

日本民法改正法における 「危険の移転」の意義

——英米法の「危険移転」と大陸法の
「対価危険・給付危険」の比較法的検討——

山 田 到史子

1. はじめに
2. 日本民法改正法起草過程における議論の経過
3. 日本民法改正法における「危険の移転」の比較法的分析と検討
4. 世界の統一契約法・モデル法における「危険制度」との比較における日本民法改正法567条
5. むすびに代えて

1. は じ め に

日本民法改正法における危険制度に関わる規定には、二つの種類があり、それぞれ536条⁽¹⁾と567条⁽²⁾の2つの条文が当てられ、前者(α)

-
- (1) 日本民法改正法536条1項「当事者双方の責めに帰することができな事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。」
 - (2) 日本民法改正法567条1項「売主が買主に目的物(売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。)を引き渡した場合において、その引渡があった時以降にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷した時は、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。」

は、従前批判の多かった「債権者主義」と言われた534条を削除した上で、危険制度の原則とされる「債務者主義⁽³⁾」とされる536条を「履行拒絶権構成」に組替えたうえで維持したもので、後者⁽⁴⁾（ β ）は、この批判が多かったため削除された「債権者主義」と言われた534条を、「目的物の滅失等

(3) これは歴史的に「一般危険原則 (General Risk Rule)」と言われる「双務契約における一方当事者の履行が両当事者の帰責性なしに不能になるとき、債務者は反対給付を請求する権利を失う」ことを定める。この原則は、ローマ法の *Periculum est emptoris* (危険は買主に属する) に由来する古いユスコムネが、最も重要な双務契約 (売買契約・請負契約等) の偶然の危険を債権者 (買主) に置く傾向にあったことと緊張関係にあり、理性法 (Law of reason) の時代に発展し始めてプロシア一般ラント法364条1項5号 (BGB323条に結実) で実現したと言われる。この原則は、「条件づけられた双務契約 (Conditional Synallagma)」と表現され、債務と反対債務は、一方が消滅すると他方も消滅する関係にあり、両債務は相互に関連付けられ、従って独立して存在しているとは見ることができない、一方の当事者が履行を約束するのは反対給付を受けるためであるという事実の帰結であるとされる。Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, p. 811. 我国では債務者の帰責性なしに双務契約の一方の債務が履行不能となり消滅したとき、反対債務が存続する場合を「債権者主義」、消滅する場合を「債務者主義」の用語で説明する (甲斐道太郎, 谷口知平編『注釈民法 (13)』(1966年) 283頁)。そして危険制度に関する立法主義として、この「債権者主義」を危険制度の原則、「債権者主義」は所有権移転 (交換) 型の双務契約 (売買・交換) に関して危険移転時期としていつの時点を選ぶかが問題になるとする。ローマ法の「危険は買主にある」(売買) に「債権者主義」, 「危険は貸主にある」にも「債務者主義」の用語を当てる (同上285-6, 289頁)。

(4) 旧日本民法534条「特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失または損傷は、債権者の負担に帰する。」、536条「前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。」

についての危険の移転⁽⁵⁾として売買契約のところに新設した規定である。尤も、前者の「債務者主義」についても、改正過程の当初は、契約解除制度の要件として帰責事由が必要でないとする、同じ目的を持つ牽連性に基づく制度の重複を回避するために削除の方針がとられていたところが、⁽⁶⁾「債務の当然消滅」の効果から「履行拒絶権」に修正のうえで維持された⁽⁷⁾ものである。

(5) 本条は、ローマ法の「危険は買主にある (Periculum est emptoris)」原則に由来し、起源は「現金売買 (現実売買 Cash Sale)」(即時に履行され、リスクと所有権が同時に一度に契約時に移転する) にあり、目的物の引渡が延期されても、この同じパターンで思考がなされたものと言われる。この原則は、リスク分配という難問の合理的解決方法 (理想的な解決方法) であるともされていた。その根拠は、それ以後目的物維持の費用は買主が引受け、妨害排除や果実収取権も買主に認められ、転売でき、価格の上昇・下落リスクも買主が引受け、売買契約における目的物は買主に帰属しているという当事者の意思を体现するからと言われた。Zimmermann, *supra* note 3, p. 290.

(6) 当初の立法案として、①「解除一元案」=危険削除案、②「併存案」、③「併存案・解除優先モデル」が併記され、中でも理論的には①が優れているとされていたが、実務界からの反対意見が多く、改正法では③の解除を中心としつつも、確定的履行不能の場合のみ、手続的に迂遠であるため自動解消を認めるヨーロッパ契約法のモデルに近い枠組み (尤も、効果は履行拒絶権に組替えて) をとったことになる。部会資料 5-2, 101, 92頁。詳細は、後述本文 2. 参照。

(7) 牽連性に基づく同時履行の抗弁は「延期的抗弁」、危険負担に基づく抗弁は「永久的抗弁」と説明される。潮見佳男『新債権総論 I』617頁 (2017年)。なお詳しくは、拙稿「英米法における『契約解除』と『拒絶権』の比較法的位置づけ—民法改正案における解除制度と危険制度の比較法的観点からの分析のために—」名古屋大学法政論集 270号 139頁 (2017年)。同『『契約解除権』の要件と契約解消権のプレリユードとしての『履行拒絶権—契約不履行の抗弁—』—民法改正における解除の要件とフランス新債務法の解消制度における契約不履行の抗弁の比較法的検討—」深谷格他編『大改正時代の民法学』345頁 (2017年)。

この二つの危険制度に関する規定は、(i) 日本の従前の民法には後者に当たる規定も危険の規定として契約総論で1か所に規定されていたのに対して、改正法は契約総論の536条と売買契約に規定される567条の二つに分けられ、これらの関係が問題になるとともに、⁽⁸⁾(ii) 後者(β)の規定が「追完・代金減額・解除・損害賠償ができない」との効果を示していることが、従前「危険制度」は「双方の当事者に帰責事由のない場合の履行不能ないし滅失・毀損」が前提となっていたことから、そもそも損害賠償がここで規定されることの意味が問われるように思われる。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾さらに、(iii) とりわけ比較法的な観点からは、「危険制度」に関わる規定については、(a) ドイツ法が(α)と(β)の規定を持つもの⁽¹¹⁾、(α)はいわゆる一方の債務が免責される場合に反対債務も当然消滅する「債務者主義」

(8) 改正の過程では、危険移転の規定の新設という考え方と、いわゆる「債権者主義」の543条の修正という考え方とがあった。

(9) ここでは、いわゆる「危険負担」と「危険移転」の双方を表す概念として「危険制度」ないし「危険理論」の用語を用いる(後者はフランスの「Theorie des Risques」に範を得る)。

(10) 後述のように、(β)の規定は「危険移転」の規定というより、起草過程では当初「解除権の行使できる範囲の制限」の規定として議論されていた。

(11) ドイツ民法旧法では、275条1項で双方の責めに帰すべからざる事由による履行不能の場合の債務者の給付義務の免責と、323条で反対給付請求権の喪失(債務者主義)を定める一方、対価危険に関する特別規定として446条で物の偶発的滅失・毀損に関する危険の引渡による移転を定めていた。引渡を基準とするのは、323条の交換主義(牽連性)の実行に他ならず、支配する危険圏内に入ること、義務の主たる部分を履行したこととなる等を根拠とする。2002年債務法現代化法では、326条で履行義務の排除の場合における反対給付からの解放と共に契約解除権を定め(1項:債務者が275条1~3項によって履行義務をおこなわないときは、反対給付に関する請求権は消滅する)、446条で旧法と同様に物の滅失毀損の危険は引渡によって移転することが規定される。

(323条1項。尤も5項で解除権も併存)、 (β) については引渡によるいわゆる「対価危険」の移転を売買の箇所に定める。(b) 英米法では、危険の規定としては (β) のみを有し「危険は、売主が物に関する義務の履行を完了するまでは売主に残る」として⁽¹²⁾、一定の物理的時点を履行完了の時点に代えて危険移転時期に定め、その時点までは売主には、損害賠償責任はもちろん、全ての責任が問われることとなる。そして英米法では、 (α) の危険については、危険移転時までのリスクについての売主の免責が、「フラストレーション」ないし「Impossibility」や「Impracticability」の法理でなされ、免責が認められると契約自体が消滅するか、一方の債務の不履行により後は条件構成で他方の債務も履行期に至る (become due) ことはないとして双方とも債務が消滅する。これらに対して (c) 日本民法改正法は、特に (β) に関して567条は「『給付危険の移転』⁽¹³⁾と共に『対価危険の移転』⁽¹⁴⁾を定める」と説明されており、(a)のドイツ型の (α)

(12) UCC § 2-509。なお、詳しくは拙稿「契約解除との関係における『危険』制度の意義」松浦好治他編『市民法への新たな挑戦』385頁(2012年)。

(13) 中田裕康『契約法』(2017年)161頁によると、「危険」とは、「発生するかもしれないよくない出来事」で、具体的には「双務契約の一方の債務が債務者の責めに帰すべき事由によらずに履行不能となり、その履行を請求できなくなること」であるとする。詳しくは注(15)も参照。

(14) 潮見、前掲注(7)202頁では、対価危険は「双務契約において一方の債務の目的物が滅失・損傷した場合に、相手方が対価支払債務を履行しなければならぬかどうか (Preisgefahr)」と定義され、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、債権者におわ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とし、中田・前掲注(13)も、対価危険とは「危険負担の危険-対価の交付の要否として現れるもの」であるとする。

(15) 内田貴『民法改正のいま 中間試案ガイド』137頁(2013年)、大村敦

(β) 双方の規定を持ちつつ、(β) の規定が英米法型の損害賠償を含む売主の全責任を問題とする枠組みになっていることから、比較法的にも、上述のいずれとも異なる構成をどのように解するのが問われるように思われる。(iv) さらに、本条がドイツ流の「危険の移転」の規定でないとしても、「対価危険」の規定であるということができるか、CISG や英米法の危険移転の規定との相違点を検討しなければならないように思われる（「対価危険」と CISG・英米法の「危険移転」との相違）。また、567条

