

法学（博士）学位論文
契約履行の動態理論

慶應義塾大学大学院法務研究科教授
北居 功

論文の構成

第一卷 契約履行の動態理論・Ⅰ・弁済提供論

第一章 動態的契約理論

第一部 受領遅滞論

第二章 弁済提供制度の沿革

第三章 ドイツ受領遅滞論の形成

第四章 受領遅滞制度論

第五章 買主の引取遅滞制度

第二部 遅滞要件論

第六章 受領遅滞および履行遅滞の要件

第七章 債権者の明確な受領拒絶

第三部 契約解除論

第八章 付遅滞解除の要件

第九章 債務者の明確な履行拒絶

第四部 結論

第一〇章 総括

第二卷 契約履行の動態理論・Ⅱ・弁済受領論

第一部 瑕疵担保責任論

第一章 危険負担論

第二章 特定合意論

第二部 契約不適合論

第三章 商法五二六条論

第四章 商法五二八条論

第五章 二つの「受領」概念

第六章 契約不適合と期間制限

第三部 主観的不能論

第七章 種類売主の調達責任

第八章 契約モデルの変容

第九章 他人物売主の担保責任

第四部 結論

第一〇章 総括

内容の概略

第一卷第一章動態的契約理論

『契約履行の動態理論 I 弁済提供論』第一章「動態的契約理論」が提示するのは、古典的ないしは伝統的契約履行観と現代的ないしは新規的契約履行観との対比である。前者は、契約締結によって創設された債務が債務者によって履行されることこそが債務の履行であって、それは契約によって設定された債務内容に適合しなければならないとする。契約に拘束された債務者は、契約の内容を実現する義務を負い、その義務をいわば自動的・機械的に果たすことが履行であって、それが実現されなければ債務不履行の問題となると把握される。

これに対して、後者は、設定された契約の内容を実現することが債務の履行であるのが原則であるとしても、債務が契約通りに実現されない事態が生じたときに、なお契約当事者は自主的・自律的に契約内容を調整する契機を持ち、ただちに債務不履行の問題へと収斂するのではないとする。つまり、契約締結によって契約当事者双方の利益が調整されるが、契約内容通りに契約が実現できないときにも、なお当事者はその中で双方の利益を最大限に実現すべく利益を調整する契機を持ち、最終的に、債務者が債務の履行を提供し、債権者が債務の履行を受領することで、契約内容が実現される。

このように、契約の履行を、単にすでに設定された債務の自動的な実現プロセスとして静態的に捉えるのではなく、契約の履行過程を通じて契約当事者の利益を調整しつつ契約内容の実現を図るプロセスとして動態的に捉えるとき、その利益調整の最終段階となる債務者の弁済の提供と債権者の弁済の受領とは何を意味するのか。こうして、第一章は、第一巻が提示しようとする弁済提供と第二巻が提示しようとする弁済受領の探求の意味が、契約を動態的な利益実現プロセスとして再構成しようとする典にあることを示すことで、本研究の全体的な問題意識を提示する。

第一巻第一部受領遅滞論

第一部が提示するのは受領遅滞論である。契約の履行プロセスを動態的に把握しようとするに際して、債務者の弁済提供が独自にどのような法的意味を有するのかを分析するには、債務者が有効な弁済を提供するにもかかわらず、債権者のその受領を拒絶するため履行が完成しない受領遅滞が、恰好の検討対象となる。

我が国の民法は第四一三条にいわゆる受領遅滞の規定を置きつつ、第四九二条に弁済の提供の効果の規定も置いており、従来の研究は、もっぱら第四一三条をめぐる受領遅滞を論じながら、第四九二条の弁済の提供の効果規定を顧みることがなく、そのため、両規定の関係を正確に議論の俎上に載せることができないでいた。

そのため、第二章「弁済提供制度の沿革」は、第四九二条の弁済の提供の効果規定の沿革を遡って、フランス民法典上の弁済の提供と供託に関する規定をめぐる一九世紀注釈学派の議論を辿る。フランス法上の弁済の提供と供託制度はフランス古法に由来し、原則として、執達吏が債務者に代わって給付を債権者の許に持参する現実の提供を必要とし、それでも債権者がその受領を拒絶する場合に、供託によってはじめて債務者が債務から解放されるとする（第一二五七条）。現実の提供は執達吏が実際に給付を持ち運びできることを必要とするため、それができるのは金銭その他せいぜい動産に限られる。規定が網羅的ではないために、その目的物の範囲について争いはあるものの、執達吏が持ち運びできな

い目的物については、やはり執達吏が関与する催告によって債権者の受領を促す制度が用意されている（第一二六四条）。

フランス民法典では、その文言上、給付目的物の危険が債権者に移転し、利息の進行が停止するのは、現実の提供によるのではなく、供託によるため（第一二五七条第二項）、現実の提供には何ら実質的な効果は結びつけられていない。学説には、現実の提供によって債権者が遅滞に付され、その効果として危険の移転や利息の進行停止を認めようとする試みもあるが、明らかに条文に反する解釈となるため支持はない。むしろ、現実の提供によって債権者が遅滞に付されることから、それ以後債務者は遅滞の責任から解放されるべく、債務者が遅滞となることで負担すべき危険を免れ、あるいは債務者が遅滞となることで生じる遅延利息を免れるという効果を現実の提供に結びつける見解が有力である。これに対して、催告の場合には、債務者は供託を必ずしも義務づけられないため、すでに催告によって、債務者から危険が移転し、債務者の注意義務が軽減されると解されている。

ボワソナードは、まさにフランス注釈学派の有力な見解に沿って、旧民法草案上の弁済の提供と供託制度を整備する。フランス法上争いが多かった手続を明確にするために、原則として執達吏がすべき現実の提供を必要としつつ、執達吏が給付目的物を運ぶのに費用が嵩み面倒がかかる場合に、催告で足りることを明文化する。他方で、草案は、現実の提供と催告に債務者を履行遅滞の責任から免責させる効果を結びつけることで、（ボワソナード自身が明示するのではないが）債権者を遅滞に付す提供制度の性格を明確に刻印している。この構造が、旧民法上の弁済の提供およびその効果を定める規定に引き継がれた。

