

Title	二重売買における危険負担補論：当事者間の財産割当論
Sub Title	Zur Regel : commodum eius esse debet, cuius periculum est
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2025
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.54 (2025. 2) ,p.[1]- 25
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	片山直也教授・鹿野菜穂子教授・本郷亮教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20250225-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

二重売買における危険負担補論

——当事者間の財産割当論——

北 居 功

- 一 はじめに
- 二 引渡しによる危険移転
- 三 第二売買代金の帰趨
- 四 当事者間の財産割当論

一 はじめに

平成 29 (2017) 年法律第 44 号による民法改正（いわゆる債権法の改正）は、物権の設定または移転を内容とする双務契約（典型的には売買契約）での対価危険を債権者（買主）が負担すると定め（第 1 項）、種類売買でも特定時から債権者が対価危険を負担する（第 2 項）と定めていた民法第 534 条を削除した。これにより、改正民法は¹⁾、売主が対価危険を負担することへと危険負担の規定を大きく変更しつつ（第 536 条第 1 項）、「引渡し」によって対価危険が買主に移転することも定めている（第 567 条第 1 項後段）。

この改正を支える基本的な思考は、改正前第 534 条が買主が危険を負担することを明文で定めていたにもかかわらず、すでにその合理性が疑われてきたことに由来する。「利益が帰する者に危険も帰する（cuius est commodum, eius est periculum.）」²⁾ため、売買目的物の果実は買主が取得できるが、その反面で、目

1) 以下、平成 29 (2017) 年法律第 44 号による民法改正とそれ以降の改正も含んだ現在の民法を、「改正民法」と表記する。

目的物の滅失を買主が負うとするのは均衡を欠く。とりわけ、二重売買では目的物が偶然事によって滅失した場合、売主が双方の買主から代金を二重取りできると解する余地もあり、そのような結論はまったく支持されないはずである。

その結果、当事者の合理的な意思解釈を通じて、売買における対価危険は、支配が移転するまでは売主が負担しつつ、支配が移転することで買主に移転するとの解釈が広く認められていた。現行民法は、上記の支配移転論を受け継ぎつつ、「引渡し」によって対価危険が移転することを定めた（第 567 条第 1 項後段）。改正前の支配移転説は、不動産売買の場合に登記または引渡しのいずれかによって支配が移転するとしてきたが、改正民法は対価危険の移転を「引渡し」へと一元化した。これによって、二重売買において第一買主が引渡しを受けつつ第二買主が移転登記を具備した後に目的物が偶然事によって滅失した場合に、やはり売主が二重に売買代金を受け取ると解する不合理は回避される。

では、改正民法は、二重売買での売主の代金二重取りの問題を解決したといえるのであろうか。実はなお、改正民法でも、この問題は解決されていないとする余地がある。そのため、本稿は、占有改定による引渡しによって危険が買主に移転するのかという問題をまず検討しつつ、それを認めた場合に二重売買での占有改定と現実の引渡しによる危険移転問題を確認し（以下、「二」を参照。）、仮に第二売買に基づいて売主が代金を取得できるとしても、その売買代金を第一買主が売主に引き渡すよう請求できないかという問題を検討することで（以下、「三」を参照。）、改正民法における危険負担制度の下での二重売買問題を解決すべく、その方策を探求しよう²⁾。

2) 改正前の民法における二重売買問題については、北居功「二重売買と危険負担——危険負担制度と契約解除制度の競合」法学研究第 84 巻第 12 号〔斎藤和夫教授退職記念号〕（2011 年）425 頁以下を参照。

二 引渡しによる危険移転

1. ドイツ法

(1) 引渡しの意義

ドイツ民法典 (BGB) は、その制定時に、対価危険に関するローマ法以来の買主危険負担主義からゲルマン法由来の売主危険負担主義へと転換したが (BGB 改正前第 323 条第 1 項)³⁾、この危険負担の基本思考は、2002 年施行の債務法の現代化法による BGB 改正にも受け継がれて、現在に至っている (BGB 第 326 条第 1 項第 1 文)。その上で、BGB は、引渡しによって対価危険が売主から買主に移転すると定めている。なお、債務法の現代化法による BGB 改正前第 446 条第 1 項が引渡しによる危険の移転を定め、不動産については BGB 第 446 条第 2 項が登記または引渡しのいずれかで買主に危険が移転すると定めていた。債務法の現代化法は、この BGB 第 446 条第 2 項を削除して、引渡しによる危険移転原則に一本化している (BGB 改正第 446 条)。そもそも買主が引渡前に所有者として登記されることが稀であり、不動産売買では売買当事者が危険移転時を合意するのが通常であり、物を支配していない買主が登記によって危険を負担するというのは利益に適わないため、BGB 改正前第 446 条第 2 項が「実務で何らの役割も果たしていない」と評価されたためである⁴⁾。

そこでまず、対価危険を買主に移転させる引渡しには、所有権移転を伴う必要があるのかどうかの問題となる⁵⁾。そもそも、所有権の移転問題は第三者との関係に関する問題であり、当事者間での対価危険の負担問題に直接かかわるわけではない⁶⁾。たとえば、所有権留保の許で売買契約が締結されて売買物が買主に引き渡された場合でも、対価危険は買主に移転する⁷⁾。しかし、所有権

3) 売買における危険負担の買主負担から売主負担への転換は、ローマ法原則からゲルマン法原則への転換、双務契約における双方債務の密接な関連性と、二重売買や他人物売買での買主危険負担原則の不当な結論回避の三点が理由とされていた。この危険負担原則の転換についての詳細は、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）9 頁以下を参照。

4) BT-Drucks., 14/6040, S.203.

と共に引渡しも行われるなら、少なくとも動産では、売主の売買契約に基づく債務はすべて履行される。ここでの対価危険の移転は、売主の債務の履行が対価危険の移転をもたらすこととなるため、BGB 第 446 条によるのではなく、BGB 改正前第 323 条第 1 項（改正第 326 条第 1 項第 1 文）の結果とする見解もある⁸⁾。しかし、対価危険の負担問題が、契約締結時から履行時までの偶然事による売買目的物の滅失または損傷を扱う問題である限り、売主の債務の履行が完了すればもはや対価危険の負担は問題とはならず⁹⁾、むしろ、履行完了後の目的物の滅失または損傷（物危険）は物の所有者が負担すべきこととなる

5) Heinrich TITZE, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig, 1900, S.255f.; Ernst WISNEYER, Das Princip des Gefahrübergangs beim Kauf., München, Diss., 1910, S.56. しかし、Günter HAGER, Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, 1982, S.53f. は、立法時には、以上のような所有権の移転も含めた引渡しが想定される議論も見いだされるが、今日では、所有権移転を伴う引渡しを求める見解は克服されたとしている。

6) HAGER, a.a.O., Fn.5, S.67f.; Martin BAUER, Periculum emptoris, Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, Berlin, 1998, S.196.

