HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	種類物の特定による給付危険の移転
著者	石月，真樹；ISHIZUKI，Masaki
引用	北海学園大学法学研究，55(1)：1-22
発行日	2019-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

種類物の特定による給付危険の移転

石月真樹

一　本稿の目的

種類物売買の目的物たる種類物が特定した後、買主への引渡前に「その物」が当事者の責めに帰することのできない事由によって滅失・損傷した場合、当事者の法律関係はどのように規律されるべきか。ここでは主として①買主は売主に対して債務の履行を求めることができるか（給付危険の所在）、②仮に①で履行請求が否定される場合には買主が対価の支払いを免れることができるか（対価危険の所在）が問題となる。種類債権の特定に関する民法四〇一条二項の規定は、その文言上は二〇一七年の民法（債権関係）改正法[1]による変更を受けていない。同項に関する従来の理解によれば、①目的物が特定されれば、売主は履行のために「その物」以外の他の物を調達する義務を免れるため、

「その物」が滅失したならば債務は履行不能となり、損傷にとどまる場合に代替物の給付義務を負うこともない。[2] 特定による売主から買主への「給付危険の移転」である。一方、改正以前の民法五三四条（以下、改正前の規定については「旧〇条」とし、改正後の規定及び改正法による変更のない規定は条数のみで示すこととする）によれば②特定により対価危険は買主に移転し、代金の支払を免れることができないとされていた。[3] しかし改正法の結果、債権者主義を定めた同条の規定は削除され、買主は、売主の代金支払請求に対してこれを拒むこと（五三六条一項）、売買契約を解除して代金支払義務そのものを免れることが可能となった（五四二条）。このことは、従来その効果の一つとして捉えられてきた「対価危険の移転」が改正法の下ではもはや特定には妥当しないことを意味する。

改正法は、特定と対価危険移転とを結び付けていた旧五三四条を削除することで両者を切り離す一方、先述のとおり四〇一条二項の規定文言には変更を加えておらず、それゆえ給付危険についてはなお特定によるその移転が認められているようにも思える。しかしながら学説においては、改正法により新設された五六七条一項の規定により、特定の制度は対価危険のみならず給付危険の移転からも分離されたとの理解がある。[4] この見解によるならば、①もはや特定はそれのみで債務者を再調達義務から解放するものではなく、「その物」の滅失等は履行不能（四一二条ノ二第一項）の有無を判断する際の一つの事情に過ぎない。滅失等を考慮してもなお「契約……及び社会通念に照らして」履行が可能であれば、売主は履行を拒むことができない。

本稿は、改正法下における特定と給付危険との関係を検討するものである。以下ではまず五六七条一項の規定内容等を確認し、右の特定制度と危険移転との切断に関する見解の当否を検討することとする。

二　五六七条一項の規定と危険の移転

1　五六七条一項の規定内容

五六七条一項は、売買の目的物が買主への引渡時以降に当事者双方の帰責事由によらずに滅失等した場合、買主は、その滅失等を理由として追完請求、代金減額請求、損害賠償請求、解除をすることができず、代金支払を拒むこともできない旨を定める。ここには給付危険及び対価危険のいずれについても目的物の引渡しの時点で買主に移転していることが示されている（追完請求は給付危険に関するものである）。そしてその反対解釈からは、引渡しがなされるまでは―特定がされていても―どちらの危険も移転していないとの帰結が導かれ得る。また、五六七条一項は右規律内容を受ける前提として、目的物が「売買の目的として特定したもの」であることを要求している（同条同項前段括弧書）。「売買の目的として特定したもの」とは特定物および特定した種類物を指しており[5]、特定していない種類物には右規律内容が妥当しないことを意味する。その趣旨は、種類物たる目的物に契約不適合がある場合にはそれを引き渡しても特定が生じないとの理解を前提に[6]、その場合には危険が移転せず買主が各種の救済手段を行使することができることを示す点にあるとされる[7]。以上より、改正法下では給付危険と対価危険は五六七条一項により共に引渡時に移転し、特定は危険移転のための前提ではあるが十分条件ではない（特定によって給付危険が移転するわけではない）との理解が唱えられるのである[8]。

しかしながら右見解と異なり、給付危険の移転はなお特定の効果としても認められるとの理解も可能である[9]。五六七条一項の規定文言は引渡し以外の事由による危険移転を排除するものとはなっておらず、給付危険は特定により移

転するとの改正以前の理解も―少なくとも五六七条一項の規定文言上は―なお成立し得る。[10] むしろ五六七条一項の立法過程からすれば、同項の内容はもっぱら対価危険のみを念頭に置いた規律であり、特定による給付危険移転という従来の考えを変更する意図は必ずしも有していないと捉えるのが適当である。そこで次に同項の立法過程として法制審議会民法（債権関係）部会での審議の様子を紹介することとする。

