

「目的物の返還不能と解除権の帰趨」に関する覚書

花 本 広 志

一 はじめに

民法五四八条二項は危険負担規定であるといわれる。⁽¹⁾たとえば、AがBからブレーキに構造上の欠陥のある中古車を買ひ、代金を支払つて引渡を受けた後、車が不可抗力で滅失したとしよう。この場合、車の滅失は買主Aの「行為又ハ過失」によらないから、解除権は消滅せず（五四八条二項）、Aは解除権（五七〇条）を行使し、原状回復としてBから代金（およびその利息）を取り戻すことができる。他方、車の滅失は不可抗力によるから、BはAに対して車の返還およびそれに代わる価値の返還を請求することはできない。⁽²⁾解除がされる場合、目的物の返還に關しては、買主Aが債務者、売主Bが債権者であるから、債権者Bが目的物返還不能の危険を負担することになり、五三四条の債権者主義に一致する。

債権者主義を妥当でないとし、五三四条の適用をできるだけ制限しようとする近時の学説の立場からすれば、右の五四八条二項の規律も同じく妥当でないということになろう。しかしながら、比較法的には五四八条の危険配分は必ずしも不当なものとはいえない。というのは、近時の立法（国際動産売買に関する国連条約（以下、ウィーン条約という）八二条、ドイツ債務法改訂草案（以下、改訂草案という）三四六条）でも、解除権者のもとの目的物滅失・毀損の危険を相手方（債権者≠売主）負担とする規律が維持されているからである。本稿は、右の状況に鑑み、ウィーン条約、現行ドイツ民法、改訂草案を概観して、日本民法五四八条の解釈論への示唆を得ようとするものである。

二 ウィーン条約（以下、この章では条約という）⁽⁶⁾

条約八二条は、その一項で「買主が物品を受領した当時と実質的に同等の状態での物品を返還することができない場合には、買主は、解除の宣言をする権利、又は代替品の引渡を売主に請求する権利を失う。」と規定し、二項で「前項の規定は次の各号の場合には適用しない。(a)物品の返還不能、又は買主が物品を受領した当時と実質的に同等の状態でそれを返還することができないことが、買主の作為又は不作為によるものでないとき。(b)物品又はその一部が、第三八条に定める検査の結果として滅失又は毀損したとき。(c)買主が不適合を発見し又は発見するべきであった時より前に、買主が、物品又はその一部を通常の営業過程で売却し、又は通常の用法で消費若しくは改変したとき。」と定める。すなわち、二項各号にあたらぬ理由で、買主が目的物を無傷で返還することができない場合には、買主は、売主の契約違反にもかかわらず解除権・代替品引渡請求権を行使しえず、代金支払義務

務を負うから、目的物滅失・毀損の危険は買主 \parallel 債務者が負担することになる。⁸⁾

(1) まず、一項の各要件からみよう。

① 本条は、買主による解除の場合について規定している。売主による解除前または後に、買主のもとで目的物が滅失・毀損したときについては、本条約は規律を欠いている。(買主が遅滞にあれば売主は契約を解除することができるが(六四条)、目的物は返還不能となっているのだから解除しても無意味であろう)。Lessor は、価値中立的な危険負担の規律に従わせるべきだといふ。⁹⁾

② 返還不能 「物品を返還することができない」とは、事実上の障害、たとえば、滅失、毀損、盗難などを指す。物品受領時と「実質的に同等の状態」あるか否かは、条約八条二項の「合理人」の基準に従って客観的に判断される。¹⁰⁾

③ 返還不能が作為又は不作為によること 物品の返還不能が買主の「作為又は不作為」によること(二項(a)号参照)とは、買主に帰責事由(故意・過失)があることを意味しない¹¹⁾。したがって、たとえば、約定された用途に適合しない商品を受領した買主が、その商品を買主の倉庫に運送中、他の車の交通事故にまきこまれて商品が全部破損した場合であっても(後述する Caemmerer の第三類型)、解除権・代替品引渡請求権は消滅すると考えられる。つまり、返還不能が買主の影響領域の外にある作用によるのか内にある作用によるのかがメルクマールとなる。¹²⁾

④ 解除の宣言後の返還不能 一項は「買主は……権利を失う(The buyer loses the right)」という規定の仕方をしてるので、条文の体裁上は、目的物の危険が買主に移転した時から解除の宣言までの間に生じた返還不能の場合にのみ適用されるように読める。つまり、本条約は、解除の宣言後、買主によって実際に返還がされる