7) Karl KOBER, Staudingers Kommentar zum BGB., Bd.2, 7/8 Aufl., München/ Berlin, 1912, § 446, S.618; Philipp HECK, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen, 1929, S.260f.; Erich MOLITOR, Schuldrecht, Bd.2, München, Berlin, 1949, S.18; Josef ESSER/ Hans-Leo WEYERS, Schuldrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg, 1991, S.95.

8) WISNEYER, a.a.O., Fn.5, S.56.

9) Karl ADLER, Der Übergang der Gefahr beim Handelsrecht, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR), Bd. 72, 1912, S.399; Hans BOETTGE, Die Gefahrtragung beim Mobiliarkauf im Falle der Übergabe der verkauften Sache durch die Traditionssurrogate der §§ 929 II, 930, 931 BGB., Wuppertal=Elberfeld, Diss., 1930, S.40 u. 57; Paul Chr. FILIOS, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446) im Rahmen des Synallagmas, Berlin, 1964, S.15; Hans BROX, Die Gefahrtragung bei Untergang oder Schlechterung der Kaufsache, in JuS., 1975, S.4; Harm Peter WESTERMANN, Gefahr und Gefahrübergang im Schuldrecht, in JA., 1978, S.484; Rolf BIEDERBECK, Gefahrübergang bei Säumnis des Käufers im deutschen und amerikanischen Recht, Marburg, Diss. 1982, S.8; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1986, S.97; ESSER/ WEYERS, a.a.O., Fn.7, S.95; Hans Theodor SOEGEL (hrsg.) / Ulrich HUBER, BGB., Bd.3, 12 Aufl., Stuttgart/ Berlin/ Köln, 1991, Vor § 446, Rz. 18, S.594.

(casum sentit dominus) ¹⁰⁾。

(2) 占有改定による危険移転

次に、占有改定（BGB 第 930 条）が危険移転をもたらす「引渡し」（BGB 第 446 条）となるのが問題となる。もとより、起点とされるべきなのは、当事者が如何なる意思で占有改定を合意したのかという契約解釈であり、一概に回答が与えられるものではない ¹¹⁾。しかし、契約解釈を通じても明らかとならない場合に、法解釈問題が提起される。

そもそも、何故に、引渡しによって売買物に生じる滅失または損傷の危険が売主から買主に移転するのであろうか。法的に見れば、もちろん、売買物を支配する者が、その物を監視する可能性を通じて、物に生じ得る危険を回避する最適な地位にあり ¹²⁾、また、その物に生じた危険が責めに帰すべき事情によるのか、それとも、偶然事によるのかの証明を最適に負担できるためである ¹³⁾。そしてまた、こうした支配領域の観点は、「利益が帰する者に危険も帰

10) KOBER, a.a.O., Fn.7, § 446, S.618; Wilhelm REINHART, Die Gefahrtragung beim Kauf, unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs, Berlin, Diss., 1998, S.27.

11) たとえば, Larenz, a.a.O., Fn.9, S.96.

12) KOBER, a.a.O., Fn.7, § 446, S.618; Rolf DEGENKOLB, Die Gefahrtragung beim Wahlkauf nach dem Rechte des BGB., Jena, Diss., 1928, S.19; Paul OERTMANN, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2.Abteilung, 5.Aufl., Berlin, 1929, S.558; Ludwig ENNECCERUS/ Heinrich LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1954, S.404; MOLITOR, a.a.O., Fn.7, S.18; BOETTGE, a.a.O., Fn.9, S.40; Hans Theodor SOEGEL (hrsg.) / Kurt BALLERSTEDT, BGB., Bd.2, 10.Aufl., Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz, 1967, § 446 Rz.2 S.598; Vassilios VATHIS, Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und EKG-Recht, Frankfurt am Main/ Berlin/ Las Vegas, Diss., 1977, S.35; HAGER, a.a.O., Fn.5, S.68f. u. S.71f.; SOEGEL (hrsg.) / HUBER, a.a.O., Fn.9, Vor § 446, Rz. 17, S.594; REINHART, a.a.O., Fn.10, S.26ff.

13) HAGER, a.a.O., Fn.5, S.72; SOEGEL (hrsg.) / HUBER, a.a.O., Fn.9, Vor § 446, Rz. 17, S.594; REINHART, a.a.O., Fn.10, S.26ff. u. S.61ff.; Hans Theodor SOEGEL (hrsg.) / Johannes WERTENBRUCH, BGB., Bd.6/1b, 13.Aufl., 2024, Stuttgart, § 446, Rz.17 u. 38.

する（*cuius est commodum, eius est periculum*）」（法学提要第3巻第23法文第3節参照）との考え方にも一致するとされる¹⁴⁾。

ただし、占有改定による支配とは、所有権の移転ではなく、当事者間で所有権が移転されることを意味するともされる¹⁵⁾。つまり、法的に完全な所有権の移転ではなく、当事者間に限られたいわば経済的な所有権の移転で足りるとする見解である¹⁶⁾。すでに見たとおり、法的な所有権が移転した後に目的物が偶然滅失した場合には、本来は、もはや売買の危険負担の問題ではなく、所有者の危険負担の問題となるため、所有権移転と危険移転を分離する通説の理解が一貫する。また、引渡しとは別に所有権移転をもたらし登記によって危険を買主に移転させる BGB 改正前第 446 条第 2 項は、双務契約における交換思想の観点から体系に反するとさえみなされていた¹⁷⁾。それと平仄を合わせるなら、動産でも引渡しとは別に所有権移転による危険移転を認めるのが双務契約における交換思想に対する体系違反となるのであるから、そもそも所有権移転をもたらし要素を危険移転の要因としない通説が支持されよう¹⁸⁾。この当

14) Roland Michael BECKMANN, Staudingers Kommentar zum BGB., 2023, § 446, Rz.11. 法学提要第3巻第23法文第3節「しかし、売買が成立したなら……売買された物に関する危険は、物が買主にいまだ引き渡されていなくても、すぐに買主に移転する。それ故に……土地が水流によって全部または一部押し流される……なら、それは、買主が物をまったく〔または全部は〕手にしていないにもかかわらず、代金を支払わなければならない買主の損害である。というのも、売主の故意および過失なしに生じることのすべてで、売主は請求権を前にして確実なためである。しかし、売買契約の締結後に、何かが漂ってきて土地が膨張するなら、その利益は買主に帰する。というのも、危険を負う者は利益も手にしなければならないためである（*nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.*）」（傍点筆者）。

15) Mathias SCHMOECKEL/ Joachim RÜCKERT/ Reinhard ZIMMERMANN (hrsg.) / Wolfgang ERNST, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB., Bd.3, 1. Teilbd., Tübingen, 2013, §§ 446, 447, Rz.9, S.137f.