志・道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（2017年）415頁、石川博康、潮見佳男・千葉恵美子他編『詳解改正民法』（2017年）437頁。潮見・前掲注（7）215頁は、給付危険を「債務の目的物が滅失・損傷した場合に、当該債務者が債務不履行責任をおうか否か」「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される」と説明、また中田『契約法』161頁は、給付危険を「契約の目的物が債務者の帰責事由によらずに滅失または損傷した場合、債務者はなお他から調達するなどして債権者に本来の給付をしなければならないのか、それとも給付義務を免れるのか」を示す概念であるとして、給付請求権の存否という形で現れる問題であると、旧法で前提となる概念として説明されているが（山本敬三『民法講義 IV-1 契約』98頁では、給付危険を他から調達して給付を行う危険と説明）、新法についてはこれに関する記述はないところ、新567条について、中田『契約法』329頁では、「買主の追完請求・代金減額請求・損害賠償請求・解除の原因となる物の契約不適合の原因たる滅失・損傷の発生時期を限定するという方法で規律される」として、給付危険の概念を用いなくて、債務者の責任発生時期を限定することを内容とする。これらは、いわゆる英米型の「履行義務を制限する」考え方に沿うものと考えられるが、本条が「また対価危険についても規律される」として大陸法流の概念で説明されるため、第1文との関係と共に、従前から（対価）危険の問題は「双方の責めに帰すべからざる事由」が要件となっていることから、給付危険を損害賠償を含む「責任」の問題として捉えることが問われるように思われる。わかりにくくなっている原因の一つに、この給付危険の示す意味（定義）が様々になされていることがあるように思われる（後述「5. 結びに代えて」も参照）。

において、売主が給付危険を免れる時期と買主が対価危険をおうこととなる時期とが一致するとの考え方のもとで、危険の移転ルールを設けることの意味も問題となるのではないだろうか。目的物の引渡後に代金支払義務を買主がおうのは、危険移転、すなわち履行義務の及ぶ範囲がそこで尽きたからで（免責ないし債務の履行ありと認められる）、その反射的効果とも考えられるところである。尤も従前は、「危険移転」とは対価危険の移転と考えられており（前提として双方の帰責事由のない不能が要求されていたので）、移転後は牽連性の例外として代金支払義務が生じる時点と考えられていた。これに対して、危険の移転で義務の及ぶ時点が決まると考えるならば、当然それに応じて買主の義務も発生すると言える（強いて言えば「解除ができないこと」や「代金減額ができない」ことを明示するものと考えられる）。

そこで本稿は、この危険制度のうち、特に567条の「危険の移転」(β)の意義を、もう一方の危険原則(α) (534条)との関係や、牽連性に関わる他の制度全体との関係において、体系的・構造的に明らかにすることを目的とする。これらの関係を明らかにすることで、牽連性の制度全体の枠組みが、より明確になることから、契約解消制度全体の体系的な理解のためにも必要な作業と思われる。まず、改正法における立法過程を振り返り、比較法的観点からそこでなされた議論の意義も検討する。比較法的分析・検討をする際には、大陸法・英米法の観点のみならず、それらを融合しようとする新しい解除制度を持つ統一法の試み(CISG・DCFR・CESLなど)でなされた議論も参考にすることによって、そこでなされた相対化された比較法的成果を参照して、より幅広くバランスのとれた複合的な視点から考察を行い、改正民法の比較法的位置づけを明らかにして、そこから解釈論上の示唆を得たいと思う。

2. 日本民法改正法起草過程における議論の経過

(1) 出発点－「解除権行使の限界」から「危険移転の時期」へ

567条の出発点は、旧534条「債権者主義」の適用範囲の限定にあった。⁽¹⁶⁾ また、債務不履行解除と危険制度との関係について、①解除一元案と②単純併存案ないし③解除優先案などが議論されたが、⁽¹⁷⁾ ①危険制度廃止案、

(16) 部会資料5-2, 92～, 101頁。支配可能性移転時と実質的履行終了時などの考え方が議論された。

(17) 536条1項を削除する解除一元案の根拠として挙げられているのは、(部会資料59, 5頁), ①もともとこの規定を適用して処理される実例が乏しく判例等も少ないこと, ②専ら同条が適用されると想定される個別の契約類型において、危険負担的な処理をすることが適当な場面については、契約各則のパートにおいてその旨の規定を設けることが検討されていること, ③それ以外の536条1項の適用が問題となりうる場面については、今回の改正により、履行不能による契約の解除の要件として債務者の帰責事由(民法543条但書)を不要とする場合には、債権者は契約の解除をすることにより自己の対価支払義務を免れることができ、そうすると実際の適用場面を想定しにくい536条1項を維持して、機能の重複する制度を併存させるよりも解除に一元化して法制度を簡明にするほうが優れていること、すなわち従前、双務契約の一方の債務に履行不能があった場合には、債務者の帰責事由の有無で解除制度と危険制度との棲み分けが図られてきたところ、履行不能による解除の要件として債務者の帰責事由を不要とするとともに、534条を削除する場合には、その棲み分けを図る必然性が乏しくなる。そこで双務契約の一方の債務に履行不能があった場面における債権者の対価支払義務の処理を解除一本にしてルール明確化・簡素化を図るべきであるとする。なお、上述理由の①につき、危険負担が最も典型的に問題となる売買契約については534条が適用される上、請負契約のような役務提供契約については、役務を履行しなければ役務提供者は報酬を請求できないとされるから(633条等)報酬支払債務を免れるのに536条1項を援用するまでもないし、同項を適用した裁判例がほとんど見当たらないこともこれを裏づける。また、危険制度の適用が典型的に問題となる売買について債権者主義の適用範囲を縮小する解釈を採用する場合にも、現行法

のもとで536条1項により法律関係が処理されるような場面は、特約による対処を度外視しても、ほとんど想定されないと考えられる。というのは履行不能となった債務の債権者にとって、履行不能につき相手方に帰責事由がないため同項が適用され、反対債務は当然に消滅しているはずであると確信できる場面は實際上多くはないし、実務上は、帰責事由の有無を問わず、念のため契約を解除するという行動に出ると考えられる。他方、履行不能となった債務の債務者の立場からは、相手方が契約の解除を主張してきた場合に、自己に帰責事由がないことを理由として解除権の発生を争う意味がない。自己に帰責事由がないとすれば同項により反対債権が当然に消滅し、結果的に解除と効果は変わらないからである。他方で④解除一元化の考え方によれば、債権者は解除による契約関係からの離脱のほか、解除をせずに契約関係を維持したうえで代償請求権を行使することも可能となるなど、救済の選択肢が広がるというメリットがある。とりわけ現在民法534条1項が適用される場面で引渡等の時点で目的物の滅失・損傷の危険を債権者がおうとのルールに改める場合には、引渡された目的物に損傷があった場面の処理は、帰責事由のない損傷によって対価が当然に一部消滅するという危険制度の処理よりも、債権者に対して対価の減額請求・修補請求・契約解除などの選択肢が与えられる解除一元化の考え方のほうが、柔軟な事案の処理が可能となるというメリットがある。対価の当然消滅という考え方をあらゆる契約に適用されるルールとして位置付けると、このような複数の選択肢を設けてその選択を債権者に委ねることを可能とする制度の構築が困難となる。デメリットとして、①相手方が行方不明になった場合など解除の意思表示の到達が困難となる場合がありうるという指摘がある。しかし、④すでに指摘したようにそもそも536条1項の適用場面はあまり想定できない以上、契約の解消を解除に一元化したとしても、解除をしなければ対価支払義務を免れることができないような場面が新たに生ずるとはわかに想定しがたい。⑤仮にそのような場面が存在し、相手方が行方不明のため、536条1項が適用されないと対価支払義務が残ってしまい、公示による解除の意思表示も負担となるような場面があったとしても解除一元化の制度の下では、将来相手方から反対債権の履行を求められるような事態が生じた時点で解除の意思表示をすればよいから、解除の意思表示を要求することで何か不利益を被るわけではない。⑥それにそもそも債務者に帰責事由のある履行不能において反対債務の消滅に解除の意思表示が必要とされることに、何ら実務上の問題が指摘されていなかった

②単純併存案であれば、「解除権行使の限界」として「双務契約において一方の債務が債務者の帰責事由なしに履行不能になった場合、その危険をいずれの当事者がおうか（反対債務が存続するか）という問題を、従前は危険制度によって処理しているところ、どのような場合に債権者の解除権行使が否定されるか」という形で現れるとされた⁽¹⁸⁾。また時期については、目的物の支配可能性が移転した時以降に限定される考え方が有力とされたが、これは「債権者主義の適用範囲の限定」の問題ではなしに、「危険移転の時期」(+534条削除)の問題ではないかとの指摘から、目的物が滅失・毀損した場合の危険移転時期に関する規定をおくこととして、それ以後、それが契約締結時より後の一定の時点（「実質的支配移転時≒引渡時」にはそれほど異論はないと指摘される）であることを規定上明らかにすることが議論された⁽²⁰⁾。そこで、契約目的物が滅失・損傷した場合のリスクが移転する時点に関するルールを設ける必要性（危険移転）が最も典型的に機能するのは売買契約であること⁽²¹⁾、「危険の移転」の具体的意味としては、