他方で、従来の見解が第四一三条に結びつけてきた受領遅滞制度論は、ドイツ民法典に由来するため、第三章「ドイツ受領遅滞論の形成」は、ドイツ法の受領遅滞をめぐる一九世紀パンデクテン法学での議論展開を俯瞰する。伝統的なドイツ法は、ローマ法の受領遅滞（*mora accipiendi*）を継受して、受領遅滞を債務者の履行義務違反としての履行遅滞制度とパラレルな形で、債権者の受領義務の違反制度と把握した。しかし、モムゼンは、この伝統的な理解を批判して、そもそも履行遅滞は債権者が債務者に対して有する履行を求める権利を債務者が侵害する行為であるのに対して、債務者は債権者に対して受領を求め、強制できる権利を有しないため、たとえ債務者の提供を債権者が受領しないとしても、それは決して債務者の権利を侵害する行為とはならないとする。こうして、モムゼンは、権利の観点から、伝統的な見解が履行遅滞と受領遅滞とをパラレルに理解してきたことを批判する。

このモムゼンの見解は、実際にドレスデン草案にも影響を及ぼすほどに、当時一定の支持を得たとみることができる。さらに、コーラーは、このモムゼンの権利の観点を押し進めて、「債権者は給付を受領する権利を有するが、給付を受領する義務を同時に負わない」との、いわゆる権利テーゼを提起した。この権利テーゼに基づく受領遅滞理論は、ドイツ民法典の制定過程に直接的な影響を必ずしも及ぼしたとはいえないとしても、ドイツ民法典に規定された受領遅滞制度をもっとも適切に説明できる理論として定着し、わが国の受領遅滞解釈理論にも受け継がれている（いわゆる法定責任説）。

モムゼンによって提起された権利の観点は、ローマ法を継受したドイツ法上の受領遅滞制度を説明する理論へと発展し、わが国でも大きな支持を得ている。しかし、このようなローマ法の受領遅滞制度観は、たとえばフランス法などにはみられないドイツ法に特有な

議論である。ドイツ法に特有な受領遅滞理論を基礎づけたのはモムゼンであるが、その権利の観点はサヴィニーの権利論に接合する。すなわち、法の役割を各人の権利の保護に見いだすサヴィニーの理論が、モムゼンとコーラーを介してドイツ法に特有な受領遅滞理論を形成したことになる。したがって、プーフェンドルフの「義務の体系」とカントの「権利の体系」を対比させ、カントの「権利の体系」に基づいて実定法学を解釈するサヴィニーの解釈理論の特質を指摘する後津安恕理論は、ドイツ法の受領遅滞をめぐる議論の特質にもっとも適合する法思想史理論として評価される。

こうして、債権者が債務者の給付を受領しない現象に対処する制度として、フランス法の弁済の提供および供託制度とドイツ法の受領遅滞制度とが対比された。第四章「受領遅滞制度」は、第二章と第三章でそれぞれ分析された一九世紀のフランス法とドイツ法を素材にして、わが国の受領遅滞制度がどのように構想され得たのかを検証する。わが国の民法は、フランス法から旧民法を介して弁済の提供の効果規定（第四九二条）を受け継いだ。そもそも、フランス法の弁済の提供制度は、執達吏が現実提供するか、催告するかの違いがあるにせよ、いずれにせよ費用と手間を要する制度である。なぜ、債務者は債権者に対してこのような執達吏を介した提供をするのか。債務者がわざわざ執達吏の介入を求めるのは、債権者がすでに債務者の給付の受領を任意に拒絶したからである。したがって、フランス法の弁済の提供制度は債権者が受領を拒絶する、いわばドイツ法の受領遅滞に匹敵する制度と評価できる。事実、ドイツ法は債権者が受領を拒絶する場合に、受領遅滞制度による対処を予定しているため、弁済の提供はあっても、弁済の提供に固有の効果結びつけてはいない。

もちろん、弁済の提供に結びつけられる効果は、フランス法から旧民法へと受け継がれる中で、債務者が履行遅滞に陥らないという効果として整序された。この弁済の提供の効果規定がわが国の民法第四九二条に受け継がれたが、しかし、弁済の提供の手続はドイツ法に倣った債務者の任意の提供手続を定めるため（第四九三条）、弁済の提供にはもはや執達吏は関与しない。したがって、債務者が任意に弁済の提供をする場合、債権者がそれを拒絶する場合もあれば、それを拒絶しない場合もあるため、弁済の提供の効果はもはや受領遅滞に固有の効果に結びつけられない。ところが、我が国の民法の起草者は、弁済の提供の効果に危険移転を含めることで、弁済の提供の効果規定をなお受領遅滞制度として理解していたと思われる。そうすると、民法の解釈の起点となるのは、フランス法から受け継いだ弁済の提供の効果規定（第四九二条）とドイツ法から継受したいわゆる受領遅滞規定（第四一三条）となるため、わが国の民法上、受領遅滞制度が重複することになる。

起草者の理解を前提にすると、民法第四九二条ではすでに受領遅滞に関する規定が設けられたことになるため、その後に法典調査会で審議された民法第四一三条は、ドイツ法の受領遅滞制度ではなく、別個の制度、いわゆる引取遅滞制度が構想されたとみるべき余地が登場する。したがって、次に、この構想されたはずの引取遅滞制度がどのような制度であるのかが検証される必要がある。

第五章「買主の引取遅滞制度」は、まず、フランス民法典第一六五七条をめぐる議論を検証するが、価格変動の激しい動産の売買で、買主が目的物を引き取らない場合に、売主が裁判外で、しかも無催告で解除できる解除権の特殊性と合理性が評価されるにもかかわらず、ボワソナードがむしろ自助売却制度による売主の救済を意図した対比が示される。

