

消費者動産売買の危険負担に関する ドイツ民法典の改正について

熊 田 裕 之

はじめに

ドイツ民法典（以下、「BGB」と記し、法律名の記載のない条数は BGB である。）は、売買における危険負担の移転時期につき、売主が買主に目的物を引き渡した時に対価危険が売主から買主に移転するとの引渡時主義を定める（446条1文）ものの、送付売買については例外を設け、売主が買主への送付のため目的物を運送人に交付した時に危険が移転するとの発送時主義を採用している（447条1項）。

ただし、2002年施行の債務法現代化法（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）（以下、「現代化法」と記す。）においてあらたに導入された消費者動産売買（Verbrauchsgüterkauf⁽¹⁾）については447条1項を適用しないとする規定が置かれた（旧474条2項2文）。消費者動産売買では、対価危険は、売主である事業者が運送人に目的物を交付した時点では買主である消費者に移転せず、446条1文により、買主に引き渡してはじめて移転するとされた。

しかし、2011年10月25日の EU 消費者権利指令⁽²⁾を受けて、その国内法化として2013年9月20日に施行された「消費者権利指令の国内法化及び住居あっせん規制法改正のための法律（Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung⁽³⁾）」により BGB の改正（以下、「2013年改正法」と記す。）が行われた際に、消費者動産売買にも一定の要件のもとで447条1項の発送時主義が適用されることになった（現474条4項）。条文の文言上、消費者動産売買について、危険負担の移転時期に関する発送時

主義の全面的否定から条件付き適用への重要な改正が行われたのである。⁽⁴⁾

EU 消費者権利指令は、加盟国間の完全な平準化（Vollharmonisierung）を目指して行われたものではあるが、ドイツ国内法に限って言えば、474 条 4 項の内容及び送付売買に関する447条 1 項との整合性について疑問が提起されているだけでなく、改正の実益を否定する意見が少なからず唱えられている。

我が国には、送付売買及び消費者動産売買における危険負担に関する規定は、民法及び特別法に存在しない。本稿は、それがなくことによる法的問題の有無について検討する前提として、消費者動産売買における危険の移転時期に関する BGB 規定の制定及び改正の経緯を振り返ったうえで、現行規定の内容及びそれに対する批判を明らかにし、最後に、消費者動産売買の危険負担に関する BGB の改正が我が国の送付債務論に有益な示唆をもたらすかどうかについて若干の検討を加えるものである。

第 2 章 送付売買の危険移転時期

447条 1 項は、送付売買における対価危険の移転時期について、「売主が買主の請求により、履行地（Erfüllungsort）以外の場所に目的物を送付する場合には、売主が目的物を運送取扱人（Spediteur）、運送人（Frachtführer）、又は送付の実行のため定められた人若しくは施設（Anstalt）に交付した時に危険が買主に移転する」と定めている。⁽⁵⁾

したがって、447条 1 項が適用されるためには、（１）売主が買主の請求によって、（２）目的物を履行地以外の場所に向けて、（３）送付するため、（４）運送取扱人、運送人又は送付の実行のため定められた人若しくは施設（以下、まとめて「運送人等」と記す。）に交付することが必要である。⁽⁶⁾

（１）の要件に関して、条文上は買主が送付を請求すれば送付売買になるかのような表現になっているが、判例・通説は、買主の一方的な請求により売主が送付すべき義務を負うことはなく、あくまでも売主買主間で送

付に関する合意が成立していることが必要であると解している。また、買主の請求がないのに、持参債務を負っている売主が一方的に目的物を送付しても、447条1項は適用されず、発送によって危険が移転するわけではない。⁽⁷⁾

(2)の要件について、「履行地」がどこであるかが問題となる。447条1項の履行地は、給付地(Leistungsort)と同じ概念であると理解されている。⁽⁸⁾

しかし、447条1項は送付売買における売主の引渡債務の給付地まで定めたものではなく、危険負担の移転時期を定めた規定にすぎない。では、447条1項の履行地=給付地は、何によって決まるのか。持参債務の場合は、債権者、すなわち買主の住所が給付地であるから、そこから目的物を送付するというのは447条1項の文言と矛盾するので、同項の履行地が買主の住所でないことは明らかである。⁽⁹⁾

判例・通説は、同項の履行地は、給付地の一般原則を定めた269条により確定されるとする。送付売買の場合、給付地に関する特約がなければ、債務関係成立時における債務者、すなわち売主の住所が給付地となる。