たのに、より稀な帰責事由のない履行不能の場合にだけ、解除の意思表示が負担になるという議論はやや説得力に欠ける。⑤536条1項を削除する場合であっても契約各則のパートにおいて、契約類型ごとのルールとして危険負担的な処理を明文化することが考えられる。具体的には賃貸借契約において、目的物の一部滅失等により賃料が当然に減額されるとするルールを設けることが検討され、請負契約等の役務提供型契約のパートにおいて、履行が不能となった場合の報酬請求権の帰趨に関するルールの整備が検討されている。委任契約・役務提供契約然り。なお中田，前掲注(13)164頁は、債務者の帰責事由によらない履行不能の場合、債務者本来の債務も填補賠償債務も履行する必要がなくなるのに、債権者は解除しない限り自己の反対給付債務を免れないことになり、債権者の保護に欠けるという指摘があったという。

(18) 部会資料15-1, 12頁（中間論点整理26・27）。

(19) 法制審議会民法（債権関係）第21回議事録，山本敬三委員発言。

(20) 部会資料34, 49頁。

「債権者が危険の移転後に発生した目的物の毀滅を理由として、追完の請求・損害賠償・代金減額・解除の救済手段を債務者に主張することができなくなる⁽²²⁾」で、実質的支配移転時期は引渡時であることが確認され⁽²³⁾た。

(2) 「債権者の救済手段」としての給付危険と「債務者の代金支払請求権」としての対価危険

ここまで、本条が債権者側の救済手段がどうなるかを中心に整理がされてきたことに対して、債務者側・売主側の代金請求権がどうなるかという方向からも規定する必要はないのかとの指摘がなされている⁽²⁴⁾。これを受けて、534条がかねてから批判され、有力説によると引渡時を危険移転時としていることから、これを踏まえた規定について売買のところにいわゆる「給付危険」の移転時期に関するルールとして明文化を予定していると説明されている⁽²⁵⁾。もっとも、これらに対しては、売買のパートに給付危険の移転時期として引渡・登記時と記載することに対して、売買のパートが最も先鋭的に問題となるであろうが、それに限られないその他の場合も、危

(21) 部会資料43, 58頁。

(22) これらの救済手段列挙は、解除権の適用範囲の制限の趣旨で挙げられたとしても、損害賠償が入るのは従前の帰責事由なしを前提とする危険制度とは異なるように思われる。帰責事由を要件としない英米法が、履行義務がどこまで及ぶのかを問題とする、その危険移転と近くなる（後述参照）。

(23) 法制審議会民法（債権関係）第53回会議議事録16-19頁。このとき、債権者から見た債務者の義務違反に基づく「債務者の責任」を問題にしており、債権者の反対債務である代金支払義務に関する対価危険を問題としていない。

(24) 同第53回会議議事録，潮見佳男委員発言。

(25) 法制審議会民法（債権関係）第54回会議議事録5頁（部会資料43，第3，4（2），58頁）。

危険移転は問題となるであろうし、各々のパートで設けるよりは、どこで移転するのか明文があってもよいのではないが、こういう観点からすると534条は全面削除でないと考えるべきと主張されている。⁽²⁶⁾

さらに、部会資料64でも「引渡前に目的物が滅失した場合の効果として、債権者は反対給付の債務をおわない」に改めるべきであると指摘されており、結局「契約適合する目的物を引渡した場合、引渡後目的物が売主の帰責事由によらずに滅失・損傷したときには3～5の追完・代金減額・解除はできない」との文言が⁽²⁷⁾、契約に適合していない場合にも危険が移転するとして「売主が買主に目的物（特定した物に限る）を引渡した場合」に変更され、「追完・代金減額・解除・損害賠償できない。」に「この場合において、代金支払を買主は拒むことができない」が追加された。⁽²⁸⁾そして最後に、（それまでは「売主の責めに帰すことのできない事由」だったところ）「引渡後双方の責めに帰すことのできない事由により滅失損傷した時」に改められた。⁽²⁹⁾

なお、議論の中で最も問題とされたのは、第97回議事録での、⁽³⁰⁾「給付に必要な行為を完了すればそれによって種類物が特定し、その後滅失すれば履行不能となり、これによって給付危険が移転し、売主は履行請求を拒絶することができる」と従前解されてきた点、すなわち売主の目的物引渡後に滅失損傷した場合は、買主は追完請求できず危険は移転するが、引渡前に損傷した時は危険が移転していないので、追完請求が可能のはずだが、先ほどで言えば特定されれば給付危険が移転しているとして追完請求に対し

(26) 第65回議事録15頁，中井委員発言。

(27) 要綱試案原案81-2，10頁。

(28) 要綱仮案83-1，50頁。

(29) 要綱案原案84-1，50頁。

(30) 第97回議事録33頁，山本敬三委員発言。

売主は拒絶できることになるのか。この場合の危険移転は、対価危険が従前想定されてきたが、11では追完も含まれ、給付危険もカバーしているので問題が生じる」との山本委員からの問題提起である。これに対して事務局からは、種類物が引渡前に特定し滅失した場合は、11の問題ではなしに履行請求権の限界の問題（履行不能の抗弁）として、履行不能を理由に履行（修補）請求ができないことになるとの説明がされている。また、合意で特定すれば危険が移転するのが通常であるとの解釈の問題だ（特定の合意に危険移転の趣旨を含み危険も移転する）とも説明されている⁽³¹⁾。さらに、特定とは当該物に集中することで、対価危険と同時に給付危険も移転するとは限らないことから、危険移転の問題と切り離して考えるべきではないかとの意見も出された⁽³²⁾。

この問題は議論を呼び、中田裕康『契約法』の説明によると⁽³³⁾、新567条はもともと対価危険の規律の在り方として検討が始まったもので、上述の⁽³⁴⁾

(31) 同上、内田貴委員発言。

(32) 同上、潮見佳男委員発言。石川博康『詳解債権改正』438頁も同じ。

この給付危険移転と対価危険の移転の分離の問題は、タール事件を契機に従前から議論のあったところである。尤も、内田委員からは、本条は特定と危険移転を分離するスタンスをとる訳ではないとの確認の発言がされている。

(33) 中田『契約法』330頁。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」法曹時報68巻5号（2016）1260頁。

(34) 部会資料75A、第3、12説明1。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法の改正Ⅳ各種の契約（1）』（2010）111～115頁でも、「対価危険の問題で、買主がどのような場合に代金支払義務を免れ、どのような場合に代金支払義務を負うかを明らかにしようとするもの」「代金支払義務の存続または消滅に関するルールを定めようとするもの」として「履行の完了後所有権留保されている物の引渡後の滅失でも、実質的支配が移転している以上解除ができず、代金支払義務を免れることはできない」と説明されている。

内田説が、特定すれば給付危険が買主に移転し、特定後滅失すれば、調達義務なしで履行が不能になり、買主は追完請求ができないが、目的物が損傷した場合、⁽³⁵⁾ 修補可能であれば追完（修補）請求できるとするのに対して、山野目説では、特定して引渡されて初めて給付危険が移転し、特定後滅失しても損傷しても、調達義務はなおあり、追完（修補）請求は可能であるとする。中田説は、後者は特定の概念を新たに定める趣旨となり、特定の意義をごく小さなものとすることから前者の考え方に賛成する。⁽³⁶⁾

3. 比較法的分析と検討

(1) ドイツ法における「給付危険」と「対価危険」概念

ドイツの代表的な基本書によると「給付危険」とは、「債務者は給付の効果が生ずるまで給付のための努力を繰り返さなければならない債務者の危険（旧243条2項・300条2項⁽³⁷⁾で初めて消滅）」のことを言い、旧法立法時にはまだ概念の分化が進んでいなかったが、種類債務と金銭債務の場合に重要で旧270条1項（金銭債務の危険）、旧300条2項（種類債権の受領遅滞による危険移転）は、「給付危険」の例であるとする。すなわち、種類債務の調達義務は特定により消滅するが、旧243条2項により履行に適合した物を給付するに必要な行為を完了すれば特定され、特定後債務者の帰責事由なしに滅失すれば、旧275条1項により給付義務から免れることになる。これに対して、「対価危険」⁽³⁸⁾とは、「双務契約の323条の例外とし

(35) 山野目章夫，法曹時報8巻1号（2016年）1頁。同『新しい債権法を読み解く』（2017）195頁。

(36) 後述3（3），5. むすびに代えて，参照。なおここでも「給付危険」の用語の用い方（定義の不明確さ）が，より議論を難しくしているように見える。

(37) 給付危険は，243条2項（種類物の場合，物の給付に必要な行為の完了），300条2項（受領遅滞による危険移転）で消滅（移転）する。

てあらわれるもので、反対給付を得ていないにも拘らず、当事者は自分の給付は行わなければならないという危険」のことで、「両当事者の責めに帰すべからざる事由で給付義務が不能になった」ことを確定して初めて検討すべきものとされる。というのは、324条1項（債権者の帰責事由による場合、反対給付請求は可能）、325条（債務者に帰責事由のある場合は、損害賠償か解除が可能）が適用され、323条（債務者・債権者双方の帰責事由によらない不能の場合、債務者は反対給付を請求不可）が適用されない場合は、同条の例外としての対価危険はそもそも問題とならないからである⁽³⁹⁾とされ、このことは見誤れることが多いと言われる。

これらのことから、「給付危険」は調達義務の存続の可否、すなわち給付義務が免責されるか否かを言い、給付が再度可能な場合を前提としていると言える。また、請負給付が再度可能な場合に旧644条の3つの場合は、

(38) 契約締結時から所有権移転までの間に、滅失・損傷が買主の代金支払債務に影響を与える問題として生じるものと説明される。Zimmermann, *supra* note 3, p. 281.

