

Title	買主の正当な認容拒絶：商法第五二七条の沿革および比較考察を契機に
Sub Title	Zur berechtigten Zurückweisung der Annahme des Käufers
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.173- 200
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0173

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.

買主の正当な認容拒絶

——商法第五二七条の沿革および比較考察を契機に——

北
居
功

- 一 問題設定
- 二 商法第五二七条の成立史
 - 1 旧商法第五四九条・第五五〇条
 - 2 現行商法第五二七条
- 三 ドイツ商法典第三七九条の意義
 - 1 ドイツ商法典第三七九条の成立史
 - 2 保管義務の契機
- 四 買主の目的物処遇の段階論
 - 1 ドイツ法における巻き戻し関係の三段階論
 - 2 我が国での段階論の試み
- 五 買主の保管義務の意義

一 問題設定

種類・品質・数量につき契約に適合しない物が引き渡された場合に、買主がその物が偶然に滅失・損傷する危険を負担するのかわという問題は、従来は、瑕疵ある目的物が滅失しても買主は契約を解除できるか、解除できるとしてもなお価値賠償義務を負うのかわをめぐる議論として扱われてきた。⁽¹⁾しかし、改正民法は危険の移転を引渡しとするため(改正第五六七条第一項)、品質が契約に適合しない物が引き渡された場合の危険のあり方も、やはり引渡しによつて危険が買主に移転するのかわという問題として扱われ得る。それでも、そもそも、もし買主が契約不適合を知つていて、その引渡し自体を拒絶できたはずであるなら、買主はその物の危険を負担するはずはなかつたのである。それにもかかわらず、契約不適合に気がつかなかつた買主は、物の引渡しを受けたという一事で、その物の滅失・損傷の危険を引き受けることになるのであろうか。

もちろん、契約不適合物を引き渡して債務を履行していない売主が、一貫して物の危険を負担すべきとする見解も有力である。⁽²⁾しかし、不履行と因果関係があるのは、当該不適合に由来する目的物の滅失・損傷であつて、不履行と不可抗力による滅失・損傷とは、本来、因果関係がないはずである。なるほど、履行遅滞後の不可抗力による履行不能は債務者の責めに帰すべき事由とされるが(改正第四一三条の二第一項)、それは当該物が遅滞がなければ債権者に引き渡されていたにもかかわらず、債務者が遅滞にあるため、その支配領域内で滅失が生じる事態が想定される。これに対して、契約不適合ではあつても、その引渡しによつて目的物は買主の支配領域に移転するのであるから、その後の滅失を直ちに債務者である売主の責めに帰すべき事由とみなすわけにはいかないであろう。しかも、もし履行遅滞がなければという仮定は当該物にかかわるが、不適合がなければという仮定は、代物請求や解除を想定するとき、当該物ではなく、あるべき契約適合物にかかわるためである。

そこで、本稿は、この問題に対して、もし買主が引渡しを拒絶していたなら危険を負わなかったはずであるという仮定が、引渡し後にもどこまで貫徹できるのかという観点でアプローチを試みよう。⁽³⁾ もつとも、契約不適合物の引渡しを受けた買主が、果たしてその目的物をどのように処遇すべきなのかについて、民法上明確な規定は設けられていない。しかし、商法第五二七条は、契約不適合物の引渡しを受けた買主は、本来売主に返還すべき目的物をなお一時的に保管しなければならないことを定めている。この規定を手がかりにして、契約不適合物の引渡しを受けた買主が目的物に対してとるべき対応を整理することによって、当該目的物の危険負担を論じることにしよう。そのため、まずは商法第五二七条の意義をその沿革から明らかにした上で（以下、二を参照）、沿革上接点を持つドイツ法の議論を参照しつつ（以下、三を参照）、引渡し後の買主の目的物への対応を整理して（以下、四を参照）、契約不適合物が引き渡された後の危険のあり方について一応の帰結を得ることとしよう（以下、五を参照）。

二 商法第五二七条の成立史

1 旧商法第五四九条・第五五〇条

現行商法第五二七条は、ロエスレル起草のいわゆる旧商法第五四九条および第五五〇条を「併合シ之ニ修正ヲ加ヘタル」規定であることは、明治三二年商法の起草過程で明示されるところである。⁽⁵⁾

旧商法第五四九条 買主カ物ノ受取ヲ拒ムトキハ遅延ナク其物ヲ売主ノ処分ニ付スルコトヲ要シ又此処分ヲ為シ又ハ当
ニ為スヘキニ至ルマテ其貯蔵ニ注意スルコトヲ要ス

買主ハ売主ノ委託アルニ非サレハ其物ヲ売主ニ送還スル權利及ヒ義務ナシ

ロエスレルは、旧商法第五四九条の基礎となつた旧商法草案第六〇九条について、次のように解説をしている。⁽⁶⁾
 すなわち、「買主が物の受領 (Annahme) を拒絶できるのは、引き渡された商品が契約もしくは法律に適合する品質または数量を有していない場合である、ただし……買主が代金減額しか売主に求め得ない場合は別である」〔傍点筆者〕。買主が契約または法律に適合しない商品の受領を拒絶して契約を解除できる場合、買主は商品の検査・通知義務を果たして売主に処分を委ねなければならない反面、買主は自らの処分を自制して商品を保管しなければならぬといふ。⁽⁷⁾

買主は商品の通常の保管義務を負うが、この保管義務は売主の利益だけを考慮したものであるから、売主が売物について買主への引渡しまで負担するような最高度の注意を払う必要はない。⁽⁸⁾ 買主が当該物を売主に返送することは、費用が高むため好ましくないことが多い。売主は、買主が物を保持したままでも処分が可能であり、むしろ、売主はそうすべきであるため、買主は、売主がそのような委託をしない限り、商品を売主に返送する義務を負うこともなければ、権利を持つわけでもないといふ。⁽⁹⁾ ロエスレルは、この草案の規定モデルとして一般ドイツ商法典第三四八条を参照させる。⁽¹⁰⁾

このロエスレルの理解は、旧商法に関する各種の注釈書においても踏襲されている。すなわち、第五四九条第一項について、買主は、目的物が法律または契約に適合しないため、その受取を正当に拒絶できるが、買主はその物を遅延なく売主の処分へ付し、売主が処分するまでその物を相当の注意を以て保管すべきであり、それにもかかわらずその物に生じた損失に責任を負うことはないといふと説明されている。⁽¹¹⁾

2 現行商法第五二七条

これらの旧商法の規定は、法典調査会では、次のような改正条文として提案された。⁽¹²⁾

第三三七条 前条ノ場合〔筆者注…買主の検査・通知義務〕ニ於テ買主ハ異議ヲ述ヘタルトキト雖モ、売主ノ費用ヲ以テ
売買ノ目的物ヲ保管スルコトヲ要ス但其物ニ付キ滅失又ハ毀損ノ虞アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競売シ其代価ヲ
保管スルコトヲ得〔傍点筆者〕