(3)要件により、売主が目的物を送付しなければならないので、売主の債務は、取立債務ではなく、送付債務である。送付に関する合意が必要なので、BGBの原則である取立債務は排除されるのである。したがって、取立債務であるにもかかわらず売主が独断で物を送付しても、447条1項は適用されない。⁽¹¹⁾

ただし、ドイツでは、送付債務を負っている者は、目的物を発送する義務のみを負い、送付を実行する義務はないと解されている。売主の給付行為は、自己の住所において目的物を発送することにつき、持参債務のように買主の住所にまで送付すべき義務に及ぶものではない。なお、送付債務の場合、給付地は債務者の住所であるが、効果発生地(Erfolgsort)は債権者の住所である。持参債務と取立債務では給付地と効果発生地は同一であるが(持参債務の場合は債権者の住所、取立債務の場合は債務者の住

所)、送付債務の場合、両者は分離する。これが、送付債務、従って送付売買の特徴である⁽¹²⁾。

(4) 要件の「運送取扱人」とは、運送に直接携わらずに単に運送を手配するものであり、「施設」とは、郵便局及び鉄道である⁽¹³⁾。

第3章 消費者動産売買における危険負担に関する現代化法制定の経緯⁽¹⁴⁾

1. フーバーの鑑定意見⁽¹⁵⁾

消費者動産売買に関する規定がBGBに新たに組み入れられた現代化法による改正の起点となったのは、連邦司法大臣が1979年に改正のための鑑定意見を委託した民法学者の見解をまとめて1981年及び1983年に公開した『債務法改正に関する鑑定及び意見』(以下、「鑑定意見書」と記す。)であった。

鑑定意見書において売買の分野を執筆したフーバーは、疑わしいときは、送付売買において買主が運送危険を負担すべきであるとの原則は、次の理由により維持すべきであるとする意見を述べた。すなわち、第1に、運送危険を買主の負担とする国際統一売買法(ウィーン売買条約)との相違は、できる限り回避すべきだからである。第2に、447条の完全な削除は、多くの商慣習及び普通取引約款に具体化されている伝統の断絶を意味するからである。第3に、首尾一貫した処理をすれば、売主に運送危険を負担させることは運送が遅滞したことによる危険も売主に負担させることになってしまうからである。

フーバーは、以上のように447条を基本的には維持すべきとしながらも、一方において運送危険を買主に負担させる447条がなお時代に適合しているかどうか疑問であるとの認識をも示している。すなわち、危険を最も支配することができる者及び危険に対して最も容易に予防措置をとることができる者が危険を負担すべきであるとの分かりやすい法政策的原理から考えるならば、それは、送付売買の場合、明らかに送付者としての売主

であり、受取人としての買主ではない。なぜなら、売主は信頼できる運送人を選択することができ、また、保険によって運送危険責任を回避することができるからである。受取人としての買主には、信頼できる運送人を選択し、保険に加入する可能性はない。

以上のような考えに基づきフーバーは、447条を改正して売主に事情に応じて適正と思われる運送保険をかけるべき義務を課すべきであるとする。売主が運送保険に加入していた場合、運送事故が発生すれば、買主は281条に基づき売主に保険金請求権の譲渡を請求することができる。しかし、消費者売買の場合には、運送中に目的物が滅失したときに、買主に代金を請求する売主が買主に保険金請求権を譲渡するなどということは考えられない。通信販売の場合、買主は商品が届いたら代金を払わなければならないと思っているが、それ以外のことはなにも期待していない。したがって、消費者売買の場合には、例外を認めるべきであるとする。

さらに、フーバーは、447条は文言上の不明瞭さを取り除く意味でも改正すべきであるとする。たとえば、447条は履行地から送付した場合に限って適用され、第三地から送付された場合には適用されないと解釈されているが、これは447条の利益状況に適した解釈とはいえないので、文言を変える必要がある。たとえば、売主の営業所と倉庫又は製造工場が別の場所にある場合や、売主が納入業者から仕入れた商品を直接納入業者から買主に送る場合に、447条は適用されないと解することは同条の利益状況に合致していないといえる。いずれにしても、通説は、両当事者が第三地からの送付を合意している場合には447条の適用を認めている。その合意は黙示的なものでもよい。そうすると、447条が適用されるかどうかは、買主が送付される場所を知っていたかどうかの偶然に係ることになる。しかし、447条はそのことを問題にしていないので、文言上明らかにする必要がある。さらに、判例、通説は、447条は売主が自己の使用人に運送させた場合にも適用されると解しているが、その場合には、売主が買主に商品を譲渡し、買主が引渡しを受けた時にはじめて買主に危険が移転すると

