The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ新債務法における引渡し前の代物請求
Author(s)	田中, 宏治
Citation	阪大法学. 2006, 55(6), p. 63-77
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55357
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ドイツ新債務法における引渡前の代物請求

田中宏治

序文
第一章　瑕疵ある物の場合
第二章　目的物滅失の場合
要約

序文

「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」（民商一三三巻一号一頁（二〇〇五年一〇月））では、ドイツ新債務法（二〇〇二年施行）の今日的課題として、特定物売買の具体的論点を二つ取り上げた。そのうちの一つは、特定物売買での目的物引渡後の代物請求の問題であった。その検討の中では、目的物に瑕疵があるときの引渡前の代物請求の問題は、残された問題として指摘するに留めていた。[1] 本稿は、その残された問題を、引渡前の滅失の問題にまで広げて論争を紹介するものである。

順序としては、引渡前の代物請求の問題を引渡後の代物請求の問題との関連から紹介して（第一章）、引渡前の滅

失の問題に進みたい（第二章）。先に論争の内容を抽象的に説明すれば、個々の具体的事案を観察するに当たって、当事者の利益状況の比較を重視して具体的諸事案を統一的に説明できる結論を導くためにある程度強引な解釈（要するに文理の軽視）は仕方がないと考えるか、それとも逆に、事案が異なれば結論は異なるという態度（要するに文理の重視）を取るのかどうか、の問題であろうと私は理解している。

従来の拙稿[2]におけると同様にここでも、私はドイツ民法学の状況を紹介することだけを意図している。拙稿を通じて、わが国の民法解釈学の論争に加わろうという意図は無い。

なお、以下で引用する法律はいずれもドイツ連邦共和国法である。

第一章　瑕疵ある物の場合

一　代物請求否定説

特定物売買において、瑕疵ある目的物以外の代物（交換）[3]を買主は請求することができるだろうか。

第一に、そもそも特定物売主の担保責任として、代物請求というものが認められるのだろうか。これを肯定する余地のない立法（あるいは解釈）もあり得る。つまり、特定物が引き渡されれば、それに瑕疵が有っても無くても、売主は債務を履行しているのであり、買主に残される権利は、売主の担保責任として特別に法定された権利だけであり、その法定された特別の買主の権利として代物請求権が規定されていなければ、代物請求はできない、という論理である[4]。しかし、新債務法の規定はそのような――特定物の代物請求を肯定する余地のない――ものではない。つまり、瑕疵ある物が引き渡されたときは、完全履行（追完）（Nacherfüllung）請求として、瑕疵のない物の給付を（Lieferung einer mangelfreien Sache）請求できると明文で規定され（四三九条一項）、その条文が特定物売買には適用

されないという定めは存在しないからである。したがって、特定物売買においても代物請求が認められる余地は全く無いということはない。

第二に、それでも、特定物売買の代物請求と言えば、違和感があろう。つまり、特定物売買においては、当該特定物以外の物の給付を請求できないのが当然ではないか、とも考えられるからである。これを厳密に言えば、次の二つの論理の組み合わせである。つまり、① 代物請求権は、本来の履行請求権と同一の給付を目的としなければならない、という論理と、② 特定物売買から発生する買主の債権（履行請求権）は特定物給付請求権でしかあり得ない、という論理である。[5] 言い換えれば、① 代物請求権は、瑕疵ある目的物引渡後の完全履行請求権として規定されているが、その完全履行請求権は引渡前の履行請求権と同一の給付（特定物給付）を目的としなければならない、という論理と、② 特定物売買を発生原因とする履行請求権は特定物給付請求権である、という論理である。[6] この①と②の二つの論理を肯定すれば、仮に――右に述べた通り――特定物の代物請求を認める余地のある明文の規定が存在しても、特定物における代物請求は否定される[7]（しかし、そのときは、代物請求を認める明文の規定の適用を特定物売買においては全く認めないことになる、という批判を甘んじて受けざるを得ない）。[8]