……第二項・第三項略……

明治三〇年二月一二日の第五六回商法委員会議事要録での田部芳起草委員の趣旨説明によれば、この条文は旧商法第五四九条と第五〇〇条を併合・修正したもので、「大体ハ異ナラサル」ものである。⁽¹³⁾ 審議では、土方寧委員が第一項ただし書き末尾の「得」を「要ス」に修正する提案をし、梅謙次郎起草委員がそれに同意して修正された。⁽¹⁴⁾ この修正は、明治三〇年一〇月九日付の商法決議案第二三八条に反映される。⁽¹⁵⁾ その後、明治三二年四月二十九日付の商整理案第二八八条では、次の条文が、第一項の修正案とされている。⁽¹⁶⁾

第二八八条 前条ノ場合ニ於テ買主ハ契約ノ解除ヲ為シタルトキト雖モ、売主ノ費用ヲ以テ売買ノ目的物ヲ保管又ハ供託
スルコトヲ要ス但其物ニ付キ滅失又ハ毀損ノ虞アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競売シ其代価ヲ保管又ハ供託スルコ
トヲ要ス〔傍点筆者〕

ここではじめて「異議ヲ述ヘタルトキト雖モ」という文言が「解除ヲ為シタルトキト雖モ」という文言に修正

され、この修正された規定が、明治三二年に公布された商法第二八九条となり、昭和一三年の商法改正によって第五二七条となつて、平成一七年に口語化された現行商法に引き継がれている。一般に、民法によれば、契約の解除によつて買主は契約不適合物の返還義務を負い、また返還すれば足りるのであるから、むしろここで買主が目的物を保管する義務を負うこと自体が、民法に対する商法第五二七条の特則性であると指摘される。他地への契約不適合物の送付返還によつて(第五二七条第四項)、その返還費用を売主が負担することになり、その途中の危険を負担しなければならないだけでなく、迅速な転売機会も喪失する恐れさえもあるため、買主に保管義務が課されているといふのである。⁽¹⁷⁾

この目的物保管義務は、買主が「異議ヲ述ヘタルトキト雖モ」ではなく、「解除ヲ為シタルトキト雖モ」発生する。編纂段階でのその修正理由は明らかとはならないが、買主が「異議を述べる」場合と「解除する」場合とはどのような違いが生じるのか。買主が売買契約を解除した場合には、契約不適合物を売主に返還する義務が生じるが、それをむしろ保管すべきとするこの規定の特則性は明白である。しかし、買主が目的物を受け取りながら「異議を述べる」場合とは、当該目的物を履行に向けて保持しようとすることを拒絶する場合であり、だからこそ、買主は目的物を売主に返還すべき局面であるにもかかわらず、なお目的物を保管すべきとするところにもこの規定の意義が見いだされることにならう。つまり、買主が解除する場合だけでなく(改正第五六四条、改正第五四一条以下)、代物給付を求める場合にも(改正第五六二条第一項)、あるいは、給付に代わる損害賠償を求める場合にも(改正第五六四条、改正第四一五条第二項)、当該契約不適合物は売主に返還されるべき局面であるにもかかわらず、買主はなお当該目的物の保管義務を負うことになるはずである。⁽¹⁸⁾

では、この買主の保管義務は、買主が売主に契約不適合物を返還できる権利を行使してはじめて生じるのだろうか。ロエスレルは、先に見たとおり、代金減額以上の権利が認められる場合に受取を拒絶できるといふので

あり、解除権等を行使してはじめて保管義務が発生するとは説明していない。そうすると、代金減額以上の解除権等の権利を行使できる場合には、その権利を行使する以前の時点で、すでに買主の保管義務が発生する可能性がある。この問題を、ドイツの商法立法から眺めることとしよう。

三 ドイツ商法典第三七九条の意義

1 ドイツ商法典第三七九条の成立史

ロエスレルがその商法草案理由書で参照を指示する一般ドイツ商法典第三四八条の第一項は、次のように定めていた。⁽¹⁹⁾

第三四八条 買主が他の場所から送付された商品に異議を述べる (beanspruchen) 場合、彼は、その一時的な保管に配慮する義務を負う。

……第二項ないし第五項略……

一般ドイツ商法典第三四八条について、テールによれば、商事売買でかつ送付売買の場合に、買主は、それが明らかに受領できないときでも突っ返してはならず、それを自身でまたは第三者によって一時的に保管する義務を負っている。⁽²⁰⁾これに対して、売買が商事売買ではないかあるいは送付売買でなければ当該規定の適用はないため、従来の法が適用される。すなわち、売買が取立債務であれば、買主が商品に異議を申し立てた場合、買主はその受取を拒絶することができるため、その後の処置は売主に委ねられる。他方で、商事売買ではない送付売買

では、買主は依然として商品を受け取って、その維持と性状の証明に配慮する義務を負わねばならず、売主がその立場にあればそのような態度を取らねばならないという⁽²¹⁾。この点を強調するハナウゼクによれば、買主は異議を述べる商品を一時的に保管する義務を負うが、とりわけ買主が商品を運送人から売主の事務管理者として引き取る義務は民法上は認められていないため、商法によって「受領し得ないと認めた商品を運送人から引き取る」法律上の義務を負っているという⁽²³⁾。

テールによれば、ここでいう「異議を述べる」とは、買主が受領できない旨を表明することとされる⁽²⁴⁾。同様に、アウアーバッハによれば、買主は異議を述べた商品を売主の処分につけて、それが行われた後に売主のためにそれを保管する義務を負っているため、買主はそれを消費することはもとより、それを換価することも原則として認められない。ここで問題となるのは不履行とは本来区別されるべき不完全な履行であって、異議を述べるとは、文句を述べたりあるいは法律または契約に適合していないと表明することであって、買主が契約を解除しないしは損害賠償を請求して売主に処分を委ねる場合、あるいは、瑕疵ある商品に代えて瑕疵のない商品の追完を請求する場合であって、買主が代金減額を求める場合には適用はないという⁽²⁵⁾。先に見たとおり、ロエスレルもまた、このような理解に立っているといえよう。

エンデマンによっても、売主が措置を講じるまで、買主は、自身または他人の許で通常の商人としての注意で商品を保管する義務を負うため、商品を放棄したり、利用・譲渡したりしてはならないという。買主が保管義務に違反すれば損害賠償の責任を負い、不当な売却処分でも同様であるが、正当な異議であれば、買主に生じる費用は売主が負担する。正当な異議によって、契約が未だ終局的には処理されていないこととなり、供給されなければならぬものは全く違っていけば、買主はその返還と履行を求め、あるいは、契約を解除でき、代金減額の権利もあるという⁽²⁶⁾。ここで、エンデマンは、買主は商品の受領可能性を検査し、それに異議を述べて瑕

疵から権利を引き出すためには、通知を要するという⁽²⁷⁾。したがって、エンデマンでの「異議」の理解は、受領を拒絶することを意味するが、受け取った瑕疵ある商品を全面的に拒絶することだけを意味しない。