(39) Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*, 16 Auflage no. 271f. この他「物危険」の概念として、644条1項（「請負人は仕事の引取あるまで危険をおう。Ⅱ注文者が受領遅滞に陥りたるときは、危険は注文者に移転する。Ⅲ注文者が供したる材料の偶然の滅失・毀損は請負人の責めに任せず）、3文が典型例であり、これは「注文者が、自分が提供した材料の偶然の滅失による損害を請負人に転嫁できない」というものであると説明される（但し、所有者が危険を負うとの一般原則の具体化に過ぎないとする）。

(40) 644条は3つの場合を定める、①（644条1項1文）売買法446条1項に対応し、引渡の代わりに仕事の引取・仕事の完成を基準とする。②（644条2項）仕事の送付の場合（送付売買447条準用）、③（644条1項2文）324条2項の繰り返し（＝雇用契約615条～）。Medicus, *supra* note (39) no. 277f. このことは、日本民法改正法567条が対価危険と共に給付危険も定めた規定であると説明されるのと類似する。但し、給付危険の内容はドイツ法の概念と同じであるとは言えない点が問題となるように思われる。

対価危険と共に給付危険を規律するとされる。⁽⁴⁰⁾というのは、それは請負人の仕事完成義務は不能とはなっていない場面で、注文者が対価危険をおうときには、本条は不能を前提とするので、すなわち請負人が滅失した仕事を再度完成する必要がない、給付危険をおわないことが前提となっているからであるとされている。

危険制度は牽連性の制度であることから、「対価危険」が問題となる場合は、給付義務が免責されることが前提となる。債務者の帰責事由のない（＝損害賠償責任が免責される）履行不能（＝履行請求権の免責）を前提とする「対価危険」は、その意味で給付義務が二つの意味で免責されることを前提とし、イメージ的には「一方の債務が消滅乃至履行がない場合に、もう一方の債務はどうなるか」の問題と捉えられてきた。

そして、「給付危険」は、給付が帰責性なしに不能となればそれで免責される概念であるので、いまだ給付義務が及ぶこと・可能であること（滅失しても種類物の場合は代替物の給付は可能、受領遅滞後の滅失も然り）を前提として、その給付義務が免責されるか否かを問題とする。従って、「給付危険」は「給付義務」が免責されるか否かを問題とするもので、それが免責された場合に、双方の債務の「牽連性」から、「対価危険」（相手方の義務の存続）が問題となり、例外的に存続するのはいつからか、「その危険の移転」が問題となる。これが、通常大陸法で言われてきた、危険制度と言いうる。

(2) 英米法における「危険の移転」とフラストレーション⁽⁴¹⁾

これに対して、英米法で言う「危険の移転」は、債務者の履行をまず問

(41) 参照、拙稿（訳）ラインハルト・ツイーママン『「耳に響くメロディーは甘い、沈黙のメロディーはそれにもまして甘い…』暗黙の条件（*Conditio tacita*）、黙示の条件（*Implied condition*）とヨーロッパ契約法の

題とし、契約における厳格責任から、債務者（売主）はいずれの当事者の行為にもよらずに目的物が滅失・毀損しても契約違反の責任を問われることになり、損害賠償責任まで引き受けなければならない。債務者がどこまでの履行義務（給付義務）を引き受けるのか、いつまで履行義務を負うのかは契約によって様々であるために、偶然の物の滅失毀損のリスクがいつまで及ぶのかが物理的・一義的に定まるようにリスク分配を予めすることが必要になるとされ、「危険の移転」が「履行（給付）義務」とは別に定められる。そもそも履行請求は英米法では、原則的に認められる救済手段ではないので、⁽⁴³⁾ 損害賠償だけが表面に出てくる。従って、ここでの「危険」

継続形成」法と政治62巻4号213頁（2012年）、同「契約解除との関係における『危険』制度の意義」、前掲注（12）365頁～。

(42) 契約違反の現代理論の「キー」となるのが、「条件」概念であると言われる（大陸法系でも自然法で、二当事者の義務の間には依存関係があり、一種の条件関係で一方の履行がないと、他方も履行する必要のない履行留保権が認められていた）。イギリス法では、契約違反の中心的な契約救済手段が損害賠償で、全ての契約条項は、明示的・黙示的な「保証（Warranty）」として、その違反は被不履行当事者に損害賠償請求権を与える。しかし、違反された条項が「条件（Condition）」と認められるのであれば、契約からの撤退の選択権を有し、履行を拒絶し、すでにした履行の返還を請求できる。「条件」の違反は契約の本質的部分を奪うものであるが、現在はこれらの用語の形式的分類は放棄されていると説明される。Zimmermann, *supra* note 3, p. 803.（詳細は拙稿、前掲注（12）参照）。

(43) イギリスコモンローでは、伝統的に契約概念は履行を強制可能な義務を生じさせるものとは考えておらず、約束者は単にある出来事が起こるか起こらないかの危険のみ引受けるだけで、綿1バールを引渡す約束をしたか、明日晴れるだろうと約束したかにはかかわらない。唯一の普遍的帰結は、法が約束者に損害賠償を支払わせることであると言う。それは、イギリス契約法の歴史的起源にあり、引受訴訟（履行請求訴訟 Action of Assumpsit）は、侵害訴訟（Trespass）から発展しこれは不法行為救済手段で、原則として損害賠償が許され、特別の場合にだけ作為・不作為義務が課せられるという類のものであったとする。Zimmermann, *supra* note 3,

は、損害賠償責任が免責されることが前提となっておらず、危険が移転する前であれば、債権者（買主）は、全ての救済手段に訴えることができるのが原則である。

しかしこれでは、危険の移転前であれば、債務者（売主）は損害賠償責任まで引受けなければならないのに対して、危険移転後であれば、債権者（買主）は代金を支払うだけでよいことからそのアンバランス（債務者に過酷である）ことから、危険移転前の債務者の義務を免責する法理として、「フラストレーション・Impossibility・Impracticability」で、債務者（売主）の損害賠償責任を免責させることが予定されている。すなわち、英米法では給付義務がどこまで及ぶかが「危険の移転」であり、危険が移転する前の債務者の給付義務の免責が「フラストレーション・不能」でなされる。そして一方の義務が免責され履行がなされなければ、他方の義務も、条件構成で（自己の債務の履行は相手方の履行を条件とする）履行期が到来せず（become due）、履行する必要がないことになる。

（3）日本民法改正法の比較法的位置づけ

上述のように、起草過程において、まず①「給付危険の移転」だけの問題としてではなしに、「対価危険の移転」をも規定すべきであるとの指摘によって最終的に第2文「代金支払を拒むことができない」が追加されたことには、上のような従前大陸法で言われてきた「対価危険」の移転の意味合いが、567条に持たされたことになる。また、同時に②効果について、追完・代金減額・解除・損害賠償に言及されていたのには、567条という「危険の移転」が、英米法という「履行義務の及ぶ範囲」という上述の意味があったことになる。

p. 776.

そうすると、先に見た日本民法改正法で説明されている567条は「給付危険」と共に「対価危険」の移転も定めるものであるということになりそうである。

しかし、これには若干の注意しなければならない点が残されているように思われる。というのは、従前「給付危険」という概念は本来大陸法の概念で、英米法や最近の統一法と同様の、解除の要件として帰責事由が必要ないと考えた場合の危険制度を構築するにあたって、この大陸法（ドイツ法）流の「給付危険の移転」という用語・概念を用いることに論理的な問題がないか確認する必要があるからである。「給付危険」はもともとドイツ法では「給付の効果が生ずるまで、給付義務は免れないのか」について、種類物・受領遅滞で必要な行為の完了・履行遅滞発生で、債務が不能とは言えない場合に問題とされてきた概念で、不能でないことが前提とされている。これに対し、本条で前提とされているのは、それに限られず、広く不能も含む（双方帰責事由のない偶然の事由による）履行障害であり、引渡しを基準に移転する危険は上述の問題に限られないもので、ドイツ法で言う「給付危険の移転」はここでの「危険移転」とは一致しないように⁽⁴⁴⁾思われる。

これに対して「対価危険」は、ドイツにおける概念と同様に解しても、両当事者の責めに帰すべからざる事由による不能を前提とするのであるから債務の「履行ができない」ことを前提として、引渡によって対価危険が移転すれば、既に給付危険は問題にならないので、概念上の矛盾は生じない。しかしそもそも、567条が対価危険の移転を定め、その時には給付危険も移転しているはずだとしても、後者の移転時期とずれる場合が出てくる可能性が⁽⁴⁵⁾あり、また効果に「損害賠償ができない」ことを明記する理由

(44) 前述2(2)の起草過程第97回会議議事録での問題。

⁽⁴⁶⁾が定かではない。そうすると第1文は、危険の移転として、引渡後、双方の帰責事由なしに滅失・損傷しても、追完・代金減額・解除・損害賠償ができないと規定するのは、そもそもここでの移転する危険は、不能か帰責事由有りか否かとは関係のない債務者のすべての責任（義務）を対象とする危険を問題とするからこそ、危険移転後は損害賠償ができないという（債務者の債務履行済み）効果や代金支払請求という効果が発生することになる、いわゆる英米法流の「危険の移転」の「危険」と同様の構造を有していると解することができる。なおここでの「責めに帰すべからざる事由」は、「損害賠償の免責事由としての帰責事由」とは異なった（それよ

(45) 潮見，前掲注（7）202頁では，給付危険の移転時期と対価危険の移転時期を一致させるのが，改正民法の立場であるとの説明がなされている。この点は後述参照。

(46) 給付義務の免責は，義務が帰責性なしに不能となれば，どの時点で生じたとしても債務者は給付（履行）義務から免責され，時点は問題とならず，すなわち「給付危険の移転」は問題とならない一方，損傷や代替物の滅失のように一度滅失・損傷しても未だ履行が可能である場合には，債務者の給付義務がどこまで及ぶのが問題となり，この場合にはいつまで責任を引き受けるか「その時期」を定めておく必要がある。帰責性のない不能を要件として対価危険を問題とする場合には，双方の帰責性なしで不能となれば給付義務から免責されるので，そもそも不能と同時に給付危険が移転し，給付危険が免責されることを対価危険の前提とすることから，給付危険の移転時期を定めることは必要ない（双方の移転時期は一致する）が，滅失・損傷してもまだ不能でない場合，例えば種類物の滅失・損傷の場合や受領遅滞の場合，食事提供などの請負契約の場合には，物の滅失・損傷があっても未だ追完の可能性を残すことから，移転時期を定める意味はあると言える。従って，「給付危険の移転」として問題となるのは，（給付義務が不能となる場合には問題とならず）給付可能性を残した滅失損傷の場合だけである。また，危険移転の要件として双方に帰責事由のないことが前提とされるのであれば，そもそも損害賠償責任からは債務者は免責されているはずなので，条文上損害賠償責任への言及の必要があったのかは疑問に思われる。

