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

Title	他人物による弁済
Sub Title	Zur Erfüllung der fremden Sache
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.123- 145
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0123

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.

他人物による弁済

北居　功

一．二度目の弁済提供
二．フランス民法典
　1　第一二三八条の適用範囲
　2　弁済無効の請求権者
　3　弁済無効の効果
　4　他人物による代物弁済
三．旧民法
　1　他人物弁済
　2　代物弁済
四．現行民法
　1　他人物弁済の効力
　2　他人物による代物弁済
五．他人物弁済と他人物売買

一．二度目の弁済提供

契約に適合しない物が買主に給付された場合、売主に追完のために二度目の弁済提供を認めるべきかどうかは、

債務不履行として再構成される瑕疵担保責任論においても重要な課題の一つである。売主の二度目の弁済提供を、売主の義務として認めるべきか、それとも売主の権利として認めるべきかはさておくとしても、原則として、売主に二度目の弁済提供を認める方向自体は支持されよう。(1)

この問題は、とりわけ契約不適合物の給付の場合に買主に売主に対する追完請求権を認めるべきかどうかという、いわゆる瑕疵担保責任の法的性質とその効果をめぐって議論されてきた経緯がある。しかし、実は、わが国の民法は、この問題の解決の手掛かりとなる規定をすでに設けているとも映る。それが、民法第四七五条のいわゆる他人物による弁済を規律する規定である。

この規定は、フランス民法典第一二三八条を旧民法財産編第四五五条を介して継受した規定であるため、以下では、まずフランス民法典、次に旧民法の規定内容を検証したうえで、現行民法の前記規定の現代的意義を探求することとしよう。

二．フランス民法典

フランス民法典第一二三八条第一項は、次のように定めている。

第一二三八条第一項

有効に弁済するには、弁済として与えられる物の所有者であり、それを譲渡する能力を持たねばならない。

この文言から明らかなとおり、弁済の有効要件の一つとして、弁済者が弁済される物の所有者であること、お

よび、それを譲渡する能力者であることが必要とされている。譲渡能力の問題は別稿に譲り[2]、本稿はもっぱらこの所有者要件に着目する。

1　第一二三八条の適用範囲

まず、この規定はおよそ弁済一般に関する有効要件を定めるように映るが、この点が批判を受ける。第一二三八条が前提とするのは、弁済によって弁済目的物の所有権が債務者から債権者に移転されることである。事実、第一二三八条が由来するポチェの『債務法概説』が説くところでは、「債務が何か物を与えることである場合、弁済は、我々がすでに述べたとおり、その物の所有権の供与または移転からなるため、そこでは、弁済が有効となるためには、弁済がその者が弁済した物の所有権を移転することができる者によって為されたことが必要である。その結果、弁済が、弁済された物の所有者によってまたはその同意から為されていなければ、弁済は有効ではないことになる。というのも、そうでなければ、弁済する者は、彼が弁済をする債権者にその物の所有権を移転できないからである。すなわち、何人も自己の有する以上の権利を他人に移転することはできない（Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet）、学説彙纂第五〇巻第一七章第五四法文」[3]。

しかし、弁済は必ずしも与える債務の弁済に限られないのに、第一二三八条が想定する弁済は所有権の移転を内容とする債務の弁済に限定されるため[4]、第一二三八条の規律は「明らかに誤りである」とさえ評される[5]。物の引渡しを内容とする債務であっても、たとえば使用借主や賃借人あるいは受託者または質権者は、目的物をそれぞれ使用貸主、賃貸人あるいは寄託者または質権設定者に返還する債務を弁済するに際して、所有権を移転する債務を負っていないことも明らかである[6]。たとえ所有権を移転することを内容とする債務であっても、フランス民法典は、特定物の所有権の移転を合意の効果として、合意時点でただちに所有権が債務者から債権者へと移転

することを定めている（第七一一条、第九三八条、第一一三八条、第一五八三条参照）。確かにポチエの時代は、ローマ法以来の伝統に沿って引渡しによる所有権移転を原則としていたため、[7] ポチエは、弁済による所有権の移転を前提にして、弁済者が所有者でなければならないと説いた。しかし、フランス民法典の許では、もはやそのような説明は妥当しない。マルカデは、ポチエが弁済による所有権移転を前提にした慎重さと対比して、フランス民法典が安易にポチエの記述に依拠したその無思慮を批判する。[8] トゥリエも、この矛盾は「法典の草案が起草されたその慌ただしさ」に由来しており、その両者の矛盾を解消することは不可能と説いている。[9] もっとも、第一二三八条に対する上記のような批判は「注釈的」というだけでなく、[10] 第一二三八条がいう弁済として「与えられた」物とは、弁済として「譲渡された」物の意味であるため、決して文言自体も不当ではないとする理解もある。[11] 要するに、法典の編纂者は弁済を規定したのであり、弁済の通常事例が所有権移転であるとき、債務者が所有権を移転できなければならないというのは、むしろ当然であろう。[12]

いずれにせよ、第一二三八条の適用範囲は、所有権を移転する債務の中の次の場合に限定される。まず、上記フランス民法典の合意による所有権移転原則との関係から、特定物の所有権を移転することを内容とする債務であって、その所有権の移転が合意時ではなく弁済時であることが特約される場合である。[13] 第二に、種類債務の場合には、弁済時点で目的物の所有権は債務者から債権者に移転するため、第一二三八条の適用がもっとも典型的に認められる。[14] 第三に、弁済が第三者によって為される場合にも、第三者が目的物の所有者でないことが想定でき、とりわけ、物の所有者が債務者であれば、当然、第三者による弁済は所有者でない者による弁済となろう。[15] 最後に、弁済されるべき物とは別の物によって弁済が行われる場合、いわゆる代物弁済の場合での他人物による弁済である。[16]