以上のように、商慣習に由来する送付売買にのみ、買主は異議を述べた商品について一時的な保管義務を負うことが説かれている。しかし、「異議を述べる」の意味は必ずしも明らかではなく、むしろ買主が解除権はもとより代金減額権を行使する場面での適用を説く見解もあるため、ますます「異議を述べる」の独自の意味は不明確となる。

帝国司法庁第一草案第三一八条も同様に、買主が「異議を述べる (beanstanden)」場合の一時的な保管義務を定める。帝国司法庁第一草案理由書は、第三一八条第一項について、一般ドイツ商法典第三四八条第一項を承継する旨を明確に説いているが、「異議を述べる」ことの意義について特段の説明はない。⁽²⁸⁾ この規定は、帝国司法庁第二草案第三四九条第一項を経て、最終的に、現行ドイツ商法典第三七九条第一項として、次のように纏められた。

第三七九条 売買が、両当事者にとって商行為である場合、買主は、彼が他の場所から彼に送付された商品に異議を述べる (beanstanden) ときには、その一時的な保管に配慮する義務を負う。

……第二項略……

2 保管義務の契機

(1) ドイツ商法典第三七九条の「異議」

ドイツ商法典第三七九条第一項は、商事の送付売買で、買主が引渡しを受けた商品に「異議を述べる

(beanstanden)」ときに、買主の保管義務を定める。したがって、同じ一般ドイツ商法典に由来しつつも、「解除した」場合に保管義務を定める我が国の商法第五二七条との顕著な相違は、まさにこのドイツ商法典第三七九条第一項の「異議を述べる」という要件に現れる。では、この「異議を述べる」とは、ドイツ商法の解釈上、どのような意味と解されているのであろうか。たとえば、代表的な注釈書では、次のように説かれている⁽²⁹⁾。

「法律はここでは意識的に第三七七条〔筆者注…商事売買における買主の検査・通知義務〕におけるのとは異なる表現を用いている。すなわち、〈異議を述べる (beanstanden)〉とは——実質的に——単に〈瑕疵を通知する〉よりももっと何か強力である……異議を述べる買主は、彼がその商品を保持しようとしなことを認識させる。というのも、その場合にだけ、彼に一時的な保管の義務を (売主の利益で) 課すことが意味を持つためである。その結果、その規定は、いったん商品がその瑕疵にもかかわらず保持され、瑕疵担保解除または他の商品の給付ではなく、代金減額またはいわゆる小さな損害賠償が主張されるときには、介入する余地はない。買主にとっては、せいぜい、商品を、売主がその状態を確認できるまで、変わらない状態で保管することが推奨されよう」〔傍点筆者〕。

本来なら、買主は、売主の財産利益を考慮して、回避できる損害から売主を保護する一般的な義務を負うとはいえ、常に商品を返送してかまわない⁽³⁰⁾。ところが、この規定は、本来なら避けられない商品の返還を回避して、買主に保管義務を課すことを目的とするのであるから、買主が「異議を述べる」とは、買主が商品を保持しようとしなことを表明することを意味する⁽³¹⁾。したがって、買主が「異議を述べる」とは、単に買主が目的物に瑕疵があることを主張する通知とは異なつて、買主が引き渡された商品を保持しない態度を表明することである。もつとも、この段階では、買主がどの担保責任の権利を主張しようとするのかについてはまだ正確な確定までは必要ではなく、瑕疵に基づく彼の「返還意思」が明らかになれば足りる⁽³²⁾。とりわけ、債務法の現代化法を経た現

在では、買主は、原則として、まずは修補または代物給付のいずれかを選択しなければならないため（ドイツ民法典第四三九条第一項参照）、そのことがなおさら当てはまるとい³³⁾。つまり、買主がまずは代物給付を請求すれば、当然のことながら当該物を返還しようとする買主の意思は明らかとなるが、代物給付請求はもとより、契約を解除したり、あるいは給付に代わる損害賠償を請求するといった具体的な権利を示す必要はなく、いずれかの権利を行使することで当該目的物を返還しようとする旨を明らかにしなければならない。その反面で、買主が目的物が契約に適合しないと主張しつつも、まず修補を請求する場合はもちろん、代金減額あるいは修補に代わる損害賠償のいずれかを求めようとすることによって、当該目的物を履行に向けて保持する場合には、買主は当該目的物を売主のために保管するのではなく、履行目的物として自身のために保持することになる。

したがって、買主が履行として提供された目的物の引渡しを受けて、瑕疵を知りつつ「履行として認容 (Annahme als Erfüllung)」するなら、なお契約不適合の修補や代金減額の余地があるとしても、買主は当該目的物を履行対象として扱うことを表明しているのであるから、売主のための保管義務は生じない。買主が「異議を述べる」目的物を売主のために保管しなければならないのは、まさに当該目的物を「履行として認容しない」場合である。すなわち、商品に異議を述べるというの³⁴⁾は、「買主が商品を契約に適合したものとみなさず……彼がそれを保持しようとする旨の買主の表示」なのである。

(2) 商事売買と民事売買の構造対照

以上の商事売買における「履行としての認容」と「異議を述べる」との区別による買主の保管義務の理解は、民事売買にどのように敷衍できるのだろうか。この点について、エルンストによれば、売主が契約に適合しない売買目的物を提供する場合、買主はそれを「履行として認容 (Annahme als Erfüllung)」する³⁵⁾か、あるいは、

それを「認容拒絶 (Zurückweisung)」するのかの決断を迫られる。買主が売主の提供を履行として認容するのを「拒絶」することは、ドイツ商法典第三七九条の「異議を述べる」と同義であり、そのため、買主はそれ以後、当該目的物の引渡しを拒否するか、あるいは、すでに引渡しを受けていれば、その目的物を保管する義務を負うことになるという。⁽³⁶⁾まさにドイツ商法典第三七九条は、この保管義務を定めるのであり、供託の可能性とその要件も示唆する。民事売買でも、信義則に基づいて、買主の保管義務が認められる余地があるともいう。⁽³⁷⁾

我が国でも、すでに、たとえば瑕疵発見時から一年以内の通知義務の存否等の相違に着目して、本来の履行請求権から追完請求権への移行を履行としての認容からとするのか、それとも引渡しからとするのか、仮に引渡しからとするとしても、買主が本来は不適合物を拒絶できたはずであるから、それを履行として認容しない限り、危険の移転はもとより、追完請求権への移行も拒絶できるとする見解が提示されている。⁽³⁸⁾ここでもまた、履行としての認容と認容拒絶とが対比されており、とりわけ、本来拒絶できた契約不適合物の危険を引渡しによって買主に移転させることに對する疑念が提起されている。この見解は、買主が瑕疵のある物を履行として認容すれば売主の義務は履行されて契約不適合責任の段階へと移行するが、買主が認容拒絶するときには売主の義務は履行されておらず債務不履行状態が依然として継続するため、履行としての認容と認容拒絶とに二者択一の関係を認めることになる。⁽³⁹⁾