か、または売主に危険が移転するまでの間の返還不能については規定を欠いているように見える。この点につき、Leser は、契約の解消がすでに生じているにもかかわらず、それを後からなかったものとすることは、契約解除が形成的な性質を有することと両当事者の法的安定性の確保の観点から許されないと考え、八二条二項が全体として含んでいる「危険分配の規律」を契約解除後の時期にまで拡張するべきであるという(つまり、解除後に返還不能となっても解除の効力は存続し、解除後の返還不能については、買主が過失とは無関係の Einstandspflicht für die erhaltene Sache を尽している限り、売主がその危険を負担するが、買主がその義務を尽くさないときは、買主は(八四条の基本思想に基づく)価格償還義務を負う(結果的に買主危険負担となる)という。さらに Leser は、この考え方を解除前についても及ぼして、買主が瑕疵の存在を知った時以降に返還不能が生じた場合にも解除権は消滅すると解している¹³⁾。

(2) 以上に反して、二項各号の場合には解除権は消滅しない。すなわち、目的物の返還不能の危険は売主が負担することになる(債権者主義)。このことによって、買主はいったん自分に移転した危険を解除によって売主に再転嫁しうることになる。

① 買主の「作為又は不作為によらない」返還不能 (a)号)

「作為又は不作為によらない」とは、偶発事や不可抗力による場合だけではなく、物品の瑕疵に起因する滅失・毀損、たとえば、瑕疵ある食料品の腐敗、ブレーキ故障による車の滅失などを含む¹⁴⁾。なお、Schlechtriensによれば、売主のもとにあっても同様に滅失・毀損が生じたであろうときや買主の作為または不作為が第三者による目的物の滅失・毀損を可能にしたときは除かれる¹⁵⁾。

② 検査の際の滅失・毀損 (b)号) 三八条に基づく検査の結果として物品が滅失・毀損したときも解除権は消

滅しない。本号によって滅失・毀損の危険は売主負担となるのであるから、売主は検査の結果生じた価値の消滅・減少分を損害賠償によって買主に転嫁することはできない。¹⁶⁾

③ 不適合発見前の売却・消費・改変（（C）号）¹⁷⁾

（C）号によれば、買主が不適合を発見し又は発見するべきであった時より前に、物品又はその一部が通常の営業過程で転売され、又は通常の用法で消費若しくは、改変されたときは、買主は解除権を失わない旨を規定する。しかし、目的物が転売された場合、解除権は実際には制限を受けることになる。というのは、売却は「通常の営業過程で」行なわれなければならないが、不適合な物品が「通常の営業過程で」売却されるケースはめったにないからである。また消費しうる物というのは代替物であるのが通常であるから、その際は常に原状回復が可能である。したがって、物の消費は通常、解除権を消滅させず、八四条の利益調整に際して処理されることになる。¹⁸⁾ 買主からの転買入は八二条によって影響を受けない。また、八四条二項により、買主は転売によって生じた利益を売主に償還しなければならない。

三 現行ドイツ民法¹⁹⁾

ドイツ法を概観するにあたっては、問題の場合を次の類型に分けて説明するのがわかりやすい。²⁰⁾ すなわち、

第一類型：売買目的物がその瑕疵によって滅失・毀損した場合。たとえば、XはYからブレーキに隠れた瑕疵のある車を購入し、その車を運転中、ブレーキ故障が原因で事故を起こし、車が全損した場合である。

第二類型：物が偶発的に滅失・毀損した場合。たとえば、右の例で、瑕疵のある車をガレージに保管しておいた

ところ、台風による洪水で流されたり、落雷にあって焼失した場合である。

第三類型：買主またはその被用者・家人の行為であるが、過失とみなすことのできない行為によって目的物を返還することができない場合。たとえば、同じく右の例で、Xが車を運転中に、対向車がセンターラインをオーバーしたためこれと衝突し、車が全損した場合である。

第四類型：買主が物を保持していた状態ではその物を返還することができないことが買主の過失による場合。たとえば、右の例でX自身の運転ミスによつて事故を起こし、車が全損した場合である。

第一類型では、解除権は排除されず、売主が滅失・毀損の危険を負担する（原物返還不能の場合の解除権の消滅に関するローマ法源はそもそもこの場合についての規律であったといわれる⁴¹⁾）。この点につき異論はない。