2　五六七条一項の立法趣旨

（1）「中間的な論点整理」まで（第1ステージ）

周知のとおり同部会では、まず中間的な論点整理に向けて検討対象とするべき論点の洗い出しが行われた。その中で五六七条一項の創設の契機となったのは旧五三四条が抱えていた問題性である。同条の文言どおりの適用は、債権者が未だ目的物の支配可能性を有しておらず、そのため現実に滅失等に対処することのできない時点において、債権者に対価危険の負担を強いる結果となる。当事者の公平を害するこの規律を是正するため、対価危険の移転時期を遅らせるという意味での旧五三四条の適用範囲限定の必要性が事務当局により検討対象として提案された（部会資料5第4）。そしてまたその一方、旧五三四条による債権者主義の適用範囲の限定は、売買における買主による解除権行使の限界の問題として検討の対象となった（部会資料15第3・5（2））。解除制度は、従前の要件であった帰責事由についてこれを不要とする方向での改正が検討されており、そのため当事者双方に帰責事由なくして目的物が滅失等した場合の反対債務の帰趨の問題は、危険負担制度を廃止して解除制度の中での扱いに一元化することが提案されていたためである。その結果具体的には「双務契約の基本形といえる売買において」、買主による対価危険の負担を「解除により代金支払債務を免れることができない旨の規定を置くことによって表現する」ことの是非が検討対象として提

案されたのである。[11] 部会の審議では事務当局によるこれらの提案は概ね異論なく受け入れられ、[12] その結果「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下、「論点整理」という。）の中で引き続き部会の審議の対象としていくべき論点として挙げられることとなった（旧五三四条について「第6・3」、解除権行使の限界について「第40・4（2）」）。

またこの間の審議過程においていま一つ注意を払うべきなのが、四〇一条二項の扱いである。部会では事務当局によって同項も検討対象とされ、そこでは同項を存置することを前提に、特定が生ずる場合として当事者の合意を明文化すること、および「変更権」の規定を明文化することが検討対象として提案されている（部会資料19第1・5）。これを受けた部会の審議では右二点に加えて四〇一条二項の要否についても議論されており、そこでは同項は不要であるとの意見も見られた。[13] そのため論点整理では改めて同項の要否そのものも検討対象として挙げられることとなったのである。もっとも、そこで同項不要の意見として挙げられたのは、種類物の特定は契約解釈の問題に解消し得るため明文規定は不要であるとの見解であり、[14] したがって特定という概念あるいは法現象そのものを不要とする趣旨のものではない。

以上のとおり、論点整理に至るまでの部会の審議では、もっぱら対価危険の移転時期が検討対象として挙げられるにとどまり、給付危険の移転時期に関しては全く議論の俎上に載せられていない。

（2）「中間試案」まで（第2ステージ）

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という。）の取り纏めに向けた第2ステージでは、論点整理を踏まえた個々の論点についての改正の要否・内容が検討された。まず四〇一条二項に関しては、論点整理

では同項の要否そのものが検討対象として挙げられていたものの、第2ステージでは既に当初より同項の存置が前提とされており、もっぱら特定原因としての合意と変更権の明文化の要否のみが検討対象とされていた（部会資料31第2・4）。部会の議論においては、合意の明文化についてはほぼ異論が無い一方、変更権の明文化に関しては強く反対意見が示された[15]。結果として中間試案では変更権の明文化は見送られ、合意の明文化のみが改正内容として提案されたのである（第8・2）。そして、中間試案に至る右の過程において、特定の機能とりわけ給付危険の移転に関する議論は殆ど見受けられない[16]。唯一、分科会において特定と給付危険との関係が議論されたものの[17]、残念ながらその後の部会全体の審議の中でこれを受けた議論が―少なくともそれとはっきりわかる形で―展開された様子は見られない[18]。結局四〇一条二項に関する限り、第2ステージにおいても特定と給付危険の移転を分離するとの議論は存在しなかったのである。

ところがその一方で、解除権行使の限界に関する規律に関しては、給付危険にも関わる大きな変化が生じている。部会の審議は、論点整理における基本的な方向性（対価危険の移転時期の見直しの必要、および解除権行使の限界設定によるそのルール化）が前提とされ、その上でもっぱら議論されたのは、実際の危険移転時期をいつの時点にするのか、そしてその規定を売買に限定せず契約の通則として定めるのか否かといった点であった[19]。この点について中間試案が示した結論は、目的物の引渡しの時点を危険移転時期とし、そのルール化は契約の通則としては定めず売買の規定として置くというものであった（第35・14（1）。第12・1（概要）も参照[20]）。もっとも、本稿の関心事項からここで注目すべきは、事務当局により示された〝危険の移転〟の意味内容である。右に示したとおり、論点整理までの部会の審議で念頭に置かれていたのは旧五三四条の規律する対価危険であり、その移転時期を解除権行使の限界として定めるというものであった。ところが第2ステージにおいて「危険の移転時期と危険移転の効果の明文化等」との