他方で、一九世紀ドイツでは、買主の引取義務をめぐる普通法上の論争を背景にして、ドイツ民法典第四三三条第二項に買主の引取義務が定められる経緯が検証される。機能的にみれば、いずれにせよ、買主の引取義務の違反に対処する売主の解除権あるいは自助売却権は、売主が債務からの解放を望む場合に機能する制度である点では共通するが、とりわけ供託制度による契約維持を前提とした債務解放にとどまるのか、契約解除によって契約自体からの解放も保障するのかに法政策的な相違が現れる。しかも、フランス法と同様に供託制度を広く認めるわが国の民法からすれば、債務解放制度としての引取遅滞制度は、フランス法と同様の売主の迅速な契約離脱を保障する制度が構想されていたとするのが合理的であろう。

さらに、二〇世紀に入ると、フランス法では、第一六五七条の「引取 (retirement)」概念の解釈が立木売買の諸判決によって明らかとなる。すなわち、立木が売買される場合に、買主が立木の枝打ちをして伐採し、最終的に製材とするプロセスの中で、「引取」とは立木の「持ち去り」を意味するとされ、期限内に持ち去られない限り、売主の上記解除権が認められた。他方で、二〇世紀のドイツでは、権利としての「受領 (Annahme)」と義務としての「引取 (Abnahme)」との概念区別が理論上争われ、やはり売買目的物の「持ち去り」が買主の引取義務の内容として理解されるようになる。こうして、まったく違う議論背景ではありながら、フランス法とドイツ法の双方で、買主の「引取」が売買目的物の「持ち去り」として定義され、買主が持ち去らない限り、売主は買主の引取義務の違反を主張することが認められる。しかし、フランス法では売主に解除権が付与されるのに対して、ドイツ法では、引取義務が付随的な義務にとどまる限りで、なお損害賠償の効果しか付与されない。引取遅滞制度が売主を契約から解放する制度として評価される限り、ドイツ法上の引取義務の違反効果は、なお十全な機能を営むとはいえない。

以上の検証から、第一部受領遅滞論の帰結として、以下のことが導かれる。すなわち、わが国の現行民法第四一三条が、元来、買主の引取義務違反制度として構想されたのは、フランス法のように売主を契約から容易に解放するためであったと推測され、その趣旨が拡張されつつ、なお現行法上の規定解釈の基礎となるべきとする。つまり、売買の買主だけでなく、それ以外の契約類型でも、目的物の「持ち去り」が必要となる債権者には引取義務が認められ、その違反の場合に債務者には解除権が付与されるべきとする。他方で、現行民法第四九二条の弁済提供の効果規定は、執達吏の関与が排除された結果、受領遅滞に固有の制度とは評価できなくなる。しかし、現行民法第四一三条および第四九二条の規定には危険移転効果にみられるドイツ法の受領遅滞論の影響があることも看過し得ない。しかし、第四一三条を引取遅滞制度として把握する以上、危険移転効果も引取義務の違反の効果として位置づけられ、引取義務とは区別される受領遅滞の効果とは解されない。債権者が引取義務に違反して後、目的物が不可抗力で滅失した場合、その危険は債権者が負担すべきことになる。しかし、注意が必要なのは、債権者が過失によらないで引取義務に違反しても、それはなお引取義務違反であるから、危険の移転効果が生じることに変わりはないことである。

第一卷第二部受領拒絶論

第六章「受領遅滞および履行遅滞の要件」は、債権者が明確に受領を拒絶する場合に債

債務者が提供なくして債務不履行に陥らないとの法理の検証に向かう。このことはすでに判例が認めるところであるが、学説には提供がなければ債務者は債務不履行責任を免れないとする見解も有力であり、また、この法理の適用が主として賃貸借の場面で認められた経緯から、賃借人を保護する例外法理とする理解も有力である。もちろん、債務者が弁済の提供をすれば債務不履行を免れるが、しかし、論理的には、債務者が債務不履行を免れるのに常に提供が必要とはならない。債務者が遅滞に陥るのは、期限の到来や債権者の催告が必要ではあるが、そのような形式要件に加えてさらに実質要件を考慮する必要が論じられる。

債権者が遅滞に付されるには債務者の提供が必要であるが、口頭の提供があっても債務者が実際の履行を準備していなければ、債権者が遅滞に付されることはない。判例も認めるこの内容は、債権者の付遅滞要件として、形式要件としての提供（通知）と実質要件としての履行準備が必要なことを明らかにする。反面で、期限の定めのない債務で債務者が遅滞に付されるには債権者の催告が必要であるが（第四一二条第三項参照）、その場合、催告する債権者は、履行を請求する際には、債権者が履行を受け取る準備ないし意思を有するはずである。したがって、履行遅滞の場合にも、確定期限または不確定期限の到来という形式要件だけではなく（第四一二条第一項・第二項参照）、実質要件として、債権者が履行を受け取る準備ないし意思を有するという要件が必要である。たとえば、第三地で履行されるべき場合に、履行期日に両当事者が現れなければ、債務者に履行準備がない以上、債権者が遅滞に陥ることはなく、債権者に履行を受け取る準備ないし意思がない以上、債務者もやはり履行遅滞に陥ることはない。したがって、債権者が明確に受領を拒絶している場合には、もっとも典型的な形で、債権者に履行を受け取る準備も意思も欠けるのであるから、履行遅滞の実質要件が欠けることで、債務者は提供をしなくても履行遅滞に陥らない。提供がなくても債務不履行に陥らないという判例法理は、特殊な事例での判断ではなく、一般的な履行遅滞要件からの帰結となる。