第四類型では、解除権は排除される（三五一条）。ただし、判例・通説によれば、ここでの「過失」とは「自身自身に対する過失（“Verschulden gegen sich selbst”、日民流にいえば、自己のためにするのと同じの注意義務の違反）」であつて、義務違反を前提とする過失ではないと解されている⁴²⁾。その結果、第四類型が縮小されることになり、その分、三五〇条の適用領域が拡張されることになる。Caemmerer や Larenz は逆に第四類型を拡張して、これを第三類型とし、解除権者がその「自由な行為」によつて滅失・毀損の危険を高めた場合を含ませている（このことは三五二条（加工または改造による解除権の排除）から明らかになるとする⁴³⁾）。

三五二条は第三類型にあたる。すなわち、同条によれば、解除権者がその受領した物を加工又は改造によつて他の種類の物に変形したとき、解除権は排除され、結果的に買主 \parallel 債権者が危険を負担する。もっとも、本稿で主として問題になるのは瑕疵担保解除の場合であるから、三五二条はそのままの形では貫徹されず、四六七条二文によつて修正される。つまり、買主が瑕疵の存在を知らながら加工・改造を行なつた場合に限り、解除権は排除され

るのである。

第二類型は三五〇条にあたるが、右の判例・通説の三五一条理解からすれば、第三類型の一部も（自己のためにするのと同じの注意義務違反がない場合）第二類型に含まれよう。三五〇条によれば、目的物が偶発的事情によって滅失・毀損したときでも解除権は排除されない。解除後の買主の原状回復の範囲については、三二七条二文が「解除権者の有利にも」適用され、買主の返還義務は現存利益に縮減される（八一八条三項（日民七〇三条に相当））。したがって、買主は滅失・毀損分の価格償還義務を負わないから、結果として滅失・毀損の危険は売主が負担することになる。これに反し、有力説によれば、三五〇条は法政策的には誤りであるから、その適用はできるだけ制限されるべきであるとされる²⁶⁾。しかしながら、右の解釈（売主⇨債権者危険負担）がいまなお判例・通説であり、後述する債務法改訂草案でもその結論自体は維持されている。

なお、現行ドイツ民法は、ウィーン条約と同様に「解除権の排除」を規定しているから、三五〇条以下の規定は解除権の行使前についてのみ適用される。したがって、解除権の行使後は三五二条以下の要件が満たされても解除の効果は消滅しない。もっとも、買主は過失を要件として目的物の価格を賠償する義務を負う（三四七条・九八九条²⁶⁾）。

なお、消費者信用法七条以下および訪問取引撤回法一条に基づく撤回権の場合には、次に述べるドイツ債務法改訂草案と同じく、目的物滅失・毀損の場合の危険配分を撤回権の存続か消滅かという処理によらしめず、価格償還義務の存否によらしめている²⁷⁾。

四 ドイツ債務法改訂草案(以下、改訂草案という)²⁸⁾

改訂草案は、現行ドイツ民法とは異なり、ここでの問題を「解除権の排除」という方法によってではなく、物の返還に代わる価格償還義務の有無という形で解決しようとしている。すなわち、草案三四六条は(なお、条文の邦訳は、滝沢昌彦助教(一橋大学)によるものである(於ドイツ民法研究会))、

(1) 契約当事者が契約によって解除権を留保し、又は法定解除権を有する場合において、解除権が行使されたときは、受領した給付を返還し、收取した収益を引き渡さなければならない。

(2) 債務者は、以下の場合には、返還に代えてその価格を償還しなければならない。

1 取得されたものの性質上その返還又は引渡ができないとき。

2 債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、負担を加え、加工し、又は改造したとき。

3 受領した目的物が滅失し、又は毀損したとき〔この場合に〕定められた使用によって生じた消耗は考慮しない。

契約において反対給付が定められているときは、これをもって価格償還に代える。

(3) 以下の場合には、価格償還義務はない。

1 解除を基礎づける瑕疵が目的物の加工又は改造に際してはじめて明らかになったとき。

2 滅失若しくは毀損につき債権者に責めがあるか、又はその損害が債権者のもとでも同様に生じたであろうとき。

3 法定解除の場合に、解除権者が自己のためにすると同一の注意をしたにもかかわらず、その者のもとで滅失又は毀損が生じたとき。

残存する利得は引き渡さなければならない。

(4) . . . (省略) . . .