二　代物請求肯定説

したがって、逆から言えば、特定物売買でも代物請求は可能である、と肯定説（現在は肯定説が多数説である）[9] を主張するのであれば、右の①②の論理のいずれかを否定すればよい。つまり、①の論理を否定して、完全履行請求権は履行請求権とは必ずしも同一の給付を目的とはしない、と解釈するか、②の論理を否定して、特定物売買から発生するのは必ずしも特定物給付請求権ではない、と解釈できればよい。そうすれば、特定物売買での代物請求は

常にできない、とは言えなくなる。

まず、①の論理を否定することによって、特定物の代物請求を肯定する論理を見てみよう。完全履行請求権は、履行請求権とは必ずしも同一の給付を目的としなくてもよい、という論理である。履行請求権を持つ買主が、瑕疵ある物を引き渡されることによって、完全履行請求権（四三九条一項）を持つことになる。つまり、瑕疵ある物の引渡しによって、履行請求権が完全履行請求権に変化する（modifizieren）[10]。変化するのは、当事者の意思によるのではなく、法律の規定（四三七条及び四三九条）による。したがって、履行請求権が当事者の意思に基づく約定債権であるのに対して、完全履行請求権は法定債権である[11]。法定債権たる完全履行請求権の目的は、――当事者の意思ではなく――法律によって決まる。したがって、法律、ここでは四三九条が、履行請求権とは異なる給付を目的とする完全履行請求権を規定していると解釈することは十分にあり得ることなのである。

そして、現実に、――現時点では多数説となっている[12]――学説によれば、――右のような筋道を通って――①の論理は否定されている。つまり、完全履行請求権は、必ずしも特定物給付請求権でなくてもよい、と法律が解釈されているのである。

では、特定物給付請求権たる履行請求権は、いかなる給付を目的とする請求権に変化するのであろうか。給付請求権の目的物が、特定物に限定されなくなる。では、何になるのだろうか、何を買主は求めることができ、何をすれば売主は債務を履行したことになるのだろうか[13]。つまり、本来の履行請求権においては当事者の合意によって請求権の目的は、当該特定物の給付に限定されていた。その限定が、ぱかっと外れる、と言うのである。ところが、請求権の目的を当該特定物に限定しよう、というのが当事者の意思なのだから、限定が外れるということは、法律が当事者の意思を無視することになりそうである。そこで、当事者意思との関係で、さらに論理は二つに分かれて

行く。

三　代替可能・代物可能

一つは、あくまでも、完全履行請求権は法定債権であり、その給付の目的は当事者の意思とは無関係に決まる、という論理である。特定物売買で瑕疵ある目的物が引き渡された場合には、客観的性質によって判断してその特定物が他の物で代替可能な物であるときは、つまり、市場に代替物が存在するときは、その代替物の給付を請求できる、という論理である。[14] ここで、代替物については、明文の定義規定が存在する。

第九一条　この法律において「代替物（vertretbare Sachen）」とは、通常の取引において、数（Zahl）、大きさ（Maß）又は重さ（Gewicht）で定められる動産をいう。

目的物が代替物であるときは、特定物以外の物の給付によって履行することを買主は求めることができる、と言うのである。つまり、代物請求できるかどうかは、目的物の客観的性質で判断して替わりの物が存在するかどうか、つまり、当該特定物が代替可能（vertretbar）かどうか、代替物であるかどうか、によって決まる。つまり、当事者の意思とは無関係な客観的基準によって決まる、と言うのである。

しかし、これに対しては、反対がある。当事者の意思による目的物の限定を、当事者の意思とは無関係に外してしまうことについての反対である。それは、当事者の意思を重んじるべきとする私的自治の原則に反するのではないか、という考え方である。つまり、目的物がその特定物に特定しているのは、当事者の意思によるのであるから、それを外すのもまた、当事者の意思によるべきである、という考え方である。その考え方によれば、目的物の特定

