慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (三) : 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 (3) : 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.8 (1996. 8) ,p.19- 41
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960828-0019

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（三）

――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（六十九巻五号）
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（六十九巻六号）
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)　民法典四八三条の意義
(3)　小　括（以上本号）
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（六十九巻九号）

四　給付危険と対価危険の関係

既に本稿の冒頭において、給付危険および対価危険のそれぞれの意義について論じたが、ここでは、それら二つの危険概念がどのような関係に立つのか、それらの両概念が我が国の民法典ではどのように扱われているのかを検討し、さらに種類債務の特定の効果としての給付危険の移転の意義について考察することとする。

(1)　給付危険と対価危険の関係

ドイツ民法典二七五条は、特定物債務における後発的客観的不能による債務者の解放を一項に定め、後発的主観的不能を後発的客観的不能に等置する旨を二項に定める。つまり、特定物債務において債務者は自己の責に帰されるべきではない後発的不能によって給付義務から解放されるのであって、給付目的物の滅失等の危険はその目的物の給付義務を消滅させる。これは、すなわち債権者の給付請求権の消滅をもたらすという意味で、債権者が給付危険を負担することとなる。従って、二七五条は給付危険の債権者負担を定めている。[1] これに対して、種類債務の場合には、特定前は債務者が債権者のために用意した給付目的物が滅失等しても債務者の給付義務には何等の影響も与えず、給付義務は尚存続する（二七九条または二四三条二項）。[2] つまり、目的物の滅失等にもかかわらず給付義務は存続するという意味で、給付危険は債務者が負担するのである。しかし、特定が為されるとそれ以降は特定物論理が適用され、二七五条によって給付義務の運命が規律される。つまり、給付危険は債権者が負担することになるのであり、特定は給付危険を債務者から債権者に移転させるのである。[3]

他方、特定物債務において給付目的物の滅失等による給付の後発的不能によって双務契約における反対給付請求権も消滅するのが原則である（三二三条一項）。しかし、売買契約において目的物が引渡ないし発送されていれば、その

原則の例外として反対給付請求権は存続することになる（四四六・四四七条）。ドイツ民法典三二三条が定める対価危険の債務者主義は、反対給付請求権の消滅原理として理解されるのであるが、このことはその規定の制定史から明らかになる。既に第二章第三節でみたように、ドイツ民法典二七五条と三二三条は部分草案から第一草案の完成前までは一ヵ条の条文に纏められていた。これが、クールバウム提案によって、債務関係法総則と契約に関する規定とに体系上分離されることになった結果、別々の条文として纏められたのである。(4) つまり、元来は特定物債務において給付目的物が滅失することによりその目的物の給付義務が消滅し、それに合わせて反対給付義務もまた消滅することにより、その目的物の滅失の危険が債務者に帰せられる構造となっていた。この原理が二つの条文に分離され、それに対応して「危険」自体もまた二つに分離されたと理解しうるのである。(5)

これら二つの危険概念、すなわち給付危険と対価危険は、債務者が負担するのか、それとも債権者が負担するのか、それぞれの可能性があることから、双務契約において論理的には以下の四つの組み合わせが可能である。

① 給付危険債権者負担・対価危険債務者負担
② 給付危険債権者負担・対価危険債権者負担
③ 給付危険債務者負担・対価危険債務者負担
④ 給付危険債務者負担・対価危険債権者負担

まず、①のモデルについて。給付危険を債権者が負担するのであるから、目的物の滅失によって債務者の給付義務は消滅し、債務者は給付義務から解放されることになる。従って、給付目的物が一部滅失した場合には、給付が一部不能となる限りで給付義務は尚可能な給付に縮減されることになる。(6) これは先述の通り、ドイツ民法典二七五条の定

めるケースということになる。これに対して、対価危険は債務者が負担するのであるから、債務者は目的物が滅失した場合には反対給付請求権を全て失うこととなる。つまり、双方の債権・債務が目的物の滅失によって同時に消滅するのであり、ドイツ民法典三二三条一項が定める危険負担債務者主義はこのケースを意味するのである。従って、給付の一部不能の場合には、給付義務が縮減されるのに対応して反対給付請求権も縮減される論理となるはずである。事実、ドイツ民法典三二三条一項二文はそのことを定めているのである。[7] これが、一般に言われる危険負担債務者主義の構造である。

②のモデルについて。給付危険については①と同様に債権者負担であり、給付の全部不能ないし一部不能により給付義務は消滅ないし縮減する。他方、対価危険も債権者が負担するのであるから、債務者は自己の給付義務を全部ないし一部免れるにもかかわらず、尚反対給付請求権を完全な形で保持することになる。ドイツ民法典四四六条または四四七条の適用場面がこれに当たり、一般に危険負担の債権者主義と呼ばれるものである。

③のモデルについて。給付危険は①②とは異なって、債務者が負担する。種類債務の特定前の債務者が負う給付義務の状況がそうであり、目的物が滅失しても債務者の給付義務には何等の影響も及ぼさないのである。従って、種類債務者は依然として従来の給付義務を負い続けることになる（ドイツ民法典二七九条ないし二四三条二項）。金銭債務者も金銭が相手方に到達するまでは給付危険を負担し、給付目的物たる金銭が債権者に到達しなければ尚金銭給付義務を負うのである（ドイツ民法典二七〇条）。[8] 特定物の給付の際に特定物が毀損した場合にはどうか。議論のあるところではあるが、特定物の修補が不可能であれば給付の一部不能であり、ドイツ民法典二七五条により債務者の給付義務は縮減される。しかし、修補が可能であればそれを修補する義務を債務者は負担すべきであるとの主張が、瑕疵担保責任を債務不履行責任と把握する立場から有力に提起されている。[9] このように目的物が毀損しても修補が可能である限り尚債務者が修補する義務を負うとすれば、このことは目的物の毀損が債権者の本来の履行請求権を何等妨げず、

債務者の給付義務が以前と同様に存続することを意味する。従って、この場合にも給付危険は債務者が負担することになるはずである。また、特定物給付の際の滅失・毀損の場合でも、債務者に価値償還義務を認めれば、それは本来の給付義務の「延長」であって、目的物の滅失・毀損が債務者の給付義務に「実質的には」何等の影響ももたらさないと言えよう。従って、債務者に本来の給付義務に代わる価値償還義務を認める場合にも、給付義務は債務者が負担するものと言うことができるであろう。[10][11] 他方、対価危険は債務者が負担するのであるから、目的物の滅失・毀損によって債務者が被った損失を債務者自身が負担しなければならず、反対給付請求権にその損失を上乗せすることができないことになる。つまり、債務者の給付義務も反対給付請求権も、この場合には目的物の滅失によって何等の影響も受けないで、本来の形のまま存続することになるのである。[12]