解する方が適切であると思われるので、そのための改正が必要であると思われる。

以上の鑑定に基づいて、フーパーは、売主に運送保険の締結を義務づけ、及び、447条の適用を実質的に商事売買に限定する以下の改正提案を示した。

(1) 売主が売買の目的物を買主に送付すべき義務を負う場合、別段の定めがない限り、目的物が買主へ引き渡されるため運送取扱人、運送人又はその他送付を独立して実行するため定められた人若しくは施設に交付された時に危険は買主に移転する。売主は、疑わしいときは、送付に伴う危険について必要かつ適正な範囲内で目的物に保険をかける義務を負う。保険の費用は、別段の定めがない限り、送付費用を負担すべき当事者が負担する。

(2) 売買契約が買主の営業、独立して行使される商業上の行為、又はその他事業の範囲内で締結されたものでない場合において、疑わしいときは、売主は買主への引渡しまで危険を負担する。

(3) 買主が送付の方法について特別な指示を与え、売主がやむを得ざる事由がないにもかかわらずその指示を遵守しなかった場合、売主はそれによって生じた損害を賠償する責めに任ず。

2. 債務法改正委員会最終報告書⁽¹⁶⁾

鑑定意見書の公表後の1984年に連邦司法省に設置された債務法改正委員会は、1992年に最終報告書（以下、「委員会草案」と記す。）を公表した。委員会草案は、フーパーの鑑定意見は受け入れず、より徹底して447条は削除すべきであるとの提案を行った。すなわち、委員会草案446条1文において、売買における危険負担につき、「売買目的物の引渡しによって、偶然の滅失及び毀損についての危険は、買主に移転する。」とのみ定め、送付売買についての特則を置かなかったのである。その理由は、概略以下のように説明されている。「商行為によらざる売買契約にも447条を適用し

買主に運送中の危険を負担させることは、事態適合的でないからである。447条と同様の規定は、比較法的にみて国際統一売買法67条等にも規定されており、ドイツにおいても将来447条が商法典に継承されることがあるかもしれないが、商事売買でない売買契約の場合には、買主が売買目的物の占有を取得し引渡しを受けた時点ではじめて買主に危険が移転すべきである。したがって、債務法改正委員会は、447条の削除を提案する。その結果、送付売買についても委員会草案446条1文が適用され、買主が目的物の占有を取得した時点で危険が移転する。

以上のように解する第1の理由は、目的物が偶然の事由により滅失及び毀損した場合の危険は、その危険を相手方より早く事前に回避し又は減少させることができ、あるいは、滅失及び毀損による損害が発生しない措置をとることのできる当事者が危険を負担すべきという考えに拠るものである。そして、その当事者とは、通常、売主である。なぜならば、売主は運送の方法及び経路を決定し、運送人を選択し、運送人との契約関係に基づいて運送中に目的物の配送計画を変更することができる地位にあるからである。とりわけ、買主より売主の方が運送中の危険に備えて保険に加入しやすい地位にあるといえる。消費者による売買に限って言えば、債務法改正委員会の提案は目的物の送付中の危険は売主が負うべきとする取引通念にも一致している。私人として通信販売により自宅へ配達させるために商品を購入し、あるいは、百貨店で家具を購入した者は、商品が自宅に届いた場合に代金を支払えばよいと考えている。こうした見解は、売主にも共有されている。なぜなら、売主が運送中に滅失及び毀損した物品の引渡しに固執し、保険会社に対して取得した保険金請求権又は運送人に対して取得する、いわゆる第三者損害賠償請求権を281条のいわゆる代償請求により買主に譲渡することは、消費者送付売買の場合には実務上起りえないからである。また、447条の削除にはさらに利点がある。それは、447条をめぐって長い間議論されてきた諸問題の対象が消えるので議論の余地がなくなるからである。例えば、447条は独立した第三者による送付の場合に

限って適用されるのか、それとも売主の使用人による運送にも適用されるのかという問題、また、同条は、履行地以外の場所（または合意による場所）からの送付にも適用されるのかという問題が検討されなくてもよくなるのである。さらに、具体的に、送付が買主の請求によるものなのかどうか、目的物に運送人への交付の前から瑕疵があったのか、それともその後にはじめて毀損したのかという問題、また、運送中の滅失及び毀損が偶然の事由によるものなのか、それとも売主の過失に基づくものなのかという問題を447条の削除により回避することができる。確かに、買主が運送中の危険を負担すべきとするのが事態適合的である場合も時としてあろうが、そうした例外的場合については、当事者はあらかじめ特約しておくことができる⁽¹⁷⁾。」