四 買主の目的物処遇の段階論

1 ドイツ法における巻き戻し関係の三段階論

ドイツ民法における法定解除場面での目的物の偶然的滅失・損傷問題は、債務法の現代化によって大きく様変

わりをした。すなわち、滅失・損傷原因に応じた解除の当否によって危険を分配する規律から、原因によらずに解除を認めつつ原状回復での価値賠償により危険分配を調整する規律へと変更された⁽⁴⁰⁾。ここで、瑕疵ある目的物が買主に引き渡された後、その目的物の滅失または損傷の危険を誰が負担するのかという問題もまた、売主が責めを負う場合と買主が責めを負う場合を除外してはじめて危険負担の問題として位置付けられる。すなわち、法定解除権者が自身の事務に通常払う注意 (*diligentia quam in suis* : ドイツ民法典第二七七条参照) を払っていたにもかかわらず、その目的物が損傷または滅失した場合には、法定解除権者は解除できるとともに、原則として負担すべき価値賠償義務から解放される(同法第三四六条第三項第一文第三号)。つまり、瑕疵ある目的物の危険は売主が負担するが、それは、売主が瑕疵ある目的物を引き渡したが故であるとされる⁽⁴¹⁾。しかしながら、解除権者である返還債務者が自身の帰責性に基づいて現物の返還義務を履行しない場合には、返還債務者は損害賠償義務を負うともされる(同法第三四六条第四項)。したがって、瑕疵ある目的物が買主に引き渡された場合に、最終的にその目的物の滅失または損傷の危険の帰趨を判断するには、返還債務者である買主の帰責性の範囲を確定しなければならぬ。この買主の帰責性を判断するために、巻き戻し関係の三段階論が有力に唱えられている。

それを提唱したガイアーおよびそれを支持するハインリクスによれば、解除に関わる巻き戻しの三段階は、次のように区分される。まず、買主が目的物を受け取ったが瑕疵に気がつかないため、解除できないことに気がつかず、あるいは、気がつかないのもやむを得ない段階である(第一段階)。次に、買主が解除原因を知るかあるいは知らねばならなかった時点以後の段階である(第二段階)。さらに、買主が解除を表示した後の段階が続く(第三段階)⁽⁴²⁾。その上で、それぞれの段階において、買主が目的物とどのように接触すべきか、反面で、どのような接触をすることが彼の帰責性へと反映するのかが問われることになる。

第一段階では、買主は瑕疵ある目的物を受け取ってはいるが、その瑕疵に気がついていないのであるから、自

身の物としてそれを扱うであろうし、そのように扱うことに何らの問題もない。したがって、その目的物が破壊されようと、損傷を受けようと、それについて買主の責任を問う余地はないはずであろう。⁽⁴³⁾ 他方で、第三段階では、すでに買主が解除を表示しているものであるから、買主は目的物を売主に返還する義務を負っており、その返還が目的物の滅失または損傷で不能となることに責任を負うのは、一般的な故意・過失の帰責性による場合に限られる。第三段階では、解除によって買主の契約上の利用権は消滅するが、それでも、「包括的な利益考量（第二四二条）から」、買主は物をさらに利用して良く、とりわけ、相手方が解除権を否認し、対価を任意に返還しないときである。また、売主は利用損耗の填補請求権を取得するため、買主による物のさらなる利用は売主の利益にもなるという。⁽⁴⁴⁾

問題となるのは、第二段階である。ここでガイアーは、買主が通常の帰責性を払わなければ賠償責任を負担することになるとするのに対して、⁽⁴⁵⁾ ハイリンクスは、自身の事務に通常払う注意で足りるとする。ガイアーによれば、買主が解除原因を知って以降は、買主は契約が挫折して、目的物を売主に返還しなければならなくなることも考慮しなければならぬのであるから、一般的な注意義務を負担し、故意・過失に責任を負わねばならない。⁽⁴⁶⁾ これに対して、ハイリンクスによれば、第二段階では、いまだ契約関係が継続している以上は、その限度において買主は目的物を利用できるが、あくまで売主が契約に適合しない目的物を給付した以上、その危険を負担すべきとの立法者の判断が尊重されるべきであり、売主の危険負担を定めるドイツ民法典第三四六条第三項第一文第三号によって、買主が自身の事務に通常払う注意義務を払う限りにおいて売主が危険を負担すべきとするルールが通用する。⁽⁴⁷⁾ つまり、第二段階では、買主の帰責性による損害賠償責任が生じるはずであるが（同法第三四六条第四項）、ここに解除前の目的物の偶然的滅失・損傷によって買主の価値賠償義務の排除を認める優遇措置（同法第三四六条第三項第一文第三号）との抵触が生じるため、後者が優先的に適用されることによって、買主の注意義

務の軽減を認めようと試みるのである。⁽⁴⁸⁾しかし、解除権を知りつつ、他人である売主の財産を管理する立場にある買主が、一般的な他人の財産管理の注意義務を免れるいわれはないとの批判が向けられている。⁽⁴⁹⁾自身の事務に通常払う注意義務に軽減された価値賠償義務の消滅は、買主が最終的に目的物を保持して良い状況に合わせた規定であるため、買主が解除原因を知った後では、むしろ買主の一般的な注意義務違反に基づく損害賠償によって調整される⁽⁵⁰⁾ともいう。

このように、とりわけ第二段階で買主が負うべき注意義務と価値賠償義務を免れる際の自身の事務に通常払うのと同一の注意義務との抵触・調整問題の解決が困難であることが明らかとなる。しかし、すでに第一段階でも、常に価値賠償義務を免れる前提として買主には自身の事務について通常払う注意義務が求められる以上（同法第三四六条第三項第一文第三号）、抵触・調整は避けられない。したがって、ドイツ民法典は、こうした三段階論を前提としておらず、しかも、ドイツ民法典第三四六条第四項自体が同条第一項が定める原状回復義務の違反に基づく賠償義務を定める以上、その義務が発生するのは解除の意思表示以後であるため、第三段階での議論が整合するにとどまることも指摘されている。⁽⁵¹⁾

2 我が国での段階論の試み

以上の巻き戻し関係の三段階論は、ドイツ民法の解釈上は、その詳細な巻き戻し関係の規定があるため大きな問題を孕んでいるものの、それでも有力な見解として受け止められている。しかし、我が国の解除法は、改正以前にも増してほとんどその問題について規律を持っていないため、きわめて自由な解釈が可能な状況となっている。以下では、三段階論を敷衍して、五段階論を試みてみよう。

(1) 第一段階

(a) 第一一一段階

契約に適合しない目的物が引き渡される場合、買主が一見して契約の不適合に気がついて、その履行としての認容を拒絶する場合には、買主への引渡しがないため、その契約不適合の異議が正当である以上、危険は買主に移転し得ないことに異論はないであろう。