この履行遅滞の実質要件論が、第七章「債権者の明確な受領拒絶」の判例検討を通じて検証される。まず、賃貸人が賃料の値上げに応じない賃借人からの従前賃料の受領を明確に拒絶するため、賃借人が賃料の提供を怠っていることを奇貨として、賃貸人が賃借人の賃料債務の不履行を理由に賃貸借契約を解除する場合、判例は、債務者が賃料を提供しなくても債務不履行に陥らないとの判断を示してきた。このことは、賃貸人が賃借人の賃料の支払を受け取る準備ないし意思を欠いているため賃借人が履行遅滞に陥らないことを意味する。さらに、判例が、債権者がすでに陥っていた受領遅滞を撤回するには、債権者が単に履行を催告するだけでは足りず、受領する意思を表示するなどしなければならないとするのも、やはり、債権者が、自身にそれまで欠けていた履行を受け取る準備ないし意思を備えた旨を債務者に表明しなければならないことを意味することになる。

他方で、債権者が賃料増額を請求し、それを賃借人が争って従前賃料しか提供しないため、賃貸人が増額賃料の債務不履行に基づく解除を主張する場合にも、裁判例は、過大催告による催告無効、債権者の明確な受領拒絶などの法理を使うことで、賃貸人の解除権を制限する努力を払ってきた。もちろん、この問題は旧借地法、旧借家法の改正とそれが借地借家法に引き継がれることで、立法的な解決をみたとはいえ、債務からの解放を望む賃借人は賃料を供託しなければならない。ここで、判例および供託実務は、原則としてあら

かじめ提供を必要としつつ、債権者が明確に受領を拒絶する場合には、債務者が提供しなくてもただちに供託することを認めてきた。しかし、債務者が供託を必要とするのは、債権者が提供された給付の受領を拒絶する場合はもちろん、債務者に過失なく債権者が確知できない場合も含むのであるから（第四九四条参照）、債務者に供託前の提供を求めることはできない。供託の統一要件もまた、債権者に履行を受け取る準備ないし意思が欠けることであって、債務者の提供を前提とする債権者の受領付遅滞の存在に拘泥すべきでないことになる。

第一卷第三部契約解除論

第八章「付遅滞解除の要件」は、提供による債権者の付遅滞と平行に、債務者の付遅滞の観点から契約解除の要件論を再検討する。従来判例・通説は、債務不履行の三態様に応じて、第五四一条が履行遅滞解除、第五四三条が履行不能解除を定めるとして、不完全履行を追完可能か不能かに応じてそれぞれに振り分けつつ、債務者の帰責事由も要件としてきた。しかし、第五四一条は債務者が履行しない場合の催告解除の原則規定であり、第五四二条は定期行為について、第五四三条は履行不能についてそれぞれ無催告解除の例外を設ける構造と理解すべきとの有力説もある。そこで、この有力説を起点として、第五四一条は催告を解除要件とすることで、債務者を遅滞に付す解除制度と理解すべきとの観点が提示される。

判例・通説によれば、債権者が期限の定めのない債務の履行遅滞に基づく解除をするには、本来、債務者を履行遅滞に付す催告（第四一二条第三項）に加えて、さらに相当期間を定めた解除のための催告（五四一条）をしなければ解除できないはずである。また、債務者が同時履行の抗弁を有する場合には、債権者はまず自らの債務について履行の提供をして債務者を遅滞にしたうえで、催告をして解除しなければならないはずである。それにもかかわらず、二度の催告は不要であり、また、相当期間を定めた催告の期間内に提供があれば足りるとするのが判例であり、学説にも異論をみない。しかし、これは、履行遅滞を前提とする判例・通説の解除要件にはまったく適合しない要件緩和である。これに対して、第五四一条を付遅滞解除とする解釈論によれば、債務者が債務を履行しない場合（第五四一条参照）、すなわち債務者が債務の履行期限を経過したなら、債権者は相当期間を定めた催告をすることで契約を解除でき、また、相当期間を定めた催告をして債務者が同時履行の抗弁を主張したなら、自身の催告の効力を防御するために、債権者は、債務者の同時履行の抗弁を排斥すべく、自らの債務の履行提供をすれば、なお解除できるとすべきことになる。しかも、債務者を遅滞に付すべく催告をする債権者は、債務者が履行できない事情をすでに斟酌するため、債務者の帰責事由も解除要件とする必要はない。

では、債務者が明確に履行を拒絶する場合にはどうであろうか。第九章「債務者の明確な履行拒絶」は、判例がその場合に、債権者が自らの債務について履行の提供をしないでも解除できるとすることの意味を再検討する。付遅滞解除論からすれば、債務者が明確に履行を拒絶する場合に債権者が自らの債務について履行の提供を要しないというのは、債権者は解除要件としての催告の効力を防御するために、自らの債務の履行について提供をする必要がないことを意味する。つまり、債務者は債権者の催告の効力を覆滅できる同時履行の抗弁を主張できないのである。しかし、そもそもなぜ債務者は、明確に履行を拒絶

した場合に、同時履行の抗弁を主張できないのであろうか。

仮に、債権者に履行を求められた場合に、債務者がもはや同時履行の抗弁を主張できないとするなら、債務者は事実上の先履行を余儀なくされることになるが、それは双務契約の履行上の牽連関係を破壊することになる。したがって、たとえ債務者が明確に履行を拒絶しても、債権者が履行を求める場合には、債務者はなお同時履行の抗弁を有するため、債権者は自らの債務についてなお履行の提供をしなければならないはずであろう。これに対して、債権者が解除を求める場合には、債務者はもはや同時履行の抗弁を主張できず、債権者は履行の提供をする必要がないことになる。つまり、債務者が明確に履行を拒絶する場合、債務者はなお同時履行の抗弁を失わないが、債権者が解除を求める場合には、もはや催告すら必要ないと解すべきことになる。なぜなら、債権者は催告することなく解除できるのであるから、債務者は同時履行の抗弁を主張しても催告の効力を覆滅できるだけで、それによって無催告解除の効力を否定できないからである。