3. 消費者動産売買指令⁽¹⁸⁾

2002年施行の現代化法において消費者動産売買制度導入の外在的誘因となったのは、1999年5月26日に発令されたECの「消費者動産売買指令」であった。本指令は、消費者動産売買の目的物、売主の義務、買主の権利及びその消滅時効期間等につき加盟国に国内法化を義務付けた。しかし、本指令は、売主は、消費者である買主に対し売買契約に適合した動産を引き渡すべき義務を負い（2条1項）、消費者動産の引渡時に存在したすべての契約違反について責任を負う（3条1項）と定めていたが、それは危険の移転時期を意味するものではないとして、危険の移転時期については加盟各国の裁量に委ねた。⁽¹⁹⁾

4. 討議草案⁽²⁰⁾

消費者動産売買指令の国内法化に向けて、2000年8月に連邦司法省が公表した「債務法現代化法の討議草案」は、売買の節に新たに「消費者動産売買」に関する款を設け、消費者動産売買の概念（473条）、瑕疵の存在に関する立証責任の転換（474条）及び保証（担保責任）に関する特則（475

条)の規定を設けたが、危険負担については、委員会草案を踏襲して特則を設けず、売買総則で危険負担に関する引渡時主義を定めるのみであった(444条)。

5. 政府草案⁽²¹⁾

2001年5月9日に公表された政府草案は、送付売買における危険負担につき発送時主義を定めた条文を復活させる一方で、消費者動産売買に同条を適用しない規定を設けた。すなわち、446条1項において送付売買につき「売主が、買主の請求により、売買目的物を履行地以外の場所に送付した場合には、売主が運送取扱人、運送人又はその他運送の実行につき定められた人若しくは施設に、その物を交付した時から、危険は買主に移転する」とする規定を設けながら、474条2項において、消費者動産売買には446条1項は適用しないこととし、その危険移転時期については売買における原則である政府草案445条が適用され、買主に引き渡された時に危険が移転することにした。

委員会草案及び討議草案で削除された送付売買における危険負担に関する規定(旧447条)を復活させた理由については、国際統一売買法67条においても旧447条と類似した形式で送付売買における発送時主義が定められているのと同じように、ドイツ国内においても消費者動産売買以外の売買、とりわけ企業間の取引において旧447条に合致した危険負担規定を置く必要があるからであるとの説明が付されている。

消費者動産売買に復活させる旧447条を適用しない理由として、委員会草案が旧447条を削除した理由のほかに、政府草案446条(旧447条)の要件が消費者動産売買の現実に合致していないとの理由を付け加えている。すなわち、買主が送付を特に請求したという要件は、消費者動産売買の現実にほとんどマッチしていないのである。日常生活における消費者動産売買において旧447条が把握しているほとんどの事例は、買主が自ら売買目的物を売主のもとに取りに行く可能性が予定されていない通信販売業者が

売主の場合であるが、通信販売の買主は売主によって送付されたものを受領する以外に何かをなすべき義務はない。買主にとって危険の移転時期を早める基礎である買主による特別な送付の請求というものは、通信販売の場合、全くまれなフィクションである。まさにこうした視点が、消費者動産売買については政府草案446条の例外を設けるべき根拠を示しているとする。

以上のような政府草案446条（旧447条）に対する疑念が一部根本的なものであるにもかかわらず、同条は事業者間の取引においては合目的なものとみなされており、国際的な規準にも合致している（国際統一売買法67条）ので維持するが、消費者動産売買には、前述した理由により、同条は適用すべきではないとの提案を行った。

その後、連邦議会において政府草案は僅かの修正を経て成立し、政府草案446条は現447条として、政府草案474条2項はそのままの条数で、2002年1月1日にBGBの債務法現代化改正法として施行された。

第4章 消費者動産売買における危険の移転時期に関する2013年改正法

1. 改正理由

2013年改正法の誘因となった2011年の消費者権利指令は、消費者動産売買における危険の移転時期について、「事業者が消費者に物品を送付する契約の場合、消費者又は消費者が指定した運送人以外の第三者が物品の占有を取得した時に、物品の滅失及び毀損についての危険は消費者に移転する」との原則を示しながら（20条1文）、「運送人が消費者から物品の運送の委託を受け、その運送人の選択が事業者により申し出られたものでない場合には、消費者の運送人に対する権利を損なうことなく、事業者が運送人へ物品を引き渡した時に危険は消費者に移転する」との例外を定めていた（20条2文⁽²²⁾）。