しかし、多くの場合には、目的物が買主に引き渡された後に、目的物が検査されることによってはじめて契約不適合が明らかとなるため、契約不適合物が買主に引き渡される事態が生じる。ここで、買主が目的物の契約不適合にすぐに気がついて、その認容を拒絶して商品の取替え等を求めるなら、その状況は、引渡し前に買主が契約の不適合に気がついてその認容を拒絶する状況と大きな差異があるようには思えない。ただ、契約に適合しない商品が買主の手元にあるという状況によって、買主の責めに帰すべきではない事情が評価されなければならぬであろう（後述第二一一段階参照）。

(b) 第二一二段階

もともと、商法第五二六条がすでに想定するとおり、たとえ買主が検査しても、すぐに発見できない契約不適合もあり得る。この場合には、買主が検査して契約の不適合の通知をしていない状態で、買主が履行をいったん承認したとみられ、危険が買主に移転することを承認できる基礎が生じる。しかし、買主の検査で明らかにならなかった契約不適合が存在し、それが後に明らかとなる場合には、買主はただちに通知することによって、その履行承認を覆して、自身の契約不適合に基づく権利を行使できることになる。ここでは引渡しから契約の不適合に気がつくまでの段階と、契約の不適合に気がついた後の段階で利益状況が異なることになる。

すなわち、引渡しから検査を経て買主が後に目的物の契約不適合に気がつくまでの第一一二段階では、商事売

買主は買主は検査を通じて契約の不適合を発見しなかったため、契約に適合する商品として目的物の履行を承認していた。それに対応して、民事売買では、買主が瑕疵に気がつかないまま履行として受領しており、いずれにせよ、その間、買主はまさに自身の物として当該商品を扱うであろうし、扱って良いはずである。たとえ、買主が目的物を故意に破壊し、あるいは、放棄したとしても、自己の物の処置としてそれ自体に何らの非難を受ける余地もない。したがって、ここに両当事者の責めに帰すべきではない事由による目的物の滅失などという概念は介在し得ない。目的物は、買主の物として扱われる以上、そこに生じるあらゆる事態は、いったん買主の危険に帰すことになる。しかし、その後、なお買主は、当該目的物にはすでに引渡し前に契約不適合があったことを証明できるなら、それに基づいて、契約を解除し、あるいは、代物給付を求めることによって、滅失した目的物の危険を売主に転嫁できる。

(2) 第二段階

(a) 第二一一段階

ところが、買主が目的物の契約不適合に気がついた後の第二段階では、状況は大きく様変わりする。買主は、目的物に契約不適合があることを知ったのであるから、引渡し後すぐに検査をして契約不適合に気がついた買主と同じ状況にある。ここで買主は、当該目的物をなお保持するのか、それとも、それを売主に返還するのかの選択権を持つ。買主が目的物の契約不適合に気がついて、なお目的物を保持するのか、それとも、目的物を売主に返還するのか、この選択をするまでの段階では、買主は不適合の状況を十分に検査・確認することになる。

買主がこの選択権を保持する状況にある以上、買主はなお自身の危険において目的物を自身の物として利用することもできるが、しかし同時に、売主に返還する可能性を含む以上、他人の物として当該目的物を扱わねばな

らない側面もある⁽⁵³⁾。したがって、買主は、売主への返還可能性がある以上、他人の物として善良な管理者の注意をもって目的物を保管しなければならず、また、その目的物を利用するのであれば、その利用に際して生じた滅失・損傷についても責任を負わねばならないのではなからうか⁽⁵⁴⁾。

(b) 第二・二段階

次の段階は、目的物が契約に適合しないことに気がついた買主が、目的物を保持するかそれとも売主に返却するか⁽⁵⁵⁾の決定を下して、それに基づく権利を行使するまでの段階を意味する。買主が、目的物を保持することを選択するのであれば、これは買主が目的物の不適合を知りつつ履行として認容することを意味し、当該物はなお買主の物として買主が自由に処分できるのであるから、当該物の危険は買主が負担しなければならない⁽⁵⁵⁾。これに対して、買主が、代物給付または解除等を選択する余地もあり、その具体的な権利を選択行使する前に、買主がまずは履行として認容することを拒絶する場合には、引渡し前に契約不適合物を認容拒絶するのと同様に、買主は危険を売主に転嫁できることになるはずであろう。もちろん、買主はいずれの権利を行使するにせよ、目的物を売主に返却することを表明したのであるから、目的物を利用すべきではなく、目的物を善良な管理者の注意をもって保管しなければならないのではなからうか。

この点で、買主は認容拒絶できたはずの目的物について「保管する義務を押しつけられた」のであるから、注意義務を軽減すべきとする議論の余地もある⁽⁵⁶⁾。しかし、他人に返還すべき目的物を保管するのであるから、買主は善良な管理者の注意義務を払わねばならないであろう。目的物に契約不適合があることに気がついて以降の第二段階で、買主が故意または過失によって目的物を滅失させた場合には、買主はもはや契約を解除することができる⁽⁵⁷⁾（改正第五四八条）。解除原因があることを知りつつ、善良な管理者の注意義務に違反して目的物を滅失させた買主は、その滅失リスクを負担すべきことが定められている。反面で、その注意を払う限り、買主は契約

に適合しない目的物の滅失の危険を押しつけられることはないであろう。

(3) 第三段階

買主が契約の不適合に基づいて、代物給付を請求するか、あるいは、契約を解除する(ないしは、給付全部に代わる損害賠償を請求する)第三段階では、買主は契約に適合しない目的物を売主に返還する義務を負うため、目的物を善良な管理者の注意をもって保管しなければならない(第四〇〇条)。それでも、買主の帰責性なく目的物が滅失する場合、第二段階におけるのと同じく、買主はいったん引き受けていた危険を解除または代物給付の意思表示によって売主に転嫁できるのであるから、もはや契約不適合物の返還義務から解放されるだけでなく、契約不適合物の価値賠償義務も負わないと解すべきであろう。

これに対して、買主が目的物を保持しつつ、修補を請求し、代金減額を請求し、修補に代わる損害賠償あるいは価値減価分の損害賠償を請求する場合には、当該目的物は買主が自身の物として保持する以上、その危険も引き受けなければならない。もちろん、たとえ目的物が不可抗力で損傷・滅失しても、買主が物の保持を前提にした代金減額等の権利をなお行使できることに影響はない。

五 買主の保管義務の意義

以上の検討からすれば、買主が正当に受領を拒絶できる、すなわち、履行として認容することを拒絶できる場合、買主は求められる注意を払う限り、その目的物に生じ得る滅失・損傷の危険を負担する必要はない。その際、そもそも買主が認容を拒絶できる契約不適合物が引き渡されても危険が移転しないとする構成もあり得よう。⁽⁵⁷⁾し