と規定している。

Caemmerer の四類型にあてはめて考察してみよう。第一から第四類型のいずれにおいても買主は解除権を失わないが、第四類型および第三類型の一部については結果として買主に危険が配分されている。すなわち、法定解除に関しては、滅失・毀損につき自己のためにすると同一の注意義務の違反が買主（返還債務者）にあれば（それは同時に善管注意義務違反に通常の意味の過失ともなろう）、三項三号の反対解釈により買主は価格償還義務を課され（第四類型）、買主が受領した目的物を消費し、譲渡し、負担を加え、加工し、又は改造したときは二項二号により、目的物の瑕疵が加工または改造前に明らかになつたにもかかわらず、これを行なつた場合には三項一号の反対解釈により、同じく価格償還義務を課されるからである（第三類型）。

これに反し、第一類型については結果として売主が危険を負担する。すなわち、目的物の滅失・毀損につき売主（返還債務者）に責めがあるときは、買主は価格償還義務を負わないからである（同三項二号）。

問題の第二・第三類型については、法定解除の場合には、買主が自己のためにすると同一の注意を尽くしている限り、買主は価格償還義務を負わないので（同三項三号）、売主が危険を負担することになる。この帰結は、先に述べた現行ドイツ民法の判例・通説の帰結（滅失・毀損につき、買主に解除権者の「自分自身に対する過失」がないかぎり、解除権は消滅せず、結果として売主が危険を負担する）に一致する。また、第三類型の一部（瑕疵が

目的物の加工又は改造に際して初めて明らかになったとき)についても、買主は価格償還義務を免れるので(三項一号。現行四六七条と同旨)、売主に危険が配分されることになる。

以上のように、少なくとも法定解除の場合には、改訂草案の危険配分は、ほぼ現行法の規律および判例・通説によるその解釈の結果にほぼ一致しているといえよう。改訂草案は、解除前の滅失・毀損と解除後のそれとで危険配分の規律を異別にする(いわば危険配分について二重構造を有する)現行法を批判的に克服し、価格償還義務の存否による危険配分に一本化したといえよう。すなわち、現行法は、解除前の滅失・毀損については、解除権の存続か消滅かというレベルで危険を配分し(解除権が存続する場合には買主に価格償還義務を課さないことで解除権の実効性を確保する)、解除後の滅失・毀損については価格償還義務の存否のレベルで危険を配分しているのであるが(価格償還義務の存否は、買主(返還債務者)の過失の有無にかかると(三四七条・九八九条)、改訂草案によれば、解除原因が存する限り、目的物の返還不能にかかわらず解除権は存続するから、解除権は危険配分に関わらず、価格償還義務の存否のみが危険配分を決定するのである)。

なお、形式論理的には、解除原因について認識可能となった時点以降、または遅くとも解除権の行使後は、買主は「他人の物として」目的物を保持することになるのであるから、善管注意義務を課してもよいはずであるが(事実、現行法はそうである)、改訂草案では、法定解除の場合に買主が目的物保管に際して払うべき注意は、目的物受領時から一貫して「自己のためにするのと同じの注意」で足りる。その理由は「定められた給付をしない者は、相手方に究極的に危険が移転したと信頼することは許されない」⁽²⁹⁾からである。

五 日本民法五四八条の解釈論への示唆 …… むすびに代えて

以上概観したように、近時の立法（ウーン条約・改訂草案）および現行ドイツ法のいずれも、

Caemmerer の第二類型（偶発的滅失）について目的物の滅失・毀損の危険を返還債権者である売主に負担させている。これに対し、ドイツの有力説やわが国の学説の一部は、ド民三五〇条（日民五四八条二項）の帰結を法政策的に誤っているものと考え、その無制限の貫徹をできるだけ阻止しようとしているが、少なくとも比較法的には、目的物の偶発的滅失・毀損の危険は返還債権者である（そして解除に原因を与えた）売主が負担するべきであるという価値判断で一致していると思われる（もっとも、ウーン条約は Caemmerer らの解決策への指向を示している）、むしろ右の批判説とは逆に、ド民三五〇条や日民五四八条二項の帰結は法政策的に妥当なものといえるのではなからうか。

