特定の利益を享受する資格を喪失することにより、特定の効果が消滅すると説かれている(平野・前出注(119)二六九頁)。しかし、種類債務の給付義務および調達責任が債務者にとって重いものであるから、特定はそうした義務と責任からの解放をもたらす点で債務者に利益をもたらすとの認識は、当初の給付義務の復活を直截認めることには躊躇を感じさせる。この場合に、債務者の特定の撤回を擬制する余地もあろうが、合意による特定の場合にはそうした毀損・滅失のケースをどのように処理すべきであろうか。この場合にも債務者に物の給付を認めて良い場合があるとしても、特定がもたらす債務者の解放効果との関連からすれば、直ちに当初の給付義務が再生するというのは問題があるように思われる。ここで、薬師寺博士が主張される履行代用権という概念が意義を持つように思われる。履行代用権とは、すなわち、「種類債務の特定後において、債務者が、他の物をもって特定物に代えても、債権者に何等の不利を生ぜず、且つ債権者が債務者に一旦特定した物を給付させることが、債務者に非常に負担の増加となる場合、またこれと反対に、債権者が他の物の給付を請求しても、債務者に何等の不利を生ぜず、且つ債権者が一旦特定した物を受取ることが、債権者に非常な負担の増加となる場合には、種類債務の本旨と、信義誠実の原則とに照らし、特定物の給付を不利とする当事者は、相手方に対し他の種類物をもって、特定物の代用とすることができると解すべきである」と説かれる。薬師寺博士が、この履行代用権をどのような具体的事例を想定して述べられているのかは必ずしも明らかではなく、少なくとも博士は合意による特定についても債務者による特定の撤回を認められているため、履行代用権は全く別の場面を想定されているものと推測される。しかし、筆者のように、特定による種類債務の特定物への転化の論理を前提とする考え方からすれば、必要行為の完了による特定の場合にはその特定の利益を放棄する意図が債務者に見出されない場合および合意による特定の場合に、例外的に債権者の利益を害しない限りで、種類債務の性質に基づいて債務者に履行代用権を認める余地があるように思われるのである。例えば、特定後に債務者の過失によって目的物が滅失・毀損した場合には原則として損害賠償責任が課せられるが、債務者は履行

代用権を行使して他の物の給付が認められる。あるいは、債務者に責めなき事由による滅失・毀損でも、危険負担法理によって引渡前であれば給付義務は当然消滅し、反対債権も消滅して契約は終了するが、債務者に履行代用権を認めて契約関係を維持する機会を認めてよいように思われる。尚、水本教授は、「特定後において、特定の利益を有する者がその利益を放棄または喪失（例えば混和）したときは、特定は効力を失い、再び種類債務に還元する」ことを認める一方で、「債務者の変更権を認めるべきである」とされる（水本・前出注（119）一〇頁）。債務者に特定の利益の放棄を認める趣旨からすれば、そこで言われる変更権は、ここで取り上げた履行代用権に対応するものであろうか。そうであれば、一般に言われる変更権とは内容を異にすることになる。