かし、売主が契約不適合物を給付した以上、それに基づく買主の権利行使が妨げられるいわれはない。それでも、そのことから直ちに売主が危険を負担することも帰結しない。買主が価値賠償義務を免れるさらなる根拠が必要である。本稿はその根拠を、そもそも買主が契約不適合を知っていたなら、引渡しに応じなかったはずであることに求めている。つまり、改正第五六七条第一項は第二項と対照的に、契約に適合した目的物の引渡しを要件としないことから、契約に適合しない目的物の引渡しによっていったんは買主に危険が移転するものの、目的物が滅失・損傷しても、買主はなお解除や代物請求（さらには代物給付に代わる損害賠償請求）をして、しかも価値賠償義務を負わないとすることで、危険を売主に転嫁できるとするのが、解釈論上整合的な解釈といえよう。⁽⁵⁸⁾

もちろん、買主が売主に危険を転嫁するには、それぞれの段階に応じて必要な注意を払って目的物を保管しなければならぬ。ここで、商法第五二七条が定める買主の保管義務の特殊性は、買主が解除をしまは代物給付（さらには代物給付に代わる損害賠償）を求める第三段階に生じる原状回復義務としての目的物返還義務を一時的に排除する意義を持つ点で、民法上のルールとしての契約不適合物の返還義務を修正することは明らかである。

しかし、買主が目的物が契約に適合しないことに気がついたが、いまだ具体的な権利を行使していない第二段階でも、買主が履行として認容することを拒絶して、その目的物を売主に返還することを表明するならば、やはり、買主は返還する権利を行使するまで、目的物を善良な管理者の注意をもって保管しなければならぬ。これが、ドイツ法がいう「異議を述べる」の意味であった。この第二（二二）段階では、もともと買主は売主に返還すべき目的物を保管する義務を負うのであるから、商法第五二七条は買主の返還義務を保管義務に修正する意義は持たないようにも映る。それでも、買主が履行として認容する場合には、それ以降は、買主自身の物として保持するのであるから、買主がこの「異議を述べる」認容を拒絶する」段階以降は、買主が売主のために本来返還すべき目的物を保管する義務が基準となる⁽⁵⁹⁾。そのため、買主がもつばら売主のために返還すべき目的物を保管しな

ければならない状況は、具体的に解除等の権利を行使する段階からはじめて生じるわけではない。しかしながら、商事売買では、売主は買主が認容を拒絶した段階からすでにその目的物を処分することができ、また処分すべきでもあるとすれば、商法第五二七条の商人買主の一时的な保管義務も、この「異議を述べる」段階から生じると解釈する余地があるのではなからうか。⁽⁶⁰⁾

- (1) 目的物を支配する買主が危険を負担すべきこととしつつ、滅失・損傷に対応する範囲で代金返還義務も消滅するとするのは、本田純一「民法五四八条の系譜的考察(上)」判タ五五六号(一九八五年)二〇頁。小野秀誠『給付障害と危険の法理』(信山社・一九九六年)一七九頁以下は、物に瑕疵がある場合、それによって契約目的が達成できない場合に買主は契約を解除できるのであるから危険を売主が負担し、買主は価格賠償義務を負わないが、契約目的が達成できる場合には買主の解除は制限され、引き渡しによって危険は買主が負担すべきことになるとする。これに対して、買主に滅失・損傷に対応する価値賠償義務を認めるのは、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(上巻)』(岩波書店・一九二四年)二三五―二三六頁、内田貫『民法Ⅱ(第3版)債権各論』(東京大学出版会・二〇一一年)九八―九九頁等。
 - (2) 我妻榮『債権各論上巻(民法講義V1)』(岩波書店・一九五四年)一九六―一九七頁、平野裕之『民法総合5契約法』(信山社・二〇〇七年)一一九頁等。
 - (3) この仮定によって契約不適合物の引渡し後の不可抗力滅失・損傷の危険を売主が負担することを正当化するのは、野中貴弘「契約適合性への買主の信頼——契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日法八三巻一号(二〇一七年)七二頁以下、八九頁以下。
 - (4) 旧商法第五五〇条 買主ハ其拒ミタル物ノ代価ヲ既ニ支払ヒタルトキ又ハ其物カ損敗シ若クハ価ヲ失フニ至ル可キモノナルトキハ売主ノ計算ヲ以テ之ヲ売却スルコトヲ得買主ノ利益ノ為メニスル売却ニ在テハ第三九二条ノ規定ヲ遵守スルコトヲ要ス
- このように、旧商法第五五〇条およびその草案第六一〇条は買主が目的物を売主の計算で売却できる旨を定める。

この点は、現行商法第五二七条第一項ただし書きはもとより、一連の対応するドイツの立法でも規定されているが、本稿のテーマには直接関わりがないため、参照と検討を割愛する。

(5) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法委員会議事要録』（商事法務研究会・一九八五年）三四〇頁での、田部芳起草委員の第二三七条の起草趣旨の説明を参照。

(6) Hermann ROESLER, Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd.2, Tokio, 1884, S.378ff.

(7) ROESLER, a.a.O., S.378f.

(8) ロesslerは、(7)では草案第五九九条〔旧商法第五三九条〕を参照させる。ROESLER, a.a.O., S.379. もともと、売主が、受領遅滞は別にして、引渡しまで最高度の注意を払わないことで物が滅失・損傷する場合に売主が責任を負うことを定めるのが草案第五九八条〔旧商法第五三八条〕であり、契約締結前にすでに物が引き渡されていた場合にもそのような売主の責任を定めるのが草案第五九九条〔旧商法第五三九条〕である。

(9) ROESLER, a.a.O., S.379.

(10) ROESLER, a.a.O., S.380.

(11) 伊藤悌治校閲 坪谷善四郎著『日本商法注釈・下巻』（博文館・一九九〇年）三八―三九頁、手塚太郎『商法詳解・下巻』（宝文館・一九九〇年）四一頁、井上操『日本商法講義』（大阪国文社・一九九〇年）一八九頁、伊良子晴洲『日本商法問答正解』（図書出版社・一九九〇年）四七三―四七四頁、浅間新五郎 小野崎吾助『日本商法実用・後編』（長島書房・一九九〇年）三六頁。ここでは、ロessler自身は明言しないものの、物に生じた損失が売主負担となることが示唆されている点が興味深い。

(12) 『法典調査会商法委員会議事要録』前出注(5)三四〇頁。ここでは、旧商法が「物ノ受取ヲ拒ムトキハ」としていたのを「異議ヲ述ヘタルトキト雖」として、後に見る一連のドイツの商法立法と同様の文言へと変更している。あるいは、帝国司法庁第二草案が参照された影響であろうか。帝国司法庁第二草案が日本商法の立法に影響を及ぼした点については、たとえば、北居功『契約履行の動態理論Ⅱ弁済受領論』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）三―六頁を参照。