最後に、④のモデルについて。給付危険は債務者が負担するのに対して、対価危険は債権者が負担するモデルであるが、給付危険の債務者負担は③と同様である。つまり、目的物の滅失・毀損によって債務者の給付義務には何等「実質的な」変更は生じないのである。これに対して対価危険が債務者の負担であることは何を意味するのであろうか。論理的には、目的物の滅失・毀損が債権者の負担となるのであるから、目的物の滅失によって債務者が本来の給付義務を維持するために被った損失を債権者に転嫁できることが、ここで債権者が危険を負担することを意味するであろう。従って、例えば、特定物給付において特定物が毀損したために債務者が修補した場合、この修補費用を債権者に対して反対給付の履行の枠内で請求できることになる。つまり、債権者は当初の給付義務にその修補費用を上乗せして給付しなければ給付義務を尽くしたことにならないのである。あるいは、特定前の目的物の滅失により債務者が新たに目的物を調達するのに要した費用ないし新たな目的物の価格分を、債務者は従来の反対給付に上乗せしたうえで、反対給付請求権として要求できることになろう。しかし、これは飽くまで論理的な可能性であって、こうした給付請求を認めるとすれば、当初当事者によって設定された契約の「枠」を逸脱することになる。果して、このよう

な危険負担のあり方は認められるのであろうか。

この点について、ハーガーは次のように説いている。すなわち、「給付危険の移転は、対価危険の移転に論理的に直結する。売主が履行のために定められた商品の滅失にもかかわらず彼の給付義務から解放されるという要件の下でのみ、依然として、彼が反対給付、すなわち売買代金を請求しうるのか、という問題が差し迫ってくるのである。こうした給付危険と対価危険との相互関係は、給付危険が遅くとも対価危険と同時に買主に移転することを意味する」ことになる[13]。つまり、給付危険が債務者の下に止まるのに対価危険が債権者に移転するという、先のモデル④のような事態は認められないというのである。このことは、フーバーによっても明確に説明されている。すなわち、「給付危険は対価危険よりも遅れて移転しえない。なぜなら、対価危険の移転は、買主が売買物を取得することなく売買代金を支払わなければならないことを意味するためである。要するに、対価危険の移転は、給付危険の移転をも当然に含むのである[14]」。従って、対価危険を債権者が負担する時点では、そのこと自体が既に、遅くともその時点において給付危険も債権者が負担することを意味するのであり、反対に給付危険を債務者が負担する限り、対価危険は未だ債権者が負担しないことをも当然に含むことになる[15]。結局、給付危険と対価危険の移転時期が乖離するのは、給付危険を債権者が負担する一方で対価危険を債務者が負担する場合に限られるのであり（上述のモデル①のケース）、それ以外の場合には、給付危険と対価危険の帰趨は一致することになるのである[16]。

こうしたことから種類債務の特定を考えると、前章で見たように、特定を目的物の引渡から分離し、それよりも早期に生じうる余地を認める見解では、特定時に給付危険が債務者から債権者に移転するが、対価危険は尚債務者の下に止まることを認めることになる。つまり、給付危険と対価危険の帰趨を一致させない解釈なのであるが、こうした両危険の乖離は理論的には問題がない。つまり、先のモデル①のケースに該当するのである。こうした両危険の帰趨の乖離は、それぞれの危険負担原理の差異に求められようし[17]、実際に、価格の変動が激しい商品においては債務者の

調達価格が高騰して反対給付の価値を凌駕するために、一旦為された調達が無意味となった時に再び債務者に調達を義務づける――すなわち、調達危険を債務者が負担する――のが酷な結果となる点で、対価危険とは別個の給付危険の移転時期を求める積極的な意義が存在するのである。[18]

こうしたドイツ法上の給付危険および対価危険の関係は、我が国ではどのように考慮されるべきであろうか。とりわけ、対価危険の債務者負担には、給付危険の帰趨に従って論理的に二つのパターンが存在することが明らかになった（上述のモデル①③のケース）。これは、種類債務において特定前にはモデル③、特定後にはモデル①の債務者主義が適用されることで差異が現れるが、その差異は種類債務の給付危険の帰趨の差異の結果なのである。つまり、特定前にはドイツ民法典二七九条ないし二四三条二項に基づいて債務者が給付危険を負担することが定められており、これが前提となって反対債権の存続というパターンの対価危険債務者負担[19]が導かれることになる。これに対して、特定後には給付の不能が両債務の消滅をもたらすという対価危険の債務者主義が適用されるのであり、その原理を基礎付けるのが、ドイツ民法典二七五条なのである。従って、給付危険の債権者負担を定めるドイツ民法典二七五条の原理は我が国の民法典の何処に求められるのであろうか、特定による給付危険の移転を論じるうえでこの点の検討が不可避なのである。

(2) 民法典四八三条の意義

我が国の民法典は四八三条において特定物の現状引渡原則を定めている。この規定は、旧民法典財産編四六二条（草案四八三条）に基づいて制定された。[20]