2　弁済無効の請求権者

次に問題となるは、弁済無効の請求権者である。他人物弁済が無効とされるのは、弁済によって所有権の移転を受けられない債権者が、弁済として引き渡された物の所有権を取得できないためである。したがって、この弁済の無効は相対無効であり、弁済の無効によって利益を受ける債権者こそが、弁済の無効を請求できることを起点とする。しかも、債権者が弁済の時点で、弁済目的物が債務者の所有物でないことにつき善意でなければならないとする見解もある。債権者が他人物であると知って弁済を受領するのであれば、債権者自身が暗黙裏に追奪のリスクを引き受けたとみることができるからである。[17]

しかし、たとえ債務者が非所有物によって弁済する場合であっても、所有者がその弁済を追認する場合や債権者が譲渡や相続を通じて確定的に所有者から目的物の所有権を取得した場合に、債権者はもはや弁済の無効を主張する利益を持たない。[18] また、債権者が、弁済された他人物を時効取得ないし即時取得する場合にも、債権者は当該物の所有権を有効に取得できるのであるから、もはや弁済の無効を主張する利益を持たない。[19] もっとも、所有者ではない者によって弁済として引き渡された物が、その後偶然事によって滅失した場合にも、なお債権者は弁済の無効を主張できる。債権者は、弁済の無効を主張することにより、弁済として引き渡された他人物が偶然事によって滅失することでその返還債務から解放されるが、債務者に対してなお債務の履行を求めることができるため、債務者が偶然事による目的物の滅失の危険を負担することに帰着する。[20]

他方で問題となるのは、弁済をした債務者自身が、他人物による弁済の無効を主張できるのかどうかである。しかし、「担保しなければならない者は追奪できない（Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio）」という法格言に明らかなとおり、他人物を弁済として引き渡した債務者は目的物を取り戻すことはできない。しかも、他人物の弁済による無効は相対無効であるから、本来、債務者は弁済の無効を主張できないと

する見解がある。[21]

これに対して、むしろ多数説は、債務者が他人物による弁済の無効を主張することを認めている。そもそも、「担保しなければならない者は追奪できない」という法格言は、所有権に基づく返還訴権に関する格言であるが、他人物弁済で債務者が弁済の無効に基づいて返還請求する根拠は所有権ではないため、この格言は債務者の弁済無効と返還請求を否定することにはなり得ない。[22] また、相対無効の原則からすれば債務者に弁済無効の主張は認められないが、立法者がその例外を認めることを否定するものでもない。事実、第一二三八条第二項は、債権者が弁済として引き渡された他人物を善意で消費した場合に債務者が返還請求できないことを定めるため、その反面で、債権者が悪意で消費した場合には、債務者の返還請求を認めていることになる。[23] 仮に、債権者だけが弁済の無効を主張できるとすれば、債務者はいつまでも債権者の無効主張とそれによる危険負担に晒され、しかも、真実の所有者からの追奪にも晒されるためである。[24]

3　弁済無効の効果

債権者が他人物弁済の無効を主張する場合、債権者は弁済として引き渡された他人物を債務者に返還しまたは返還の提供をして、債務者に債務の弁済を求めることができる。[25] また、多数説により債務者は、他人物弁済の無効を主張して債権者に引き渡された他人物を不当利得に基づいて返還請求できるが、なお債務を履行する義務を負ったままであるから、改めて二度目の弁済を提供しなければならない。[26]

4　他人物による代物弁済

他人物弁済事例の一つとして想定されるのが代物弁済の事例である。フランス民法典第一二四三条は、「債権

者は、提供された物の価値が同等あるいはより高くても、彼に為されるべき物とは別の物を受け取ることを強制され得ない」と定めるが、その例外として、債権者が本来給付されるべき物とは別の物の提供に応じることは認められる。これが代物弁済（dation en paiement）である。したがって、フランス民法典は、正面から代物弁済を認めているわけではないが、ただ、第二〇三八条で代物弁済による債務の保証人の解放効果だけを定めている。フランス註釈学派の多くは、この代物弁済を目的物の変更による更改と捉えていた。[27] もっとも、代物弁済は、同時に売買あるいは交換と類比される。たとえば、金銭債務の弁済に代えて物が弁済される場合には、債務者はあたかも売主の如く目的物の所有権を移転しなければならず、債権者は買主の如く、以前の金銭債権を消滅させることによって代金を支払うことになるため、売買に類似すると理解される。[28]

註釈学派の間では、他人物の代物弁済による旧債務の消滅効果は争われていた。たとえば、デュラントンは、ポチエが債権者に旧債務の履行請求と担保訴権との選択を認めていたのを激しく批判して、他人物による代物弁済は無効であるため旧債務に基づく権利しか認めず、第二〇三八条の保証人の解放効果も、権利を留保しなかった債権者の懈怠に求めている。[29] これに対して、たとえば、ユックは、むしろ他人物の代物弁済による旧債務の消滅効果を前提にして債権者に追奪担保訴権のみを認め、その根拠となるべき保証人の解放を定める第二〇三八条の規定を他の物的担保にも拡張するのである。[30]