(13) 志田鉦太郎『商法調査筆記』第四卷一七〇七頁。この文書については、北居・前出注(12)三〇五頁注(79)参

- 照。明治三二年商法第二八九条の理由書（理由書の条文は第二八八条）も同旨である。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法修正案参考書』（商事法務研究会・一九八五年）一二五頁。
- (14) 『法典調査会商法委員會議事要録』前出注（5）三四〇頁、志田・前出注（13）一七〇七―一七一〇頁。
- (15) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法決議案』（商事法務研究会・一九八五年）二四頁。
- (16) 『民法商法修正案整理案乙・自明治二十八年九月至同三十一年五月』（学術振興会版・一九四一年）民商乙ノ一二九表。
- (17) 松本蒸治『商行為法』（中央大学・一九二四年）一一九頁、田中耕太郎講述『商行為法講義要領』（一九三三年）六九頁、大隅健一郎『商行為法』（青林書院新社・一九六二年）七〇頁、西原寛一『商行為法』（有斐閣・一九六九年）一五八頁、神崎克郎『商行為法Ⅰ』（有斐閣・一九七三年）二八七頁、石井照久『商行為法（商法Ⅴ）』（勁草書房・一九七八年）八一―八二頁、岩崎稜『商事売買』法セミ二六卷七号（一九八二年）一一五頁、江頭憲治郎『商取引法・第6版』（弘文堂・二〇一〇年）三三三頁。
- (18) 事実、この買主の保管義務は、買主が解除する場合だけでなく、売主が契約に適合する物品を追完給付する場合にも類推適用されるべきとする見解がある。神崎・前出注（17）二八八頁。また、解除が適法か否かを問わずに、買主に保管義務を認めるべきとする見解もまた、保管義務を広く認めようとする傾向を示すといえよう。竹田省『商行為法』（弘文堂書房・一九三三年）六六頁。
- (19) 第三四八条第一項の基礎となったプロイセン商法典草案第二六五条も、文言はほぼ同一であり、理由書は、他から送付されたが異議を述べた商品の一時的な保管義務が商慣習から導かれたことを説いている。Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussische Staaten, Nebst Motiven, Berlin, 1857, 2. Teil, Motiven, S.142.
- (20) Heinrich THÖL, Das Handelsrecht, Bd.1, 6. Aufl., Leipzig, 1879, §277, S.920f. 同書 Christian Moritz Adolphi GAD, Handbuch des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, I. Teil, Berlin, 1863, S.218; Carl GAREIS, Das Deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., Berlin, 1892, S.441.
- (21) THÖL, aa.O., §277, S.920ff.
- (22) Gustav HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und

- gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 2. Abtheil. 1. Hälfte, Berlin, 1884, §41, S.138ff.
- (23) HANAUSEK, aa.O., §41, S.140ff.
- (24) THÖL, aa.O., §277, S.920. 田中 一 Friedrich von HAHN, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd.2, 2.Auf., Braunschweig, 1875, S.322.
- (25) W. AUERBACH, Das Neue Handelsgesetz, 2. Abtheil., Frankfurt am Main, 1865, S.143ff.
- (26) Wilhelm ENDEMANN, Das Deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., Leipzig, 1887, §138, S.506ff.
- (27) ENDEMANN, aa.O., §138, S.505.
- (28) Werner SCHUBERT/ Burkhard SCHMIEDEL/ Christoph KRAMPE (hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd.2, Frankfurt am Main, 1987, S.207. 川口 雄三 法律理由書に於ける帝國議會の商法典を以ての施行法に關する報告書に於て「銀行に於ける商法典の既田書に引かれ難なること」。Carl HAHN/ Benno MUGDAN (hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.6, Berlin, 1897, S.377.
- (29) Hermann Straub/ Mitgliedern des Reichsgerichts (hrsg.)/ Dieter BRÜGGEMANN, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.4, 4.Auf., Berlin, 1983, §379, Rdnr.13, S.137.
- (30) Barbara GRUNEWALD, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.6, München, 2004, §379, Rdnr.4, S.79.
- (31) Ernst GESSLER/ Wolfgang HEFFERMIEHL/ Wolfgang HILDEBRANDT/ Georg SCHRÖDER, Schlegelberger Kommentar zum HGB, Bd.3, 4.Auf., Berlin/ Frankfurt am Main, 1965, §379, Rdnr.4, S.2119.
- (32) Detlev JOOST/ Lutz STROHN (hrsg.)/ Gerd MÜLLER, Handelsgesetzbuch, Bd.2, 2.Auf., München, 2009, §379, Rdnr.10, S.437.
- (33) JOOST/ STROHN (hrsg.)/ MÜLLER, aa.O., §379, Rdnr.6 u. 10, S.435 u. 437.
- (34) GRUNEWALD, aa.O., §379, Rdnr.9, S.81.
- (35) ハリドール「履行としての認容」とは、給付対象を主要な点で履行対象として承認することを意味しており（下イ）民法典第三六三条参照）、性状も承認することと完全な履行として認める意味ではない。従来、性状承認と区別

- した客体承認と呼ばれる概念である。種類売買への瑕疵担保責任の適用余地を認めるに際して、判例が瑕疵を知りつつ「履行として認容」することに言及する場合（最判昭和三六年一月一日民集一五卷一〇号二八五二頁）、その概念と同種といえることができるであろう。詳細は、北居・前出注（12）三六一頁以下を参照。
- (36) Wolfgang ERNST, *Sachmängelhaftung und Gefahrtragung. Abgrenzungen und Wechselwirkungen in der Dynamik des Vertragsvollzugs*, in *Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2006, S.190; ders., *Die Zurückweisung der Ware*, in *NJW*, 1997, S.897.
- (37) ERNST, *Sachmängelhaftung und Gefahrtragung*, a.a.O., S.190, Fn.67.
- (38) 藤田寿夫「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時八七卷八号（二〇一五年）九七―九八頁。
- (39) 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社・一九九四年）九二頁。なお、引き渡された目的物に隠れた瑕疵があれば、その瑕疵が判明した時点で、改めて履行としての認容を維持するか、あるいは、履行としての認容を撤回することによって、拒絶したのと同じ状況を回復できることになる（同九三頁以下）。この議論の端緒となったドイツのクレマー論文は、アメリカの統一商事法典から着想を得ている（同七一頁）。
- (40) 従前は、ドイツ民法典旧第三五一条が我が国の改正前第五四八条第一項と同様に、「行為又は過失」等による目的物の滅失による解除制限を定め、ドイツ民法典旧第三五〇条が我が国の改正前第五四八条第二項と同様に、不可抗力での目的物の滅失後の解除を認めていた。しかし、債務法の現代化法により、ドイツ民法典第三四六条第一項は解除による債務者の原状回復義務、第二項はそれができない場合の価値賠償義務を定めつつ、第三項は価値賠償義務が消滅する場合を定め、その一つに法定解除権者が自身の事務に通常払う注意を払っていたにもかかわらず、物が彼の許で損傷または滅失する場合を挙げている（同条三項第一文第三号）。したがって、法定解除での目的物の不可抗力滅失の危険は売主が負担することになる。この議論の詳細は、野中貴弘「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二巻四号（二〇一七年）一八八三頁以下を参照。
- (41) 野中・前出注（40）一八八九頁以下を参照。
- (42) Reinhard GAIER, *Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *WM*, 2002, S.12; ders., *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd.2, 5.Aufl., München, 2007, §346, Rn.60, S.2198; Helmuth