草案四八三条

特定物の債務者は、引渡されるべき時にそれが現にある状態でそれを引き渡すことによって解放される。但し、四三九条に

より条件附債務における危険についてはこの限りではない。

物が債務者の費用で保存もしくは改良され、又は彼のフォートもしくは懈怠によって毀損された場合、その賠償はそれぞれ第一章第二節に従って当事者によって行われる。

この条文の趣旨について、ボアソナードは次のように説明している。すなわち、本条はフランス民法典一二四五条と同様の規定で、「特定物の債務者が、為されるべき物に関して為すべき注意および債権者が負担する不可抗力の危険に関する（草案財産編）三五四条および三五五条に掲げられた原則の確認でしかない」という。[21] ボアソナードは、草案三五四条において特定物債務の債務者に善良な管理者の注意義務を課し、その義務違反を債務者のフォートとして損害賠償責任と結び付ける。[22] さらに、草案三五五条は、「所有権が合意の効果のみで移転される時から、その対象である物の価値増大と同様滅失もそれを所有権者の利益と同様損失とするのが自然である」との考慮の下に、「物は所有権者にとって滅失する（res perit domino）」ことを定めている。[23] こうした危険負担理論を「確認する」のが本条の現状引渡原則であるというのである。その基準時として「引渡されるべき時」を確定し、債務者の附遅滞の場合は滅失・毀損の危険は尚債務者の下に止まるという例外も考慮されている。[24] ここでは、要するに、「為されるべき物が合意時に千円の価値を有し、引渡時に債務者のフォートによって九〇〇円以上の価値は有しないとすれば、……債務者は、彼のフォートによって九〇〇円の価値になった物を引渡すことでは解放されない、すなわち、彼はフォートによる罰として一〇〇円の損害賠償を付け加えなければならないのである」と説き、しかも、現状引渡原則の基準時を合意時にするのか、引渡時に求めるのかによって差異がないと言うのである。[25] さらに、この規定の原則は特定物に固有の原則であって、「債務者が種類または品質の債務を負う場合には、彼は必要費、フォート、懈怠によって彼の債務を修正しえず、あるいは、毀損、滅失によって彼の債務を縮減または消滅させえない」のであり、要するに「種類は滅失しない（genera non pereunt）」ことが指摘されている。[26]

こうしたボアソナードの解説から、草案四八三条の現状引渡原則の意義は次のように言うことができよう。特定物債務において債務者は引渡される時まで善良な管理者の注意をもって物を保存し、そうした注意義務を果たす限り損害賠償責任を問われることはない（三五四条）。債務者が善管注意義務を果たしているにもかかわらず、物が滅失・毀損する場合に危険負担の問題が登場するのであるが、草案はそうした危険を物の所有権者に帰すことを確定する（三五五条）。その対価危険負担原理の内容とは、「債務者は、常に毀損が彼の懈怠に帰せられない場合に、その現状で目的物を引き渡すことによって彼の引渡義務を満たすことにな」り[27]、「滅失が彼の所為でない限り、その滅失によって彼が解放される[28]」ことを前提に、所有権者である債権者に反対給付義務を命じることなのである。

従って、草案四八三条は特定物債務において目的物の後発的な毀損の際の債務者の引渡義務の運命を定めているのであり、目的物の後発的な滅失の際の引渡義務の消滅を定める草案財産編五六一条（旧民法典財産編五三九条）[29]とともに、給付危険の債権者主義を定める規定と理解できるものと思われる。但し、ドイツ法にいう給付危険の問題とは些か内容が異なることに注意が必要であろう。つまり、ドイツ法では給付危険規定である二七五条は債務者の責めに帰されない不能を要件とするのに対して、草案四八三条は債務者のフォートによる目的物の毀損についても関係する。その場合に、債務者は損害賠償義務も合わせて負担するのであり、その規定はその際の現状引渡義務をも含むこととなる。また、目的物の毀損は必ずしも給付義務の「不能」を意味するわけではないこともドイツ法との違いとして指摘できるであろう。

さらに、ボアソナードは、現状引渡義務が損害賠償によって補完されるため現状引渡原則の基準時が合意時でも引渡時でも結果は異ならないとするが、この点は問題である。合意時を基準時とする場合、債務者のフォートがない毀損においては、債務者は目的物を修補することによって目的物の「合意時」の状態の回復を義務づけられうるはずであり、そうした修補が不可能な場合には価値償還義務によって債務者の給付義務の維持を図らなければならない筈で

ある。[30] こうした修補や価値償還義務を債務者が負うのか負わないのか、これは一つの立法政策であろうが、その政策を明らかにするのが給付危険規定の意味するところである。ボアソナードはこの点を些か誤解していた節があるものの、「引渡されるべき時」を基準とすることによって債務者にそうした合意時の目的物の状態を回復する義務のないことを草案四八三条において宣言しているのである。

こうした旧民法草案の給付危険規則は現行民法典にどのように受け継がれたのであろうか。法典調査会において、現行四八三条は現行四〇〇条と一つの規定として提案された。

債権ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存シ且其引渡ヲ為スヘキ時ノ現状ニテ之ヲ引渡スコトヲ要ス

この規定について、起草者の穂積委員は、特定物引渡債務の債務者は引き渡すべき時の現状で目的物を引き渡すことによってその義務を果たすこととなるが、その際には善良な管理者の注意を債務者が払っていることが必要であるため、こうした規定が起草されたことを述べられている。つまり、債務者が善良な管理者の注意を欠いて目的物を毀損した場合には債権者はそれを受け取る義務はないためである。[31] そうであれば、この現状引渡義務とは引渡義務の限度を画す規定ということになろうが、起草委員の梅博士は、この「引渡されるべき時を基準とする現状引渡義務」とは一つの「立法政策」であり、この規定の趣旨とはその政策の表明であると説かれる。[32]

この「立法政策」を定める本条の趣旨は、その後の学説でも基本的には見誤られてはいない。尤も、その「立法政策」の根拠については、目的物に利益が付加する場合と毀損する場合との対応関係を指摘する見解[33]もあるが、「給付の目的物が特定しているときは、他物をもって代えることができない」として、特定物の性質自体に求める見解も主張される。[34] そして、特定物が他物と代替性がないことからすれば、債務者が善良な管理者の注意をもって目的物を保存する限り、目的物を履行期の現状で引渡すべきことは当然であり、また危険負担制度の存在や債務不履行制度によ

る処理等が介入する以上、「四八三条は格別の意義を有しない規定」[35]であり、あるいは「無益な装飾的規定」[36]であり、「本条独自の存在理由は、……（現状引渡の基準時）の宣明以外にはすべて失われている」[37]との理解へと繋がってゆくことになる。

こうした理解に対して、四八三条に一定の意義を見出そうとする見解が存在する。一方で、北川教授は、他の競合する危険負担や債務不履行といった諸制度が存在する場合にはそうした制度によって特定物債務の運命は定められるのであるから、結局、四八三条において「特定物上のあらゆる変化が考えられている」から「特定物について発生した変化に対する法的規制は、本条以外の他の諸制度による解決に還元されている」ことになる、とされる[38]。従って、「むしろ、本条の『現状引渡』は、履行障害事由とならない法的事実、つまり、特定物の変化のうち債権関係の不正常な展開にいたらない事態に関連するものと解する余地があ」り、本条は「債務の対象となっている本来の特定物と法的同一性を失わない変化に関するもの」と把握すべきことを主張されるのである[39]。