三　旧民法

1　他人物弁済

旧民法財産編第四五五条（草案第四七六条）は、次のように規定する。

旧民法財産編第四五五条

①義務カ定量物ノ所有権ノ移転ヲ目的トスルトキハ其物ノ所有者ニシテ且之ヲ譲渡スノ能力アル者ニ非サレハ引渡其他ノ方法ヲ以テ弁済ヲ為スコトヲ得ス

②他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ当事者各自ニ其弁済ノ無効ヲ主張スルコトヲ得

③譲渡スノ能力ナキ所有者カ物ヲ引渡シタルトキハ其所有者ノミ弁済ノ無効ヲ請求スルコトヲ得

④右孰レノ場合ニ於テモ債務者ハ更ニ有効ナル弁済ヲ為スニ非サレハ引渡シタル物ヲ取戻スコトヲ得ス

〔⑤⑥省略〕

すでに、フランス民法典第一二三八条の適用範囲をめぐって批判の多かった文言に配慮して、草案起草者のボワソナードは、その点で改良を加えたイタリア民法典も参照させつつ[31]、他人物弁済の無効を通用させる範囲を明確に限定している。しかも、フランス註釈学派でほぼ異論なく所有権の移転を内容とする債務とされていたその適用範囲を、さらに定量物の所有権移転債務に限定する点が際立っている。ボワソナードは、特定物の所有権は合意のみで移転されるため（旧民法財産編第三三一条・草案第三五一条参照）、弁済時点で所有権が移転されるのは定量物に限定されるとする（第一項、旧民法財産編第三三二条・草案第三五二条参照）[32]。さらに、特定物債務では、債務者となるべき者が所有者でなければ、そもそもコーズが欠缺するため合意自体が無効となる[33]。したがって、もはや特定物債務での他人物弁済自体が想定されていないようである。

他人物弁済の場合に、債権者が弁済の無効を主張できることに異論はないが、フランスで争われていたのは、債務者も弁済の無効を請求できるのかどうかであった。ボワソナードは、債務者にも弁済の無効請求を認めるべきことを明文で規定する（第二項）。もちろん、債務者は所有者ではないため、所有権に基づく返還請求権を持

たず、「担保しなければならない者は追奪できない」という法格言にも対抗されないが[34]、非債弁済に基づく不当利得返還請求権を持っている。しかも、真実の所有者から損害賠償請求をされることが危惧される以上、債務者には独自に弁済の無効を請求する利益もあるという[35]。

債権者が弁済の無効を主張する場合には、受け取った他人物の返還と引き換えに、債務者に対して第二の有効な弁済を請求でき、債務者もまた弁済の無効を主張して、第二の有効な弁済と引き換えに、すでに引き渡された他人物の返還を請求できる（第四項）。この返還関係について、ボワソナードは、「公平の精神」から、債務者が返還を求めるには有効な弁済を提供すべきとして、債権者に一種の留置権を認める[36]。この同時履行関係は、すでにフランス註釈学派の多くが認めていた。ただし、旧民法草案では、債務者が有効な弁済を提供してのみ物の返還を請求できると定めていたが、旧民法では、「提供」ではなく「弁済」とされていて、この同時履行の関係が曖昧となっている。

2　代物弁済

旧民法も、フランス民法典第一二四三条に対応する財産編第四六〇条（草案第四八一条）を置きつつ、第四六一条（草案第四八二条）に代物弁済に関する規定を設けた。

旧民法財産編第四六一条

双方一致ニテ物ヲ金銭ニ、金銭ヲ物ニ又ハ或ル物ヲ他ノ物ニ代ヘテ弁済シ若クハ弁済スルコトヲ諾約シタルトキハ原義務ヲ更改シタリト看做ス其行為ハ場合ニ因リテ売買又ハ交換ノ規則ニ従フ

ボワソナードは、代物弁済を更改と位置づけることによって、旧債務の消滅効果を措定する。更改は旧債務の担保の消滅を原則としてもたらすため、債権者が留保しない限り、旧債務の担保は新債務に引き継がれない。したがって、債権者は、代物弁済の提供に同意を与えることで旧債務を消滅させた以上、もはや旧債務に基づく履行請求はできなくなる。そこで、金銭債務に代えて物が弁済される代物弁済の場合、売買に類比されることで、当該物が追奪されれば、債権者は買主の如く債務者に対して追奪担保訴権を行使できる。反面で、物に代えて金銭で弁済される場合には、当初の物が債務者の許で追奪されても、債務者は債権者に担保責任を追及できない。もともと他人物の給付を約束していた債務者の懈怠が原因だからである。(37)

おそらくボワソナードは、代物弁済を別途明示で規定することによって、他人物弁済規定の射程を種類債務の弁済に限定したのであろう。ボワソナード自身は、代物弁済による旧債務の完全消滅を前提とした論理を展開するため、他人物による代物弁済を他人物弁済の原則に照らして無効とする余地はなかったはずである。(38)

四．現行民法

1　他人物弁済の効力

法典調査会では、現行第四七五条に該当する第四八三条が、「弁済者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有効ナル弁済ヲ為スニ非サレハ其物ヲ取戻スコトヲ得ス」として、提案された。その趣旨として、穂積陳重起草委員は、旧民法財産編第四五五条第一項と第二項は当然のこととしたうえで、第四項のみをそのような形で提案することで、債権者が債務者の返還請求に対して有効な弁済との引き換え給付を「留置権ノ如ク」主張できると説明する。(39) もとより他人物弁済は無効で、それを債務者と債権者の双方が主張できることを前提に、弁済として引き