りも広い)、債務者の「作為・不作為に起因する」「偶然的」滅失・損傷と理解すれば、損害賠償義務の否定が規定されていることにも(つまり双方帰責事由のない場合を要件としても)意義が認められる。第2文は「対価危険」の移転を問題とするが、第1文の危険を上述のように解するのであれば、債務者の履行義務が尽きた=尽くされたと考えることができるので、債権者(買主)は代金を支払う義務を免れないことになるのは当然と言える。

このように、ここで問題とされる「危険」とは、「履行義務がどこまで及ぶか」であって、移転するのは「履行リスク」であり、従前言われてきたドイツ流の給付危険ではないことになる。これが対価危険と一致するかは、この概念が債務者の履行義務の免責を前提とするのであれば、ここでの危険の移転と重なるものの、そうすると危険移転後に損害賠償ができないことを明記することは、前提としてあり得ないことから、不要な効果を示したことになる不都合が生じるように思われる。そうすると、「双方に帰責事由のない滅失・損傷」を前提としつつも、効果として損害賠償を問題とする趣旨であるなら、「損害賠償の免責事由としての帰責事由」とは内容が異なる、ここではより広い射程を有する「偶発的な滅失」または「両当事者の作為・不作為に起因しない滅失・損傷」を意味すると考えられる。⁽⁴⁷⁾

(47) 「帰責事由」とは、目的とする制度に応じて「何が責めに帰すべき事由に当たるか」について中身を変えられるそれ自体中立的(無内容)な概念と捉えられる。またこの結論は、種類債務の特定の効果に関する改正法の議論と方向を同じくするとも言える。橋口祐介、前掲注(15)『詳解民法改正』101-2頁。内田貴『民法改正の今』121頁(2013年)。内田、前掲注(15), 121頁。

4. 世界の統一契約法・モデル法における「危険制度」との比較における日本民法改正法567条

(1) 世界の統一契約法の潮流—CISG

国際動産売買に関する国連条約（CISG）は、売買契約を対象とし、「危険の移転」の規定（66条から70条まで）（ β ）と、債務者のいわゆる「Force Majeure（不可抗力）による免責」の規定を持つが、債務者免責の結果としての債権者の反対給付請求権の帰趨を定めた規定はない。解説書によると、66条～の規定（ β ）⁽⁴⁸⁾は「対価危険」の移転を定めたものであると説明するものもあるが、対価危険と給付危険を明確に区別しているわけではないと言われる。⁽⁴⁹⁾契約適合性につき危険移転時を基準（36条）⁽⁵⁰⁾とし、危険移転時まで、売主は契約適合性につき責任をおい、それまでに生じた毀滅による契約違反が重大な場合、買主は46条2項により代替品の請求ができる。31条c（営業所引渡）の適用される場面では、既に引渡を終えている場合も69条1項により、商品が受領されるまでに重大に毀

(48) Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention 4th ed.*, 2009, at 360. CISG66条=ULIS96条。Risk of Lossの規定の位置は、契約履行の当事者の義務との密接な関係から、不履行の救済手段と対照されるものとして最後から前に移動。詳しくは、山田、石田喜久夫・甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法Ⅱ』66条。

(49) Witz/Solger/Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht 2000*, para 1.

(50) 「給付危険が対価危険に従う」「給付危険が対価危険と共に移転する」とも言われる。Bianca/Bonell/Nicholas *Commentary on the International Sales Law*, 1987, note 2.1 は、36条では「危険移転時の瑕疵は常に契約不適合となる」ことを明らかにしていると説明する。日本民法改正法では、不適合の判断時期を引渡時とするが、CISGでも輸送期間が長いという国際取引特有の場面(67～68条)以外では「引渡(受領)」時を基準とする69条によって、実質的に判断基準時期は変わらないと言える。

損されたとき売主は再度引渡さねばならない。⁽⁵¹⁾

「危険」とは「相手方当事者の作為・不作為によらない物品の偶然の事故から生じた損失」⁽⁵²⁾、「両当事者の責めに帰しえないもの、即ち不可抗力もしくは第三者の行為から生じた損失」⁽⁵³⁾とされ、危険移転時より（31条c号以外ほぼ売主が物の引渡を通じて義務を履行した時期と重なる）買主がその損失をおい、物が毀滅しても買主は代金を支払い、物を受領しなければならず、損失が作為・不作為によらない偶然の事故から生じる限り、買主は45条であげる救済手段に訴えることができないことになる。

66条は売主の作為・不作為の問題としているので義務違反（36条2項責任）の概念とは、運送途上の物品の運送停止権行使や、物品の検査のため毀滅が生じた場合に相違すると言われる。⁽⁵⁴⁾というのは、契約違反とはならずとも損害を惹起する場合があるし、⁽⁵⁵⁾何らかの法的義務に違反しても契約違反とならない場合には、買主の代金支払免除が意図されていたからであると言われる。例えば、FOB条件で売主がコンテナ回収中、引渡義務履行後に物品を毀損した場合、売主には義務違反がないところ、危険移転を制限して買主を保護する⁽⁵⁶⁾（尤も、この点は批判が多い。）

(51) Honnold, *supra* note 48, at 360 は、36条1項が、基本的でかなり自明の原則「商品の契約適合性に関する問題は、危険が買主に移転するときのものとして決定される」を定め、従ってその時以前の毀滅は売主の責任となる。66条は36条のコロラリーであると説明する。

(52) Schlechtriem/Hagar, *Commentary on the UN Convention on the international Sales of Goods*, § 66 para 5.

(53) Neumayer/Ming, *Convention de Vienne sur les contrat de vente international de marchandises commentaire*, 1993, para 1.

(54) Schlechtriem/Hagar, *supra* note 52, para 6.

(55) Honnold, *supra* note 48, para 362.

(56) 「66条も契約違反に限る」とする見解（Huber）や、「政策的見地から、通常売主の責任が生じないような契約にカバーされていない毀滅に特別の

なお、「契約適合性判断基準時」が「危険移転時」であることに關して、両者が連動することにつき、「CISG の危険移転の規律は、売主の義務違反の規律を定めている⁽⁵⁷⁾」とか、「危険移転後の契約不適合でも売主の義務違反による場合についての危険の再移転⁽⁵⁸⁾」の説明に対して、潮見説では、前者（36条・給付危険に関する事項）と後者（66～9条・対価危険に関する事項）は、問題そのものは別であるとして、混同してはいけないと指摘されている。他方、概念の区別は必要としても、両者は一定程度リンクする概念であることも指摘される。CISG は明示的に売主の調達義務がいつ終了するかを規定しておらず（ULIS はかかる義務の終了と危険の移転を物品の引渡にリンクさせていた）、危険は物の引渡とは独立して移転する（67条1項）が、実際にはほとんど同時に起こり、違いは商品が買主の処分に売主の営業所で委ねられた取引のみである。このとき物が買主の処分に委ねられたとき引渡がなされたことになるが、危険は物が交付されたか買主が受領義務に違反したときに移転する。尤も不適合物品の責任ルールに示されているように、CISG では売主の商品の調達義務の終了は、引渡にはリンクせず危険移転に連動させられている。36条1項では、売主は買主への危険移転時に存在する商品の欠陥に責任を有するのであり、もし危険移転時が商品の欠陥の為の責任を扱うにつき決定的であれば、状況は商品が完全に消滅した場合も、これと違ったことにはなりえないとされる⁽⁶⁰⁾。また、危険が移転する前に滅失すれば、種類物の場合、売主は代品交付義務をおり、特定物の場合は（免責可能性のもとで）損害賠償支払義務

救済を与えることは、予期しない結果を導く故に制限解釈すべき」等の見解（Schlechtriem）が主張される。（FOB では危険は船への積込時に移転）。

(57) 曾野裕夫＝中村光一＝舟橋伸行，NBL 890号89頁。

(58) 山田・前掲注（48）105頁。

(59) 潮見佳男他編『概説国際物品売買条約』78頁。

(60) Schlechtriem/Hagar, *supra* note 52, § 69, para 10.

だけをおう。従って危険が69条1項のもとで移転するまで、売主は買主の不払リスク(66条)と再度の履行のリスクもおうとされる⁽⁶¹⁾。以上のように、CISGの危険の移転の規定は、契約不適合の基準時を危険移転時に定めることから、売主(債務者)の履行義務がどこまで及ぶかを定めるものと言いが、いわゆる「債務者主義」に当たる「危険」の規定(α)はない。

尤も、債務の Force Majeure 条項による債務者の損害賠償義務からの免責の解釈において、多数の学者の見解では「履行不能の場合の履行拒絶権」を認める(一部には履行請求権の消滅を言うものもある⁽⁶²⁾)。損害賠償を除く他の救済手段は免責されず、特に契約の解除(45, 49, 51, 61, 64条)、代金減額請求権(50条)、78条の代金等支払うべき金額についての利息請求権が重要であると言われる。CISGは、ULIS74条(損害賠償だけでなしに要件が揃えば履行請求権も免除した)とは異なり、基本的に5項によって相手方の履行請求権については何ら規定していない。西ドイツが免責の根拠が存在すれば債務者の履行義務は消滅することを明らかにすることを提案し、ノルウェーも一時的ではあっても長期の障害の存続中に事情が基本的に変化した場合について同様の提案をしたが、ウィーン会議で否決された。それは、不能の場合であれば実際上は何ら問題は生じないだろうが⁽⁶³⁾、他方、履行請求権を典型的に排除してしまうと、相手方の付随的な権利や

(61) Schlechtriem/Huber, *supra* note 52, § 31, para 66.