そうだとすると残る問題は次の三つであろう。すなわち、（１）ド民三五〇条や日民五四八条二項の帰結を理論的に説明すること、（２）ウーン条約のように買主危険負担となる範囲を広くすべきなのか（つまり、第三類型を第四類型に取り込んで解除権が消滅する範囲を広げるべきか）、逆に、現行ドイツ法（の判例・通説による解釈）や改訂草案のように、売主危険負担となる範囲を広くすべきなのか（つまり、解除権消滅や価格償還義務発生の要件を「自己のためにするのと同じの注意」義務違反とすることにより、解除原因に関わらない買主Ⅱ解除権者Ⅱ返還債権者をより保護すべきなのか）、（３）目的物の返還不能にもかかわらず解除権が存続する場合、買主の原状回復義務は消滅し、売主の代金返還義務だけが残るとして、危険配分の問題を解除権の帰趨だけにかたづけ

てしまうのではなく、原物返還に代わる価格償還義務(およびその要件)を指定することによって、解除権の帰趣にかからしめない危険配分を考えることができるか、である。

右の第一の点に関しては、いちおう次のように考えてはどうであろうか。すなわち、物についての支配をメルクマールとする危険配分法則は、契約が「前向き」のときには妥当しえても、解除原因が存在して、契約が捲き戻しを予定されている場合には妥当しない。なぜなら、前者の場合、売主は代金に見合うものとして目的物を保持しているが、後者の場合、買主にとって目的物はすでに不要のものであり、かつ自分が支払った代金に見合ったものではない。したがって、物支配を前提に危険を買主に負担させるのは妥当ではない。しかし、そうかといって目的物についての支配も、その滅失・毀損についての帰責事由もない売主にそれだけの理由で危険を負担させるのもおかしい。そこで、一段階まえに遡って、契約解除への道を開いた者、つまりこの場合は売主に危険を負担させるほかない、と。³¹⁾

右の第二・第三点については、現時点では筆者の怠慢により検証が不足しているので、次の点を指摘するにとどめたい。すなわち、(1) 日民五四八条にいう「行為又ハ過失」は、いずれにせよ「故意又ハ過失」と読み替えられるべきではない。民法典起草者の把握もすでにそうであったし、³²⁾ 右の諸法の概観からも明らかであるからである。(2) 五四八条にいう「行為又ハ過失」はウィーン条約の「作為又は不作為」に近いと思われ、³³⁾ この点で、第二点の前者のように解釈するべきであるとも考えられる。しかし、解除原因の存在を知るまでは、買主がどのように目的物を処理しようと責めはないはずであるとすれば、五四八条の「過失」が、通常の意味の過失≡善管注意義務を意味するものとは必ずしも言えないように思われる。したがって、「行為又ハ過失」を全体として「自己のためにするのと同一の注意義務に違反したこと」と捉えることもあながち不可能なことではないように思われる。

(3) 第三点については、五四八条は現行下民と同じく、目的物返還不能の場合における第一段階の危険配分を解除権の帰趨にかからしめているから、改訂草案のように価格償還義務の存否に一本化することは、解釈論上もとより無理である。しかし、目的物の返還不能と解除権の帰趨の問題が、瑕疵担保責任と危険負担とが競合する場面であり、その間の調整の問題であるとするなら（このような指摘は小野・後注5論文による）、解除を危険配分とは切り離して貫徹させ、危険配分は価格償還義務の存否による、という改訂草案の構造は、担保責任と危険負担との間に調整の問題を残さない点で優れていると思われる。そうだとすれば、五四八条の解釈として、滅失・毀損等の返還不能にもかかわらず、できるだけ解除権を存続させたい（つまり、二項が適用される場合を広げ）、目的物の利用・保管につき自己のためにするのと同じの注意を尽くさなかったことを要件に、買主には価格償還義務を課すという構成を採ることになろうか。³³⁾

注

- (1) 本田純一「給付利得と解除規定(一)」成城法学一号二九四頁（以下、本田論文①とする）。
- (2) 我妻榮・民法講義V債権各論(上)(一九五四年)一九五頁以下、三宅正男・契約法〔総論〕(一九七八年)二四三頁など通説。もっとも、本文のように解除権者のもとで物が滅失したケースではなく、相手方のもとで滅失したケース（たとえば、本文の設例で、Aの代金債務の履行遅滞を理由にBが解除する場合）が念頭におかれている。後者の場合、売主は、契約を解除をしないで代金を請求すればよく、この場合の議論に実益はない（この点につき、すでに本田「民法五四八条の系譜的考察(上)」判タ五五六号一六頁（以下、同論文(下)判タ五五七号三四頁以下とあわせて本田論文②とする））。
- (3) この点を指摘して、五四八条二項の適用を制限しようとする見解として、同「給付利得と解除規定」私法四一号二五頁、同「解除に基づく原状回復義務II」Law School四五号一七頁（以下、本田論文③とする）。また、解除権の存続を