こうした規定を置く際に考慮された理由は以下のように説明されてい

る。すなわち、「消費者権利指令の意図は、消費者が物品の物理的占有を取得する前に発生する物品の滅失及び毀損から生じうるあらゆる危険から消費者は保護されるべき」であるという点にあり、「たとえ消費者が事業者の提供する選択肢の範囲から特定の配送方法を選択していた場合であっても、事業者が手配又は実行する運送の間は保護されるべきである」と考えるものである。しかし、この原則は、「消費者が自ら物品を受け取りに行き又は運送人に配送を委託すべき契約には適用されないものとすべき」⁽²³⁾だからである。

2. 改正の内容

消費者権利指令20条2文の国内法化として2013年改正法により定められたのが474条4項である。同条旧2項は新4項に移動し、あらたに「買主が運送取扱人、運送人、又はその他運送の実行のため定められた人若しくは施設に運送の実行を委託し、事業者がこの者又は施設を前もって買主に指定しなかったときにのみ、偶然の滅失及び毀損の危険は買主に移転するとの条件のもとで447条1項は適用される。」との規定に改められた。消費者動産売買には発送時主義を定めた447条1項は全面的に適用しないとした旧規定から、(1) 消費者である買主が目的物の送付を運送人等に委託し、かつ、(2) 当該運送人等が前もって売主により買主に指定された者でない場合には、447条1項を適用する改正が行われたのである。なお、当然のことではあるが、消費者動産売買に447条1項が適用されるためには、474条4項と447条1項の要件をともに充足する必要がある。いずれかの要件が満たされない場合には、446条1文が適用される。

474条4項が定める第1要件について立法者は明確な定義を置いていないが、買主が売買契約とは別に運送人等と間で目的物の運送について請負契約を締結することであると解されている。この要件があるため、運送中に目的物が滅失及び毀損した場合に、運送人等に対して請求権を行使することができるのは買主である。⁽²⁴⁾

第2要件は、買主が委託した運送人等を事業者が前もって指定しなかったことである。買主が、事業者の指図を受けずに、自主的に運送人を選択したことが要件とされているのである。

第2要件に関して、事業者が買主に正確に特定の運送人等を「指定しなかった」場合に限られるのかそれとも、事業者が買主に提案した複数の運送人等の中から買主が選択した場合でも「指定しなかった」といえるのかは問題とされている。これについては、複数の運送人等が事業者から提案された場合でも、買主はその提案を信頼して選択するのであるから、事業者が指定しなかったとは言えないと解されている。この解釈は、消費者が事業者から提示された複数の運送方法の中から一定の運送方法を選択した場合、買主は事業者によって組織化された運送中の危険から保護されるとする消費者権利指令に合致した結論といえると解されている。⁽²⁵⁾

逆に、買主が確かに事業者から提案された運送人等に委託はしたけれど、例えば、買主が当該運送人等と恒常的に取引関係にあったといった理由で、買主が事業者の提案とは無関係に運送人等に委託したときは、事業者が指定したとはいえないと解されている。なぜなら、その場合には当該運送人等を事業者の危険領域に帰属させる契機がないからである。⁽²⁶⁾

3. 改正に対する評価

新設された474条4項により447条は消費者動産売買契約についても一定の適用領域を有することになったとして2013年改正法の実益を肯定的に評価する見解も主張されているが、474条4項に関する大半の論稿は、同項の要件は他の規定と整合性に欠け、又は矛盾するものであると批判し、2013年改正法の実益を消極的に評価している。

まず、第1要件は447条1項と矛盾していると批判されている。⁽²⁸⁾すなわち、買主が運送人等に運送を委託した場合、売主は受け取りにきた運送人等へ目的物を引き渡す以外の行為をしていないのであるから、447条1項の要件である「売主による送付（Versendung）」が存在していないことに

なる。447条1項は、売主が義務として売買目的物を送付する債務を負っている規定である。もし、買主が運送を委託した場合でも447条1項の送付があると解するのであれば、447条1項は、通説に反して、取立債務をも含んでしまうことになるので、この考えを支持することはできない。そうすると、447条1項は消費者が運送を委託した場合に適用されるとする474条4項は、447条4項の要件を欠くがゆえに、空疎な条文となってしまう。もっとも、474条1項は法律効果を定めた条文にすぎないと解すれば全く意味のない規定とはいえないが、それは要件を定めた474条4項の文言に反する解釈であるとの批判にさらされているのである。