渡された他人物と有効な二度目の弁済との引き換え給付が定められていると解すべきことになる。

このような趣旨説明からすれば、現行第四七五条が、旧民法財産編第四五五条第一項、第二項を前提に、新たにボワソナードによって明文化された同条第四項をそのまま継受する趣旨であったことは明らかである。しかし、現行第四七五条の文言からは、その適用を種類債務に限定することは窺われない。果たして、第四七五条の適用は種類債務に限定されるのであろうか。たとえば、他人の特定物を売買して、売主がその所有権を買主に移転できない場合、たとえ売買目的物が引き渡されても当該弁済は無効であり、買主は売主に対してなお所有権の移転を請求することができるが、売主がその返還と引き換えに再度有効な弁済をすることは想定しがたい。事実、この規定の適用が種類債務に限定されるべきと解するのが、わが国の今日に至るまでの学説である。特定物債務であれば、給付対象となる物が唯一であるため、それに代わる物による有効な弁済の余地がないためである。[40] また、金銭債務でも、債務者が他の金銭で真の所有者に償還すれば所有者に不利益はなく、金銭が他の金銭と代わったところで債権者に利益もないため、やはり、本条の適用は種類債務に限定されることになる。[41]

しかし、第四七五条は有効な弁済と引き換えの返還請求を認めることを規定するため、[42] 引き換えの給付が認められる種類債務に適用が限定されるにすぎない。そもそも、他人物による弁済が無効であることは、何も種類債務に限ったことではない。しかも、旧民法とは異なって、現行民法は他人物売買も有効とするため（第五六〇条）、特定物債務でも他人物弁済が容易に想定される。そのため、特定物債務であっても、買主が弁済の無効を主張して売主から弁済した他人物を取り戻すことができるはずである。[43] この場合に、第四七五条の趣旨を敷衍すれば、買主は売主に損害賠償額を提供して、それと引き換えにしか返還を求めることができないことになろう。つまり、弁済無効という法律効果は単に債務が履行されていないことを意味するにすぎないため、債務不履行（あるいは担保責任）に基づいて債権者が債務者に二度目の有効な弁済を請求できるとき、一度目に引き渡された物の返還

と引き換えでしかその請求ができないという解決方策を示唆するのである。反面で、債務者が二度目に有効な弁済をするには、一度目の弁済で引き渡された物の返還と引き換えで行えば良いという解決方策も、同時に提示していることになろう。したがって、債務者が他人物の返還を請求できる場合、債権者は代わりの有効な弁済を受けるために、弁済として受け取った他人物について留置権[44]ないしは債権的抗弁権[45]を主張できることになる。

2　他人物による代物弁済

一九世紀のドイツ普通法学説も、他人物による代物弁済の効果につき、債務が消滅するかどうかをめぐって争っていた。他人物の代物弁済によって債務がなお消滅しないとすれば、債権者は旧債務の履行を主張できる。これに対して、代物弁済によって終局的に債務が弁済されるとすれば、債権者はもはや旧債務の履行を主張できないため、他人物給付に基づく権利供与義務違反の責任、すなわち、権利の瑕疵に基づく担保責任を主張することができた[46]。これら両極の学説の中で、普通法学説で支配的であったのは、債権者は、旧債務の存続を主張するか、もしくは、旧債務の消滅に基づく担保責任の主張かを選択することができるとする見解であった[47]。しかし、債権者に自由な選択が認められることで、債権者にとっては有利に働くとしても、債務者は極めて不安定な立場に立たされる。そこで、フォン・キューベルは、債務法部分草案で、代物弁済による確定的・終局的な債務の消滅効果を前提に、他人物による代物弁済の場合、債権者に権利の瑕疵に基づく担保責任に基づく権利を認めることを提案した（履行に関する部分草案第二条）[48]。

キューベルの部分草案は、第一委員会で、大きく修正を受ける。まず、部分草案は債権者に権利の瑕疵に基づく担保責任に基づく権利しか認めないが、物の瑕疵に基づく担保責任の権利も認めることで、債権者は解除権を行使して代物弁済を解消し、旧債務の復活もはかれるとする[49]。さらに、部分草案は、物の給付の場合しか想定し

ていないとして批判を受け、その他の給付も含めるように広く規定し、「疑わしい場合、新たな責任が履行に代えて引き受けられたことは認められない」との解釈規定も付加することが認められた。[50]

フォン・キューベルは、代物弁済と債権譲渡および債務引受規定の整備によって、もはや更改規定は不要になると主張していた。[51] 第一委員会も、その基本方針を承認しているようであるが、部分草案の物給付による代物弁済規定だけでは、その他の給付による代物弁済がカヴァーされず、更改も削除されれば法の欠缺が生じると考えられる。第一草案理由書は、従来の責任が同一当事者間で他の責任に取って代わられる契約も有効であるが、ただ、この合意によって旧債務が新債務に完全に取って代わられるのかどうかという疑念が生じるため、解釈規定の必要があると説く。[52] この基本的な姿勢が維持されて、現行ドイツ民法典第三六四条が制定された。

翻って、わが国の代物弁済規定についても、穂積陳重起草委員の説明するところでは、旧民法の代物弁済規定が物給付を想定していたのに対して、提案される規定は作為給付も含むように広く定められた。さらに、旧民法の代物弁済規定は代物弁済を更改とするが、給付に代えて他の給付をする場合には、「是ハドウシテモ弁済ノ方ニ限ル更改ノ方デナイト云フコトハ争ノアルベキ筈ハナイト思フ」として、ドイツ民法典草案が給付に代わる他の給付による代物弁済を弁済の箇所に置いていることを参照させている。[53] 現行民法第四八二条にも明らかなとおり、代物弁済は「弁済と同一の効力を有する」のであるから、ここでの趣旨は旧債務の消滅効果が想定されている。もっとも、横田国臣委員が代物弁済給付が不完全な場合について質問をするのに対して、穂積起草委員は、取り戻しができれば取り戻し債権者が消費したなら弁済者に賠償権があるとして、代物弁済を無効とするようにも映るが、「原義務ヲ弁済シタト見ル」とも説明するため、[54] 代物弁済による確定的な債務消滅を認めるようにも映り、その趣旨は必ずしも明確ではない。