認めながら、Aの原状回復義務(価値返還義務)とBの代金返還義務との間に五三六条を類推適用することで、債務者主義を貫徹しようとする見解として、四宮和夫・請求権競合論(一九七八年)二〇四頁、同・事務管理・不当利得・不法行為上巻(一九八一年)一三三頁以下、好美清光「契約の解除の効力」現代契約法大系第二巻(一九八四年)一七八頁、本田論文②(注2)(下)四六頁。この見解に好意的な近時の文献として、河上正二「契約の無効・取消と解除(その2)」法教一六〇号七六頁。

- (4) ウィーン条約は一九八〇年採択、一九八八年発効であり、ドイツ債務法改訂草案は一九九二年に公表された。
- (5) わが国でも五四八条二項の帰結を正当であるとする近時の見解として、小野秀誠「清算関係における危険負担(一)」「(二)」一法二二号・二五号。円谷峻「国連統一売買法における解除権行使と目的物の返還不能」一論一〇九巻一七九頁注(7)。

(6) ウィーン条約における目的物の返還不能と解除権の帰趨についてはすでに、円谷・前掲論文(注5)。

(7) 条文の翻訳については、曾野和明・山手正史・国際売買法(一九九三年)の「資料編」、澤田壽夫編・解説国際取引法令集(一九九四年)を参考とした。なお、訳出は英語正文からとし、独訳(von Caemmerer/Schlechtriem(Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl. (1995) に于ける)を参照した。

(8) 「危険負担」は、当事者双方の責に帰すべからざる事由によって目的物が毀滅した場合の問題であるから、債務者の「過失」による毀滅の場合は、厳密には危険負担の問題ではない。この場合は、二項各号とあわせて読むとき、一項は、買主の過失(fault, Verschulden)を前提としていふことに注意するべきである。

(9) von Caemmerer/Schlechtriem, aa. O. (Fn. 7) [Leser], Art. 82. RdNr. 8.

(10) von Caemmerer/Schlechtriem, aa. O. (Fn. 7) [Leser], Art. 82. RdNr. 9&11.

(11) von Caemmerer/Schlechtriem, aa. O. (Fn. 7) [Leser], Art. 82. RdNr. 20. 以下に引く「Tallon, in: Bianca/Bonell(ed.), COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW (1987), p. 683ff. 「過失(negligence)」を前提としていふべきである。

(12) von Caemmerer/Schlechtriem [Leser], aa. O. (Fn. 7), Art. 82. RdNr. 20.

(13) von Caemmerer/Schlechtriem [Leser], aa. O. (Fn. 7), Art. 82. RdNr. 13.

- (14) von Caemmerer/Schlechtriem [Leser], aa.O.(Fn.7), Art. 82.RdNr.19.
 - (15) Schlechtriem, Uniform Sales Law (1986), p.106.
 - (16) von Caemmerer/Schlechtriem [Leser], aa.O.(Fn.7), Art. 82.RdNr.22.
 - (17) なお、ウィーン条約に先立つハーグ条約では、消費・改変の場合についての規定され（七九条二項（C）号）、売却については規定していなかった。
 - (18) Bianca/Bonelli [Tallon], op.cit.(Fn.11), p.609.
 - (19) 現行ドイツ民法における目的物の返還不能と解除権の帰趨については、すでに本田前掲論文(3)（注2）および小野・前掲論文（注5）。
- ドイツ民法関連条文（邦訳にあたっては、椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論（一九八八年）を参照した。
- 第三二七条：第三二五条及び第三二六条に定める解除権については、約定解除権に関する三四六条から三五六条までの規定を準用する。相手方の責に帰すべからざる事由に基づいて解除がされるときは、同人は、不当利得の返還に関する規定に従ってのみ責任を負う。
- 第三四六条：契約において当事者の一方が解除権を留保した場合において、解除権が行使されるときは各当事者は受領した給付を互いに返還する義務を負う。給付された役務又は物の使用を委ねたことについては、その価格を賠償しなければならない。又は契約において反対給付が金銭で定められているときは、これを支払わなければならない。
- 第三四七条：毀損、滅失又はその他の事由によって生じた返還不能に基づく損害賠償請求権は、解除の場合においては、給付の受領の時から、所有者と占有者との間の関係につき所有権に基づく請求権の訴訟係属発生の時点から適用される規定（筆者注）本稿で問題となるのは九八九条である」に従って定まる。収益の返還又は補償の請求権及び費用償還請求権についてもまた同じである。金銭にはその受領との時から利息を付けなければならない。
- 第三五〇条：解除は、解除権者の受領した目的物が偶然によって滅失したことにより排除されない。
- 第三五一条：解除は、解除権者がその受領した目的物の本質的な毀損、滅失又はその他の返還不能につき過失があったときは排除される。目的物の重要な部分の滅失は、本質的な毀損と同じであり、第二七八条により解除権者が責めに帰すべき他人の過失は、権利者自身の過失と同じである。