16) Felix MAULTZSCH, Münchener Kommentar zum BGB., Bd. 4, 9. Aufl., München, 2024, § 446, Rz.3.

17) HECK, a.a.O., Fn.7, S.260.

18) SCHMOECKEL/ RÜCKERT/ ZIMMERMANN (hrsg.) / ERNST, a.a.O., Fn.15, §§ 446, 447, Rz.9, S.137f.

事者間での支配とは、経済的に見れば、売買物を支配する者は、物を経済的に利用する可能性も引き出すことができるため、利用によって経済的利益を受けるのであれば、反面で、物に生じる危険の不利益も甘受すべきとも説かれる¹⁹⁾。こうして、引渡しによる売主から買主への危険移転は、監視可能性と利用可能性が買主に移転することに基礎付けられる²⁰⁾。

したがって、占有改定が売主から買主に危険を移転させるのに十分なのかどうかは、占有改定によって監視可能性と利用可能性が売主から買主に移転するのかどうかで判断される。そこで、占有改定は、売主が引き続き物を占有下に置いて、その物を監視することになる以上、買主に危険を移転するには十分ではないとする見解も主張される²¹⁾。これに対して、たとえ占有改定によって監視可能性が買主に移転しないとしても、買主が物を利用する可能性を有するのであれば、それによって買主に危険を負担させるに十分な理由となるとする見解もある²²⁾。

では、具体的に占有改定によって買主が目的物の経済的な利用可能性を手

19) HECK, a.a.O., Fn.7, S.260; Franz LEONHARD, Besonderes Schuldrecht des BGB., Das Schuldrecht des BGB., Bd.2, München/ Leipzig, 1931, S.16; ESSER/ WEYERS, a.a.O., Fn.7, S.95; Larenz, a.a.O., Fn.9, S.96f.; FILIOS, a.a.O., Fn.9, S.62; BROX, a.a.O., Fn.9, S.3; VATHIS, a.a.O., Fn.12, S.35; WESTERMANN, a.a.O., Fn.9, S.484.

20) FILIOS, a.a.O., Fn.9, S.16f.; VATHIS, a.a.O., Fn.12, S.35; BECKMANN, a.a.O., Fn.14, § 446, Rz.11.

21) ADLER, a.a.O., Fn.9, S.400. は、こうした考え方があり得ることを提示しつつも、BGB 自体が監視可能性を基準とした危険移転法理を認めていないとして、それに反対する。事実、DEGENKOLB, a.a.O., Fn.12, S.19. は、監視可能性がないため占有改定による危険移転を否定する。また、TITZE, a.a.O., Fn.5, S.257. および WISNEYER, a.a.O., Fn.5, S.56. は、売主の債務の履行と危険移転を結び付けるため、所有権移転と占有移転により任意の利用が可能となっても占有改定では危険移転に十分ではないとする。

22) BROX, a.a.O., Fn.9, S.4; BIEDERBECK, a.a.O., Fn.9, S.9. 買主は、利用可能性は手に入れるが監視可能性を放棄したとするのは、FILIOS, a.a.O., Fn.9, S.67f.; Larenz, a.a.O., Fn.9, S.98; VATHIS, a.a.O., Fn.12, S.36. 単なる間接占有の移転では引渡しがないため危険は移転しないが、買主が直接占有と所有権の供与を請求できる場合には占有改定によっても危険が移転すると説くのは、WESTERMANN, a.a.O., Fn.9, S.484.

するのは、どのような場合であろうか。この点で、占有改定によって危険が買主に移転するかどうかは、売主が負う引渡義務の内容によって買主に物の経済的な利用可能性が移転するのかどうかで判断される。つまり、占有改定によって、売主の引渡義務が履行されたのか、それとも、直接占有の移転をなお必要とするのかである²³⁾。たとえば、売主が買主から引き続き目的物を賃貸借等に基づいて占有を続ける場合には、すでに占有改定によって売主の引渡義務は履行されるため、物に生じる滅失または損傷の危険は買主に移転する。したがって、売主は売買契約に基づく債務を履行している反面で、買主は直接占有を放棄しているのであるから、買主がそれ以後の物危険（periculum rei）を負担しなければならない²⁴⁾。買主が購入した物を占有改定によって一時的に売主に預ければ、売買関係は寄託関係へと移行して、買主は物の経済的な利益を享受できるため、対価危険は占有改定によって買主に移転する。

その反面で、たとえ占有改定によって所有権が買主に移転していても、なお売主が買主に現実の引渡義務を負う場合には、占有改定によって対価危険は買主に移転しない。たとえば、売主の店舗のショーウィンドに飾ってある品物を買主が買い受けて占有改定によって引き渡されるが、売主が商品の宣伝のためにしばらくの間当該商品をそのまま飾っておくこととして、後日、買主が品物を実際に受け取ることとした場合の如きである。このような場合には、たとえ占有改定によって所有権が買主に移転しても、目的物の経済的な利用はむしろ売主にあって、買主に対価危険が移転するとはいえない²⁵⁾。

23) BOETTGE, a.a.O., Fn.9, S.61ff.; Larenz, a.a.O., Fn.9, S.97; SOEGEL (hrsg.) / WERTENBRUCH, a.a.O., Fn.13, § 446, Rz.74.

24) BOETTGE, a.a.O., Fn.9, S.63ff. たとえば、売主と賃貸借を締結することにより占有改定が行われた場合には、占有改定後の目的物の滅失または損傷の危険問題は賃貸借の法理によって解決される。OERTMANN, a.a.O., Fn.12, S.558; ESSER/ WEYERS, a.a.O., Fn.7, S.95.

2. 占有改定での二重売買

(1) 占有改定による危険移転

改正民法の対価危険の移転を目的物の引渡しと結び付ける規定（第567条第1項）は、その根拠を、買主が目的物を実質的に支配する時点に求めている²⁶⁾。改正前は、支配が移転するまで売主が危険を負担すべきとする見解が浸透したが、この支配を所有権と結び付けるかどうかにも見解の対立があった。しかし、目的物に生じ得る危険を最良に回避できるのは目的物を支配する者であるため、この支配は所有権に基づく支配というよりも物理的な支配に結びつく。第567条第1項が規定する引渡しによる危険の移転も、こうした物理的支配を念頭に置いたものと推測される。