五．他人物弁済と他人物売買

では、他人物によって債務が履行された場合に、債権者にはどのような権利が認められるのか。フランス法と同様に、ドイツ普通法でも、債権者が所有権移転を求めることができる場合、負担のない所有権が移転されなければならないとされていた。[55] ところが、他人物弁済によって債権者は所有権の移転を受けられない。すなわち、弁済は無効であるから、種類債務では債権者は所有権の移転ができる別の物の給付を求めることができ、また、特定物債務も含めて、引き渡された物の所有権移転または利益賠償の請求権も認められる。[56] 要するに、債務関係に適合した給付がされることで債務関係が消滅する（ドイツ民法典第三六二条第一項）という履行の原則規定に帰着することになる。[57] 債務者が所有権移転義務を負う場合に所有権が移転されなければ弁済が無効となるという原則は、ドイツ普通法ではもちろん、フランス民法典でも、ローマ法での与える債務における他人物弁済の効力論に由来すると考えるのが整合的である。[58]

ローマ法の与える債務では、債務者は債権者に与えるべき目的物の所有権を移転する義務を負っていたため、他人物で弁済すれば債務者の所有権移転義務の不履行を意味する。弁済はもとより無効であって債務は消滅せず、債務者はなお債権者に当該物の所有権を移転する義務を負う。他方で、周知のとおり、ローマの諾成売買法は、売主に所有権移転義務を認めず、平穏な占有を移転する義務を負担させるにすぎない。[59] 他人物の売買によって目的物を弁済した売主は、買主が真実の所有者から追奪の訴えを受けたときに防御義務、追奪されてはじめて担保責任を負担する。[60] フランス民法典は、他人物売買を無効とすることでローマ法から離れはするものの、なお売主に追奪担保責任を負担させることで、ローマの諾成売買法を引き継いでいる。ローマ法の諾成売買法と弁済法との二重構造が、売買法と弁済法とにそれぞれ引き継がれているのである。

ところが、ドイツ民法典は、ローマ法からの伝統的な追奪担保責任を離れて、売主の所有権移転義務を前提に、他人物弁済を権利供与義務の不履行として把握する。[61] そのため、追奪がなくとも他人物が売買されて物の所有権が移転されなければ、ただちに売主の権利供与義務違反となって、所有権移転義務の不履行責任（担保責任）が発生する。したがって、論理的に、与える債務における所有権移転義務はもっとも典型である売買法における他人物売買における所有権移転論へと収斂する。つまり、他人物売買において、売主が買主に所有権を移転しない場合、買主が売主に対して権利の瑕疵に基づく（大きな）損害賠償を請求するとき、買主は売主に対して目的物を返還しなければならないことになる。

事実、ドイツ民法典（二〇〇二年改正前）旧第四四〇条第二項は、動産売買において物に第三者の占有権限のある権利が存在するため、買主がその物を第三者に返還するか、売主に返還するか、あるいは、物が滅失した場合にだけ、買主が不履行に基づく損害賠償を請求できると定めていた。そこで、買主が売主に物を返還する場合、買主は目的物の返還と引き換えに売主から損害賠償を手にすることができるとする見解が主張されている。[62] ここでは、他人物による弁済はもちろん無効であるが、有効な弁済に匹敵する損害賠償と引き換えでの目的物の返還が認められるのであるから、フランス民法典第一二三八条での議論、そしてさらには、わが国の現行民法第四七五条とのパラレルな価値判断が見いだされるといえるであろう。[63] 要するに、権利の瑕疵に基づく救済に際して、買主の目的物返還債務の履行との同時交換関係を示唆する端緒が、第四七五条に見いだされる意義ということができるであろう。この関係が物の瑕疵の権利主張場面でも当てはまるのかどうかの検討が、次なる課題となる。

（1）　共通ヨーロッパ売買法草案は、商事売買では売主が二度目の提供の権利を持つが、消費者売買では売主はその権利を持たないこととするため、この異なる処理の正当性を経済的に分析するのは、Gerhard Wagner, Ökonomische

Analyse des CESL: Das Recht zur zweiten Andienung, in ZEuP., 2012, S.797ff.

（2） 北居功「譲渡無能力者による弁済」日本法学第八〇巻第三号（二〇一五年）に掲載予定。

（3） Robert-Joseph Pothier, Traité des obligations, in Jean Joseph Bugnet, Œuvres de Pothier, t.2, Paris, 1848, n° 495, p.271.

（4） フランス民法典の起草者の一人であるビゴ＝プレアムヌは、「弁済は所有権の移転である。そのため、有効に弁済するには、そのたびに所有者であり、それを譲渡する能力がなければならない」として、ここでの弁済の用語を狭く限定していた。Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t.13, Réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, 1968, p.265; Jean Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t.12, Paris, 1828, n° 116, p.365.

（5） Victor-Napoléon Marcadé, Explication théorique et pratique du code civil, t.4, 7ème éd., Paris, 1873, n° 682, p.552.

（6） Alexandre Duranton, Cours de droit français suivant le code civil, t.12, 3ème éd., Paris, 1834, n° 26, p.37; Léobon Larombière, Théorie et pratique des obligations ou commentaire, t.3, Paris, 1857, Art.1238, n° 1, pp.75-76; Charles Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général, t.4, Paris, 1872, n° 85, p.80; Théophile Huc, Commentaire théorique & pratique du code civil, t.8, Paris, 1895, n° 13, p.25; Gabriel Baudry-Lacantinerie/Louis Joseph Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t.2, 2ème éd., Paris, 1902, n° 1407, p.476, note 2.