他方、甲斐教授は、四八三条を給付危険の債権者負担を定める規定として理解する余地のあることを示唆されている。すなわち、「特定物債務の目的物が不可抗力で滅失した場合には、債権者はその債権を失うことになる（四一五・四八三）から、債権者が履行危険を負担することになる」[40]。そして、対価危険の債権者主義の根拠として、「特定物債権で物が滅失・毀損したときは、債務者は履行をなしたことになるから債権者は反対給付をなすべきである」との構成の可能性がありうるが、「四八三条のこのような解釈は、瑕疵担保責任については近時疑問視されており、危険負担についても契約の双務性を考慮しないものであるとの批判を免れない」と説明されている[41]。

特定物債務において債務者の責めに帰すべき事由により目的物が毀損した場合、債務者の給付義務が目的物の現状引渡で尽くされるわけではないことは当然であろう。その場合には合わせて損害賠償義務をも尽くす必要があり、結局、債務者の給付義務として現状引渡義務が適用されるのは債務者に善管注意義務違反のない場合に制限されると解

して良いように思われる。[42] その場合に、四八三条は特定物に生じる全ての変化を対象とするのか、それとも給付障害事由に至らない、いわば「特定物の同一性を破壊しない」変化のみを対象とするのか、が問題とされているのである。しかし、この議論の立て方は四八三条の意義を見据えたうえで他の諸制度との関係を把握するのではなく、競合する他の諸制度の存在を前提に四八三条の機能する余地を僅かに見出そうとする理解であって、四八三条を前提としない他の諸制度の理解が先行している。つまり、債務者の責めに帰されない目的物の毀損という事態は、危険負担制度による処理と競合する。その際に、危険負担制度では目的物の毀損・滅失による債務者の給付義務の縮減・消滅を前提に反対給付の運命が語られるのである。[43] なるほど、少なくともドイツでは給付危険も債権者に移転されていることが当然の前提とされるべきことが主張されており、給付危険を債務者に負担させつつ、その損失を債権者に転嫁して対価の価値を引き上げることが不適切であるとすれば、対価危険の債権者主義においては、その前提に当然給付危険も債権者の負担となることが暗黙理に含まれていると言えようか。[44] しかし、対価危険の債務者負担の際には、給付危険が債務者に負担されるのか債権者に負担されるのかはまさに「立法政策」の問題である。我が国の民法典五三六条は給付の不能の際に債務者の義務の消滅――給付危険の債務者負担――を前提に、反対給付義務の消滅がもたらされるという意味での対価危険の債務者負担を定めているため、給付危険問題も五三六条の枠内で処理されているものと見ることも可能かもしれない。しかし、本来、五三六条が定めるのは飽くまで対価危険の問題であり、給付危険を定める別個の規定を前提にして反対給付義務の運命を扱うものである。しかも、五三六条が双務契約に固有の規定であることからすれば、片務契約においては五三六条の関与はありえず、そこでの給付危険のあり方は当然には帰結されえないはずである。特定物が後発的に「毀損」した場合に、尚債務者に修補ないし価値償還義務を認めるのか、それとも現状引渡で足りるとするのか、この給付危険の帰趨こそがまさに四八三条が定める「立法政策」なのである。従って、特定物債務における後発的毀損の場合の給付危険が債権者によって負担されるべきことは、四八三条を根拠にし

て始めて認められることなのである。[45] 結局、四八三条は、特定物が後発的に被る全ての変化を対象とし、北川教授が説かれるように「目的物の同一性を失わない変化」に限定されるものではないと考える。そうした「目的物の同一性を失わない変化」とは、北川教授自身が言われる通り、「特定物に生じた変化にかかわらず、その特定物の提供が有効な弁済の提供となるか」の問題であり、[46] そうであればこの問題は四九二条および四九三条において評価されるべき問題なのである。

(3) 小　括

種類債務の特定によって給付危険が債務者から債権者へと移転すること、これが特定の本質的効果であるとした。このことは、我が国の民法典では給付危険の債権者負担を定める四八三条が種類債務の特定時から適用されることを意味することになる。[47] 勿論、四八三条は目的物の毀損のケースのみを対象としており、目的物が滅失した場合については直接関係しない。旧民法典はその財産編五三九条に特定物債務の際の目的物の滅失による債務の消滅を定めていたが、この規定が現行民法典には直接引き継がれなかったことに起因して、目的物の滅失の際の給付危険規定が欠落することになったのである。しかし、目的物の毀損と滅失で給付危険の帰趨を分ける意味はないであろうし、少なくとも滅失の際に給付危険が債務者に、毀損の際に債権者にといった給付危険の振り分けに合理性はないであろう。寧ろ、給付危険の所在は毀損のケースが問題であろうし、その場合に債権者負担を定めれば滅失の際にその原理を覆す合理的な根拠が見出されない限り、当然給付危険は債権者が負担することになるはずである。目的物の滅失の場合には、四八三条の類推によって債務者の給付義務の消滅を認めることが可能ではなかろうか。少なくとも、債務の消滅というこの結果自体は、前節で見たように現行の対価危険規定を基礎付けているし、四八三条に根拠を求めるか否かは別として、[48] 学説上も争いはない。[49]

このように、特定物債務あるいは種類債務の特定後には給付危険が債権者に移転することにより、目的物の毀損（または滅失）の場合には、債務者の給付義務は縮減（または消滅）するのであり、このことを四八三条は定めていると解する場合には、先述した今日の多くの学説が危惧するように、他の諸制度と四八三条との競合が生じうる。先に見た通り、対価危険負担制度との競合は、四八三条が対価危険制度の前提となる給付危険の帰趨を定めていることと解することで問題は生じない。寧ろ問題となるのは、売主の瑕疵担保責任制度との関係・競合問題なのである。

時として、瑕疵担保責任に関する法定責任説は、四八三条を「特定物ドグマ」の根拠条文として挙げることがある。つまり、原始的な瑕疵があるとしても四八三条に基づいて、売主は引き渡すべき時の状態で目的物を引き渡す義務を負うのであり、従って、売主には瑕疵のない目的物を引き渡す義務は課せられないというのである。[50] しかし、四八三条は後発的な毀損に関する現状引渡原則を定めるものであって、原始的毀損ないし瑕疵については何ら関係しない。原始的瑕疵がある場合に債務者がその瑕疵を修補して合意に適った目的物を引き渡さなければならないのか、それとも瑕疵あるままで引き渡せば債務は履行されるのかについて、四八三条は何らの規範的命令も下してはいないのである。[51]