は、法律の規定だけによっては外れない。当事者の意思を判断基準として、当該特定物以外の代物によっても履行が可能であれば、つまり代物可能（ersatzbar）であれば、代物の給付による履行を認めてよい、と言う。

では、ここで、当事者の意思を判断基準として、というのはどのような意味であろうか。仮に、契約成立時の現実の当事者の意思を基準として、当該「特定物」以外の物によっても履行が可能なのであれば、それは、当該「特定物」及びその他の物を包括する種類が合意されているに過ぎない。したがって、そこでは目的物は特定していないことになる。特定物売買ではなく、不特定物（種類）売買であることになる。したがって、代物可能かどうかの判断基準となるべき当事者の意思は、契約成立時の現実のそれではない。そうではなくて、瑕疵ある物が引き渡された後の時点から、契約成立時の当事者の仮定的意思を事後的に解釈したものでしかあり得ない。つまり、瑕疵ある物の引渡後の時点から見て、「その物」を目的物と定めるという契約成立時の当事者の意思が重要ではなく、「その物」に瑕疵があることを当事者が知っていれば「その物」以外の物の給付でも債務の履行を当事者が認めるであろう、と判断されるときは、代物可能となる。そして、そのような仮定的意思が認められるのは、特定された目的物と――契約の等価関係（Äquivalenzverhältnis）から――同等（Gleichwertigkeit）かつ――私的自治の原則（Privatautonomie）から――同種（Gleichartigkeit）の他の物が存在するときである。そして、その判断基準は、通常、その特定物売買が機能的（funktionell）・経済的（wirtschaftlich）に見れば「種類売買」のときである、と言うのである。[15]（しかし、それだからと言って、その売買は種類売買である、という批判[16]は当たらないことに留意する必要がある。なぜなら、瑕疵ある目的物が引き渡されて初めて代物請求できるからである。もし種類売買であれば、瑕疵があろうと無かろうと、契約成立直後から「代物」を請求できることになろう。）

四　引渡前の代物請求

次に、否定説を支える二つの論理（①と②）のうち、②の論理を否定して、特定物売買から発生するのは必ずしも特定物給付請求権ではない、と解釈することによって、特定物売買における代物請求を肯定する論理を検討してみよう。

そもそも、買主の権利がその特定物の給付に限定される、という売買を特定物売買と呼ぶのであるから、②の論理（特定物売買から発生する買主の権利は特定物給付請求権である）を否定することは、そもそも特定物売買という概念に矛盾しているよう見える。そこで、②の論理の否定は、そのような「特定物売買」という概念からの演繹によるのではなくて、次のような事案の比較という筋道を辿るのである。

右に見た肯定説によれば（二）、瑕疵ある特定物を引き渡された買主は、ある論理によればその特定物が代替可能であれば（代替物であれば）、またある論理によればその特定物が代物可能であれば、代物請求が認められる。すなわち、目的物が引き渡された後に目的物の返還と引き換えに代物の給付を求めることができる。それでは、もし買主が、何らかの事情によって、引渡前に目的物の瑕疵の存在を知った場合はどうであろうか。[17] もちろん、買主は瑕疵の存在を知りつつその目的物の給付を求め、その引渡しをいったん受けてから、――目的物が代替可能又は代物可能であるときは――完全履行請求として瑕疵ある物の返還と引き換えに――代物の給付を求めることができるだろう。そうであるならば、――いったん引き渡された物の返還と引き換えに代物請求するという――回り道をしないでも、特定物に瑕疵があり、それが代替可能又は代物可能でありさえすれば、いったん引渡しを受けることなく、売主が特定物を引き渡す前であっても買主は代物請求できる、と解釈すべきではないか、という論理である。[18]