（7） もちろん、ポチエの時代にも dessaisine-saisine 条項による擬制的引渡しにより合意時点での所有権の移転が認められていたため、弁済による所有権移転はすでに「不正確で、実現不可能」であったと指摘されている。Demolombe, op. cit., n° 85, p.79. やはり、Édouard Colmet de Santerre, Cours analytique de droit civil, t.5, 2ème éd., Paris, 1883, n° 177 bis III, p.310 も参照。フランスの公証人慣行に沿った不動産取引のメカニズムを解明するのは、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割㈠㈡――〈フランス法主義〉の理解のために」早法五六巻一号（一九八〇年）三一頁以下、二号（一九八一年）一頁以下。

（8） Marcadé, op. cit., n° 682, p.552.

(9) Charles-Bonaventure-Maire Toullier, Le droit civil français, t.7, 5ème éd., Paris, 1842, n° 6, p.14.

(10) Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1407, p.475, note 3.

(11) Frédéric Mourlon, Répétitions écrites sur le code civil, t.2, Paris, 1881, n° 1323, p.724.

(12) François Laurent, Principes de droit civil français, t.17, 3ème éd., Bruxelles/ Paris, 1878, n° 493, pp.486-487.

(13) Larombière, op. cit., Art.1238, n° 2, p.76; Demolombe, op. cit., n° 86, p.82; Marcadé, op. cit., n° 682, p.553; Huc, op. cit., n° 14, p. 25; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1407, p.476.

(14) Claude-Étienne Delvincourt, Cours de droit civil, t.2, Paris, 1819, p.155, p.751; Charles Aubry/ Charles Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t.4, 4ème éd., Paris, 1871, §316, p.150; Larombière, op. cit., Art.1238, n° 2, p.76; Demolombe, op. cit., n° 86, p.81; Marcadé, op. cit., n° 682, p.553; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis II, p.310; Huc, op. cit., n° 14, p.25; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1407, p.476.

(15) Aubry /Rau, op. cit., §316, p.150; Larombière, op. cit., Art.1238, n° 3, p.76.

(16) Aubry/ Rau, op. cit., §316, p.150, note 11; Larombière, op. cit., Art.1238, n° 3, p.76; Demolombe, op. cit., n° 86, p.82; Huc, op. cit., n° 14, p.26; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1407, pp.476-477.

(17) Demolombe, op. cit., n° 97, p.90; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1410, p.478.

(18) Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1411, p.478.

(19) Duranton, op. cit., n° 31, pp.46-47; Aubry/ Rau, §316, p.152, note 17; Larombière, op. cit., Art.1238, n° 5, pp.78-79. しかし、債権者は時効の利益を放棄して、なお弁済の無効を主張できるとするのが、むしろ多数説である。Demolombe, op. cit., n° 95, pp.85 et suiv.; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis XIII, p.315; Marcadé, op. cit., n° 683, p.554; Mourlon, op. cit., n° 1324, p.725; Laurent, op. cit., n° 496, p.489; Huc, op. cit., n° 14, p.26; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., nos 1412 et suiv., pp.479-481.

(20) Demolombe, op. cit., n° 96, p.89; Marcadé, op. cit., n° 684, p.554; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis XIV, p.315; Laurent, op. cit., n° 497, p.490; Huc, op. cit., n° 15, p.27; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1416, p.481. 反対するのは、Duranton, op. cit., n° 32, p.48.

（21） Larombière, op. cit., Art.1238, n° 5, p.78; Marcadé, op. cit., n° 683, p.553.

（22） Laurent, op. cit., n° 499, p.491; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1417, p.482.

（23） Demolombe, op. cit., n° 101, pp.93 et suiv.; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis VII, p.312; Laurent, op. cit., n° 499, pp.491-492.

（24） Aubry /Rau, op. cit., §316, p.152, note 16; Demolombe, op. cit., n° 102, pp.95-96; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis VIII, pp.312-313; Mourlon, op. cit., n° 1325, p.726; Laurent, op. cit., n° 499, p.492; Huc, op. cit., n° 16, p.27; Baudry-Lacantinerie/ Barde, op. cit., n° 1417, pp.482-483.

（25） Toullier, op. cit., n° 6, p.15; Demolombe, op. cit., n° 91, p.84; Mourlon, op. cit., n° 1324, p.725; Huc, op. cit., n° 14, p.26; デュラントンは、債権者が善意で消費した場合には、もはや返還を提供して二度目の弁済を求めることができないとする。Duranton, op. cit., n° 31, p.47. もちろん、債権者が追奪を受けて真実の所有者に目的物を引き渡していた場合には、債務者に提供する必要はない。Pothier, op. cit., n° 498, p.272; Colmet de Santerre, op. cit., n° 177 bis VI, p.311.

（26） Demolombe, op. cit., n° 102, pp.95-96 et n° 118, p.111; Laurent, op. cit., n° 499, p.491; Mourlon, op. cit., n° 1325, p.726; Huc, op. cit., n° 16, p.27.

（27） Aubry/ Rau, op. cit., §318, p.157, note 1; Marcadé, op. cit., n° 691, pp.558-559.

（28） Demolombe, op. cit., n° 230, pp.203-204; Colmet de Santerre, op. cit., n° 182 bis II, p.333; Laurent, op. cit., n° 556, p.545.

（29） Duranton, op. cit., n° 81, pp.113 et suiv. 同旨、Raymond-Théodore Troplong, Le droit civil expliqué, t.17, Du cautionnement et des transactions, Paris, 1846, n°s 581 et suiv., pp.531 et suiv.; Paul Pont, Explication théorique et pratique du code civil, t.9, Des petits contrats, Paris, 1878, n°s 398 et suiv., pp.215 et suiv.