あるいは時として、瑕疵担保責任に関する債務不履行責任説の中には、「引渡時危険移転説に従う場合には、引渡時までは売主が危険を負担するのであるから、その時までに生じた目的物の瑕疵は、それについて買主に帰責事由がある場合を除き、売主の帰責事由の有無を問わず売主がその損失を負担する。……したがって引渡時危険移転説の下では原始的瑕疵か後発的瑕疵かを問うことなしに売主が瑕疵担保責任を負うと解すべきである」との主張が見出される。[52] 売主にあるべき給付義務を認め、瑕疵ある目的物の引渡が債務不履行を構成し、買主には瑕疵担保責任の追及とともに完全履行請求権も認められるとすれば、後発的毀損についても完全履行請求権が認められるのであるから、売主は目的物の毀損を修補する義務を負うこととなる。なるほど、そうした毀損についての損失自体は買主に転嫁でき

ないため、最終的に債務者である売主が負担しなければならないこととなり、対価危険は債務者が負担することになる。しかし、危険負担原則からすれば、我が国の民法典は後発的毀損に関して四八三条が現状引渡原則を定める以上、対価危険の債務者負担という対価危険の帰趨自体には差異がなくとも、給付危険の帰趨が全く異なるのである。つまり、完全履行請求権を認める限り給付危険は債務者が負担することになり、これは給付危険の債権者負担を定める四八三条と矛盾することとなる。[53][54]

このように、四八三条の現状引渡原理は後発的毀損に関して債務者の完全履行請求権と矛盾するという点で、不完全履行理論において重要な意義を有することが明らかになる。そして、種類債務において、一方で瑕疵ある物の引渡が原則として売主の不完全履行を意味し、他方で種類債務の特定後には四八三条の適用があるとの私見に立てば、瑕疵ある目的物の給付によって種類債務は特定するのか、特定するとすれば不完全履行理論と四八三条はどのように整合的に解釈できるのかが問題となるはずである。

（1）給付危険の債権者負担の意味については、Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 3 Aufl., 1991, München, § 6 Ⅲ1, S.84f., Aristide Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, 1981, München, S.79. さらに、第一章注（4）参照。

（2）種類債務における給付義務の存続、すなわち「種類は滅失せず（genus perire non censetur）」を定めるのが二七九条であるのか否かについては議論があることについては、第三章第三節参照。

（3）Walter Erman/Olaf Werner, Handkommentar zum B.G.B., 9 Aufl., 1993, Münster, § 243, RdNr.13, S.545, Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert/Arndt Teichmann, B.G.B., 12 Aufl., 1990, Stuttgart/Berlin/Köln, § 243, RdNr.11, S.170, Volker Emmerich, Münchener Kommentar, 3 Aufl., 1994, München, § 243, RdNr.38, S.298, Walter Erman/Wilhelm Sirp, Handkommentar zum B.G.B., 7 Aufl., 1981, Münster, § 243, RdNr.13, S.532, Julius von Staudinger/Dieter Medicus, Kommentar zum B.G.B., 12 Aufl., 1983, Berlin, § 243, RdNr.38, S.12.

（4）この経緯に関しては、第二章注（82）（83）および該当本文参照。

(5) この点については、第一章注（8）参照。勿論、目的物の滅失という「危険」自体は分離しえない一つの事実であるが、危険負担における「危険」概念とは、目的物の滅失という事態ではなくその「損失」を意味するのであり、その「損失」分担のありかたを巡って便宜的な整理概念として二つの「危険」概念が用いられるものと考えられよう。こうした「危険」概念については、既に古くに指摘がある。津田利治＝内池慶四郎編著・神戸寅次郎民法講義（慶應義塾大学出版会・平成八年）三四二頁参照。

(6) EMMERICH, a.a.O.(Note 3), § 275, RdNr.33ff, S.635ff.

(7) ドイツ民法典三二三条一項

双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責めにも帰すべからざる事由により不能となるときは、その反対給付請求権を失う；一部不能のときには、反対給付は、第四七二条及び四七三条により減少する。

（椿寿夫＝右近健男編〔右近〕ドイツ債権法総論（日本評論社・昭和六三年）二一七頁）。

(8) ドイツ民法典二七〇条一項

債務者は、疑わしいときは、自己の危険と費用とに基づき債権者の住所へ送金しなければならない。

（椿＝右近編〔右近〕前出注（7）二一七頁）。

(9) 例えば、Walter ERMAN, Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache, JZ., 1960, S.42f., Walter ERMAN/Hermann WEITNAUER, Handkommentar zum B.G.B., 7 Aufl., 1981, Münster, Vor § 459, RdNr.17, S.1035, Eugen Dietrich GRAUE, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, 1964, Heidelberg, S.277 u.288.

(10) 債務者の価値償還義務については、とりわけ給付不当利得における返還関係において議論されている。双務契約の履行後に無効・取消・解除がなされた場合に目的物の返還債務者にとって目的物の不可抗力の滅失により返還不能となる場合、その物の返還債務者と反対給付の返還債務者の双方の債務が「事実的牽連関係」に立つとすれば、目的物の返還義務がその滅失によって消滅するため、反対給付返還債務の履行のみを認めるとするのは、実質的に危険負担について債権者主義を意味することになる。従って、「事実的牽連関係」を貫徹するためには、そうした場合に反対給付義務を否定するか、あるいは目的物の価値を債務者に償還させることで調整する必要があるというのである。こうした点に関しては、我妻榮・債権各論下巻一（民法講義Ⅴ4）（岩波書店・昭和四七年）一〇八九頁以下、川村泰啓・商品交換法の体系Ⅰ（勁草書房・昭和四七年）二七六頁以下、松坂佐一・事務管理・不当利得（新版）（有斐閣・昭和四八年）二二五頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得（青林書院・昭和五六年）一三三頁以下、好美清光「契約の解除の効力――とりわけ双務契約を中心として――」遠藤浩＝林良平＝