右の論理は、履行請求権と完全履行請求権との同一性（①）を否定する論理とは異なって、目的物の引渡しを代

物請求の要件とはしていない。むしろ、引渡前にも代物請求を認める点にこそ眼目がある。では、そのような論理によって認められる代物請求権の発生原因は何か。つまり、そこでの代物請求権は、履行請求権なのだろうか、完全履行請求権なのだろうか。そのどちらかであるかによって、期間制限に差が生じる。履行請求権であれば、契約成立から（一九九条一項一号）三年間の消滅時効にかかる（一九五条）が、完全履行請求権であれば、――動産の――交付（Ablieferung）[19]から（四三八条二項）一年間の消滅時効にかかる（同条一項三号）からである。[20]

本来、買主の引渡前の権利は履行請求権であり、引渡後の権利が完全履行請求権である、ということからすると、引渡前の代物請求権は履行請求権でしかあり得ないという論理もあろう。つまり、売主は契約成立当初から、その特定物に瑕疵があるときは、その代わりに代物を給付する義務を負うことになる。[21]

そうではなくて、瑕疵ある目的物をいったん引き渡すという回り道を避けるために、特定物たる目的物に瑕疵があればそれだけで――引渡しを要せず――代物請求が引渡前に前倒しされて認められるべきである（四三九条一項の適用又は類推適用[22]が認められるべきである[23]）と考えるのであれば、そこでの代物請求は完全履行請求であるとも言えよう。[24]

しかし、このような引渡前の四三九条一項の適用又は類推適用に対しては、次の二つの反論がある。第一は、債務法改正の契機となった消費財売買指令においては、代物請求権は引渡後の買主の権利として定められているに過ぎないという反論である。[25]第二に、売主の責任が瑕疵ある物の引渡しによって担保責任に変化するのは、――買主から見れば履行請求権が完全履行請求権に変化するのは――引渡しによって履行についての信頼関係（Vertrauenstatbestand）が売主・買主に生じたことを前提としているのだから、そのような信頼関係が発生しない引渡前には四三九条の（類推）適用の余地は無いという反論である。[26]

第二章　目的物滅失の場合

一　比　較

さらに、特定物の代物請求の問題は、次のような展開も見せている。つまり、前章の問題は、瑕疵ある目的物が引き渡された後と前との比較の問題であった。今度は、瑕疵ある目的物が引き渡されたときと目的物が滅失したときとの比較の問題である。

例えば、自動車販売業者VがKに特定の新古車一台を売却し、引き渡した後に修補不能の故障が判明した。この場合には、――前章の代物請求肯定説によれば――KはVに代物請求できるわけである。

では、次の例ではどうだろうか。――

VがKに特定の新古車一台を売却し、引き渡し直前に第三者Dの過失による事故で目的物が大破した。このときは、特定物売買における目的物の――大破による――滅失という典型的な（いわゆる客観的＝すべての人にとっての）不能の事例であるから、その不能によって、売主は買主の履行請求を受けないことになる（二七五条一項）。

第二七五条第一項　給付が債務者にとって不能であるか又はすべての人にとって不能である限り、〔債権者は〕給付を請求することができない。

したがって、大破（滅失）の事例ではKはVに履行請求はできないことになる（他方、Kは代金を支払わなくてもよい〔三二六条一項前段〕）。そうすると、故障（瑕疵）のときは代物を請求できて（売主の責任は重い）、大破（滅失）のときは代物を請求できない（売主の責任は軽い）ことになる。どちらかと言えば、瑕疵があるとはいえ引渡しをしてい

る売主の方が、そもそも引渡しをしていない売主よりやるべきことをやっていると言えるだろうから、これは矛盾ではないか、と主張する者がいる。[27] そう考えれば、このような目的物滅失のときは、履行請求権は代物請求権として存続する――Kは他の新古車の給付を請求できる――と解釈せざるを得ない、と言うのである（少数説）。[28]