標題で事務当局が示した規律内容は、「買主は、危険が買主に移転した時期以降に生じた目的物の滅失又は損傷により、追完の請求、損害賠償の請求、代金減額請求権の行使及び契約の解除をすることができない旨の規定」であった（部会資料43第3・4（2））。ここに至りはじめて解除権以外の他の救済手段、とりわけ給付危険に関わる追完の請求が含まれたのである。もっともその理由は判然としない。同提案に関する（補足説明）でも「『危険の移転』の具体的な意味としては、債権者が危険の移転後に発生した目的物の滅失又は損傷を理由として、追完の請求、損害賠償の請求、代金減額請求権の行使、契約の解除といった救済を債務者に主張することができなくなることを指すと考えられる。」と述べるのみである。[21] 同提案を受けた部会の審議において、特にこの点について議論を喚起するような発言も見られない。[22] 右の提案内容は、「中間試案のたたき台」として具体的な改正内容の形で提示された（部会資料56第11・14（1））後、若干の文言の変更を経て中間試案（第35・14（1））へと至っているが、この間の部会の議事録をみても、やはり右危険移転の内容の変更に関する特段の議論は見られない。そのため中間試案でも危険の移転はそのまま解除権以外、特に追完請求権を含む救済手段一般が認められないという形で示されているのである。

ただ、右の経過の中で気になる点もある。中間試案のたたき台に事務当局が付した（概要）には、提案内容について「いわゆる給付危険（※傍線筆者）の移転時期に関するルールを、最も適用場面が多いと考えられる売買のパートに新設するものである。」と記述されていた（部会資料56第11・14（1））。この部分について部会では、解除の可否も含まれることからすれば給付危険に限られず、それゆえ単に「危険の移転」と記すのが適当である旨が指摘され、[23] それを受けてたたき台の改訂版及び中間試案における該当箇所は単に「危険」とだけ記されたという経緯がある。事務当局の意図はやはり明確でないが、この変遷は給付危険と対価危険という両概念の関係性について、明瞭な整序が付けられていないことの表れと見ることもできよう。

いずれにせよ四〇一条二項に関する審議経過も合わせて考えれば、部会全体の議論としては、売買に新設される「危険の移転に関する規律」が特定の制度に与える影響に関して、この時点でも全く留意されていなかったと言うことができよう。

(3)「要綱案」まで(第3ステージ)

中間試案で示されたこの「危険の移転に関する規律」は、要件面での変遷はありつつも、[24] 基本的な枠組みはそのままに「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」を経て「民法(債権関係)の改正に関する要綱案」の採択へと至っている。当初旧五三四条による対価危険の移転時期の見直しとして検討の始められたこの規律は、第2ステージで追完請求を含むことで給付危険にも関わる「危険の移転に関する規律」となり、以降は殆どその性格を変えることのないまま、[25] 最終的に既に示した五六七条一項の規定として成立したのである。

危険の移転に関する規律と四〇一条二項との関係性についての議論は第3ステージにおいても殆ど行われていない。それぞれの規律を採りあげた審議は複数回行われるも互いの関係性に関する議論は行われないまま進み、[26] ようやくその問題性が指摘されたのは第3ステージも終わりに差し掛かった段階であった。[27] 種類物売買で目的物が特定後、引渡前に滅失・損傷した場合において、一方で危険の移転に関する規律が引渡しのあるまでは買主に危険が移転しないというものだとすると、買主は売主に履行の追完請求等をすることができる筈であるが、他方で、特定により給付危険が移転するのであれば売主は履行請求を拒絶できる筈であり、危険の移転に関する規律と四〇一条二項の種類債務の特定のルールとは「……抵触というのかどうかわかりませんが、その関係が問われることになっているのではないか……。これは何らかの調整をしないと混乱するのではないか……」。[28] この疑問に対し事務当局からは「……その

場合には……第30の11の規律（※危険の移転に関する規律）を反対解釈するというより、むしろ、いわゆる履行請求権の限界についての規律、すなわち第10の1の履行が不能となった場合には履行の請求ができないという規律（※四一二条ノ二第一項に相当）が適用されて、買主は履行の請求ができないという結論が導かれることになると一応考えております」との応答がなされている。[29] 事務当局の示したこの整理は、なお両規律の関係に曖昧さを残すものである。一方では、事務当局の示した「……枠組みで考えていった場合には、もはや特定という問題と危険の移転あるいは危険負担ということについては、切り離して考えるべきであるということを今回の改正法が基本に据えている」[30]と捉えることもできよう。この見解では、右の事務当局が示した整理について、特定による給付危険の移転がないことを前提に、買主の履行請求が認められないのはあくまで履行請求権の限界についての規律によるもの、つまり特定による給付危険の移転とは別個の法理によるものだと捉えることになろう。しかし、また他方では「特定のルールがここでは適用されて種類債務が特定するので、その後、滅失すれば履行不能になる。したがって、履行請求に対しては履行不能の抗弁が出せるという」[31]構成として捉えることも可能である。[32] 右に示すところだけではいずれとも決め手はない。