水本浩編・現代契約法大系・第二巻（有斐閣・昭和五九年）一八二・一八三頁、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（上）（下）」判例タイムズ五五六号（昭和六〇年）一六頁以下、五五七号三四頁以下、同「無効な双務契約の清算と不当利得」判例タイムズ五五八号（昭和六〇年）一九頁以下、加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造（有斐閣・昭和六一年）四四九頁以下、山田幸二・現代不当利得法の研究（創文社・平成元年）一三三頁以下、澤井裕・テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（有斐閣・平成五年）三〇頁以下、三四頁以下、小野秀誠「清算関係における危険負担（一）」一橋大学法学研究二二号（平成三年）三七頁以下、同「危険負担と返還関係」一橋大学法学研究二三号（平成四年）四一頁以下、河上正二「契約の無効・取消と解除（その2）」法学教室一六〇号（平成六年）七五・七六頁、鈴木禄弥・債権法講義（創文社・平成七年）六九九頁以下等を参照。そこで言われる価値償還義務ないし価値賠償義務は、目的物の返還義務の「変形」であり、債務者の本来の給付義務の存続を認める法技術なのであって、売買契約であれば、買主の目的物返還債務は目的物の滅失によって実質的な変更を被らないことになる。これは、すなわち目的物の返還義務について買主が給付危険を負担することを意味することとなろう。

(11) 尚、エッサー＝シュミットは、債務者が損害賠償義務を負担することをも債務者が給付危険を負担するものと理解する。Josef Esser/ Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd.1, Teilband 2, 7 Aufl., 1993, Heidelberg, § 22 V1, S.15.

(12) 勿論、こうしたモデル③のケースについては殊更対価危険の債務者主義ということが言われるわけではないが、ここでは両危険の帰趨についての論理的な可能性を検討しているため、敢えて対価危険の債務者負担についても論じているのである。

(13) Günter Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1982, Frankfurt am Main, S.225.

(14) Hans Theodor Soergel/ Wolfgang Siebert/ Ulrich Huber, B.G.B., 12 Aufl., 1991, Stuttgart/Berlin/Köln, Vor § 446, RdNr.9, S.592. ヴェスターマンも、「対価危険の問題は、給付義務が消滅して初めて現れる」として、モデル④の可能性を否定する。Harm Peter Westermann, Gefahr und Gefahrübergang im Schuldrecht, JA., 1978, S.482. 同様に、Josef Esser/ Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd.2, 7 Aufl., 1991, Heidelberg, § 5 IV7, S.64, Esser/Schmidt, a.a.O.(Note 11), § 22VII2, S. 18. Emmerich, a.a.O.(Note 1), § 6 III 2, S.85.

(15) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O.(Note 14), Vor § 446, RdNr.9, S.592.

(16) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O.(Note 14), Vor § 446, RdNr.7f., S.591.

(17) 前章注(161)参照。

(18) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O.(Note 14), Vor § 446, RdNr.8, S.591f. ここで、「給付危険」と「調達危険」という二つの「危険」概念が現れるが、これらの危険概念についてはドイツでも明確に峻別がなされているわけではない。例えば、ヘンスラーは、債務者が給付危険ないし調達危険を負担するということは、それらの危険が「不能の限度まで支出危険、すなわち無駄となる支出の危険へと転化する」ことを意味すると説く（Martin Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, Tübingen, S.41）。目的物が滅失しても尚債務者が引渡債務に拘束されることは、要するに新たに債務の履行のために供される目的物の準備に要する支出が債務者の負担となることを意味するのである。この点、コラーは、端的に給付危険ないし調達危険が「出費の増加危険（Aufwandserhöhungsrisiko）」を意味すると説くのである（Ingo Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, München, S.1ff.）。従って、両「危険」概念が債務者の損失として現れる局面では同様に扱われうるのも肯首できよう。しかし、調達危険は調達債務に固有の危険概念であり、その意味では給付危険とは別個の概念であって、例えば、在庫債務において、債務者は種類債務者として給付危険を負担するが、調達危険は負担しないのである。また、特定物債務では債務者は給付危険を負担しないが、調達危険を負担することは想定されうる。この点については、Esser/Schmidt, a.a.O.(Note 11), § 22 V 2, S.16.

(19) 前出注（12）でも述べたように、対価危険についてはここで殊更債務者主義とは呼ばれないが、このことは債務者が給付危険を負担する限り債権者が対価危険を負担しえないとの考え方が当然の前提とされていることに由来するものと思われる。しかし、論理的には、こうした危険負担のあり方も対価危険の債務者負担の一つと考えられるはずである。このような思考方法を危険負担の理解に導入する試みとして、石田教授は次のように説かれている。「売主の帰責事由なしに履行不能を生じたときでも、売主には完全給付義務があるため、その給付を金銭に評価して支払うべき債務（塡補賠償義務に均しい）が、売主には存在する。そうすると、売主は代金相当額の金銭を、買主は売主に代金を支払うこととなり、これでは売買契約を存続させても無意義であるため、ことを危険負担の問題として扱うことにしたのではないか、と推測する」として、その原理から危険負担の債務者主義の合理性を説かれている（石田喜久男「断簡売主瑕疵担保責任」神戸法学年報五号（平成元年）一八七・一八八頁）。

(20) 現行民法典四八三条のフランス法からの沿革を扱うものとして、川村・前出注（10）二四八頁注（1）、前田敦「特定物債務の現状引渡と危険負担――立法沿革から考察した民法四三条――」法学政治学論究二四号（平成七年）三八五頁以下。

(21) Gustave Boissonade, Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.2, 2ème éd., 1883, Tokio, numero 473, p.518.

(22) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 136, pp. 146 et 147.

(23) Boissonade, op. cit.(note 21), numeros 138 et 140, pp. 148 et 149. 尚、フランス法から旧民法を介して現行民法の危険負担制度を扱うものとして、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。

(24) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 473, p. 519.

(25) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 473, p. 519.

(26) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 474, pp. 519 et 520.

(27) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 139, p. 148.

(28) Boissonade, op. cit.(note 21), numero 139, p. 149.

(29) 草案財産編五六一条

債務が特定物の引渡を目的とし、債務者のフォートなくして且つ債務者が遅滞となる前に、目的物が滅失し又は取引から姿を消した場合には、債務は消滅する。債務が、一定の物の全ての中から選択されるべき物を目的とし、全ての引渡が不能となる場合にも、同様である。

為す債務又は為さざる債務も、その履行又は不作為が同じ要件の下で不能となる場合に、同様である。

ボアソナードは、フランス民法典一三〇二条に倣って、特定物債務における目的物の滅失による引渡債務の当然消滅をここに定めている。それに加えて、種類債務の場合にも債権者の関与しない債務者の給付準備行為は特定とは評価されず、従って債務者の引渡義務の存続にはそうした準備された目的物の滅失は影響しないが、種類全体が取引の外に置かれたような場合や、あるいは、制限種類債務における制限された種類物の全部滅失の場合に、例外的に債務者を引渡義務から解放することを付け加えているのである。Boissonade, op. cit.(note 21), numero 635, pp.723 et suiv.