しかし、このことは、反面で、とりわけ占有改定によって目的物の物理的な支配が買主に移転しない場合には、支配が移転しない以上、危険も買主に移転しないと解する余地を残す。それでも、いったん売主が買主に現実の引渡しを行って直ぐにそれを取り戻す場合には危険が移転するにもかかわらず、そのプロセスを省いた占有改定では危険が移転しないとするのは均衡を失するであろう。では、占有改定によって、なぜ危険は買主に移転するのか。ドイツ法は、危険移転を所有権移転から切り離しつつ、支配移転の意味を当事者間での財産割当として、所有権とは別に経済的な利益の帰属として理解する。このような、当事者間での財産割当の考え方によれば、占有改定によっても、それ以後に買主が経済的な利用・収益可能性を獲得する限り、目的物を支配する地位の移転

25) Larenz, a.a.O., Fn.9, S.97; SOEGEL (hrsg.) / HUBER, a.a.O., Fn.9, § 446, Rz. 23, S.626; Heinz Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH (hrsg.) / Florian FAUST, Kommentar zum BGB., Bd.1, 3. Aufl., München, 2012, § 446, Rz.8; Harm Peter WESTERMANN, Münchener Kommentar zum BGB, München, 8. Aufl., 2019, § 446, Rz.7; BECKMANN, a.a.O., Fn.14, § 446, Rz.29f. もっとも、買主が無償で売主に寄託する場合に危険は買主に移転しないとするのは、MAULTZSCH, a.a.O., Fn.16, § 446, Rz.9. なお、KOBEL, a.a.O., Fn.7, § 446, S.620. は、占有改定でも引渡しによる買主への危険移転を一般的に認めており、通説も同様と説くが、他方で、ENNECCERUS/ LEHMANN, a.a.O., Fn.12, S.404. も、占有改定でも引渡しによる危険移転をもたらすとしつつも、信義則によって制限される余地があると説いている。

26) 部会資料 43・62 頁。

を観念することができる。

ところが、我が国では、所有権が引渡時にではなく売買締結時にすでに買主に移転すると解釈されているため（第176条参照）、売買時点で所有権を通じて目的物は買主に割り当てられており、ただ、対価危険の移転が引渡しに結び付けられているにすぎない。したがって、対価危険の移転では、現実の引渡しによる支配移転による対価危険の移転を原則としつつも、売主の売買目的物の引渡義務が占有改定によって履行されて、買主に目的物の経済的な利用可能性が移転すれば、売買された目的物の支配関係は買主に移転して終了し、その後は、動産であれば占有改定を基礎付ける契約関係へと移行すると理解すべきことになろう。

もとより、第一義には契約の解釈によるが、それによって明らかとならない限りで、売買契約における危険の移転については、たとえば、売主が売買目的物を引き続き利用すべく買主と賃貸借契約を締結する場合、占有改定によって売主の引渡義務は履行され、売買目的物の危険は買主に移転する。当事者の関係は、それ以後、賃貸借関係に移行し、目的物が偶然に滅失した場合には、使用収益債務の履行不能によって賃貸借契約は終了して（第616条の2）、対価危険と目的物の損失を所有者である賃貸人（＝元の買主）が負担する。

（2）占有改定による二重売買

では、目的物が売買されて目的物が第一買主に占有改定によって引き渡された後に、その目的物がさらに売買されて第二買主に現実引き渡された後に偶然滅失する場合はどうなるか。第一買主に対する引渡義務が占有改定によって履行される限り、対価危険は第一買主に移転しつつ、現実の引渡しを受けた第二買主にも移転すると思われる。しかし、売主に代金の二重取りを認める結論は支持し難い。

まずは、第一売買についてみてみよう。第一買主は、目的物の占有改定によって売買に基づく危険を負担しなければならないが、目的物が動産で占有改定によって目的物の第三者にも対抗できる所有権を取得し（第178条・第183

条)、それにより履行が終了すれば売買契約関係は終了する。したがって、それ以後は、たとえば、元売主＝賃借人と元買主＝賃貸人の賃貸借関係に移行し、元売主＝賃借人が目的物を第二買主に売却するなら、他人物売買となる。しかし、第二買主に現実に引き渡された後に目的物が不可抗力で滅失するなら、元買主＝賃貸人は、元売主＝賃借人の目的物の用法義務・返還義務違反に基づいて、目的物の所有権を喪失した損害の賠償を求めることができる。このことは、第二買主が善意・無過失で目的物の所有権を即時取得した場合(第192条)にも同様である。

売買された不動産が第二買主に現実に引き渡されて登記も移転された場合には、第一買主は売主に対して登記移転義務(第560条)の不履行に基づいて契約を解除して、代金の支払を拒絶し、あるいは、その返還を請求できる。もっとも、売主が第二買主に現実に引き渡したが登記はまだ移転していない場合には、第一買主は、売主の登記移転義務の不履行を理由に契約を解除できない。もし、ここで契約解除を認めるなら、単純な二当事者間の売買で、売主が買主に引き渡したが登記を移転していない段階で目的物が偶然滅失した場合でも、買主は契約を解除できることとなって引渡しによる買主への危険移転の意味がなくなるためである。したがって、売主と第一買主との占有改定関係に基づいて、売主の第二買主への目的物の売却ないし現実の引渡しが第一買主の代金支払を填補しない限り、第一買主は代金支払分の損失を免れない。

次に、第二売買について考えてみよう。動産が第一買主に占有改定された後に、第二買主が善意・無過失で目的物の現実の引渡しを受ければ、所有権を即時取得できる(第192条)。その後に目的物が偶然滅失した場合、第二買主は所有権を取得したため、もはや他人物売買を理由に契約を解除できず、第二売買に基づく代金の支払義務を免れない。第二買主が悪意または有過失で現実の引渡しを受けた場合に即時取得は成立しないため、第二買主は目的物の所有権を取得できない。そこで、第二買主は売主の他人物売買に基づく所有権供与義務(第561条)の不履行に基づいて契約を解除できるであろうか。しかし、第二買主は第一買主が所有者であることを知らないしは知るべきであったなら、

売主の所有権の取得・移転義務の不履行は買主の責めに帰すべき事由として、第二買主は契約を解除できないであろう（第543条）。目的物が不動産であれば、現実の引渡しを受けた第二買主は、第一買主に先んじて移転登記を具備することで対抗できる所有権を取得できる（第177条）。そのため、第二買主は所有権を取得して売買契約を解除できず、第二売買に基づく代金の支払義務を免れない。第二買主が背信的悪意者であれば、第一買主の先行する所有権取得は覆されないが、第二買主は、目的物が偶然に滅失した後に売買契約を他人物売買として解除することはできない。ここでもやはり、売主の所有権取得・移転義務の不履行は第二買主の背信性によって妨げられているのであるから、第二買主の責めに帰すべき事由によるためである（第543条）。