第一卷第四部結論

第一〇章「総括」は、今一度、履行遅滞の実質要件である債権者の履行を受け取る準備ないし意思要件が問題となる多様な場面を整理したうえで、債務者が提供をしないことで債務が履行されないのではなく、むしろ、債権者が履行を受け取る準備ないし意思に欠けることで履行が完成しない場合があるとする。したがって、債務者が提供をしなくても債務不履行に陥らない場合があることからすれば、広義の債務不履行とは、債権者に履行を受け取る準備ないし意思があるにもかかわらず、債務者が履行をしないかまたはできないことと定義される。反面で、債権者に履行を受け取る準備ないし意思が欠ける場合には、債務者の債務は従前通り継続するだけであり、そのうえで、債務者が提供をすれば、それ以降、債権者が受領（引取）遅滞に付されることになる。

第二卷第一部瑕疵担保責任論

第二卷は、『契約履行の動態理論Ⅱ 弁済受領論』と題して、主として売買における売主の担保責任を扱っている。第一部は「瑕疵担保責任論」と題して、瑕疵担保責任の履行としての受領を契機とした適用理論を展開する。まず、第一章「危険負担論」は、危険概念が対価危険と給付危険とに区別されるべき根拠を説明することを主題にする。その論証の素材は、対価危険と給付危険の概念峻別を図るドイツ法に求められ、二〇〇二年改正前のドイツ民法典の制定過程、とりわけフォン・キューベルが起草した第一委員会に対する危険負担提案および部分草案をめぐる第一委員会での議論を中心に、ドイツ民法典がローマ法の買主危険負担主義からゲルマン法の売主危険負担主義に転換する過程に焦点が当てられる。

周知の通り、ローマ法の系譜を引きつつ、ドイツ民法典は買主危険負担主義を放棄して、売主危険負担主義を採用したが、この危険負担の原理転換は、ドイツ民法典の編纂史料から明らかとなる限り、双務契約の牽連関係の尊重、売主危険負担主義をとるゲルマン主義の優遇、二重売買や他人物売買に見られる買主危険負担主義の抱える諸問題の回避が根拠とされた。ドイツ民法典の編纂過程では、このゲルマン主義に基づく売主危険負担主義を採用しつつ、売買規定で、引渡しまたは登記、送付売買での発送による買主への危険移転

を定める規定が採択される。ここに典型的に、特定物売買では、契約締結時点で買主に給付危険が移転するのに対して、引渡時点で買主に対価危険が移転する二つの危険概念が明確に現れることになる。

他方で、種類債務の特定をめぐる議論でも、ドイツ民法典の起草過程では、当初、対価危険との関係で種類債務の特定が生じる時点が議論されたところ、その後、遺贈や贈与での種類債務の特定一般が意識されることにより、むしろ給付危険と特定との関係が議論されるようになった。その後、ドイツ民法典制定後のドイツ法学説は、分離・通知を要件とする種類債務の特定による給付危険の移転と引渡しによる対価危険の移転という二つの危険の乖離を認める解釈を展開するようになる。この見解によれば、種類債務の特定はもっぱら給付危険の移転に結びつくだけであるから、いったん種類債務を特定させて給付危険を免れた債務者が、特定を撤回することで種類債務を再生させることも自由にできることになる。これに対して、引渡しによる種類債務の特定を通じて給付危険と対価危険の分離を認めず、特定の撤回も否定する見解もあるが、少数説である。

日本法に目を転じると、種類債務の特定をめぐる議論は、もっぱら対価危険の移転時期に焦点が当てられてきたが、むしろ、種類債務の特定の本質を給付危険の移転と結びつける観点が推奨されるべきである。しかも、弁済の提供による債務者の債務不履行責任免責効果は、第一巻第一部が示したとおり、日本法に独自の規定であり、提供による債務者の責任制限は、種類債務における特定を弁済提供時点と結びつける限り、提供と分離による給付危険の移転という利益を種類債務者にもたらし得ることになる。反面で、特定がもっぱら給付危険の移転という債務者の利益に結びつくなら、特定を撤回して種類債務を再生させることもまた債務者の任意であり、従来の変更権をめぐる議論も特定の撤回として理解すべき議論として整理される。しかし、これはあくまで債務者が一方的に種類債務を特定できる局面の議論であって、この議論は、当事者が合意によって目的物を定めて種類債務を特定する場合には、もはや当てはまらない。当事者は種類債務の特定をもたらす合意に拘束されるため、債務者が一方的に特定を撤回することは許されないからである。

この議論を敷衍すれば、危険をめぐる問題は、給付危険と対価危険のマトリックスとして整理される。従来議論されてきた対価危険は、すでに給付危険を債権者が負担することを前提とするが、そもそも、給付危険を債務者と債権者のどちらが負担するのかという問題が、本来の危険負担に関する議論の起点となる。たとえば、特定前の種類債務のように、給付危険を債務者が負担することも想定されるが、民法第四八三条は、毀損した特定物の現状引渡原則を定めることで、給付危険を債権者が負担することを定めている。したがって、種類債務の特定による給付危険の移転効果も、種類債務の特定による民法第四八三条の適用として解釈されるべきことになる。

以上の危険負担論を前提にして、第二章「特定合意論」は、売買の瑕疵担保責任を検討する。ここでもまた、ドイツ民法典の制定過程の議論から、二〇〇二年改正前のドイツ民法では、売主危険負担主義が採用されたうえで対価危険の移転時期が引渡しとされたところから、瑕疵担保責任の適用時点も同様に、ローマ法の買主危険負担主義の許での契約締結時点から引渡時点へと移行されたことが明らかとされる。もっとも、これは内在的な根拠ではなく、むしろ、解除や減額という瑕疵担保責任の効果が売主危険負担主義の適用結果と同一であるという技術的な理由にすぎない。引渡しまでに生じる瑕疵には、引渡しを

介して一律に瑕疵担保責任が適用されるが、引渡しに際して買主が瑕疵を知りつつ留保しないで「履行として受領」する限り、瑕疵担保責任は排除される。つまり、「履行としての受領」時点で買主が瑕疵に気がついて留保したか、あるいは、気がつかなかった瑕疵についてのみ、買主は瑕疵担保責任を追及できるにすぎない。