(30) ボアソナードは、債務者が目的物を修補した場合には、その賠償を事務管理の原則に従って、債権者に求めることができることを草案四八三条二項に定めている。仮に、そうした目的物の修補を債務者に義務づけその賠償を債権者に求めえないとすれば、それは給付危険も対価危険も債務者が負担することを意味する。しかし、草案は所有権者主義に基づいて債権者に対価危険を負担させることを原則としているため、そうした解決方法は採りえないのである。そこで、債務者に給付危険を負担させ、対価危険を債権者に負担させることで対価危険の原則を貫徹しようとすれば債務者は修補に要した費用の償還を債権者に求めることを定めなければならない。しかし、これは少なくともドイツでは危険負担原理としては認められない両危険の組

み合わせとなる。ボアソナードは給付危険も対価危険も債権者に負担させるのを原則としながら、債務者が任意に目的物を修補した場合にそうした危険の債権者への転嫁を二項で認めているのであり、例外的な扱いではあるが給付危険債務者負担・対価危険債権者負担の危険の帰趨原理を認めつつ、草案の体系的な整合性を図っているのである。

(31) 法典調査会民法議事速記録二（商事法務研究会・昭和五九年）九七五頁。

(32) 梅謙次郎・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）二五〇・二五一頁。

(33) 梅謙次郎・前出注（32）二五〇・二五一頁。しかし、目的物に果実が生じた場合には、果実が目的物とは別個の物である以上、債務者に帰属するという限りで、梅説に反対する見解もある。我妻榮・債権総論（民法講義Ⅳ）（岩波書店・昭和三九年）二七・二八頁。

(34) 於保不二雄・債権総論（有斐閣・昭和四七年）三六一頁、同旨、平井宜雄・債権総論（弘文堂・昭和六〇年）一二八頁、奥田昌道・債権総論（悠々社・平成四年）三八頁、平野裕之・債権総論（信山社・平成七年）一二頁。

(35) 奥田・前出注（34）三八頁。

(36) 林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男〔石田〕債権総論（青林書院・昭和五七年）二〇七頁。

(37) 平井・前出注（34）一二八頁。

(38) 磯村哲編〔北川善太郎〕注釈民法（12）（有斐閣・昭和四五年）一六六・一六七頁。

(39) 磯村編〔北川〕前出注（38）一六七頁、北川善太郎・債権総論（民法講要Ⅲ）（有斐閣・平成五年）三七頁。この見解を支持するのは、林＝石田＝高木〔石田〕前出注（36）二〇七頁、前田達明・口述債権総論（成文堂・昭和六二年）三五頁。

(40) 谷口知平編〔甲斐道太郎〕注釈民法（13）（有斐閣・昭和四一年）二八四頁。

(41) 谷口編〔甲斐〕前出注（40）二九三頁。

(42) 北川・債権総論・前出注（39）三六頁。北川教授は、こうした考え方が通説であると説かれている。

(43) 例えば、我妻博士は、「双務契約の各債務が完全に履行される前に、一つの債務が債務者の責に帰すべからざる事由によって履行不能となって消滅した場合には、他の債務は、いかなる影響を受けるか」という問題を危険負担の問題とされている（我妻榮・債権各論・上巻（民法講義Ⅴ1）（岩波書店・昭和二九年）八五頁）。石田助教授も、「危険負担とは、双務契約の締結後に、当事者の一方の債務が同人の責に帰すべからざる事由によって消滅した場合に他方当事者の債務の運命はどうなるのかという問題である」と定義されている（石田穣・民法Ⅴ（契約法）（青林書院・昭和五七年）五七頁）。

(44) しかし、旧民法では、一定の範囲でそうした対価危険の制度が認められていたことについては、前出注（30）参照。

(45) 同旨、前田・前出注（20）四〇九頁、川村・前出注（10）八二頁。

(46) 磯村編〔北川〕前出注（38）一六七頁。

(47) 中島玉吉・民法釈義（金刺芳流堂・大正一三年）一八一頁、勝本正晃・債権法概論（総論）（有斐閣・昭和二四年）一一二頁、小池隆一・債権法総論（泉文堂・昭和三一年）三四頁、川村・前出注（10）八二頁、林＝石田＝高木〔林〕前出注（36）三六頁、山川一陽・債権法講話（有信堂・平成五年）一三頁、潮見佳男・債権総論（信山社・平成六年）七一頁以下、平野・前出注（34）一七頁。尚、水本教授は、特定による種類債務の特定物債務化を認めるなら、四八三条の適用も認めるべきことを指摘されている。水本浩・債権総論（有斐閣・平成元年）一三頁。

(48) 近時、小野教授は、民法五三四条を給付危険の債権者負担を定めた規定と解すべきとの主張を展開されている（小野秀誠「種類物売買における危険負担」一橋論叢一〇二巻一号（平成元年）三七頁）。五三四条の対価危険の債権者主義がその合理性を疑われ、多くの批判に晒されて、いわば空文化された解釈論が展開されている中で、五三四条を給付危険規定と解釈することでその条文に意義を付与しようとする試みである。勿論、立法趣旨からは五三四条が対価危険を定めた規定であるとの理解は疑われず、このこと自体まで疑われるわけではないが、解釈論としては興味深い。しかし、私見のように、給付危険の債権者負担規定を四八三条に見出すことが可能であるとすれば、五三四条をそのように給付危険規定と解釈する意義もまた失われよう。

(49) 起草者の富井博士は、こうした結果を「当然ノコトデアル」と説かれていた（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）七六五頁）。その後の学説において、種類債務の特定後には、目的物の滅失により給付義務も消滅することを認めるものとして、石坂音四郎・日本民法第三編債権第一巻（有斐閣書房・大正元年）一四九頁、石田文次郎「種類債務の特定を論ず」法学論叢七巻四号（大正一一年）七〇頁、松坂佐一・民法提要・債権総論（有斐閣・昭和五七年）四一頁、石田喜久男編〔中井美雄〕債権総論（青林書院・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）二〇頁、近江幸治・民法講義Ⅳ・債権法総論（成文堂・平成六年）三六頁、鈴木・前出注（10）二六八頁。