こうして、第二売買契約については、現実の引渡しを受けた第二買主は、第二売買契約に基づく売買代金の支払義務を免れないように思われる。しかし、それでは、第二売買代金が第一売買代金よりも高額で、所有権の客観的取引価格をも上回るときには、売主にとって第二売買は利益をもたらす行為となる。いわんや、不動産売買で第一買主に占有改定され第二買主に現実の引渡しが行われたが登記がどちらにも移転していないか、あるいは、双方の買主に占有改定しか行われていない状況で目的物が偶然滅失する場合に、売主に二重の代金獲得を認めることにもなりかねない。果たして、売主にこうした利益の享受を認めることは、正当であろうか。

三 第二売買代金の帰趨

1. 中世の法学

ユスティニアヌスの許で編纂されたいわゆるローマ法大全の学説彙纂第18巻第4章第21法文（本稿では、以下、「パウルス法文」と呼ぶ。）は、パウルス問答集第16巻からの抜粋を採用した²⁷⁾。すなわち、相続人が遺産を売却して遺産問答契約を締結する一方で、その遺産の中の奴隷といった個別物を他にも売却した場合に、遺産の買主は、売主が事務管理者として個別物を他に売却した

ものとして、その個別物の売買代金の引渡しを求めることができるが、奴隷といった個別の物が二重に売買された場合には、第一買主は売主に対して第二売買代金の引渡しを求めることができない。なぜなら、「売却された奴隷に代わる売買代金は、物からではなく、行為から得られた (*pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.*)」ためである²⁸⁾。中世の法学は、パウルス法文を二重売買における第一買主の権利の一環として解釈し、遺産問答契約の相手方と個別物の第一買主が、第二売買代金の引渡請求で異なる扱いを受けることを問題として取り上げた。

注釈学派の中で、パウルス法文に初めて詳細に取り組んだのがアックルシウス (*Accursius*) であったとされる²⁹⁾。アックルシウスは、ひとが自身の行為の巧みさに基づいて手に入れるものを保持できることを強調するとされる³⁰⁾。アックルシウスによれば、学説彙纂第35巻第2章第3法文前節を手がかりとして、遺産売主がみすばらしい遺産を売却してもその利得を受遺者に引き渡す必要がない、というのも、彼はそれを、遺産ではなく、買主の愚鈍さに感謝するためであると説くという。アックルシウスは、この考え方を他の法文からも導かれる一般的な原則として理解できることを示しているとされ、個別物の二重売買でも、やはり売主は第二売買代金を手にすることができるはずである³¹⁾。

もっとも、アックルシウスにとって、売主がその行為の報酬として第二売買代金を獲得・保持できるとするなら、二重に売買をした者を偽罪 (*poena falsi*)

27) パウルス法文の翻訳は、飛世昭裕「パウルス文 (D.18.4.21) の解釈史——註釈学派から人文主義法学まで」北法第44巻第6号 (1994年) 1428頁以下、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社・2018年) 229-230頁を参照。パウルス法文の詳細な解説は、小菅芳太郎「パウルス文 (D.18.4.21) の解釈史」北法第44巻第6号 1416頁以下を参照。

28) 引用文はパウルス法文自体からの引用であり、第二売買代金が物に由来するのか、それとも、行為に由来するのかという命題が、ここに集約されている。

29) アックルシウスの標準注釈の内容については、飛世・前出注 27) 1440頁以下を参照。

30) Sylvia SELLA-GEUSEN, *Doppelkauf, Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters*, Berlin, Diss., 1999, S.82ff. 飛世・前出注 27) 1445-1446頁。

31) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.84. 飛世・前出注 27) 1446頁。

で処罰することを定める学説彙纂第48巻第10章第21法文（本稿では、以下、「偽罪処罰法文」と呼ぶ。）³²⁾との価値判断の矛盾が現れる³³⁾。したがって、いわば売主からその利得を取り上げて、第一買主がその引渡しを求めることができるとするのが「衡平」に適うため、アックルシウスは、ワイン買主が受領遅滞になる場合に売主がワインを放棄ないし自助売却できるとする学説彙纂第18巻第6章第1法文第3節を援用して、自助売却代金の引渡請求権こそ、二重売買における第一買主の第二売買代金の引渡請求権を基礎付けるとする³⁴⁾。

こうして、アックルシウスは、第一買主に第二売買代金の引渡請求権を認めることで、「衡平」に由来する個別事例判断を下し、売主に虚偽（*falsum*）に対する制裁を加えた。アックルシウスにとって重要なのは、偽罪的な売主が第二売買代金を保持すべきでないことであったとされる（*ex eodem facto non debet poenam, & praemium consequi*）³⁵⁾。しかし、このアックルシウスの衡平に基づく結論は、明らかにパウルス法文に反しているため、パウルス法文の注釈に詳細に取り組んだオドフレドゥス（*Odofredus*）は、なお、パウルス法文に忠実に、そして、偽罪処罰法文との整合性を図った上で、個別二重売買での第一買主の第二売買代金の引渡請求権を否定する。オドフレドゥスによれば、パウルス法文にはないものの、第一買主は売買契約締結後直ぐに代金を支払う義務があり、それを怠ると遅滞の非難を受けるとする³⁶⁾。第一買主がすぐに代金を払わなければ、売主は目的物を他に売却しても偽罪の処罰を受けない。この場合には、

32) 学説彙纂第48巻第10章第21法文「同じ物を全部として、二つの異なる契約を通じて売却した者が偽罪によって罰せられるのは、それが神である Hadrian が定めたとおりである。それには、裁判官を買収した者も含まれる。それでも、彼らは、彼らから彼らの財産が奪われることなく、有期の追放によって公正に緩和されて罰せられる」。

33) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.85.

34) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.88ff. 飛世・前出注 27) 1446 頁。

35) Horst Heinrich JAKOBS, *lucrum ex negotiatione*, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, Tübingen, 1993, S.61f.; SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.96.

36) ローマ法には買主の一般的な先給付義務の定めはないが、中世都市での小規模で手堅い商取引慣行は、発展していく信用売買に対してもなお原則取引形態として通用していて、それが買主の先給付義務の背景にあったとされる。SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.105.

第二売買は完全に有効である以上、その代金を売主が保持することに如何なる非難も向けられない³⁷⁾。これに対して、第一買主が売買代金を支払っていたなら、もちろん、売主の第二売買はもとより、その第二売買の代金保持も許されないことから、アックルシウスと同様に、第一買主の第二売買代金の引渡請求が認められるべきことになるという³⁸⁾。もっとも、売主が遅滞になる前に目的物が偶然に滅失すれば、物の引渡債務は消滅し、売主は自らの行為で第二売買代金を手に入れる以上、第一買主への引渡義務も免れるとする³⁹⁾。

それ以後、パウルス法文に忠実なこの解釈を承継するバルドゥスは⁴⁰⁾、買主が遅滞になる以上、売主が第二売買を締結できることを教会法に由来するいわゆるフグッキオ (Huguccio) の格言「契約に忠実な者だけが相手方の忠実を信頼できる (Fidem fragens fides frangatur eidem)」に基づいて正当化している⁴¹⁾。こうして、注釈学派と注解学派の許で、第二売買代金の引渡しを認めるアックルシウスの解釈は支持を受けなかった⁴²⁾。

37) 買主の遅滞を前提にして売主の第二売買の締結とその代金の取得の正当性を認めるオドフレドゥスの注釈の内容は、飛世・前出注 27) 1466-1447 頁、1478 頁を参照。

38) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.104ff.

39) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.100f. この場合、第一売買では買主が危険を負担するローマ法のルールから買主は代金支払義務を免れず、第二買主も代金を支払うことが前提とされているため、売主は代金の二重取りができてしまいそうであるが、オドフレドゥス自身はこの問題に回答していない。

40) SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.214.

41) この格言は、契約を守らない者に対しては契約を守る必要もないことを意味するため、行為基礎の脱落 (事情変更の原則) へと通じ、違反者に対して契約の履行または解除を主張し、あるいは、売買では、売主の代金支払請求に応じない買主に対して、売主が物の引渡しを拒むことを正当化したとされる。Friedrich MERZBACHER, Die Regel "Fidem frangenti fides frangitur" und ihre Anwendung, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung, Bd.68, 1982, S.347ff. 岩川隆嗣『双務契約の牽連性と担保の原理』(有斐閣・2020 年) 63 頁以下は、この格言が双務契約の牽連性をめぐる諸制度を基礎付けた歴史的経緯を論じる。13 世紀の中葉以降、市民法学者が勅法集第 2 巻第 3 章第 21 法文を解釈する際にこの格言を援用するようになり、債務不履行に基づく契約解除権をも基礎付けるようになったとするのは、Karl Otto SCHERNER, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, Wiesbaden, 1965, S.9ff. u. 41. を参照。

2. パンデクテン法学

人文主義法学でも、クジャス（Cujas）が、売主が二重売買で第二売買代金を獲得できるなら処罰を受けてはならないはずであるとし⁴³⁾、アントン・ファベル（Anton Faber）も、オドフレドゥスと同様に、売主が遅滞に陥っていない限りで二重売買を有効として、売主の第二売買代金の保持を認める。アックルシウスの結論は、法文に明らかに反するだけでなく、第一買主の代金支払がないことで売主が遅滞に陥っていない限り、むしろ、「衡平」に反しさえするという⁴⁴⁾。こうしてアックルシウスの見解が否定された後⁴⁵⁾、パウルス法文の解釈は取り立てた成果をもたられなかったとされる⁴⁶⁾。ところが、19世紀のドイツパンデクテン法学は、この法文を、異なるコンテキストで取り上げることとなった。

イエーリングによれば、そもそもパウルスは、行為に基づいて獲得される利得が利得ではないというのではなく、その利得は、ある者が物自体について責任を負っている場合にだけ引き渡される必要がないというにすぎないとする。この場合に、債権者は、代金ではなく、物自体しか請求できない⁴⁷⁾。結局、物の給付についてしか義務を負わない者は、物の何らかの処分によって得られ

42) たとえば、アレクサンダー・タルタグヌス（Alexander Tartagnus）も、この格言に基づいて、第一買主が忠実でない場合の第一売買の解除を前提にして売主の可罰性を否定し、第一買主の第二売買代金の引渡請求も否定する。SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.220ff.

43) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.65f.; SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.253f. クジャスの解釈については、飛世・前出注27) 1514頁以下、とりわけ1519-1520頁を参照。

44) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.66f.; SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.254f. ファベルの解釈については、飛世・前出注27) 1530頁以下、とりわけ1537頁を参照。

45) Wolfgang ERNST, Doppelkauf, Ein Panorama, in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München, 2005, S.118f.

46) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.62; SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.255. 16世紀および17世紀の文献は、買主が遅滞にあれば、売主が「偽罪」を問われることなく第二売買を締結できるとしていたという。SCHERNER, a.a.O., Fn.41, S.73f.

47) Rudolf JHERING, In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?, in ders, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Leipzig, 1844, S.59 u. Anm.1.

た収益を引き渡す必要がなく、このことは、物の偶然の滅失が彼をその責任から解放する場合にも当てはまる⁴⁸⁾。しかも、目的物が偶然に滅失しても、売買の危険は買主が負担するため、いずれにせよ、売主が第一買主と第二買主の双方から代金を二重取りできることを意味するはずであろう。すでに、オドフレドゥスはこの問題を意識しつつも回答を与えなかったが⁴⁹⁾、19世紀のドイツ法学は、普通法の買主危険負担を前提にして、二重売買における代金の二重取り問題を取り扱うこととなった⁵⁰⁾。確かに、イエーリングが開拓した問題であるとはいえ、二重売買での代金の二重取りという明らかに不合理な結論(「イエーリングの妖怪 (Schreckgespenst)」)⁵¹⁾は、後にイエーリング自身も考え直すこととなる⁵²⁾。

では、そもそもパウルス法文が提起したとおり、二重売買における第一買主の売主に対する第二売買代金の引渡請求はどう扱われるべきなのか。この問題を、代償が由来するのが物か行為かという伝統的な視点から解放したのが、モムゼンであった。モムゼンによれば、偶然不能によって「債務者は、自身が本来の目的物自体もその等価も給付する必要がなくても、不能をもたらした出来事によって彼の財産に入った代償を給付する義務を負う。すなわち、〈危険を負う者に代償も帰する (commodum eius esse debet, cuius periculum est.)〉」と説く⁵³⁾。さらに、モムゼンは、パウルス法文での個別物の第一買主が第二売買

48) JHERING, a.a.O., Fn.47, S.73.

49) 前出注 39)。SELLA-GEUSEN, a.a.O., Fn.30, S.111f. 飛世・前出注 27) 1465 頁、1478-1479 頁。ヤーコプスも、パウルス自身が提起した問題に基づいて二重売買での危険負担問題は回避できないため、パウルスは、二重売買では、代金の支払または引渡しが限り、売主がいずれの買主にも代金の支払を請求できないとの解決を示唆しているとする。JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.71ff.

50) 19世紀ドイツにおける代償請求権をめぐる議論の詳細は、田中・前出注 27) 207 頁以下を参照。二重売買の危険負担についての詳細は、北居・前出注 2) 425 頁以下を参照。

51) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.63.