この論理は種類売買にも敷衍されており、種類売買での買主は、引渡しを受けてやはり「履行として受領」する限り、その時点で気がつかなかった瑕疵についてのみ、瑕疵担保責任を追及できるにすぎない。もっとも、二〇〇二年改正前のドイツ民法典は、種類売買における買主に代物給付の救済も与えていたが、ドイツ法学説は、これを瑕疵担保責任に固有の権利とは評価せず、むしろ、本来の履行請求権と評価する。したがって、種類売買において、買主は、履行としての受領を拒絶する限りで、なお、売買に本来の履行請求権を行使できる。しかし、買主が瑕疵を留保するかあるいは無留保で目的物を「履行として受領」して担保責任に固有の権利を主張する限り、それによって種類債務は特定されて、本来の履行請求権ではなく、特定物売買と共通の担保責任に基づく権利行使に移行する。こうして、対価危険が移転するはずの引渡しによってはなお種類債務の特定は生じず、むしろ、「履行としての受領」を契機として始めて種類債務の特定が生じて、代物給付請求権は失われることになる。つまり、履行義務を負担する売主から、もはや履行請求できなくなる買主へと給付危険が移転するため、ここに、瑕疵ある物の履行としての受領による種類債務の特定と給付危険の移転との本質的関連を見て取ることができる。

翻って、日本法では、種類売買への瑕疵担保責任の適用をめぐる論争があるが、瑕疵ある目的物では種類債務は特定しないことが起点となる。しかし、当事者が瑕疵を知らずに目的物を合意によって取り決めた場合には、種類債務は合意によって特定する。特定によって、種類債務は当該目的物の引渡義務に集中し、給付危険は買主に移転するため、買主はもはや代物請求を典型とする本来の種類債務に基づく債務の履行請求はできない。この場合、種類債務は当該瑕疵ある目的物の給付義務に特定され、売主は当該瑕疵ある目的物の引渡義務を負い、当該瑕疵ある目的物を引き渡すことによって債務を履行することになる。ところが、後に瑕疵が明らかとなる場合、買主はもはや債務不履行の救済を得られないが、代金との給付の均衡を回復するために特に認められるのが瑕疵担保責任である。つまり、売主が瑕疵ある目的物の弁済を提供し、買主がその瑕疵に気がつかずにその目的物を履行として受領した場合、種類債務は合意によって特定し、その目的物が給付される限り、債務は履行される。履行として受領した買主にとって隠れた瑕疵による不利益を救済するのが、売買における瑕疵担保責任となる。

したがって、履行としての受領を介して給付危険が債権者に移転することを契機に、その時点で隠れていた瑕疵を救済する制度を瑕疵担保責任と把握する理論は、種類売買にとどまらず、特定物売買にも応用が可能である。すなわち、特定物の場合には、あるべき目的物の売買が合意されると同時に、その債務を履行するための目的物が合意によって特定されるため、その時点で隠れていた瑕疵に基づく買主を救済するために、瑕疵担保責任が適用されるべきこととなる。結局、売買における瑕疵担保責任の適用契機は、合意による特定による給付危険の移転、すなわち、買主が瑕疵ある目的物を瑕疵に気がつかずに履行として受領することとなる。

第二卷第二部契約不適合論

第二部は、第一部で検証された「履行としての受領」概念を起点とする瑕疵担保責任解論の可能性と将来性を検証する。第三章「商法第五二六条論」は、商法第五二六条が定める商事売買における買主のいわゆる検査・通知義務制度の沿革を検証する。一般ドイツ商法典の制定を経て、ロェスレル草案、旧商法を経て制定された現行商法第五二六条は、同じ一般ドイツ商法典からの系譜を引き継ぐ現行ドイツ商法典第三七七条と同一の基礎を持つ同趣旨の規定である。商事売買で、買主は商品の引き渡しを受けてすぐに検査をしなければならず、検査で判明した明らかな瑕疵については、ただちにその旨を通知して瑕疵に基づく権利を保存する。検査で判明しなかった隠れた瑕疵については、後日それが判明した時点で即座に通知することで、瑕疵に基づく権利を保存する。このように、商品引渡後の検査を経て、明らかな瑕疵と隠れた瑕疵が二分され、それぞれ通知を介して、瑕疵に基づく権利行使が可能となる。買主が明らかな瑕疵にもかかわらず通知をしなければ、瑕疵は承認されたものと扱われ、この承認時点で隠れた瑕疵についてだけ、さらに買主は保護に値すると評価される。

この構造は、民事売買でも、買主は商品の引き渡しを受けて、検査する必要はないにせよ、明らかな瑕疵に基づく権利を主張することが可能であるが、その主張をせずに履行として受領をすれば、その権利を放棄したものと扱われる可能性がある。しかし、履行として受領した時点で判明していない隠れた瑕疵については、なお買主には瑕疵に基づく権利を主張する余地が残される。商事売買で典型的な種類売買では、この隠れた瑕疵に基づく権利がまさに瑕疵担保責任に基づく権利を意味する。このように、商事売買における検査・通知義務制度の前提とされる商品の承認と民事売買での履行としての受領に、明らかな瑕疵と隠れた瑕疵を対比させることが可能な同一の構造が見いだされる。

第四章「商法第五二八条論」は、商法第五二八条の異種物概念に焦点を当てる。売買で不完全な給付がされる場合に、それが瑕疵物か異種物かによって救済に区別を設けるのが商法の体制であり、瑕疵物が給付された場合に、商法第五二六条は買主に検査・通知義務を課すが、商法第五二八条は異種物が給付された場合に買主に検査・通知義務を免除している。この商法第五二八条もまた、二〇〇二年改正前のドイツ商法典第三七八条と沿革を共有している。一九世紀のドイツでは、学説が瑕疵物と異種物を区別する客観的瑕疵概念を確立したが、実務は、数多くの具体的な事案で瑕疵物と異種物を区別する困難に遭遇した。そのため、上記ドイツ商法典第三七八条は異種物給付でも逸脱が明らかでない限り、瑕疵物と同様に買主の検査・通知義務を課すこととした。それでも、二〇世紀ドイツの判例・学説は、瑕疵物と同様に扱われる異種物給付の救済が、異種物法理によるのか瑕疵物法理によるのかという問題に逢着し、異種物・瑕疵物の区別論から抜け出すことはできなかった。