- HEINRICHS, Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach §346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner, in Lieber Amicorum Eike Schmidt, Zum 65. Geburtstag am 26. 11. 2004, Heidelberg, 2005, S.175f.
- (47) GAIER, Das Rücktritts(folgen)recht, aa.O., S.12; ders, Münchener Kommentar, aa.O., §346, Rdnr.62, S.2199; HEINRICHS, aa.O., S.175; Peter HUBER/ Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München, 2002, §10, Rdnrn.49f., S.255f.
- (48) HEINRICHS, aa.O., S.182; *そのうち* 買主が不適合物を利用できるのかという点をめぐっては争いがあ
る。その中で、あるべき将来のヨーロッパ契約法における原状回復のあり方を考察して、解除原因の認識なり
判明時点から買主の保存義務の違反に基づく損害賠償責任を想定すべきであって、その時点から買主は目的物を合意
した通常の用法で利用し、そのうちを見解を興味添う。 Michael SONNENTAG, Das Rückgewährschuldverhältnis,
Tübingen, 2016, S.638ff.
- (49) Reinhard GAIER, Das Rücktritts(folgen)recht, aa.O., S.12; ders, Münchener Kommentar, aa.O., §346, Rdnr.62,
S.2199.
- (50) GAIER, Münchener Kommentar, aa.O., §346, Rdnr.61, S.2199; HUBER/ FAUST, aa.O., §10, Rdnrn.51f., S.256;
Martin SCHWAB, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§346ff. BGB
n.F., in Jus., 2002, S.636.
- (51) HEINRICHS, aa.O., S.180f.; ders, Palandt BGB, 64.Aufl., München, 2005, §346, Rdnr.18, S.560; Hanns
PRÜTTING/ Gerhard WEGEN/ Gerd WEINREICH (Hrsg.)/ Michael STÜRNER, BGB Kommentar, 10. Aufl., Köln,
2015, §346, Rdnr.30, S.669.
- (52) Heinz Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH (Hrsg.)/ Helmut GROTHE, Kommentar zum BGB, Bd.1, 1.Aufl.,
München, 2003, §346, Rdnr.37, S.1396.
- (53) GAIER, Münchener Kommentar, aa.O., §346, Rdnr.62, S.2199f.; Heinz Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH
(Hrsg.)/ Helmut GROTHE, Kommentar zum BGB, Bd.1, 3.Aufl., München, 2012, §346, Rdnr.61, S.1755, *そのうち*

らかなとおり、グロオーテは立場を後に変えたことになる。

(50) HUBER/FAUST, aa.O. §10, Rdmr.51, S.256.

(51) Gerhard WAGNER, Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht? in Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, S.616ff; Dagmar KAISER, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldreform, in JZ, 2001, S.1063; ders., Staudinger BGB, 2012, §346, Rdmr.281.

(52) 商事売買で買主が検査をして瑕疵を発見できなければ履行として承認しており、民事売買では、隠れた瑕疵に気がつかないまま承認しない受領する点で、瑕疵に気がついてなお履行として認容する場合は異なる。

(53) 共有者の一人が共有物を利用する際の注意義務に似通うことになる。共有者の権限と注意義務については、松下朋弘「共有持分権論——保存行為の権限からの再検討」慶應法学第三六号（二〇一六年）四六三頁以下を参照。

(54) 改正前第五四八条第一項は、買主の「行為又は過失」によって目的物が滅失した場合に、買主はもはや解除できないとすることで、「行為」にまで買主の責任領域を拡張する反面で、同条二項は「行為又は過失」によらない目的物の滅失の場合に買主が解除できることを定めて、本来、売主が目的物の偶然滅失の危険を負担することを定めていた。しかし、目的物を支配する者が危険を負担すべきであるとのテーゼが普及する中で、買主が瑕疵ある目的物を支配していた以上、その危険も負担すべきではないかという議論が、一方で、改正前第五四八条第二項の縮小解釈を導き、他方で、解除した後の価値賠償義務を導いた。

(55) しかし、買主が修補を請求しても売主がそれに応じないため買主が解除を選択すれば、その時点から認容拒絶となる。それでも、特定物売買の目的物が契約不適合ではあるが、その契約不適合が軽微で買主が解除できない場合には、買主はその受領を拒絶できず、むしろ、それを履行として認容して、代金減額または価値減少分または修補に代わる損害賠償しか請求できない。その契約不適合が引渡時点で明らかでも、買主はその引渡しすら拒絶できず、むしろ、その引渡しを拒絶する場合には、受領遅滞に陥るとの議論が提起される。Stephan LORENZ, Recht des Käufers zur Zurückweisung einer mangelhaften Sache — Voraussetzungen und Grenzen, in NJW, 2013, S.1341ff; Brigitta JUD, Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht, in Jus, 2004, S.841ff.

- (56) 双務有償契約での不当利得について、こうした論拠での注意義務の軽減の余地を見いだし得るとするのは、磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法第四八号（一九八六年）五四頁。
- (57) 改正法について、種類売買で引き渡された目的物に不適合がある場合に種類債務が特定されなかったため引渡しがあっても危険が移転しないと見る見解が主張されている。山本敬三「契約責任法の改正」曹時六八巻五号（二〇一六年）一二五九—一二六〇頁、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい・二〇一七年）二七〇頁。しかし、この解釈では契約に適合しない特定物の引渡しの場合と大きな相違が生じることが指摘されている。磯村保「売買契約法の改正」LAW AND PRACTICE 一〇号（二〇一六年）八七頁。それでも、種類売買の買主に滅失した目的物の価値賠償義務を認めれば、実質的に買主が危険を負担することになる。もちろん契約不適合物では種類債務は「特定」されないが（第四〇一条第二項参照）、引渡し後に主張される引渡し前の契約不適合に基づく修補・代金減額ないし返還債務は当該物を対象とすることになるため、引渡しによって「特定」された（改正第五六七条第一項）当該物の危険移転を論じることが可能である。野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法セミ七三九号（二〇一六年）四〇頁、山野日章夫『新しい債権法を読みとく』（商事法務・二〇一七年）一九五—一九六頁。
- (58) ドイツ法でいわれる危険の「跳ね戻り（Zurückspringen）」である。野中・前出注（40）一八八三頁。
- (59) 買主が目的物に契約の不適合があることを理由にして代金支払を拒絶できるのか、それとも、解除等の権利を選択して抗弁しなければならないのかという問題の契機となる段階でもある。従来の通説は、請負契約において注文者が修補請求かあるいは損害賠償を選択できたため、その選択をしない以上、報酬支払を拒絶できないとしていた。我妻榮『債権各論中巻二』（岩波書店・一九六二年）六三八頁、幾代通「広中俊雄（広中）『新版注釈民法（16）』（有斐閣・一九八九年）一三三頁。
- (60) 買主が異議を述べた商品を保管することは、その商品が売主の処分に委ねられることと表裏の関係に立つことに
Carli GAREIS, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht, Würzburg, 1870, S.141ff.