しかしそれはそれとしても、「……事務当局の統一的な見解があるのかどうか分かりませんが、……特定と危険の移転を分離して、別のものとして考えるというスタンスで改正しようとしていると断定することはできないのではないか……。特定と危険移転を切り離すという改正であると断定するのは行き過ぎではないか」[33]との見方は妥当であろう。もとより分離によって大きな影響を受ける筈の四〇一条二項に関して、この点の議論が全く行われなかったことも既にみたとおりである。総じて、部会の中で特定と危険の移転を分離することについてコンセンサスが得られていないことは明白であり、そうであれば、部会として五六七条一項（に相当する規律）の創設を以て特定の内容に大きな変更を及ぼす意図があったと認めることはおよそ適当ではなかろう。五六七条一項は、特定による給付危険の移転を否

定しようとする趣旨で立法されたものではない。

三　特定と給付危険移転の分離の当否

右にみたとおり五六七条一項の規定自体は、必ずしも特定と給付危険の移転との分離を意図するものではない。しかしそれを踏まえても、なお解釈論としてのその妥当性を検討する必要があろう。ここではその手始めとして、特定から給付危険の移転の効果を分離するということの意義を改めて確認しておきたい。

1　当事者の合意による危険移転

五六七条一項は任意規定であり、当事者がこれと異なる定めをすることは禁止されない。したがって引渡前の給付危険の移転について合意をすることも可能である。もっとも、明示の特約がある場合はともかくとして、どのような事情がある場合に給付危険の移転について合意があったと認め得るかは判然としない。給付危険の移転とは、債権者がもはや同種であっても他の代替物の引渡しを請求することができない事態であるから、当事者にそのような意図がある場合は、結局のところ当事者が目的物を「その物」と定めたときであろう。したがって、当事者が合意によって目的物を特定した場合には、給付危険の移転の合意もあったと考えるべき場合が殆どであろう（種類の中から一定の物を指定したとしても、給付危険を移転する趣旨でないのであれば、それは特定足り得ないのではないか）。

2　履行請求が排除されない論理

特定による給付危険の移転を否定することの実践的意義は、引渡前に目的物が滅失したとしても、買主による履行

請求が排除されないこと（少なくともそのような場合があり得ること）を認めるという点にあると思われる。しかしながら、特定によって「その物を債権の目的物」とした筈の債権（四〇一条二項）が、「その物」の滅失にも関わらず履行不能（四一二条ノ二第一項）に当たらないのはどのような論理によるのであろうか。

そもそも特定による給付危険の移転は、伝統的には次のような論理として説明される。すなわち、特定した後は、その債権は実質的に特定物を目的とする債権となり、特定物債権に妥当する法理が基本的に妥当する。[34] 債務者は、特定の後は特定した物についてだけ債務を負い（代替物の調達義務を負わない）、その物が滅失すれば物理的に履行が不可能となるため、その債務は履行不能となる。特定による給付危険の移転を否定し、特定後の滅失にもかかわらず履行請求が排除されないとの帰結をもたらすためには、右論理のいずれかに修正を加える必要があろう。

考え得る一つの説明は、特定後の債権は特定物を目的とするものではなく、滅失に際しては同種の代替物の給付も許容される（その意味で「その物」以外の物をなお潜在的に債権の目的としている）性質のものだとの理解である。比喩的に表現すれば、種類債権と特定物債権との中間的な性質を有する債権ということになろうか（ある種の制限種類債権？）。もっとも、右の説明は次の二点においてその妥当性について検証が必要である。第一に四〇一条二項の規定文言との関係が問題となる。特定後の債権は「〝その物〟を債権の目的物とする」ものでなければならず、同種の他の代替物の給付を許容するとの性質がこれと両立し得るかは疑問である。第二に、従来特定に認められていた危険移転以外の効果との関係が問題となる。種類物の特定の効果としては、一般に、（給付・対価）危険の移転以外の効果として①目的物の所有権の買主への移転、②売主の引渡しまでの保存義務（四〇〇条）が挙げられるところ、五六七条一項の創設により特定と危険移転との分離を主張する見解も①②はなお特定の効果として認めるところである。[35] しかし右に述べたような性質として特定後の債権を捉えた場合、とりわけ①所有権の移転を認めることは困難であろう

と思われる。

いまひとつの考え得る説明は、履行不能概念の変容である。伝統的に、目的物の滅失は物理的な履行の不可能を意味し、当然に履行請求は否定されると考えられてきた。これに対し「その物」の滅失によっても履行不能に当たらないとするならば、そこでの「不能」はもはや目的物の滅失のみによってもたらされるものではない。特定物債権と同様に「その物」が目的物であり、「その物」の引渡しは物理的に不可能であるにもかかわらず、他の同種の代替物を引き渡すことが可能であるならば不能ではないということだからである。しかしながら、このような不能概念の変容は重大な変更であり、五六七条一項の創設のみによって正当化し得るものとは思われない。