第三五二条：解除は、解除権者がその受領した物を加工又は改造によって他の種類の物に変形したときは、排除される
 第三五三条：解除は、解除権者がその受領した物若しくはその相当な部分を譲渡し、又は第三者の権利による負担を加えた場合において、この処分によりその目的物を取得した者のもとで、第三五一条又は第三五二条の要件が発生したときは、排除される。

(2) . . . (省略) . . .

第四六七条：瑕疵担保解除については、約定解除権に適用される第三四六条から第三四八条、第三五〇条から第三五四条、及び第三五六条の規定を準用する。ただし、第三五二条の場合において、瑕疵が物の加工に際して初めて明らかになったときは、解除は排除されない。売主は買主に対して契約の費用を賠償しなければならない。

第九八九条：占有者は、訴訟係属発生後、自らの過失により、物が毀損若しくは滅失し、又はその他の一理由から返還することができないときは、所有者に対してこれによって生ずる損害につき責任を負う。

なお、ドイツ民法の解除規定は、約定解除を中心に構成されており、法定解除については約定解除の規定を準用している(三二七条)ことに注意すべきである。また、本稿で問題の場合は、主として瑕疵担保解除であるが、これについても四六七条によって約定解除の規定が準用される。

- (20) von Caemmerer, "MORTUUS REDHIBETUR". BEMERKUNGEN ZU DEN URTEILEN BGHZ 53,144U ND 57,137, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) (in: von Caemmerer, GESAMMELTE SC HRIFTEN Bd.3 (1983), SS167ff., zitiert G.S.), S.627f. 244 (この分類については既に²⁰ 本田論文²⁰ (註2) (十) 一七頁)。

- (21) von Caemmerer, a.a.O. (Fn.20), S.628 [G.S., S.174]

- (22) BGHZ 53,144.; BGH NJW 1992, 1963.; Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153,97; Tielmann, VersR 1970,1072.; Fikentscher, RdNr.347.; Medicus, Schuldrecht I : Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (1992), S.247.; ders., Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen, JuS 1990,692 usw.; ähnliche Fassung im Ergebis; Woopen, Für eine systematische Auslegung von § 327 S.2BGB, JZ 1991,539 約定解除の場合では、解除権者は、目的物受領時から解除原因の存在を認識しうるから、通常の過失(善管注意義務違反)でよいが、法定解除の

場合には、解除権者に解除原因について認識可能性がないからである。したがって、解除権者が解除原因を認識した後には、通常の過失が前提とされる。

(23) von Caemmerer, a. a. O. (Fn. 20), S. 632; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I : Allgemeiner Teil, 14. Aufl. (1987), S. 409f.

(24) oben Fn. 22. なお、双務契約が無効または取り消された場合には（給付利得類型）、八一八条三項の適用は差額説 (Saldotheorie) によって制限される（ドイツにおける判例・通説。差額説については、拙稿「物から生じる収益と不当利得(2)」判タ七〇七号三九頁以下参照）。すなわち、原則として、給付受領者は自己のもとの目的物の滅失・毀損を利得消滅として主張することは許されず、結局、給付受領者（以下では買主）が危険を負担する。von Caemmerer & Leserの所論は、不当利得法による帰結を法定解除の場合にも及ぼさうとするものである。

(25) von Caemmerer, a. a. O. (Fn. 20), S. 634 [G. S., S. 180], Leser, Der Rücktritt vom Vertrag (1975), S. 261ff., Larenz, a. a. O. (Fn. 23), S. 409f.; U. Huber, Leistungsstörungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 667; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1994) [Jan Ren], § 350 RdNr. 3; Caemmerer, § 350条は法政策的に誤りではあるが解釈論上はこれを尊重せざるをえないと、Leserは三三三条・四四六条（危険負担債務者主義）の基本思想を契約清算の場面にも類推適用すること、三五〇条の不都合を解消しようとする（結論としては、買主の支配領域内で生じた偶発的な滅失・毀損は買主の負担となるよう）。

(26) Münchener Kommentar [Emmerich], a. a. O. (Fn. 25), § 327 RdNr. 15.