滅失の場合に代物請求権を肯定する論理を主張する者は、同じ論理が種類売買にも妥当する、と言う。すなわち、例えば、ビデオカメラの通信販売では、売主が目的物を運送業者に交付した時点で特定（集中）し（四七四条二項及び二四三条二項）、運送中の事故によって特定した目的物に瑕疵が生じたときは、瑕疵ある目的物の引渡しを受けた買主は、――その論理を主張する者によると――代物を請求できる（四三九条一項）。これに対して、運送中の事故によって特定した目的物が滅失したときは、――引渡前には危険は買主に移転していないので（四四六条前段）――買主は代金を支払わなくてもよい（三三六条一項前段）が代物を請求することもできなくなりそうである。[29] それでは「矛盾」なので、目的物滅失のときも、履行請求権は代物請求権として存続すると言う。[30] しかし、やはり、この論理に対しても、それは矛盾ではないという意見が対立している。[31]

二　否定説

しかし、右の論理に対しては次のような説得力溢れる反論（否定説）が展開されている。つまり、「〔第二の〕滅失の事例では三二六条一項によって売主は代金請求権を失い、他方〔第一の故障による〕代物給付の事例では売主は代金請求権をもちろん失わないのだから、これら二つの事例は同一の次元で評価されるものではない。第二の事例より第一の事例で売主は不利（schlechter）になるのではなく、単に異なる（anders）だけなのである。[32]」そして、この反論によって、前章の瑕疵ある物の引渡前の代物請求の問題よりも、目的物滅失の場合の方が、その比較の説得力は小さい。[33]

それでも、これに対しては、次のように再反論される。つまり、有利・不利というのは個々の事案によって異なるのだから、故障の事例の売主の方が不利だとは一概に言えないというのは確かにそうであろう。しかし、故障の事例では売主は代物を給付することによって代金請求権を失わないでいることができるし、買主は代金を支払いつつ代物給付を請求することもできる。にもかかわらず、大破の事例では売主にも買主にもそのような選択肢は認められない。そのような異なる取り扱いが生じるのはどうしてか。その異なる取り扱いこそが正当化されていないと再反論するのである。[34]

これに対する再々反論としては、異なる社会的事実に異なる法規範が適用されるのは当然だとすれば、目的物の故障と大破とが異なる社会的事実である以上、それに適用される法規範が異なるのは当然である。言い換えれば、異なる取り扱いの正当化としては、故障と大破とは異なるからだ、ということに尽きる、と再々反論できるのであろう。[35] それだからこそ、故障に適用される担保責任と、大破に適用される一般給付障害（債務不履行）とは、別の法制度として、――立法者は両者を近づけようとしたかもしれないが――区別されて立法されているのである。[36]

三　瑕疵との区別の困難

この他、肯定説に有利に働くのが次の論理である。つまり、瑕疵ある目的物が引き渡される場合と、目的物が滅失する場合とでは、区別が困難な場合がある、と言う。つまり、廃車にしなければならないほど著しく故障した自動車が引き渡されたときは、それは、瑕疵ある自動車が引き渡された、とも認められよう。しかし、そのような「自動車」は屑鉄としての価値しかないのだから、自動車としては滅失している、と認めるべきかもしれないからである。[37]

しかし、これに対しては、引渡しの有無で、担保責任の発生の有無は判断されるのだから、区別は困難ではない、と真っ向から反論されている。[38] 引き渡された瑕疵ある自動車の市場価値が全く無くても、引き渡されている以上、それは引渡前の滅失とは異なり、担保責任が生じる、と言うのである。

そもそも右のような「矛盾」が存在するという論理は、目的物が滅失するときは、履行請求権は不能になるという点に由来している。そこで、もし、引渡後の代物請求が認められない特定物、つまり、目的物が代替不可能又は代物不可能であるときに限って、目的物の滅失は不能と評価され、それ以外の――代替可能な又は代物可能な――特定物の滅失は給付を不能としない、という不能概念自体を修正する解釈を採れるのであれば、ここでの「矛盾」も生じる余地が無くなることになろう。[39]