(62) 免責は履行されなかった契約上の義務だけに関係し、契約の存否には関わらない。Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer/Stoll・Gruber, *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG) Second Edition*, 2005, at 382.

(63) 物理的に不可能な場合、国内法の「不能は債務を作らず(impossibilium nulla est obligatio)」によって、いずれにせよ妨げられるだろう(フランス)、との意見もあった。

利息請求権等の二次的な権利を損ない得ることが根拠とされた。⁽⁶⁴⁾しかし、特定物の滅失のような客観的不能の場合、商品はもはや存在しないので履行請求がありえないことは明らかである。本条のもと約束者の損害賠償義務からの解放は、もし相手方が、履行を強制する権利を保持するならば、価値を減じられ実際大きく無意味なものとなる。本条5項はかかる場合に、単に約束者の他の救済手段—履行請求権を含む—は、損害賠償支払責任から解放されるからというだけで、排除されないということの意味するだけである。例えば履行請求権のような他の救済手段は、本条5項のもとでは判断されえず、救済手段の特別の性質と目的に鑑みて判断されねばならぬ⁽⁶⁵⁾。特定物の場合は、代品交付は従って排除され、商品への滅失・損傷が危険移転前に偶然に生じたならば、買主は代金支払義務から解放されることが66条から導かれるが、これは買主が履行請求権を失うことを前提としているからである。これらのことは、給付と反対給付の双務的な牽連性から導かれ、買主が契約を解除するか否か、いつするか等を考慮せず（構わず）適用されると言われる。⁽⁶⁶⁾

不合理な結論を回避するため、①履行請求権は、付随的な保証請求や利息に対する権利を失うような場合は消滅しないが、障害の継続中は強制（執行）できないと説明される。⁽⁶⁷⁾②客観的不能（特定物の滅失）であれば、履行請求権は目的を達成できずに消滅するという。⁽⁶⁸⁾5項の「損害賠償以外

(64) Honnold, *supra* note 48, note 63. なお、免責にも拘らず、特定履行が可能なのは、主に①引渡の遅滞と、②不適合物品の引渡（修補・代物交付可）の二つに限られる。

(65) Schlechtriem/Stoll, *supra* note 52, § 79 para 55.

(66) Schlechtriem/Stoll・Gruber, *supra* note 62, para 45-48.

(67) Honnold, Schlechtriem 等多数。

(68) Magnus, Stoll, Soergel, Tallon もこの中に入る。①②は、履行拒絶権構成 (a) と、不能による債権消滅構成 (b) と解することができる。CISG

の如何なる権利にも影響を与えることはない」との文言は、損害賠償から免責される当事者は、さもなくば履行することが求められ得ると述べているように読みうる。しかし、立法者がそのような不合理な帰結を意図したことを示すものは何もないと指摘される⁽⁶⁹⁾。おそらく5項の過度の広範さについては、不合理な文言でも差替えの条文を起草する困難さまでも正当化しなかったとの理由で、退けられたとされる。要するに5項の文言の射程の広さは、損害賠償以外の救済手段が、特別な状況、すなわち一時的な障害が終わったとき、たとえば商品に対する代金の支払につき合意された支払方法が一時的に外為コントロールによってブロックされたとき等に、必要とされるであろう可能性のために維持された⁽⁷⁰⁾とされる。

さらに、危険移転と売主の損害賠償義務からの免責との関係については、特別法と一般法の関係（前者は危険移転後の物の毀滅の効果を特則として規定している⁽⁷¹⁾）にあると解されている。後者は、契約法の最もデリケートな問題の一つである契約義務の履行不能の効果を扱い、不履行者はどの範囲で免責されるか、すなわち相手方に認められる救済手段を回避できるかを定める。もっとも後者は、不履行者に関する効果のみを扱い、相手方の効果（危険理論）に関して沈黙していることは注意されねばならない。しかしこの二つの問題は密接に関連しており、後者は危険理論（Theory of risks）、すなわち66～70条に関連する条項との関係で理解しなければなら

の理解としては（a）が大勢を占めていたようである。

(69) 外交会議（Diplomatic Conference）での一般的な見解（General belief）は、特定履行の判断は探求もされず、得られもしなかったというものである。

(70) Honnold, *supra* note 48, at 435.5. (VIII YB56-7, Documentary History, 349-5 para 455a-). 潮見佳男『契約法理の現代化』（2004年）135頁。なお Farnsworth も同様。

(71) Honnold, *supra* note 48, at 361.

ないとする。⁽⁷²⁾つまり危険移転の規定で、偶然の物の毀滅の場合の買主の代金支払義務を、概ね義務の履行完了と併せて明らかにするが、不可抗力で危険が移転前売主にあれば、売主は履行義務自体からは免れても、買主に代金支払請求することができないのは明らかである。

また ULIS (CISG の前身、ハーグ条約) からの起草過程において、契約の帰趨の不明確性から Ipso fact Avoidance (法律上当前の解消) が否定され契約の自動消滅は認められないことから、他方の債務の帰趨は契約の解除の意思表示によってのみ消滅させることができるようになった。⁽⁷³⁾

(2) DCFR

しかし、ヨーロッパ契約法共通参照枠草案 (DCFR) に見るヨーロッパの法制度の比較法的成果からは、次のことが言える。DCFR は・Ⅲ-3:101の解説に可能な不履行の救済手段を3類型に分けて整理をする。(1) 免責されない不履行、(2) 免責される不履行、(3) 債権者に起因する不

(72) Tallon, B/B Commentary, *supra* note 50, note 2.1/2.2 at 575.

(73) Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* 1989, at 83, report of the Secretary-General (A/CN.9/W.G2/WP.9). 意思表示による解除と ipso facto avoidance の違いと長所・短所が詳細に報告され、前者は当事者の意思に基づく解除であるのに対し、後者は法の定めによって当事者の意思に拘わらず自動的に発生し、相手方が合理的期間内に行使しなかったときや、遅滞なしにその決定を通知しないときの、契約の重大な契約違反の際の補助的救済手段であるとされた。後者を維持する理由としては、買主に時をおかず、即ち解除の時期を選択するのに市場変動を見て行動するのを許さないことや、それが商事慣習に一致することがあげられた。他方、前者のメリットとしては後者の場合の不明確性の発生、当事者の意図に反する場合があることなどが考慮された。ULIS25, 26, 30, 61, 62条は、定期行為で通知なしでも解除されたと認められる場合や、買主・売主が代替購入・売却が合理的で慣行に合致する場合などに、契約の自動解消を認めた。

履行，である。そして（1）では本草案に規定されるすべての救済手段（履行強制ないし特定履行・損害賠償・反対債務の履行留保・契約関係の解消・代金減額），（2）は特定履行・損害賠償以外の救済手段，（3）いずれの救済手段も不可（債権者の作為・不作為による不履行 creditor's act or omission, 典型例は受領遅滞）であるとし，この3分類は加盟国の法の共通の核（Common core）を示し，かなり異なった概念的構造を通して，概してよく似た結果に至るとコメントされる。⁽⁷⁴⁾ 英米法系は，厳格責任でほとんどの不履行で契約責任が発生し，不履行が免責され救済手段が制限されるのはまれではあるが，フラストレーションにより不能となった部分の損害賠償責任は免責される（残りの部分の履行請求は可能であるが，契約の実質部分を奪うときは解除ができ，結果は本条と類似する）。ドイツ法系では，義務違反（Pflichtverletzung）は債務者の過失を内容とする帰責性を前提とせず，免責された不履行でも，損害賠償以外の特定履行を含む救済手段の行使が可能であるが，過失責任主義のルールが適用（276条）される損害賠償は，過失を要件としてのみ認められる。不能ルールは特定履行請求に対する抗弁を与えるのみで，損害賠償には影響を及ぼさない。フランス法系では手段債務と結果債務に分け，前者では過失ある場合のみ不履行となり，後者は債務者が引受けた結果が履行されないことで不履行となるが，いずれの場合も Force Majeure により免責され，義務は消滅する。ノルディック系は，免責される不履行（不可抗力で妨げられた不履行）・免責されない不履行の双方があり，解除・代金減額は両方で利用可で，契約解消についても両者で同じルールが適用されるとする。CISG・ULIS・PICC もこの類型に入るとされる。⁽⁷⁵⁾

(74) Christian von Bar and Eric Clive edited., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private law Draft Common frame of Reference Full edition Volume 1* (2009), at 858.

なお、この DCFR の不履行の分類は、危険制度の分類の基盤も提供するように思われる。(1) では、債務者の不履行が免責されない場合でも（例えば売買等結果責任であれば）、偶然の滅失・損傷の場合に「危険の移転」によっていつまで債務者の債務が及ぶかを定めておく必要があり、(2) で債務者の免責が認められる場合には、「危険の移転」までは、債権者も免責されることを示す牽連性の原則、いわゆる「債務者主義」の原則が問題となり、さらに (3) によっても危険が移転することを示すルールが必要となる、との3種類の危険制度の観点が問題となる。なお、免責された不履行による契約の解消 (2) については、オランダ・ノルウェー (+CISG・PICC・ULIS) では、(1) と (2) で同じ解消のルールが適用されるが、多くのシステムでは、「契約違反に基づく解除」と「履行不能による契約解消」を別に扱い、フランス・ベルギーでは後者の場合は危険理論 (Theory of risk) で判断され、履行不能の危険をどちらの当事者がおうかの問題になり、原則的に両債務は自動消滅する。ドイツ系は別の条項 (旧323条は永久的不能の場合) に反対給付請求権の喪失を規定する。⁽⁷⁶⁾

DCFR は、債務の免責を定める規定 (Ⅲ-3: 104条1項)⁽⁷⁷⁾ と共に、手続的な迂遠さ、債権者に通知を求める不必要性・非現実性・ひどく観念的であることから、他方の債務の当然消滅を定める規定 (同4項)⁽⁷⁸⁾ を有する。

(75) Christian von Bar, *supra* note 74 at 774-5.