52) Rudolf JHERING, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd.3, 1859, S.449ff. 北居・前出注 2) 435 頁以下を参照。

代金の引渡しを請求できないという結論は、債権者が危険を負担する場合はもちろん、債務者が危険を負担する場合にも当てはまるとする。すなわち、パウルスが相続財産で第二売買代金の引渡しを認める根拠は、「行為が債務者の危険で（negotio periculo debitoris）行われている点にある……パウルスが同時に強調するには、債務者が物の滅失前に遅滞に陥っていたなら違ったことが当てはまる。このことは、債権者がその場合に代償を求めることができるかのように理解されるべきではなく、債権者がその場合に物の偶然の滅失にもかかわらず、通常は補償を求めることができることに関係する」という。売主が悪意で目的物の給付を不能とするなら、第一買主に対して損害賠償義務を負い、売主が第一売買について危険を負担するため第二売買代金が売主に帰すことで、売主は第一買主に対して第二売買代金の支払義務を負わないという。すなわち、危険は売主に帰するため、代償も売主に帰することになる⁵⁴⁾。

こうして、モムゼンは、代償の由来が物か行為かではなく⁵⁵⁾、給付の不能によって代償が生じたのかどうかへと、問題の枠組みを転換した。ヴィントシャイトもまた、「債務者が責めを負わなければ彼は解放され、不能をもたらした出来事が彼に給付目的物の内残ったもの、または、給付目的物に代えて与えたものを給付しなければならぬ」として、代償請求権を給付不能論の枠内に位置づけた⁵⁶⁾。

3. ドイツ民法典

ドイツ民法典は、代償論を給付不能論に結び付けたため、二重売買における

53) Friedrich MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853, Neudruck, Darmstadt, 1997, S.297.

54) Friedrich MOMMSEN, Erörterungen über die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est, in ders, Erörterungen aus dem Obligaionen Recht, Braunschweig, 1859, Neudruck, Darmstadt, 1997, S.109f.

55) MOMMSEN, a.a.O., Fn.54, S.110, Anm.5.

56) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7.Aufl., Frankfurt am Main, 1891, § 264, S.52.

第一買主の売主に対する第二売買代金の引渡請求も、この新たな代償請求権の枠組みで論じられることとなる。もちろん、伝統的な物と行為に由来する代償の区別論に基づいて、第二売買代金への代償の拡張を否定する見解もあり、また、第二売買の締結によって、第一売買に基づく売主の所有権移転義務が給付不能となるわけではないとの批判もあった。しかし、物か行為かの区別は不能の観点によりすでに克服されており、第一売買の不能と第二売買の締結との断絶は不能をもたらす事情要件が緩やかに解されることによって、今日、代償請求権として第一買主の売主に対する第二売買代金の引渡請求が認められている⁵⁷⁾。いみじくも、ヤーコプスがパウルス法文の解釈史を振り返っているには、契約債務が売買代金にまで及ぶのは、契約がそうした利得も対象としている限りであって、物にしか契約対象が及ばなければ売買代金にも契約債務は及ばないとするパウルスの判断をその後の法学が誤解した結果にすぎないという⁵⁸⁾。

ライヒ裁判所は、当初、第一次世界大戦の交戦国の命令で積荷の売却を強いられた売主に対して、母国の買主が売主に積荷の売上金の引渡しを求めたが、売主の行為に基づく売上金（普通法の *commodum ex negotiatione* が引用される）を理由に請求を棄却した⁵⁹⁾。しかし、靴職人がなめし革を盗んで売却した者に対して売却代金の引渡しを請求したため、物権的請求権への代償請求権規定の適用が争われた事案で、ライヒ裁判所は、代償請求権規定の適用を認めた上で、給付を不能とする事情がなければ盗人の売却利得も生じなかったはずであるとして、売却代金の引渡しを肯定した⁶⁰⁾。その後、ライヒ裁判所は、二重譲渡（類似）事例について、原告が一服の古い祭壇絵画を売却し、被告がそれを修復して約 8 倍の高額で他に売却したが、原告が売買を錯誤に基づいて取り消し

57) 議論の詳細は、Hans Günter ULLRICH, *Doppelverkauf und stellvertretendes commodum*, Von D.18.4.21 zu § 281 BGB., Trier, Diss., 1990, 104ff.

58) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.102f.

59) ライヒ裁判所 1917 年 11 月 13 日判決 RGZ., Bd.91, S.260.

60) ライヒ裁判所 1922 年 6 月 26 日判決 RGZ., Bd.105, S.84.

て、被告に転売価格の支払を求めた事案で、原告の被告に対する被告の転売代金の引渡請求を認めている⁶¹⁾。

この代償請求権の根拠は、本来、「危険が帰する者に代償が帰する（*commodum eius esse debet, cuius periculum est.*）」という危険負担の調整原理にあった。しかし、対価危険が債権者の負担から債務者の負担へと変更されると、危険と代償との関係はもはや従来のとおりには維持されなくなろう。ドイツ民法典の第一草案理由書が、代償請求権の趣旨を当事者の推定的な意思と公平に求めるのも⁶²⁾、こうした事情からすれば理解できよう。しかも、債務者の責めに帰すべき給付不能でも代償請求権が認められるとされるときには、なおさらである⁶³⁾。したがって、代償を支える危険は対価危険ではなく給付危険であって、不能によって第一次の履行請求権を喪失するという意味での給付危険を負担する債権者に代償も帰すると解すべきとする見解がある⁶⁴⁾。他方で、この伝統的な格言は、端的に「損害を負う者に利益も帰する（*commodum eius esse debet, cuius detrimentum est.*）」と解釈し直されるべきとする見解もある⁶⁵⁾。

これに対して、代償請求権を不当利得に基づく返還請求権と同じ趣旨へと還元しようとする見解も主張される。すなわち、シュルツは、代償請求権を他人

61) ライヒ裁判所 1932 年 10 月 11 日判決 RGZ., Bd.138, S.45. 判例は、今日でも債権者の損害を代償請求権の上限としていない。田中・前出注 27) 395-396 頁。

62) Benno MUGDAN., *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich*, Bd.2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, Neudruck, Aalen, 1979, Motive, S.25. 田中・前出注 27) 307 頁。

63) BGB の代償請求権規定の制定史については、田中・前出注 27) 239 頁以下を参照。債務者に責めがある不能の場合が責めない不能の場合よりも不利に扱われるのは不当であるため、債務者の責めに帰すべき給付不能の場合にも代償請求権を認めることとされたのは、第二委員会による第一草案の修正が提案されて以降である。Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT (hrsg.), *Die Beratung des BGB., Recht der Schuldverhältnisse I*, Berlin/ New York, 1978, S.228ff. 田中・前出注 27) 252 頁も参照。

64) ULLRICH, a.a.O., Fn.57, S.91ff.

65) Mathias SCHMOECKEL/ Joachim RÜCKERT/ Reinhard ZIMMERMANN (hrsg.) / Martin Josef SCHERMAIER, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB.*, Bd.3, 1. Teilbd., Tübingen, 2013, §§ 280-285, Rz.79, S.1269, Anm 756.