しかし、特定物売買での目的物滅失は、――その特定物が不代替物か等を問わずに――給付の不能の典型であったし、今後も――新債務法の下で――あり続けることが改正資料からも明らかであることから、[40] 不能概念自体を修正する解釈は採られていない。

要　約

特定物売買において瑕疵ある目的物が引き渡されたときは、完全履行請求としての代物請求が――目的物が代替可能（vertretbar）又は代物可能（ersatzbar）であることを要件として――認められる、という学説が多数を占めるに従い、二つの問題が提起された。つまり、第一に、瑕疵ある特定物の引渡後に代物請求が認められるのであれば、何らかの事情で引渡前に買主が瑕疵の存在を知ったときは、引渡前においても代物請求が可能なのではないか。第二に、瑕疵ある特定物が引き渡されたときに代物請求が認められるのであれば、特定物が引渡前に滅失したときも代物請

求が可能なのではないか。しかし、そのいずれの問題についても、肯定説は少数に留まっている。

（1）　拙稿・民商一二三巻一号一頁、三六頁注(98)。

（2）　右民商論文の他、「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪法五五巻三・四号二〇七頁（二〇〇五年一一月）及び「ドイツ新債務法四四四条と企業買収」阪法五五巻五号一頁（二〇〇六年一月）。

（3）　代物（Ersatz）を求めることは、要するに交換（Umtausch）を求めることであり、「交換」と充てる方が日常用語としては分かり易い（馬場圭太「EU指令とフランス民法典――消費動産売買指令の国内法化をめぐる動向」甲法四六巻三号〔二〇〇五〕六九頁、七九頁参照）。しかし、ドイツ法では「代物（Ersatz）」と「交換（Umtausch）」を区別せずに同義に用いる例（vgl. *Müggenborg*, NJW 2005, 2810, 2811）は稀である。したがって、ここでは「代物」と充てる。もちろん、交換〔契約〕（Tausch）はさらに別義である。

（4）　この論理がわが国で法定責任説と名付けられているものであることについては多言を要しない。

（5）　*Tiedtke/Schmitt*, JuS 2005, 583, 584 が分かりやすい。

（6）　拙稿・民商一二三巻一号一頁、二八頁。

（7）　代物請求否定説に与する学説の列挙は、拙稿・民商一二三巻一号一頁、三二頁以下注(58)。日本法については、言及する学説が少ないだけに、明確に代物請求否定説を採る、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、二〇〇五）二七六頁の存在が光る。

（8）　完全履行請求として代物請求を明文で定める四三九条一項が、特定物売買を除外していないことは、差し当たり、特定物の代物請求肯定説に傾く根拠となる。しかし、それが四三九条一項の唯一の文理解釈ではないことについては、拙稿・民商一二三巻一号一頁、二四頁参照。

（9）　*Fest*, ZGS 2005, 18, 18 ; *Gruber*, JZ 2005, 707, 708.

（10）　BT-Drucks. 14/6040, S. 221 ; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, Einführung S. XXV ; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rdnr 504 ; *Palandt-Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 439 Rdnr 1. 詳しくは拙稿・民商一二三巻一号一頁、二〇頁以下注(50)参照。

(11) *Canaris*, JZ 2003, 1156, 1156.

(12) *Fest*, ZGS 2005, 18, 18 ; *Gruber*, JZ 2005, 707, 708.

(13) 特定物売買においても目的物が特定物に限定されなくなるという結論に思考が向き過ぎて、では何を請求することになるのかを慮っていない論述も見受けられる。Vgl. *Derleder*, NJW 2005, 2481, 2482.