(50) かつて曄道博士は、「瑕疵ヲ担保スルハ売主ノ給付義務即財産権移転ノ義務ノ一部ナリトスルハ非ナリ若シ然ラストセハ売買ノ目的タル特定物ニ瑕疵アルトキハ買主ハ其受領ヲ拒絶シ得サルヘカラス然ルニ特定物売買ニ於テハ買主ハ瑕疵アル物ヲ買ヒタルナリ売主ハ引渡ヲ為スヘキ時ノ現状ニ於テ其物ヲ引渡セハ債務ヲ免ルヘキハ論理ノ要求スル所ナリ（四八三条）」として、売主の給付義務と担保責任との区別の論拠を四八三条に求められた（曄道文藝「売買ノ瑕疵担保ヲ論ス」京都法学会雑誌五巻五号（明治四三年）四三頁）。磯村博士は、「担保責任の本質は、履行義務＝債務不履行責任の不存在の場合において有

償契約の等価的均衡を維持する手段たるところにある。従って、特定物の売買において物に瑕疵ある場合売主の履行義務は当該特定の物を現状で引渡すべきことにつきるのであるから（四八三条参照）、瑕疵担保責任が技術的意味における『担保責任』たることは疑いはない」と説かれる（磯村哲「売買・贈与」法学セミナー一六号（昭和三二年）一四・一五頁）。同様に広中教授は、「そもそも技術的意味における担保責任は、履行義務＝債務不履行責任の不存在の場合に有償契約における両給付の等価的均衡を維持する手段として機能するものである（履行義務が存在するところでは不履行責任が等価的均衡を維持する手段として機能する）。そして、特定物の売買において物に瑕疵がある場合、売主の履行義務がその特定の物を引き渡すべきことに尽きるかぎり（四八三条参照）、瑕疵担保責任が技術的意味における担保責任であることは一応疑いない」とされる（広中俊雄・債権各論講義（有斐閣・平成六年）五七頁）。また、高森教授も、「この土地、この建物、この自動車を引き渡すという特定物債務においては、もし目的物に権利の瑕疵、物の瑕疵があっても、それと別な、完全なものを引き渡して、売主は債務を免れることはできないし、民法四八三条が債権の目的が特定物の引渡なるときは、弁済者は引渡をなすべきときの現状にてその物を引渡すことを要すと明言している以上、それをする必要もない訳である」と説かれている（高森八四郎「売買における売主の所有権移転義務」法学論集（関西大学）四三巻五号（平成六年）七頁）。こうした見解においては、四八三条が「特定物ドグマ」の実定根拠とされているのである（北川善太郎・契約責任の研究（有斐閣・昭和三八年）三六六頁）。この点、於保博士は、四八三条を前提に「特定物に瑕疵があっても、その現状で引き渡せば不完全履行となることなく、これは物の瑕疵担保責任の問題となると通常解されている」としながらも、引渡義務の対価と同価値の権利供与義務の視点から、担保責任を履行責任として構成する可能性を指摘されている（於保・前出注（34）三二頁注（三）および一一一頁以下）。

(51) 神田教授は、特定物売買における売主の「現状有姿の引渡義務」を認められるが、四八三条が一方的債務関係を対象とし双務有償性を考慮していないことに基づいて、給付義務の根拠に四八三条を援用することを批判される（神田博司「瑕疵担保による損害賠償の範囲」中川善之助＝兼子一監修・不動産法大系第一巻（青林書院新社・昭和五〇年）三八三頁注（2））。しかし、ボアソナードの説明にも明らかなように、四八三条の典型的な適用例は売買契約なのであり、売買契約において四八三条の適用を排除する考え方には賛同しえない。寧ろ、石田助教授が、「民法四八三条は、債務者が善管注意義務を尽くしても目的物に毀損が生じた場合にはそのまま引き渡せば免責される趣旨のものと解すべきであ」るとして、四八三条を基礎に主張される特定物ドグマを批判されるのが正当であろう（石田穣・損害賠償法の再構成（東京大学出版会・昭和五二年）二一六頁）。

(52) 半田吉信・担保責任の再構成（三嶺書房・昭和六一年）一四八・一四九頁。この点についても、債務不履行責任としての

瑕疵担保責任を説かれる於保博士は、そうした構成においては「もちろん、双務契約における危険債権者主義の不当性をあわせて是正することが必要となる」として、債務不履行責任としての瑕疵担保責任と危険負担における債務者主義との連動を指摘されている（於保・前出注（34）一一二頁注（一））。同様に、北川教授も、後発的瑕疵についての瑕疵担保責任と危険負担債権者主義の価値判断の調整として、危険負担の債務者主義の採用を前提に瑕疵担保責任を危険負担の特則と解釈する可能性を示唆されている（北川・前出注（50）三七一頁）。瑕疵担保責任の債務不履行構成を主張される星野教授も、瑕疵の基準時を危険移転時とし、その危険移転時点については現実の提供時として、実質的な危険負担の債務者主義を主張されているのも注目される（星野英一・民法概論Ⅳ（良書普及会・平成六年）五七頁および一三三頁）。

(53) 半田教授は、「危険負担債務者主義に従って解する場合には、同条（四八三条）は、特定物債務に特有の法理（代替不可能）を注意的に規定したものにすぎないことにな」るとして、四八三条を対価危険の債権者主義との関連で位置づけようとされているように見受けられる（半田吉信「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）一三四頁注(12)）。しかし、四八三条の定める現状引渡原則は、寧ろ対価危険の債務者負担原理の際に、その前提となる給付危険の帰趨を確定する「立法政策」として重要なのである。

(54) 四八三条が「目的物の同一性を失わない変化」を対象とする規定であると理解する見解は、実はこうした目的物の後発的な瑕疵について債権者の完全履行請求権と四八三条の抵触を回避すべく主張されたものと理解することも可能である（於保・前出注（34）三一頁注（一）参照）。しかし、こうした四八三条の理解は疑わしい。四八三条は「目的物に生じた後発的なあらゆる毀損」を対象とするものと理解すべきである。但し、四八三条は毀損による給付の不能を問わずに給付義務の縮減を定めているが、今日、「毀損」をあらゆる毀損を対象とするものではなく、修補可能な場合には完全履行請求権を尚認めるとの解釈によって四八三条の適用範囲を限定する方向も考えられる余地があろう。その場合には、債務不履行責任説が完全履行請求権を原則として認める場合であっても、その履行不能の場合には四八三条によって完全履行請求権が制限されることとなり、四八三条との抵触は避けられうる。そこでは、「毀損」による給付の不能が四八三条の要件に組み込まれることとなろう。