(76) Christian von Bar, *supra* note 74 at 858.

(77) Ⅲ-3: 104 「障害による免責 (1) 債務者の支配を超えた障害でその障害または結果を回避することが合理的に予期されえなかった場合には、債務者の債務の不履行は免責される。(4) 免責事由が永久的な場合、債務は消滅する。いかなる反対債務 (reciprocal obligation) も又消滅する。効果は特定履行・損害賠償からの免責で、同時履行の抗弁権 (Withhold performance of reciprocal obligations)・代金減額・契約解除権は、債権者は行使できる」。Christian von Bar, *supra* note 74, at 782, 785.

いずれの国の法制度においても、過失や帰責事由のない障害による不履行についての帰結を定める規定は存在し、異なる概念構造によるにしろ、本条は全構成メンバーの現在の到達点を反映するとする。尤も本条は任意規定であり、履行不能のリスクの分配の修正は、契約や慣行などで当事者がすることができ、また特則は一般法に優先して適用されることから（例えば動産売買契約のような）、危険移転の特則がある場合には、本条の影響を修正しうるとする。Ⅲ-3: 104 のルールは危険移転の特則が優先すること、すなわち一方の義務が免責により消滅しても、危険が買主に移転したことから、反対債務が履行されなければならない場合はありうることには注意されるべきだとされる⁽⁷⁹⁾。そして売買契約に関する IV.A.-5: 101 では、「危険移転」を定めるが⁽⁸⁰⁾、危険移転の効果として本条では、CISG と異なりより明確に、買主の「対価危険 (risk of payment)」「反対給付危険 (risk of counter-performance)」を言い換えると「買主は、物を全く受領できないか損傷していても、自らの義務を履行しなければならないか」に関するリスクを規定するものと説明される。そして売主が引渡義務から免責されるかどうか（これはⅢ.-3: 104, 3: 302 を見よ）は、まったく別の問題であるとする。売主が物の滅失損傷にも拘らず、なお引渡す必要があるかは、いわゆる「履行危険 (risk of performance)」の問題で、Ⅲ.-3: 104（障害

(78) 解除通知は、合理的な期間内になされなければならないが、永久的免責事由がある場合には、決して義務は履行されえないし、決して解除されず、一種のゴーストの状態で存在し続けることになるだろうとし、従って、より明確な解決方法としては、問題の債務も反対債務も双方自動消滅であるとする。Christian von Bar, *supra* note 74, at 786.

(79) Christian von Bar, *supra* note 74, at 783, 787.

(80) IV. A. -5: 101 「目的物の滅失・損傷は買主への危険が移転した後は、滅失・損傷が売主の作為・不作為によらない限り、買主の代金支払債務を免れさせない。」 Christian von Bar, *DCFR Full Edition Volume II* (2009), at 1368.

による免責 Excuse due to an impediment)でカバーされる。一旦リスクが移転すると、買主は代金を支払わねばならないが、売主は引渡義務から免責される。危険が移転していないと、売主は免責されるか、別の物を引渡さなければならぬかのどちらかである。問題は、免責される不履行か否かであり、それは契約のもとで義務の履行が可能か否かによる。従って、契約が特定物か制限種類物か種類物の売買かに依拠しうるだろうと説明する。例えばAが甲倉庫に全て貯蔵されている販売中止となったモデルのTVを小売店BにBが低価格で転売することを目的に売却したところ、倉庫の火事によってTVが滅失した場合、Ⅲ-3:104のもと不履行が免責されればAがTVの引渡・損害賠償支払から免責される。他方、TVがまだ生産中で他から調達可能なモデル、即ち種類物を売主が引渡す義務をおう契約であれば、結論は違ったとする⁽⁸¹⁾。なおここでは、特定についての言及はない(特定はIV.A-5:102)。

最後にCESL(共通ヨーロッパ売買法提案)⁽⁸²⁾の140条⁽⁸³⁾では、いわゆる「対価危険(price risk)」を規律し、危険が買主に移転すると、買主が引

(81) Christian von Bar, *supra* note 80, at 1368-9, Illustration 2.

(82) 「共通ヨーロッパ売買法提案(CESL)」は、2011年10月欧州議会で提案されたが、その後学会等からの時期尚早との意見が強く、棚上げにされ、イギリスのEU脱退の動きにより先行きが不透明になったものの、PECLに始まるDCFRまでの一定の統一ヨーロッパ売買法としての学術的成果としての価値は認められよう。詳しくは、拙稿「共通ヨーロッパ売買法提案(Proposal for a Common European Sales Law)の概要—1980年国際動産売買契約に関する国連条約との比較において」法と政治63巻1号(2012.4月)。Schlze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, 2012, Article 140, no. 1-9. 条文訳は、内田貴(監訳)『欧州共通売買法(草案)』別冊NBL no. 140(2012.7月)。

(83) CESL140条「物品又はデジタルコンテンツの滅失・損傷は、買主に危険が移転した後は、それが売主の作為・不作為によらない限り、代金支払義務から買主を免責しない」。

渡した物の滅失・損傷の危険もおい、売主は再度履行する必要はない。140条は買主の対価危険だけでなしに、従って滅失・損傷が売主の作為・不作為によらない限り、危険の移転後は物品またはデジタルコンテンツ損傷・全部滅失の場合にあらゆる救済手段が奪われるという買主のリスクにも言及する（141条で特定について定め、不可抗力免責は CISG と同様）。

（3）日本民法改正法との比較

CISG と DCFR は、債務者主義の（ α ）を定める部分は異なり、CISG は不可抗力免責のみの規定と危険移転の規定を有すのに対して⁽⁸⁴⁾、DCFR は不可抗力免責の規定と免責される場合は他方債務は牽連性（条件関係）から契約（債務）が自動消滅することを明文で定め、売買契約については危険の移転を定め、不可抗力免責の規定を「履行リスク」、危険移転の規定は「対価危険」を定めるものとし、危険移転後は代金支払義務を免れない旨を規定する。

CISG の分析からは、まず「危険移転」と「契約不適合」の基準時が危険移転時とすることとの関係から、その時点までの不適合には損害賠償や代金減額・解除の救済手段が買主に認められることから、危険移転の「危険」とは「売主の履行義務の及ぶ範囲を画する概念」とであると理解されており、これはいわゆる従前「給付危険」の意味するものとは必ずしも一致しない。そして売主が自己の支配の及ばない障害による損害賠償からの免責に関して、主に履行遅滞と一時的不履行を念頭に置いたものであり、履行不能の場合は、条文の解釈としても、起草過程の議論からも条文の射

(84) CISG については、その効果は免責が損害賠償にのみ言及されていることから、履行不能の場合は、解釈により、履行拒絶権または履行請求権の消滅を導くものに対して、潮見説は条文内在的な解釈の問題ではないとするのは、前述の通り（潮見・前掲注（70）135-6頁）。

程に入らず、当然に履行請求に対して拒絶ができるもしくは履行請求権の消滅・喪失を主張できると解されていた。

さらに債務者を免責するルールと危険の移転は、一般法と特則の関係にあり、後者が優先して適用されることが念頭におかれていることから、債務者の支配が及ばない障害により免責され、牽連性から、また危険移転前であれば他方の債務の帰趨（債務消滅）もしくは履行請求に対して履行拒絶（危険移転（ β ）の規定により、危険移転前は相手方の代金支払義務は認められないため、これに基づき「履行拒絶」することは可能と解せられる）が認められるとしても、危険移転すれば売主が履行義務を免れ、買主は代金支払債務から解放されないことを明らかにする。

さて、これらの最新の統一法・モデル法の状況の中で、日本民法改正法566条はどのように位置づけることができどのように解釈できるだろうか。上述3. の比較法の成果からは、大陸法と英米法の二つの枠組みが存在し、前者は、「一方（売主）の債務の免責（双方の帰責事由のない不能が要件となる）」が前提とされる場合の「もう一方の債務の帰趨」を問題とする、「債務単位」の解決方法であり、「原則」双務契約の牽連性から他方の債務も（自動）消滅する。しかし「特則」としてもう一方の債務が存続することがあり、それは危険が移転している場合（所有権・支配の移転・履行完了を理由とする）であると解されている。つまりここでは一方債務の消滅を前提とすることから、危険の移転では、他方債務つまり「対価危険の移転のみ」が問題となり、危険の移転と言えば「対価危険の移転」を意味することになる。他方、後者は、前提として、厳格責任から「契約違反」が問題になる場合を想定し、「いつまで売主の責任が及ぶか」を「危険の移転」として明確にする。しかし、危険の移転時までは売主は損害賠償責任も引受けることになるので、その重い責任を免責するために、フラストレーションや Impracticability の法理で債務者（売主）を例外的に免責す

102(102) 法と政治 70巻1号 (2019年5月)