（30） Huc, op. cit., n° 31, pp.48-49. 同旨、Aubry/ Rau, op. cit., §292, note 4; Larombière, op. cit., Art.1278, n° 9, p.554; François Laurent, Principes de droit civil français, t.28, 3ème éd., Bruxelles/ Paris, 1878, n°s 281 et suiv., pp.283 et suiv.

(31) Gustave BOISSONADE, Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaiere, t.2, Des droits personnels ou obligations, 2ème éd., Tokio, 1883, n° 457, p.498.

イタリア民法典第一二四〇条第一項

弁済される物の所有権を債権者に移転することを内容とする弁済は、それが、その物の所有者で、それを譲渡する能力がある者によって為されなければ、有効ではない。

Théophile HUC/ Joseph ORSIER, Le code civil italien et le code Napoléon, Étude de législation comparé, t.1, 2ème éd., Paris, 1868, p.265.

(32) BOISSONADE, op. cit., n° 456, p.497.

(33) BOISSONADE, op. cit., n° 457, p.497.

(34) 旧民法財産編第三九六条（草案財産編第四一六条）第二項は、権利の譲渡人が自ら譲受人に妨害を加えることを禁じており、この規定こそこの法格言の現れである。BOISSONADE, op. cit., n° 216, p.221, note (m) を参照。

(35) BOISSONADE, op. cit., n° 458, pp.498-499. ボワソナードは、弁済として引き渡された物が偶然事によって滅失する場合にも、善意消費の場合と同様に、債権者の無効訴権が消滅するとして、危険を債権者に負担させることで、フランスの多数説に反対する。BOISSONADE, op. cit., n° 459, p.500.

(36) BOISSONADE, op. cit., n° 458, p.499.

(37) BOISSONADE, op. cit., n° 472, pp.516-517.

(38) ボワソナードは、保証に関して、代物弁済や更改等によって債権者と主たる債務者との間に生じる（債務消滅）効果は、代物弁済規定（草案財産編第四八二条・旧民法財産編第四六一条）等によって規律されるとしており（草案債権担保編第一〇四六条第二項・旧民法債権担保編第四六条第二項）、代物弁済によって主たる債務が消滅すれば、保証も消滅するはずである。事実、ボワソナードは、ここでフランス民法典第二〇三八条を参照させつつ、「この点で唯一指摘したいのは、債務者によって為される代物弁済が、弁済というよりはむしろ更改として、保証人を解放することである（草案第四八二条）。その結果、債権者が受け取った物を後に追奪された場合には、彼は保証人に対する償還の権利を持たない」と説く。Gustave BOISSONADE, Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné

d'un commentaire, t.4, Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels, Tokio, 1889, pp.93-94, n° 125, p.101.

(39) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会・一九八四年）二五一頁。穂積委員は、帝国議会での審議でも、「留置権」を回答している。廣中俊雄編者『第九回帝國議會の民法審議』（有斐閣・一九八六年）二二二頁。前田達明監修〔平田健治〕『史料債権総則』（成文堂・二〇一〇年）四八二頁以下を参照。

(40) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』（和仏法律学校・明法堂・一八九七年）二三五—六頁、岡松参太郎『註釈民法理由第七版』（有斐閣書房・一八九九年）二五四頁、横田秀雄『債権総論（第九版）』（日本大学・清水書店・一九一二年）八五〇頁、石坂音四郎『日本民法第三編債権』（有斐閣書房・一九一五年）一三九八頁、鳩山秀夫『日本債権法総論』（岩波書店・一九二五年）四〇五頁、田島順＝柚木馨＝伊達秋雄＝近藤英吉『註釈日本民法（債権編総則）下巻』（巌松堂書店・一九三六年）四〇頁、三潴信三『債権法提要総論下冊』（有斐閣・一九三六年）五一四頁、勝本正晃『債権法概論（総論）』（有斐閣・一九四九年）四六〇頁、我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店・一九六四年）二二〇頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会・一九九二年）二五〇頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・一九九二年）五一三頁、平井宜雄『債権総論〔第二版〕』（弘文堂・二〇〇四年）一七九頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第3版〕』（信山社・二〇〇五年）二二八頁、川井健『民法概論3債権総論〔第2版〕』（有斐閣・二〇〇五年）二八八頁、中田裕康『債権総論〔第3版〕』（岩波書店・二〇一三年）三二〇頁。

(41) 梅・前出注（40）二三二—三頁。

(42) ここでの債務者の返還請求権は法律が特に認めた請求権とする見解が多い。鳩山・前出注（40）四〇六頁註一、我妻・前出注（40）二一九頁、潮見・前出注（40）二二八頁、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東京大学出版会・二〇〇五年）六一頁。しかし、債務者が取り戻せることを前提にした引き換え給付を命じるのであるから、本条によって特別な返還請求権が認められるという説明は、「順逆を転倒したもの」となろう。平井・前出注（40）一七九頁。むしろ、他人物とはいえ債務の弁済として給付した債務者がその他人物の取り戻しを請求するのであるから、不当利得に基づく返還請求権と解すべきである。加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』（有斐閣・二〇〇五年）三五六頁注10。

(43) 石坂・前出注（40）一三九八頁、田島＝柚木＝伊達＝近藤・前出注（40）四〇頁。債務者ではなく所有者に対し

て返還すべきとして反対するのは、鳩山・前出注（40）四〇五頁、磯村哲編〔奥田昌道〕『註釈民法⑿』（有斐閣・一九七〇年）六九頁。

（44）岡松・前出注（40）二五四頁、横田・前出注（40）八五一頁。

（45）田島＝柚木＝伊達＝近藤・前出注（40）三九頁。星野・前出注（40）二三九頁は、第四七六条に関してであるが、留置権ないし同時履行の抗弁とする。もっとも、債権者は債務者に対して有効な弁済があるまで返還を拒絶できるが、真実の所有者に対してこのような主張ができないため、この拒絶権は留置権ではないとするのは、大正一一年一二月一二日法曹会決議『法曹会決議要録・上巻』（清水書店・一九三一年）二九八頁。