(14) *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2119. 日本法については、石田穣『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院、一九八二）一五〇頁、磯村保ほか『民法トライアル教室』（有斐閣、一九九九）〔磯村〕三一六頁参照。星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、一九八六）一三五頁、潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、二〇〇二）一九一頁もまた肯定説を採るが、その判断基準についての言及はない。

(15) *Canaris*, JZ 2003, 831, 835 において主張された学説である。これに従う代表的論者として、*Köhler/Lorenz*, Schuldrecht II, 17. Aufl., 2004, S. 50f. 詳しくは拙稿・民商一三三巻一号一頁、一二六頁以下参照。

(16) *Ackermann*, JZ 2003, 1154, 1156.

(17) 仮に買主が、引渡前にではなく契約成立前に瑕疵の存在を知っていたにもかかわらず、契約を締結したときは、売主に瑕疵担保責任は生じない。つまり買主の代物請求は認められない（四四二条一項）。

(18) *Gruber*, JZ 2005, 707, 710.

(19) 交付（Ablieferung）とは、引渡し（Übergabe）をする者の単独の（行為者の意思に基づかないで法律効果を生じさせる）事実行為であり、引渡しを受ける者にとって目的物が検査可能になることによって完了する（BGHZ 93, 338）。

(20) 期間制限の点における差違に加えて、代物給付に費用が掛かり過ぎるときの給付拒絶の要件についても、拒絶の根拠条文が二七五条二項か四三九条三項かで差違が生じ、後者を根拠とする方が拒絶は容易となると指摘する者がいる（*Fest*, ZGS 2005, 18, 19）。この問題はむしろ給付拒絶という、この先の論点であるので、本稿においては問題の指摘に止めたい。

(21) vgl. *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2004, S. 95 u S. 100.

(22) MünchKomm.-*Ernst*, 4. Aufl., 2003, § 323 Rdnr 29.

(23) *Balthasar/Bolton*, ZGS 2004, 411, 413.

(24) 本稿では一応論理の違いを意識して説明を分けたが、発生原因の問題（履行請求権か完全履行請求権か）については、問

題意識は鮮明とは言えない。Vgl. *Gruber*, JZ 2005, 707, 710.

(25) *Fest*, ZGS 2005, 18, 20.

(26) *Bamberger/Roth-Faust*, BGB, 2004, § 433 Rdnr 17.

(27) *Ackermann*, JZ 2003, 1154, 1154; *Faust*, ZGS 2004, 252, 254; *Balthasar/Bolton*, ZGS 2004, 411, 412.

(28) *Balthasar/Bolton*, ZGS 2004, 411, 413.

(29) *Bamberger/Roth-Faust*, BGB, 2004, § 439 Rdnr 21; *Wertenbruch*, JuS 2003, 625, 632.

(30) *Balthasar/Bolton*, ZGS 2004, 411, 413.

(31) *Lorenz*, ZGS 2003, 421, 422; *Bamberger/Roth-Faust*, BGB, 2004, § 439 Rdnr 21. *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, Einführung S. XXIV によれば、そもそも種類売買の特定後の目的物滅失においては、特定物売買の目的物滅失におけるのとは異なり、代物請求は一律に認められない。

(32) *Canaris*, JZ 2003, 1156, 1156. *Fest*, ZGS 2005, 18, 20 〜も同旨。

(33) Vgl. *Gruber*, JZ 2005, 707, 710.

(34) *Faust*, ZGS 2004, 252, 254 が明快である。*Gruber*, JZ 2005, 707, 709 〜も同旨。

(35) *Canaris*, JZ 2003, 1156, 1156f. の趣旨を私はこう理解している。

(36) *Gruber*, JZ 2005, 707, 712.

(37) *Balthasar/Bolton*, ZGS 2004, 411, 412; *Gruber*, JZ 2005, 707, 711.

(38) *Fest*, ZGS 2005, 18, 20.

(39) *Gruber*, JZ 2005, 707, 711.

(40) BT-Drucks. 14/6040 S. 84; *Gruber*, JZ 2005, 707, 711.