そうした中で、ドイツ学説は、瑕疵物と異種物とを客観的な指標で区別する客観的瑕疵概念自体を批判して、そもそも瑕疵とは合意から逸脱する性質とする主観的瑕疵概念へと転換を果たすことで、異種物と瑕疵物との区別論を克服した。この趨勢を受けて、二〇〇二年の債務法の現代化法は、債務法の改正に合わせてドイツ商法典第三七八条を削除した。他方で、日本法では、瑕疵をめぐる問題はそれほど意識されてはこなかったが、判例・学説は圧倒的に主観的瑕疵概念を採用している。しかし、ドイツ法が示すとおり、主観的瑕

疵概念は、客観的瑕疵概念に由来する瑕疵物と異種物を区別する商法第五二八条と矛盾を来すのであり、主観的瑕疵概念を正当とする限り、立法論として、商法第五二八条を削除する選択を決断すべきことになろう。

第五章「二つの〈受領〉概念」は、ドイツ法で履行としての受領概念がどのように生成・確立されたのかを辿る。一八世紀から一九世紀にかけて、ドイツ普通法は、原告が履行を証明すべき不履行契約の抗弁（*exceptio non adimpleti contractus*）と被告が不完全な履行を証明すべき不完全履行契約の抗弁（*exceptio non rite adimpleti contractus*）を区別していた。この区別論を承継しつつ、被告の債務承認によって不履行契約の抗弁は放棄されるが、債務承認時点で隠れていた瑕疵については、なお不完全履行契約の抗弁が許される、つまり、債務承認を契機に履行をめぐる証明責任が債務者から債権者に転換されるとするベール理論が主張される。他方で、そもそも不完全履行契約の抗弁は独自の抗弁ではなく、そのように呼ばれてきた抗弁の実体は、債権者が履行として受領することで債務が履行されて被告の不履行契約の抗弁が消滅した後に、なお主張が可能な追奪担保責任および瑕疵担保責任に基づく権利が抗弁として現れるにすぎないとするプフタ理論が主張された。これら両理論は、その後のドイツ民法典の編纂過程にも影響を及ぼすが、最終的には、受領による債務消滅効果を基礎とするプフタ理論ではなく、受領による瑕疵の証明責任の転換をもたらすベール理論が採用されて、現行ドイツ民法典第三六三条に結実した。つまり、債務不履行から受領を介して瑕疵担保責任へと権利自体が変容・転換する受領理論と、受領によって履行の証明責任が債務者から債権者に転換される受領理論の二つの理論の存在が確認される。

第六章「契約不適合と期間制限」は、瑕疵担保責任が民法の改正を経て債務不履行責任へと転換されることを想定したうえで、その権利主張に関する期間制限のあり方を提言する立法論である。給付された売買目的物に瑕疵があった場合、買主から売主に瑕疵の存在を早く知らせることで事態への早急な対処を可能にすべきとする観点と、瑕疵に基づく買主の権利がどのような期間制限に服すべきかという観点の二つが起点となるべきとされる。その際、瑕疵担保責任に基づく権利の期間制限には、引渡時を起算点とする客観主義と買主が瑕疵を知った時点を起算点とする主観主義の立法が対立するところ、とりわけ客観主義の画一的な短期期間制限の不当性が批判されてきたのは顕著であるが、他方で、主観主義ではいつまでも権利関係が確定しないという不都合がある。したがって、まず商事売買とは異なって検査を前提としない瑕疵通知を買主の義務とすることで、瑕疵をめぐる事態に売主が早急に対処できることを可能とすべきこと、瑕疵に基づく買主の権利は、買主が瑕疵を知った時点を起算点とする短期消滅時効と引渡時点を起算点とする長期消滅時効の二重の期間制限に服すべき旨が提案される。

第二卷第三部主観的不能論

第三部「主観的不能論」は、すでに瑕疵担保責任をめぐる上記検証の中心となっていた種類債務に典型的ないわゆる調達債務の由来・特質を検証しつつ、その理論を他人物売買へと敷衍することを試みる。まず、第七章「種類売主の調達責任」は、最判昭和三〇年一〇月一八日民集九卷一一号一六四二頁のいわゆる漁業用タール事件判決を素材に、調達債務の限界論を提示する。この判決自体も明言するとおり、一般種類債務では債務者が市場

から無限に目的物を調達する義務を負う反面で履行不能が存在しないが、制限種類債務では制限された範囲の目的物が滅失することで履行不能が発生することが一般的に承認されてきた。しかし、債務者が調達債務をどこまでの範囲で負担するのかは、もっぱら当事者の契約解釈によって定まるはずである。債務者がまったく限定のない一般種類債務を負担するというのは、通常の当事者の意思として想定し難い。あるいは、制限種類債務でも、制限された範囲の目的物が滅失した場合に、ただちに履行不能と評価するよりは、むしろ調達範囲を緩めてなお債務者に調達義務を認めることが当事者の意思に合うこともあり得よう。したがって、一般種類債務か制限種類債務かという二者択一の画一的区分論は実際的ではなく、具体的な契約の解釈に基づいて、どのような範囲で債務者が調達義務を負うのかが確定されることこそ重要である。反面で、そのように確定された範囲を超える調達義務は、債務者にとって主観的に不能と評価されることになる。