最後に、債権の目的物は「その物」であり、かつ「その物」の滅失は履行不能に当たるが、なお債権者の履行請求は排除されないとの説明が考えられる。具体的には、債権者にいわゆる「変更権」が認められるとの構成である。もっとも、これについては変更権自体の当否の問題はもとより、そもそも〝特定によっても給付危険は移転していない〟との前提に合致していないともいえる。

右に述べてきたところからは、特定後の目的物の滅失によっても売主の債務が履行不能に当たらないことについて、その理論的正当化に成功しているとは言い難い。換言すれば、〝給付危険が移転していない特定後の債権〟を観念することは極めて困難である。総じて、特定と給付危険の移転とを分離することは、その理論面で大きな問題を抱えていると言わざるを得ない。

3　債務者の給付義務からの解放に必要な事情

特定と給付危険の移転とを分離し、引渡前の危険移転を否定する見解も、引渡前の目的物の滅失に際して債務者の

履行拒絶を一切認めない趣旨ではない。一定の場合には債権者の履行請求が履行不能（四一二ノ二第一項）と判断され得ることを許容している[36]。問題はそこでの不能の判断の在り方である。給付危険が移転していないことを前提にした場合、どのような事情で以て不能と認められるのだろうか。

特定によっても給付危険は移転しておらず、売主が代替物の調達義務を負っている限り、物理的な不能は生じていない。それにもかかわらず買主の履行請求が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるとき」と認められるのは、物理的な不能以外の事由、おそらくは債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要すると判断される場合であろう。売主が滅失した目的物と同種の物を再度調達し引き渡すために要する費用が、引渡しにより買主が得る利益に比較し過大と評価される場合に、買主の履行請求は不能と判断される。もとより過大か否かは取引上の社会通念のみによって判断されるものではなく、それを踏まえた契約の内容に照らして判断されるものであるから、単純な目的物の市場価格のみを以て決することはできず、その意味で極めて予測可能性を欠くものである。また、滅失に至る当事者の関与の程度や帰責性も不能の成否に関して考慮され得る要素であろう。

特定による給付危険の移転を認める場合には、「その物」の滅失の一事を以て不能と判断できるのであり（もっとも、特定の有無、とりわけ「物の給付をするのに必要な行為を完了し」たか否かの判定に伴う困難はある）、そのことと比較すれば、特定と給付危険移転との分離には、著しく安定性を欠くという問題を指摘し得るだろう。もっとも裏を返せば、履行請求の成否に関して個別具体的なケースに応じた柔軟な対応ができるということでもある。とりわけ、当該の種類物の調達の難易に応じて柔軟に履行請求の成否を判断できる点は、特定による給付危険移転の枠組みにはない有益な長所といえるだろう。

4　給付危険・対価危険の移転時期を一致させる必要性

右にみたとおり、特定と給付危険移転とを分離することには、当該種類物の市場調達の難易に応じて履行請求の可否を判断し得る余地がある点で実益がある一方、特定したにもかかわらず給付危険が移転していないことの理論的正当化に困難がある。また、既に指摘されているとおり、特定の効果として給付危険移転を否定することは特定の制度そのものに大きな変容を迫るものであり、とりわけ特定の要件としての給付必要行為の完了（四〇一条二項）の運用は根本的な変更を余儀なくされるが[37]、これには実務に大きな混乱を招くことが危惧される。こうした点からは、特定と給付危険移転との分離に積極的評価は見出し難いように思う。

この点、学説では、給付危険と対価危険とが共に引渡時に移転すると考えるべき理由として、次の二点が挙げられている。

第一に「給付危険と対価危険を関連させ、整合的な規整が講じられるべきであるという原則的見地[38]」が一つの指針として挙げられる。これを重視するならば、旧五三四条の削除によって対価危険と特定とを分離するという「改正の方向が十分に斟酌されなければならない」のであって、給付危険についても同様に考えるべき理由ともなろう[39]。しかしながら右の「原則的見地」は指針として適当とは思われない。「①給付危険については、債務者を債務不履行責任から解放することを正当化できるだけの事情が存在するか否かの観点から評価がされるのに対して、②対価危険については、双務契約において債務と反対債務の牽連性が認められるにもかかわらず、目的物が滅失・損傷した結果を債権者に負担させることを正当化できるだけの事情が存在するか否かの観点から評価がされるべきである点において、法的評価の観点も異なるもの[40]」だからである。両者を同一の規律に服せしめる必然性は無いと考える。