さらに、第1要件に関して2013年改正の無意味性が指摘されている。すなわち、買主が運送を委託した場合、447条1項の送付要件が充足されていない結果、447条1項ではなく、446条1文が適用され、危険は買主への引渡しによって移転することになる。買主に運送を委託された運送人等は買主の占有補助者又は占有代理人であるから、運送人等への引渡しは買主への引渡しとみることができるので、危険は446条1文により運送人への引渡し時に移転する。すなわち、引渡しによる買主への危険の移転は、447条1項とは全く関係なく発生する。したがって、474条4項を新たに設けて447条1項を適用することにした2013年改正は、消費者権利指令20条2文を国内法化しなければならなかった立法者の努力を表現したものにならず、内容的には無意味な改正であり、従来の規定のままでよかったとの批判を受けている。

第2要件については、446条1文との整合性の欠落が指摘されている⁽²⁹⁾。474条4項によれば、事業者が運送人等の選択を買主に指定した場合、447条1項は適用されず、446条1文が適用されることになるが、474条4項はあくまでも送付売買を前提としているのであるから、売主が前もって指定した運送人等を買主が委託し、その者に売主が引き渡すことは、送付売買を前提としていない446条1文の意味における買主への引渡しを意味するものではない。それにもかかわらず、446条1文を適用するというのであ

れば、それは同項の制限が必然的に伴う適用になってしまうという批判を受けている。

以上のように、2013年改正により新たに設けられた474条4項は、446条1文及び447条1項と整合性に欠け、無意味な条文であるとの批判を受けている。こうした批判をする学者は、474条4項は、「446条1文及び447条1項に関係なく、買主が運送人等に運送を委託し、かつ、事業者が買主に従前当該運送人等を指定したことがなかった場合にのみ、偶然の事情による滅失及び毀損による危険は運送人等への交付によって買主に移転する。」と再改正すべきであると提案している。⁽³⁰⁾

結びにかえて

上述したように2013年 BGB 改正に対する学説からの批判の多さを見る限り、そこから我が国において今後送付売買及び消費者動産売買を検討する際に参考とすべき点はないように思われる。

我が国の現行民法及び消費者契約法等の特別法には、送付売買及び消費者動産売買に関する規定、従って、その危険負担の移転時期に関する規定はない。平成27年に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」にもそれらに関する規定は盛り込まれていない。学界においても、危険負担一般に関する優れた研究成果はあまたあるものの、送付売買及び消費者動産売買に限定したものは少ない。

その理由は、本稿で検討したように、ドイツで消費者動産売買に送付売買における危険移転時期に関する規定を適用すべきかどうかで立法の変遷があったことに鑑みると、送付売買における危険負担の規定が置かれていない理由に取れんするであろう。

そして、その理由は、ドイツにおいては取立債務が原則（BGB269条1項）とされているのに対して、我が国では持参債務が原則（日民484条）とされているからだと説明されている。⁽³¹⁾ 持参債務の目的物が種類物の場合、債務者が債権者の住所において現実に提供した時、つまり引き渡した

時に特定が生じ、その時に対価危険が買主に移転する（日民534条2項）。持参債務を負っている債務者が、持参する一方法として目的物を送付した場合であっても、持参債務であることには変わりがないので、やはり送付された目的物が債権者の住所において引き渡されてはじめて債権者に危険が移転するのである。したがって、債務者が目的物を送付する場合に限定して危険負担の移転時期を論ずる実益はないと考えられているのである。

他方、我が国においても「送付債務」概念は一般的に承認されている。通説によれば、送付債務とは、債権者の住所でも債務者の住所でもない場所（第三地）に目的物を送付すべき債務と定義されている。そして、送付債務の危険移転時期に関しては、種類債務の特定の基準である「給付をするのに必要な行為の完了」（日民401条2項）との関係で、送付が債務者の義務か好意によるものかで二分され、前者の場合は持参債務と同様に現実の提供が行われた時に、後者の場合は発送した時に、それぞれ特定が生じ、その時から債権者に危険が移転すると解されている⁽³²⁾。

しかしながら、こうした送付債務概念に対しては、以下のような批判が古くから加えられている。

第1に、送付先を債務者及び債権者の住所以外の第三地に限定していることに対して、債権者の住所に宛てて送付する場合も送付債務に含めるべきだと批判されている⁽³³⁾。ドイツでは、第三地以外に債権者の住所が送付先であっても構わない。これに対し我が国で債権者の住所が送付債務の宛先から除外されている理由は、債権者の住所が送付先である場合は、まさに持参債務であるから、さらに送付債務の履行地として債権者の住所を含めることは屋上屋を架すことになるからである。しかしながら、我が国においても第三地に送付する場合も債権者の住所に送付する場合も、その関係を異にするものではないので、両者の区別を設けず、ともに送付債務の対象とすべきであるとの見解が主張されているのである。