（46）学説彙纂第四六巻第三章第四六法文によれば、与える債務での他人物の代物弁済ではまったく弁済の効力が生じないため、債務者は本来の債務に基づく履行義務を依然として負う。これに対して、勅法集第八巻第四四章第四法文および学説彙纂第一三巻第七章第二四法文によれば、質権が設定された土地が代物弁済に供されて質権に基づいて追奪される場合、または、担保譲渡を受けた受託者が皇帝によって落札された場合、債権者（受託者）には債務者に対する準買主訴権（actio empti utilis）が付与される。つまり、フランスでもドイツでも、代物弁済をめぐって対立していた見解は、元を辿れば、ローマ法のこれらの法源解釈に端を発する。Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd.1, 2. Aufl., München, 1971, S.638; Ernst Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, I. Teil, Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg, Leipzig, 1902, S.113ff.; Manfred Harder, Die Leistung an Erfüllungs Statt. (Datio in solutum), Berlin, 1976, S.98ff.; Wolfgang Ernst, Rechtsmängelhaftung, Tübingen, 1995, S.98f.

（47）Robert von Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, Tübingen, 1866, 43ff., S.54, S.59; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7. Aufl., Frankfurt am Main, 1891, §342, S.264ff.

（48）Werner Schubert (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von Kübel, Berlin/ New York, 1980, S.1003, S.1024.

(49) Horst Heinrich JAKOBS/ Werner SCHUBERT (Hrsg), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin/ New York, 1978, S.622.

(50) JAKOBS/ SCHUBERT, a.a.O., S.622.

(51) SCHUBERT, a.a.O., S.1001f.

(52) Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1899, Neudruck, Darmstadt, 1979, S.43.

(53) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注（39）二七五―六頁。

(54) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注（39）二七七頁。

(55) WINDSCHEID, a.a.O., §342, S.262; Julius Albert GRUCHOT, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte, Berlin, 1871, S.125; Carl Friedrich Ferdinand SINTENIS, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd.2, 3. Aufl., Leipzig, 1868, §103, S.412.

(56) WINDSCHEID, a.a.O., §342, S.262f.; Ludwig ARNDT, Lehrbuch der Pandecten, München, 1852, §263, S.404.

(57) フォン・キューベルもまた、債務法部分草案「履行」第一条に関して、債務関係に適合した給付の必要性を前提に、所有権が移転されるべき債務では、履行が成立するためには所有権が債権者に移転されることが必要と説いている。SCHUBERT, a.a.O., S.1008. 第一草案理由書も同様である。MUGDAN, a.a.O., S.44.

(58) たとえば、学説彙纂第四六巻第三章第二〇法文は、「もし私が君に、君になされるべきだが他の債務者のために担保設定された私の物を譲渡するなら、私は、物が担保によって君から奪われ得るため、解放されないであろう（Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.）」とする。詳細は、ERNST., a.a.O., S.91ff.

(59) たとえば、学説彙纂第一八巻第一章第二五法文第一節は、「土地を売る者は、買主をあたかも問答契約によって土地を約束したかのように、土地の所有者とする必要はない（qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulati spopondit）」とする。

(60) 追奪を受ける買主が自身の権原を最良に証明するには、権原ある前主からの取得を証明することであるから、買

主は所有者との訴訟に売主を召喚して、その権原を証明させることがその最良の方法となる。つまり、「譲渡人の責任が重要であったのではなく、むしろ、取得者の占有を確保することが重要であった」。Martin Josef SCHERMAIER, Auctorem auctoris laudare?: Historisches und Vergleichendes zur "action directe" im Kaufrecht, in Karlheinz MUSCHELER (Hrsg), Römische Jurisprudenz - Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Berlin, 2012, S.547.

(61) 普通法上、「追奪に基づく受領者の償還訴権は、契約の不履行という法的な観点に基礎づけられる」とするミュラーの見解や、「追奪に基づく訴えは、不給付の訴え、つまり、給付の訴えである」とするベッカーの主張に見いだされる。Karl Otto MÜLLER, Die Lehre des Römischen Rechte von der Evction, Halle, 1851, S.6; Ernst Immanuel BEKKER, Zur Lehre von der Evictionsleistung, in Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd.6, 1863, S.233. ローマ法から近代立法まで、売主の所有権移転義務の不履行として追奪担保責任の発展を跡づけるのは、Ernst ECK, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach römischem und gemeinem Deutschen Recht, Festschrift im Auftrag der Juristen-Fakultät Halle-Wittenberg, Halle, 1874. とRABEL, a.a.O. である。りの発展に沿って、ドイツ民法典も、買主に売主の所有権移転義務違反としての救済を与える。Reinhard ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition, Oxford/ New York, 1996, p.304.

(62) ERNST, a.a.O., S.194.

(63) 内田・前出注（42）一二九頁参照。なお、二〇〇二年の債務法の現代化法によって、ドイツ民法典旧第四四〇条第二項ないし第四項は削除されたが、新第四四〇条第四項は、「売主が追履行のために瑕疵のない物を供給する場合、売主は買主に瑕疵のある物の返還を、第三四六条ないし第三四八条の基準に従って求めることができる」と定めている。したがって、明文ある追履行の場合はもちろん（解除の場合の同時履行関係を規律する第三四八条の準用）、損害賠償の場合にも、それらの権利と瑕疵ある物との同時履行の関係が推測されよう。