第二に特定物債務との平仄への考慮が指摘されている。「特定物債務に関しては、（買主の受領遅滞の場合などを除けば）引渡前には買主への危険移転の契機は存在せず、契約に適合した目的物を引き渡すことに関する重い責任と危険を売主が負担することにかんがみれば」、種類物債務に関して特定が生じていても、引渡しがなされるまでは給付危険を含む危険が買主に移転しないとするのが危険移転のデフォルト・ルールとして「整合的」であるという。[41] しかし右の主張も正当とは思われない。特定物債務においてはその性質上、もとより債務者は他の代替物を調達する義務を負っていないのであり、引渡前に目的物が滅失等した場合に代替物を引き渡す義務を負うこともない。債務者の〝契約に適合した目的物を引き渡すことに関する重い責任〟は、債権者の他の救済手段（とりわけ解除や代金減額請求）による不利益を甘受することに尽きる。他方、種類債務の債務者においては、給付危険の移転が認められない限り、債務者は代替物の調達という重い負担を免れないのであり、特定による移転を否定する場合には引渡しまでその負担が継続することになる。また給付危険の移転による調達義務からの解放は、契約に適合した目的物を引き渡さないことについての責任そのものを免責するものではなく、特定物の場合と同様、債権者の他の救済手段による不利益を甘受せざるを得ない。要するに特定による給付危険の移転は、特定物債務の債務者と比較してバランスを失する程に責任を軽減するものではなく、むしろこれによって特定物債務の場合と同程度の水準とするものと捉えるべきである。

以上にみてきたところからは、解釈論としても特定と給付危険の移転とを分離すべき必要性に乏しいと思われる。

四　残された課題

1　特定後、引渡前の損傷

特定による給付危険の移転を肯定する場合にも、なお検討すべき問題が幾つか残されている。その一つが、特定後の目的物が引渡前に損傷した場合の扱いである。この点につき、改正以前においては、特定により債権の目的が「その物」となった以上、債務者は「その物」の引渡義務のみを負うのであって、修補義務も免れる（現状引渡し）との考え方もあり得たであろう。しかし改正法により、売買の売主は特定物であっても契約に適合した物を引き渡すべき義務を負うことが明確にされた（五六二条一項）。したがって債務者は損傷した当該物の現状引渡しで以て履行とすることはできず、債権者からの修補請求を拒むことはできないと考えられる。これに対し代替物の引渡しに関しては、債務者は特定により再調達義務から解放される以上、当然に代替物の引渡しを拒むことができると考えられている。しかし翻って考えると、売買においては仮に損傷した当該物がそのまま買主に引き渡された場合、買主には修補請求又は代替物の引渡しの方法による履行の追完の請求が認められている（同条同項）。引渡前には修補を求めるしかないにもかかわらず、一旦目的物が引渡されれば修補のみならず代替物の引渡しも認められるようになるというのも、いささか奇妙である。とはいえ、引渡前に平仄を合わせて、引渡後も代替物引渡しを否定するというのでは、追完方法として代替物の引渡しを認めた意義が失われてしまうし、実際上もあまりに不都合である。履行請求権と追完請求権の性質論にも関わる問題として、今後の検討課題の一つである。

2　給付危険移転に関する調整の必要性

更に、ヨリ実質的な問題として、特定による給付危険の移転には、その種類の物の市場での調達の難易に応じた柔軟性に欠けるという問題がある。一度特定が生じれば、その種類の物がどれほど市場での調達が容易な種類であっても、債務者は代替物の調達義務から解放され、その物の滅失を理由として債権者からの履行請求を拒絶することができるからである。

この問題に関しては既に先に述べた法制審民法部会の分科会の中でも議論が行われている。すなわち、特定による再調達義務からの解放という規律を設ける場合には「どのような種類債務でも同じように考えなければならないかというのが恐らく問題」であり、具体的に、市場での調達が容易な商品の場合、債務者の給付必要行為の完了（四〇一条二項）によって特定し、それが滅失したとしても、債務者が再調達義務を負うというのは「感覚としてもそれは非常に分かるところでして」、このように実際に引渡しが行われるまでは再調達義務を負うべきタイプのものがあり得る一方、他方で市場からの調達が必ずしも容易ではなく、一定以上の労力等が必要になる場合は、給付必要行為の完了によって債務者を再調達義務から解放すべきタイプのものもあり得る[42]。ここで「問題となるのは、種類債務についてどちらがデフォルトなのか」ということであるが、給付危険の移転時期に関する「特定」と「引渡し」との選択はまさにこのデフォルトの決定ということになる。

同分科会においては更に、特定による給付危険の移転をデフォルトとした場合には、市場調達が容易な商品の場合に備えた「何らかの手当をして、柔軟性を持たせること[43]」の必要性が指摘されている。これについては具体的に、市場調達の容易な種類の物が滅失した際の債権者の履行請求に関して、二つの側面での対応が必要だと思われる。