第2に、通説による送付債務概念が固有の適用領域を有していないという批判である。すなわち義務として送付する場合は、結局持参債務として

処理でき、また、好意で送付する場合は、本来的には債務者が取立債務を負っているにすぎない場合であるから、取立債務の場合として処理することができるので、持参債務及び取立債務のほかに送付債務概念を独立して認める実益がないという根本的な批判である⁽³⁴⁾。

第1及び第2の批判が的を射ているのは、我が国の通説が、ドイツ法における送付債務概念は、取立債務が原則で、かつ、その場合、売主の給付義務は目的物の発送に尽きるというドイツ法固有の事情を抜きにして我が国に移入したからである。近時は、こうした事情を考慮して、送付債務における特定の問題は、債務により引き受けられた具体的行為が発送に尽きるのか、それとも発送後の行為もその中に含まれるのかという契約内容の確定問題として再検討すべきであるとの有力な見解が主張され⁽³⁵⁾、そして、それを受けた新たな送付債務論概念が定立されている⁽³⁶⁾。

ドイツにおいて送付債務を負う売主の給付義務が目的物の発送に限られているのは、原則である取立債務の場合、売主は自己の住所において目的物を準備して買主が取り立てにくればいつでも引き渡すことができるようにしていれば給付義務を尽くしていることになるのであるから、買主の請求により売主が目的物を送付することになったとしても、売主の給付行為、すなわち給付義務の範囲を拡大すべきではないとの考慮に基づくものである。こうした考慮は、持参債務についてもあてはまるのではないか。すなわち、そもそも持参債務を負っている売主と買主との合意により売主が目的物を送付することになった場合、売主の給付義務が発送義務に縮減し、運送上の危険は送付を合意した買主が負担するとの結論を変更された契約の解釈として導き出すことができるであろう。こうした解釈を客観的に担保するため、前述した近時の学説の主張の通り、我が国において今後、送付債務概念を売主の義務の内容、つまり売買契約上の義務の内容から検討していくことが必要であると思われる。こうした方向転換は、従来のように送付債務における危険負担の移転時期を特定と直結させるのではなく、対価危険の移転時期固有の問題として考え直すことにもつながるであ

⁽³⁷⁾
ろう。

注

- (1) Verbrauchsgüter の訳語として、「消費動産」(寺川 永「ドイツにおける EU 消費者権利指令の国内法化」関西大学法学論集64巻5号51頁)、「消費者動産」(今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任—指令の国内法化からの検討—」判例タイムズ1117号43頁、「消費用品」(半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009年)228頁、「消費製品」(円谷峻訳・ディーター・ライポルト著『ドイツ民法総論』(成文堂・2008年)576頁)が使われている。BGB には、Verbrauchsgüter に似た概念として物の一分類である「Verbrauchbare Sachen」が定められている(92条)。両者は、ともに動産であるが、後者は「その定められた使用が消費又は譲渡にある」動産(92条1項)であるが、前者は消費者が事業者から購入した動産であればよいので(474条1項1文)、用途が消費又は譲渡に限定されていない。したがって、単に訳語上の問題に過ぎないが、以上の理由により、本稿では「消費者動産」の訳語を用いることにする。なお、ドイツにおいても、474条の Verbrauchsgüter は「Verbrauchbare Sachen」の意味で使われているものではないので、あたかも消費される物としての語感を有する Verbrauchsgüter という用語の使用は誤っているとの指摘がある(MünchKomm/ Lorenz,, 7. Aufl. 2016, § 474 Rn. 1.)。
- (2) Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abändelung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L304, 64). 訳文については、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和(訳)「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」関西大学法学論集62巻3号436頁以下(2012年)参照。
- (3) BGBI. I, S.3642.
- (4) 消費者動産売買以外の改正については、Wendehorst, NJW 2014, 577、及び寺川 永「ドイツにおける EU 消費者権利指令の国内法化」関西大学法学論集64巻5号37頁以下参照。
- (5) BGB 制定時における危険負担制度の成立史については、北居功『契約履行の