なお、本判決は、当事者の意思解釈として調達範囲を確定すべく原審に差し戻す判断を下しており、その限りで正当と評価される。差戻判決は、貯蔵されていたタールの売買が締結されていたところ、種類債務が特定されることなく、当該タールの全部が債務者の責めに帰すべきではない事由によって履行不能となったとして、債権者の解除請求を棄却している。しかし、本件は、債務者による弁済提供がある以上、債権者の受領遅滞が認定されるべき事案であるから、債権者が受領遅滞に陥った後で、債務者が調達すべき範囲の履行が全部不能となった場合に、債務者がどのような注意義務を負うべきか、危険はすべて債権者に移転するのかという理論的な課題も検討される。

第八章「契約モデルの変容」は、特定物売買を売買ないしは契約の基本モデルとする法的思考枠組みから種類売買を基本モデルとする法的思考枠組みへの転換をいかに図るのかというテーマ設定の許に、契約の基本モデルの構築過程を歴史的に検証する。ローマ法における諾成売買は、売買の完成による対価危険の買主負担を一つの特質とするが、停止条件付売買や数量売買では、条件成就時点や計量時点で売買が完成すると扱われるため、売買の締結と売買の完成の間に擦れが生じる。中世ローマ法学は、種類売買にこの諾成売買法理を当てはめるに際して、種類売買の締結とは区別される種類売買の特定を売買の完成と扱うため、種類債務の特定は種類売買を諾成売買法理へと嵌め込む道具概念として理解された。この伝統は、一九世紀のドイツ法学にまで生き残り、種類債務の特定を目的物の分離とするテールの理論に昇華される。

他方で、プロイセン法で認められていた供給契約は、もともと軍隊への軍事物資の供給契約を起点として、広く商品売買を取り込む契約へと拡張されたため、種類売買と供給契約との区別が問題とされるようになった。この区別論は、後に供給契約を定期行為と結びつける見解へと発展することで、定期行為と種類売買との区別論として確立される。この供給契約と関連して種類債務論を展開するイエーリングの見解は、供給契約における供給＝調達時点、すなわち、引渡しもしくは送付売買での発送時点での危険移転理論を提唱する。テール理論は特定を介して種類売買を特定物売買法理に接合する理論であるのに対して、イエーリングの理論は、特定物売買とは別個独立の種類売買法理の確立を示唆する理論として再評価すべきことになる。このことは、特定物売買に種類売買を嵌め込む伝統的な発想から、すでに第二巻第二章で示唆されていたように、むしろ種類売買を基本モデルとして、特定物売買をその変則形態とする発想への転換に結びつくことになる。

第九章「他人物売主の担保責任」は、一般種類売買の特質である調達債務を特定物売買に応用する観点から、他人物売主の権利調達義務を把握する試みである。当事者が他人物を他人物として売買する場合、売主は契約に基づいて他人から所有権を調達して買主に移転する義務を負っているが、当事者が他人物を売主の物として売買する場合には、売主以外の所有者の存在を前提としないため、売主は、契約に基づいて所有者から所有権を調達して買主に移転する義務を負うことはないはずである。この場合でも、売主に所有者から所有権を調達して買主に移転する義務を負担させるのが民法第五六〇条の意味であり、その義務を履行できないときに売主が負担するのが第五六一条の担保責任である。したがって、第五六一条の担保責任は売主の権利調達義務違反という債務不履行責任であるが、第五六〇条自体は契約からは導かれ得ない法定の権利調達義務として把握すべきことになる。

では、他人物を他人物として売買する売主は、契約に基づいて、どのような責任を負担するのか。他人物を自己物として売買する売主は、第五六一条に基づく無過失の担保責任を負担するが、それは、本来、約定されていれば負担すべき売主の権利調達義務を法律上課される結果としての無過失責任である。したがって、約定で売主が権利調達義務を負担する場合には、売主が権利調達義務を履行できないときに負担すべき責任もやはり無過失責任と把握しなければ平仄が合わない。つまり、他人物を他人物として売買する売主は、契約に基づいて所有者から権利を調達することを保証したこととなり、権利が調達できない場合には、調達保証に基づいて無過失の結果責任を負担すると解釈すべきことになる。こうして、本章は、およそ他人物売買に一律に第五六〇条・第五六一条を適用する判例・通説を批判して、約定調達保証責任と法定調達保証責任を区別すべきことを前提に、他人物を売主の物として売買する場合に第五六〇条・第五六一条の適用を制限する見解を提唱する。

第二巻第四部結論

第一〇章「総括」は、追奪担保責任から債務不履行責任としての他人物売買の担保責任への歴史的発展を跡付けつつ、瑕疵担保責任も、来るべき民法改正では契約に適合する目的物の引渡債務の不履行責任として再構成される展開を見据える。そのうえで、権利の瑕疵と物の瑕疵をともに契約不適合として統合しつつ、従来、瑕疵をめぐる買主の救済法理として債務不履行責任が論じられてきたのが種類売買局面であったため、種類売買法理で形成された議論を、今後の債務不履行としての瑕疵担保責任に当てはめるべき方向を示唆する。

すでに第二巻第二章が論じた履行としての受領を契機とした瑕疵担保責任の適用理論は、瑕疵担保責任自体が債務不履行責任として再構成されるときには、独自の意味を持たなくなるであろう。しかし、第二巻第五章が論じるように、同じ債務不履行責任であっても、買主が履行として受領することで、契約不適合の証明責任の所在が転換される理論の有用性が提唱される。すなわち、買主が引き渡された目的物の明らかな瑕疵に基づいて売主に対して債務不履行責任を主張する場合には、売主が自ら履行したことを証明しなければならないが、買主が履行として受領したことを売主が証明すれば、それによって売主の履行の証明は果たされる。それ以後、買主は、目的物が契約に適合しないことを証明しな

ければ、売主の債務不履行責任を追及できない。この証明責任の転換こそが、今後の履行としての受領の意義として評価されるべきこととなる。

以上の内容の概略は、池田真朗＝片山直也＝円谷峻「特別記事：北居功君学位請求論文審査報告」法学研究第八八卷第四号（一〇一五年）一〇六頁から一二四頁を基礎にして、北居功が若干の字句の修正を加えた。