一つは、具体的状況に照らし、債務者に再調達義務を認めるべき場合として、債務者による特定後の目的物の滅失を理由とする履行不能の抗弁を封ずることである。このような調整に関しては、特定の認定を柔軟に行うことで対応すべきであろう。特定による給付危険の移転を、債務者をして債権者からの履行請求からの解放のためのものと位置づけるのであれば、その成否は、債務者が自らの再調達義務を免れるためにすべきことをしたのかとの観点から、特定事由としての給付必要行為完了の有無によって判断されるべきである。この点、従来の給付必要行為完了の内容は右の観点から整理されている部分もあるが、しかしそれ以上に対価危険の移転にふさわしい現象としてあるべき内容が理解されてきた。改正民法下においては対価危険の移転は特定の効果として認められず、給付危険の移転を主たる効果とするものとなった。その限りで従来の給付必要行為完了の判断枠組みは新たな整序が必要であろう。

いま一つの側面は、特定後に目的物が滅失した際、債務者がなお調達の意向を示している場合に、債権者による履行不能を前提とする契約の解除を封ずることである。[44] いわゆる変更権や追完権といった法理の活用や、信義則の適用などが考えられるが、いずれによるとしても、債権者の解除が封じられるのはどのような事情が認められる場合であるのか、そしてそのような処理が正当化されるのは如何なる要請によるものであるのかといった点が検討すべき内容となるであろう。

五　終わりに

五六七条一項の規定は、その立法過程からして、特定と給付危険の移転との分離を意図したものではなく、解釈論としても、理論的な問題や実務に与える影響に鑑みれば、積極的にそれを支持すべき論拠に乏しい。改正法下においても、特定による給付危険の移転を前提としつつ、残された課題について検討を深めていくことがあるべき方向と考

える。

（1）民法の一部を改正する法律（平成二九年法律第四四号）

（2）我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）三四頁、中田裕康『債権総論〔第3版〕（岩波書店、二〇一三年）四〇頁など。

（3）もっとも学説では特定のみによって対価危険が移転することについて批判も強かった。学説の整理として、山本敬三『民法講義Ⅳ—1契約』（有斐閣、二〇〇五年）一三三六頁以下参照。

（4）曽野裕夫「売買」法時86巻12号（二〇一四年）九二頁以下、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時68巻1号（二〇一六年）一七頁、山野目章夫＝中井康之（対談）「売買」ジュリスト1521号（二〇一八年）九六頁［山野目章夫発言］、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、二〇一七年）二〇二頁、潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫編『詳解改正民法』（商事法務、二〇一八年）一〇一頁［橋口祐介執筆］、四三七頁以下［石川博康執筆］。

（5）法制審議会（債権関係）部会資料［法務省PDF版。以下「部会資料」とする。］83—2・四三頁。

（6）法制審議会（債権関係）部会　第96回会議議事録［法務省PDF版］四九頁［住友関係官］（以下、同部会会議議事録［法務省PDF版］については「第〇回議事録」とする）。

（7）どのような内容・程度の契約不適合がある場合に同条における「特定」が妨げられ得るのかについては、今後の解釈に委ねられている。

（8）もっとも五六七条一項は売買契約に関する規定であり、同項が準用される有償契約（五五九条）以外の契約、特に無償契約に関する特定と給付危険の関係をどのように考えるかは不明である。

（9）改正法下においても特定による給付危険の移転を認める見解として、山本敬三「契約責任法の改正—民法改正法案の概要とその趣旨」曹時68巻5号（二〇一六年）四〇頁以下、中田裕康『契約法』（有斐閣、二〇一七年）三三〇頁以下、河上正二・法学セミナー760号（二〇一八年）八五頁。

（10）その意味では対価危険についても五六七条一項の規定文言上は特定による移転が排除されていない。しかし同規定が引渡前の特定による対価危険移転を否定する趣旨のものであることは明白である。第一に、改正以前に特定と対価危険移転とを直接結び付けていた旧五三四条は削除され、これに相当する規定は改正法には存在しない。第二に、後述のとおり五六七条一項は旧五三四条の問題性

を受け、特定による対価危険移転を否定し、目的物の実質的な支配が買主に移転する引渡時点まで危険移転を遅らせる趣旨で創設されたものである。

(11) 部会資料15―2・五六頁以下。

(12) それぞれに関する審議会での議論として、旧五三四条については第4回議事録（三五頁以下）及び第21回会議（三五頁以下）を、解除権行使の限界については第14回議事録（四八頁以下）及び第23回会議（五〇頁以下）を参照。