(27) 訪問取引撤回法三条：(1) 撤回の場合においては、各当事者は、受領した給付を相手方に返還する義務を負う。撤回権は、受領した目的物の毀損、滅失またはその他の方法の返還不能によって排除されない。顧客が毀損、滅失またはその他の種類の返還不能に責めを負うときには、同人は相手方に価格の減少分または価格を賠償しなければならぬ。(2) 顧客が本法二条による説明を受けず、かつ、自らの撤回権に関する知識をその他の方法で得なかった場合には、同人は、自らの事由に関して払う注意義務を怠ったときに限り責めを負う。(3) 撤回権の行使の時期まで物の使用または利用が他に委ねられたこと並びに給付がされたことに対しては、その価値が弁償されなければならない。その物を約定された方

法で使用することまたはその他の給付の利用により生じた価値の減少は、考慮されない。(4) 顧客は、その物に支払った必要費の賠償を相手方に請求することができる。

消費者信用法七条四項は右訪問取引撤回法三条の規定を準用している。

訪問取引撤回法三条の邦訳およびドイツ消費者信用法の撤回権については、円谷「ドイツ消費者信用法」横浜国際経済法学第一巻第一号一一八頁以下参照(条文の邦訳は一一九頁注一参照)。

(28) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Abschul Bericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1992)

このドイツ債務法改訂草案については、ドイツ民法研究会において検討がすすめられており、近く研究成果が公表される予定である。筆者もその一員として草案三四六条についての研究を割り当てられているので、改訂草案に関する詳細な紹介・検討はそこの別稿に譲る。

(29) *Abschul Bericht* (oben Fn.28), S.188

(30) もちろん、比較の対象が偏っていることは承知している。しかし、規律対象が国際動産売買であり、かつ妥協の産物とはいえ、ウィーン条約は発展途上国を含めて三四ヶ国(一九八一年九月三〇日まで)が加盟・批准している(曾野・山手・前掲書(注7)「資料編」一四二頁参照)ことに鑑みれば、本文の筆者の推測はまったく的外れではないと思われる。なお、本稿の問題に関する主要先進諸国における規律については、小野・前掲論文(注5)が詳しい。

(31) 円谷・前掲論文(注5)七九頁注7も同旨か。なお、小野・前掲論文(注5)は、本稿で問題の「目的物の返還不能と解除権の帰趨」が、瑕疵担保責任と危険負担とが競合・衝突する場合であること、諸外国において、解除権の成立要件が厳しい場合には、いったん成立した解除権の制限は緩く(たとえば、日本)、逆に成立要件が緩い場合には、解除権の制限に向かう(たとえばドイツ)ことなどを指摘し、(目的物の返還と解除権の帰趨にとって主として問題となる)瑕疵担保解除権の成立には、契約目的不達成に至るほどの重大な瑕疵の存在が必要であるから、買主は目的物につき引渡を受けているとはいえず、実質的には受領していない状態にある、したがって、解除によって売主への危険の復帰を肯定することができる、と説明している。また、解除後の危険負担においても状況は同様であるから、牽連関係を形式的に適用するべきではない、という。

(32) この点については、すでに好美・前掲論文（注3）一七八～九頁、円谷・前掲論文（注5）七九頁注7。その他、文字どおり「行為又ハ過失」と読むべきであるとするものとして、潮見佳男・債権総論（一九九四年）二六七頁。

(33) 好美・前掲論文（注3）一七九頁注4

(34) 潮見・前掲書（注32）二七一頁は、滅失・毀損によって買主の目的物返還義務は価格償還義務に転換すると説く。ただし、滅失・毀損につき買主に本来の意味の帰責事由がないときは、価格償還義務が消滅し、それとともに売主の代金返還請求権も消滅するという。給付利得に関してではあるが、磯村保「契約の無効・取消の清算……各論的考察」私法四八号五二頁以下。