- 動態理論Ⅱ 弁済受領論』（慶應義塾大学出版会・2013年）4頁以下（初出「売主瑕疵担保責任と危険負担の研究」法学研究69巻5号・6号・8号（1996年）参照。
- （6） BGB447条の要件については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂・1995年）21頁以下（右近健男執筆）、半田吉信「送付売買における危険負担」千葉大学法学論集12巻1号65頁以下（1997年）、小野秀誠『危険負担の研究』（日本評論社・1995年）503頁以下参照。
- （7） RGZ 111, 23;BGH NJW 1965, 1324;BGHZ 113, 106; Wertenbruch, JuS 2003, 626;Staudinger/Beckmann（2014）, § 447 Rn.18 ; Looschelders,Schuldrecht Besonderer Teil, 9 .Aufl.Rn.193.
- （8） MünchKomm/ Westermann, 7 .Aufl. § 447Rn. 4 ;Palandt/Weidenkaff,75. Aufl.2016, § 447.Rn.11.
- （9） Looschelders,a.a.O.Rn.192.
- （10） BGH NJW 2003, 3941;BGH NJW 2014, 454;Palandt/Weidenkaff,a. a.O. § 447Rn.11 ; Staudinger/Claudia Bittner（2014） BGB § 269Rn.12a; Lorenz、JuS 2004, 106.。なお、BGB447条の履行地をめぐる議論について、新田孝二『危険負担と危険配分』（信山社・1998年）105頁以下参照。
- （11） Medicus/Lorenz,Schuldrecht II Besonderer Teil,17.Aufl.Rn.54;Wertenbruch, JuS 2003, 625.
- （12） Looschelders, SchuldrechtAllgemeinerTeil,14.Aufl., Rn.230;Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil,21.Aufl.Rn.158; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl., Rn.14; Jost, Fitzer, Mohn, BB1997, 1165; BGH NJW 2003, 3341;BGH NJW 2014, 454.
- （13） 半田・前掲80・81頁参照。
- （14） 債務法現代化法の立法過程については、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣・2004年）339頁以下参照。
- （15） Ulrich Huber, Kaufvertrag, in Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I ,S.921.
- （16） Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.232ff.。委員会草案446条に関する邦語文献として、下森定／岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局・1996年）147頁以下（石崎泰雄執筆）参照。
- （17） Reinhardt, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1998, S141ff. は、委員会草案に反対

し、送付売買の本質から447条の危険分配を基礎づけることができるとして同条は維持すべきだとする見解を主張した。すなわち、送付売買の場合、契約上、売主は目的物を発送すべき義務のみを負い、運送すべき義務を負うものではない。売主は、運送人に目的物を引き渡せば売買契約上の給付行為を尽くしたことになるのである。運送に伴う危険の引受けは、契約の内容になっていないので、契約上の義務から売主が運送危険を引き受けたことを導き出すことはできないのである。したがって、運送それ自体は、債権者である買主のなすべき事柄であるので、運送危険は買主が負担すべきなのである。たとえ447条を BGB から削除したとしても、送付契約の本質に基づいて買主が運送上の危険を負担しなければならないのであるから、447条は維持すべきであると解した。

- (18) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.
- (19) A. a. O. Erwägungsgrund (14), 今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主に責任」判例タイムズ1117号（2003年）38頁以下参照。
- (20) Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2001, S. 3 ff.
- (21) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrecht, BT-Drs. 14/6040.
- (22) 前掲 RL 2011/83/Eu.
- (23) 前掲 RL 2011/83/Eu, Erwägungsgrund (55).
- (24) Sebastian Schermaul, JuS 2014, 782.
- (25) Faust, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Lorenz/Roth, 40. Edition, § 474 Rn. 50.
- (26) Faust, a.a.O. § 474 Rn. 51.
- (27) Wendehorst, NJW 2014, 583.
- (28) Schermaul, JuS 2014, 782; Faust, a.a.O. § 474 Rn. 47; MünchKomm/Lorenz, 7. Aufl., § 474 Rn. 40; Katharina Wagner, Der Einfluss Europas auf das BGB, 2016, S. 119;.
- (29) Faust, a.a.O. § 474 Rn. 48.
- (30) Faust, a.a.O. § 474 Rn. 48.
- (31) 半田・前掲67・68頁。
- (32) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権（第3版）』18頁（東京大学出版会・2005

- 年)、中田裕康『債権総論(第3版)』40頁(岩波書店・2013年)
- (33) 中島玉吉『債権総論』(金刺芳流堂・1928年)47頁、北川善太郎『債権総論』(有斐閣・1993年)38頁。
- (34) 富井政章『民法原論第3巻債権総論上』(1986年(1929年の復刻版)・有斐閣)97頁、鈴木祿弥『債権法講義(4訂版)』(創文社・2001年)272頁。
- (35) 潮見佳男『債権総論I(第2版)』(信山社・2003年)69頁以下。
- (36) 奥田昌道編『新版注釈民法(10)I』(2003年・有斐閣)234頁以下(金山正信・直樹執筆)。
- (37) 北居・前掲書68頁注126。