(13) 第19回議事録一頁以下。

(14) 論点整理の補足説明一一頁。

(15) 第36回議事録三九頁以下。

(16) 事務当局の用意した部会資料（部会資料31第2・4）及び中間試案の補足説明（九二頁）の中に言及が見られるのみである。

(17) 第一分科会第3回会議議事録十七頁以下。

(18) 第45回会議において同分科会会議の開催が報告されたのみである（第45回議事録五八頁）。

(19) 第40回議事録九頁以下、第53回議事録一六頁以下。また第1分科会第3回会議議事録十三頁以下、同分科会第6回会議議事録五九頁以下も参照。

(20) なお、この点に関連する規律として、危険負担の解除制度への一元化や、それを前提として旧五三四条、旧五三五条、旧五三六条一項の削除（第12）が提案されている。

(21) 論点整理に対して寄せられた意見（部会資料33―6第40・4（2））の中にもこのような変更を促すものは見られないため、これに応じた変更とも思われない。

(22) 第53回議事録一六頁以下参照。なお潮見幹事より、債権者の救済手段だけでなく債務者の代金請求権の帰趨についても記載する必要があるのではないかとの指摘がなされている（十七頁）。

(23) 第67回議事録六〇頁。

(24) 検討対象となったのは①適用対象の「目的物」について、「売買の目的として特定したものに限る」（五六七条一項前段括弧書）に相当する限定を付すかどうか、②滅失等についての帰責事由の主体は「売主」か「当事者双方」かの2点である（部会資料75A 第3・12（1）、部会資料81第5・10（1）、部会資料82第30・10（1）、部会資料83第30・10（1）、要綱仮案 第30・10（1）、部会資料84第30・11（1））。

(25) 厳密には若干の変遷が見られる。第一に、第3ステージの初めに事務当局が示した提案では、危険の移転の内容として中間試案では挙げられていた筈の損害賠償請求（が認められないこと）が含まれていない（部会資料75A　第3・12（1））。もっとも、その後の提案内容では再び他の救済手段と同様に危険の移転の内容として挙げられており（部会資料81第5・10（1））、その後は要綱案まで同様である。この点について事務当局による説明はなく、部会の審議でも特に触れられていないため、右変遷の経緯は不明である。いま一つは、危険の移転の内容として、買主に各種の救済手段が認められないことに加えて、買主は代金の支払いを拒むことができない旨が新たに規定されたことである（部会資料81第5・10（1））。事務当局の付した（説明）によれば、目的物の引渡時以降は履行拒絶権としての危険負担の規律が適用されない旨を示すためとされている。

(26) 第3ステージにおける四〇一条二項に関する検討事項はもっぱら、特定を生じさせる事由として当事者の合意を明文化する旨の提案である。部会では全く異論が示されることなく審議が重ねられていたが、要綱仮案の素案の段階で事務当局により右提案は取り下げられた（部会資料83第8参照）。事務当局の判断には異論も示されたが（第96回議事録一二頁以下［中田委員］、第97回議事録十六頁［中田委員］。また第99回議事録四頁［中田委員］も参照）、変更なく要綱案の採択まで行われ、結局四〇一条二項は改正による変更のないままとなった。なお、右事務当局の判断は「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」（同条同項）の部分について（当事者に合意があった場合を含むか否かに関して）複数の解釈が存在する状況において、本改正ではそれらのいずれかを採るというものではなく、今後も解釈に委ねる趣旨のものだと説明されている（第96回議事録十三頁［金関係官］、第99回議事録五頁［村松幹事］）。

(27) 以下について第97回議事録三三頁以下を参照。

(28) 第97回議事録三三頁［山本敬三幹事］。

(29) 第97回議事録三三頁［金関係官］。

(30) 第97回議事録三四頁［潮見幹事］。

(31) 第97回議事録三四頁［山本敬三幹事］。

(32) 事務当局の発言中の「……第30の11の規律（※危険の移転に関する規律）を反対解釈するというより……」部分からすれば（反対解釈ではない＝危険の移転が無いわけではない）、こちらの見解の方がその意図に近いのかもしれない。

(33) 第97回議事録三五頁［内田委員］。

(34) もっとも完全に特定物債権と同一になるわけではないとされる。種類債権であったとの属性が特定後の債権関係になお影響を及ぼ

す場面があり、「変更権」の問題がこれに当たるとされる。

(35) むしろ、危険移転の効果が失われた以上、①②こそが特定の意義と捉えることになる。

(36) 潮見他編・前掲注（4）詳解改正民法一〇一頁［橋口祐介］。

(37) 潮見・前掲注（4）新債権総論Ⅰ二二一頁以下。

(38) 山野目・前掲注（4）十七頁。

(39) 山野目・前掲注（4）十七頁。

(40) 潮見・前掲注（4）新債権総論Ⅰ二〇二頁。

(41) 潮見他編・前掲注（4）詳解改正民法四三七頁以下［石川博康］。

(42) 第一分科会第3回会議議事録二〇頁以下［山本敬三幹事］。

(43) 第一分科会第3回会議議事録二三頁［鹿野幹事］。

(44) 分科会では特にこの場合の調整の必要性が指摘されている（第一分科会第3回会議議事録二三頁［鹿野幹事］）。