る結果、牽連性（黙示の条件構成）により契約自体の消滅、又は他方当事者も免責されるとして、双方の債務の有効を前提とする「契約違反（売主の責任の制限）」を問題とするのが危険移転であると捉える。さらに、これに対して売買契約を対象とする CISG では、不可抗力免責と危険移転（債務者の履行義務の有無を問題とする為、危険移転前の履行拒絶権は出てくる）、全契約を対象とする DCFR では、一般法として「履行リスク」を問題とする不可抗力免責（及び反対債務の自然消滅）、売買の特則として「対価危険」を問題とする危険移転の規定を有す。日本民法改正法は、帰責事由を要件としない解除権を認めたことから、体系的には英米法・CISG・DCFR の筋に属するが、条文上も「危険の移転」の規定は債務者の損害賠償を含む救済手段の主張ができない時点として「履行義務の尽きる時点」（様々な定義がなされる大陸法の「給付危険」とは区別したほうが良いと思われる）を定め、その結果として、つまり売主の履行が尽きた（なされた）とみなす反射的効果として、債権者（買主）の反対給付義務（代金支払義務）の履行責任が生じるとの効果が発生する仕組みをとると理解できる。従って、債務者の履行義務が及ぶ時点と、債権者の対価支払義務の発生時期は（例外的に引渡義務の履行がないか、あっても不完全である場合でも反対給付の履行が拒絶できない旨を定めていることから）、両者で常に一致する（ここでのリスクをいわゆる給付危険と呼ぶことも必要¹ではないかと思慮する－DCFR では履行リスクとは不可抗力（不能）免責を指すように、「給付危険」とは本来「売主（債務者）が免責されるか否か」を意味し、①免責される不能の場合と②いつから義務から解放されるか（未だ履行が可能な場合）の双方を含み、「移転」がそもそも問題になるのは②で、こちらが「対価危険」と連動していることから、大陸法では普通「移転」は「対価危険の移転」で代表させていると思われる。つまり「義務が履行されれば当然対価も支払わねばならない」ことを

示すと解される)。なお、このような構造と捉えると、前掲潮見説と結論⁽⁸⁵⁾において一致することになる。また債務者の債務が免責される場合の反対債務についても、CISG では危険移転の規定によって危険移転前は履行義務が生ぜず履行拒絶権が、DCFR では明示的に債務の消滅が認められているが、全部滅失のような場合には、日本民法改正法でも明示的に履行拒絶権を認め、不合理な結果に至らないような規定 (α) がなされている。さらに、CISG や DCFR の (β) の売買法の特則では、反対給付義務のみの効果に言及するが、契約不適合の判断基準時を危険移転時とする36条のコロラリーとされることと併せて検討すると、危険移転時とは履行義務の及ぶ範囲を画しているものと解することができる。従って、危険の移転時期としては、履行義務の及ぶ範囲さえ定められていれば後は、時期は問題とならず、その時点までの履行リスク（履行義務の免責）の可否のみが問題となるだけと思われ（不能のとき等時期が問題となる訳ではない）、「危険移転」で問題となるのは、前者だけである。反射的效果として「対価危険の移転」の概念を用いてもよいが、従前のいわゆる「給付危険」「対価危険」とは正確には一致するものではないと思われる。

5. むすびに代えて

このようにみると、解除に帰責事由を不要とする英米法のメリットを、債務不履行制度に取り入れ、それに関連して危険制度の一般則・特則についても、(α) の危険制度の原則では、CISG の危険移転の規定から導かれる拒絶権及び迂遠さを嫌う DCFR の実をとり履行拒絶権として明示し、(β) の所有権移転型契約の特則では、義務の及ぶ範囲を画するものとして規定され、大陸法・英米法の枠を超えて、世界の最先端を行くと思われ

(85) 潮見・前掲注(7) 204頁。

る CISG や DCFR との救済手段の体系と比較しても、解釈上合理的と認められてきたルールを明文化したのが日本民法改正法の契約解消制度であると言いうるようになる。この意味で、日本の危険制度を含む契約解消制度の改正は、大成功に終わったのではないだろうか。

ところで日本民法改正法の起草過程で問題となった種類債権の特定の場合⁽⁸⁶⁾は、どのように解することができるか。種類物の給付に必要な行為の完了で特定した後、滅失し履行不能になれば給付危険が移転し、売主は履行請求を拒絶できるはずであるが、このことは、引渡前に損傷した場合、危険が移転していないので買主は追完請求可能と考えられること（特定で給付危険が移転しているとして売主は追完を拒絶できるのか）と、どのように整合的に説明できるか。この点、必要行為の完了による特定後に目的物が毀損した場合に、未だ「引渡による危険の移転」前であれば、引渡時まで売主の履行義務が及ぶことから、特定しても買主は修補等の履行請求は可能だということになりそうである。この場合、「種類債務の特定による給付危険」の移転とは、その物以外の物を新しく調達して給付する義務は免れ、その意味で「いわゆる給付危険⁽⁸⁷⁾」は移転したと言えるが、改正法では「引渡までまだ履行義務は及んでいる」というのが567条の意味である⁽⁸⁸⁾とすると、引渡までのリスクは売主にあり売主が修補の費用も引き受けなければならないということになるのではないだろうか。このことは、旧法のもとで潮見説⁽⁸⁹⁾が取立債務の性質を有する種類債務の例をとりながら、

(86) 参照、本文2(2)最後の問題点。

(87) 問題提起する山本敬三委員の『民法講義Ⅳ契約法』98頁の定義も、旧法ではあるが、前述のように「他から調達して給付を行う危険」である。

(88) 前掲注(15)での新法のもとでの潮見『新債権総論Ⅰ』202頁等の定義参照。この意味で、注(15)の中田説の給付危険の定義は、上述旧法のもとでの山本『民法講義Ⅳ』の定義と、英米法型の定義の二つの内容を有しているように読める。

給付危険と対価危険を区別する可能性を示し、後者の移転には「引渡」を要するが、前者の移転は「他の個物からの峻別（分離）がされれば足りる」との考え方も示すように、新法では、「分離」は特定の問題で、危険の移転の問題ではないことになると思われる。あくまでいわゆる「危険の移転」とは債務者の履行請求権や損害賠償請求権の免責を問題とする概念であることから、いつまで債務者の義務が及ぶのか、その時点については567条で判断すべきことになると思われる。従って、取立債務の場合に種類物の特定があれば（給付）危険が移転し、それ以後の引渡前の滅失は、履行不能となり、追完請求できないと解する考え方と、特定・引渡で危険が移転し、引渡前の滅失ではまだ追完請求できるとの考え方では、特定の効果として以後特定物債権に妥当する法理が問題となるが、従前特定物の債権者主義が批判されていたことに対して、このたびの改正がなされたことを考慮すれば、危険は引渡（受領）で移転すると考えることになるように思われる⁽⁹⁰⁾。

さてこのように、日本の民法改正法の567条の危険移転の規定は、英米法の「危険の移転」概念と、大陸法の「対価危険」概念・CISG・DCFRを混合させたハイブリッドとなっており、かなり込み入った構造を持つ制度として理解しなければならないと言い得ることになる。567条の規定は、もともと「債権者主義」の契約総論にあった「危険」の規定を、批判が多いということから削除し、新しく危険の移転時期を「引渡」に改める趣旨で契約各論売買法に置かれたものである。しかし起草過程の当初は、そもそも「帰責事由を要件としない解除」との関係で、危険制度全体（534から536条）を削除し、新たに売買のところに危険移転の規定を新設すると

(89) 潮見佳男『債権総論Ⅰ』69頁。

(90) 中田『契約法』330頁。潮見『新債権総論Ⅰ』218, 222頁。

いう趣旨であったことから、「解除権行使の制限」として「いつまで解除ができ買主は代金支払義務を免れるか」という観点から検討されていたところ、21回会議で「債権者主義の適用範囲の限定」から「534条削除+危険移転の時期」として問題が捉えられるようになり、英米法流の「危険移転」体系から、大陸法流の「対価危険の移転」へと転換され、混合が進んだと言える。

上述のように、売主の義務の及ぶ範囲を定めるものとして給付危険を理解し、その裏腹のものとして（正にパラレルに）それに呼応して買主は代金支払義務を対価危険で定められるのであれば（双方が一致して考えられるのであれば）、給付危険の概念を対価危険と区別する意味はないのではないか。条文上存在しない用語の定義を巡る混乱を回避する意味でも、整理概念として用いるのは別としても、567条は単に上述の意味での「危険の移転」と解するべきではないかと思われる。

Comparative Analysis of “Passing of Risk (Art. 567)” in the Modernization of Japanese Contract Law

Toshiko YAMADA

“Risk Theory” of contract law in every country has usually two types of system of Risk of Loss.

(1) General Risk Rule: This is the Principles that when the promisor is exempted from his obligation (of damages) by the impediment, for example Force Majeure, Frustration, Impossibility or Impracticability, the promisee also need not make counter-performance of reciprocal contract.

(2) Special Rule for Sales Contract or Construction Contract etc. in which ownership of contact’s object is passed from promisor to promisee, namely “passing of Risk” rule.

Japanese new revised articles about “Risk of Loss” also are (α) Art. 536, which describes that when the obligor cannot perform his obligation by the impediment not imputable to both parties, the obligee can *reject* making his own counter-perfmance. In this situation the obligor is exempted not only from damages but also performance, if the obligation is not able to be performed. This provision is general risk rule.

Another article about risk rule is (β) Art. 567, which provides that when the object of sales contract becomes lost or damaged by impediment not imputable to both parties after its deliverance to the buyer, the buyer cannot demand the seller to repair inconformity, reduce the price, claim damages and cancel the contract. At this time, the buyer can not reject the payment of the price.

In the view of comparative law these Japanese (α) (β) provisions are derived from American Contract Law and CISG rules rather than German Civil law.

In general rule (α), because of the impossibility to perform obligor’s obligation of reciprocal contract obligee can only *reject* making performance

of his own counter-obligation, which is resemble to American contract rules.

The first sentence of provision (β) special rules for sales contract provides that after deliverance of its object the buyer cannot resort all the remedies granted to him. This makes clear the scope of the seller's obligation, of which style of provision is the same as American contract law and CISG that have the system of cancellation of the contract granted without fault.

As mentioned above Japanese rule of Risk of Loss make specified the apex in the text of the new civil law.