の権利の違法な侵害による取得 (Eingriffserwerb) の返還事例と位置づけた上で⁶⁶⁾、「何人も他人の権利への違法な侵害から利得してはならない」との原則が不当利得の返還義務を基礎付けていて、問題となる物の違法な売買での物の価値 (commodum ex re) とその売買代金 (commodum ex negotiatione) は、いずれも物の売買から生じた同じ侵害による取得であるとする。ここで、「損害賠償思考の転換」によって確立されるべきなのが、被侵害者の財産状態の回復ではなく侵害者の財産状態の回復と考えるとき⁶⁷⁾、被侵害者には侵害者に対する侵害による取得としての売買代金の返還請求権が認められるべきであるとする⁶⁸⁾。この見解を契機として、代償請求権の根拠を不当利得に基づく返還請求権と同じ趣旨に求める見解が有力になった⁶⁹⁾。こうした不当利得法との同質性を指摘する見解とも並行して、たとえば、ライヒ裁判所も、「BGB 第 281 条〔改正第 285 条：代償請求権を定める規定〕を主導する考え方は、従う経済関係によって相応しくない者に流れ込んだ財産価値が、本当に権利のある者に移転されるべきである結果、財産価値の不当となった実際の分配の調整 (der Ausgleich einer unrichtig gewordenen tatsächlichen Verteilung von Vermögenswerten) がされることにある」と説いて、公平に代償請求権規定の趣旨を見いだすが⁷⁰⁾、それは同時に、不当利得法との同質性を示唆するかに映る。

四 当事者間の財産割当論

1. 代償請求権の基礎

代償請求権と不当利得返還請求権が、共に移転された財産の矯正を目指す制

66) Fritz SCHULZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in AcP., Bd.105, 1909, S.10ff.

67) Fritz SCHULZ, Rückgriff und Weitergriff, Breslau. 1907, S.122.

68) SCHULZ, a.a.O., Fn.66, S.440ff.

69) もっとも、代償請求権を不当利得返還請求権の一環と位置づけることに否定的な見解もあることには注意が必要であり、代償請求権の性質を不当利得返還請求権と同質とするような一元的理解に疑問も提示するのは、田中・前出注 27) 357 頁。

70) その他、RGZ., Bd.120. S.347 (349); RGZ. Bd.157, S.40 (44)。

度であるとしたとき、その矯正が目指す財産の帰属・割当について、絶対的割当と相対的割当を区別する見解が主張されている。その嚆矢と目されるフォン・ケメラーは、たとえ所有権が引渡しによって移転するとしても、それは第三者との関係で意味を持つにすぎず、売買の当事者間（inter partes）では、契約締結時点で売買目的物が買主に割り当てられていることは排除されないとして、このことを代償請求権が示しているという。そのため、売買目的物が接収された場合に、その補償金が売買代金額を上回っても、買主に代償として帰属することが正当化されるとする⁷¹⁾。

こうした当事者間での財産割当は、より広い観点から支持される。民事責任法は、不法行為に基づく損害賠償請求権が絶対権侵害を要件とするのに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権は当事者間の財産割当の侵害を要件とする二元論からなるとされる⁷²⁾。また、代償請求権は、すでに契約の締結を通じて債権者に割り当てられていた財産価値の給付が不能となった場合に、その代わりに債務者が手に入れた代償もやはり債務者の手に残ってはならないという考え方を基礎にする。このことは、不当となった財産価値の引渡しを内容とする不当利得返還請求権と同趣旨とされる⁷³⁾。

こうして当事者間での財産割当を基礎にする代償請求権に対応するのが、不当利得法では、無権利者の処分が権利者に対して有効な場合に無権利者が処分を得た売上金を権利者に返還すべき義務を定める規定（BGB 第 816 条）であり、絶対権の割当を前提としているとされる⁷⁴⁾。しかし、さらに進んで、すでに

71) Ernst von CAEMMERER, Das Problem des Drittschadensersatzes, in ders, Gesammelte Schriften, Bd.1, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Tübingen, 1968, S.616ff.

72) Eduard PICKER, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo—Zur Problematik der Haftung “zwischen” Vertrag und Delikt, in AcP., Bd.183, 1983, S.511f.

73) Johannes KÖNDGEN, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch?, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 56, 1992, S.737ff. その他、Thomas LOBINGER, Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB, in JuS., 1993, S.456; Raimund BOLLENBERGER, Das Stellvertretende Commodum, Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, Wien, 1999, S.105ff.

代償請求権が行為に由来する売買代金にも及ぶことが認められているにもかかわらず、通説が、不当利得に基づく物の返還が不能場合にその「価値」の返還を定める規定（第 818 条第 2 項）を物に由来する客観的な取引価値に限定しているのは、代償請求権の解釈で克服された物と行為に由来する代償の区別を不当利得でなお維持していることを意味するという。むしろ、シュルツが示唆した「損害賠償思考の転換」に基づいて、不当利得法でもこの観点から物と行為に由来する代償の区別を克服すべきであり、代償請求権と同様に、侵害不当利得に基づく価値償還請求権も、通説が説くような物の客観的な取引価値に限定されるいわれはなく、転売行為に基づく売買代金にまで及ぶと解釈すべきとする見解もある⁷⁵⁾。

もちろん、こうしたドイツ法での代償請求権をめぐる議論は、我が国における代償請求権をめぐる議論とは符合しない。というのも、改正民法が新設した第 422 条の 2 は、債権者が「その受けた損害の額の限度において」代償請求権を行使できると定めているためである。したがって、二重売買に引き直すなら、たとえ、第二売買後の目的物の滅失と「同一の原因により」第二売買代金が発生したことを認めるとしても、第一買主は売主に対して、第一買主が被った損害額を上限としてしか、第二売買代金の引渡しを求めることはできない⁷⁶⁾。つまり、原則として目的物の取引価格に相当する第一買主の損害額を上回る第二売買代金額が合意されているなら、その上回る金額部分は売主の利益となる。しかし、財産割当論は、我が国での売買契約時の所有権移転を認める諾成主義（第 176 条）を前提とする限り、引渡時に所有権を移転させるドイツ法の引渡主義における以上に、所有権自体による売買契約時点での買主への財産割当を根拠付ける。したがって、第一買主が第二売買代金の引渡しを売主に求めるた

74) PICKER, a.a.O., Fn.72, S.512; KÖNDGEN, a.a.O., Fn.73, S.742ff.

75) JAKOBS, a.a.O., Fn.35, S.4ff. ヤーコプスの見解とその位置づけについて、藤原正則「侵害不当利得法の現状」北法第 44 巻第 6 号（1994 年）1582 頁以下を参照。

76) 民法改正による代償請求権規定の新設経緯について、田中・前出注 27) 172 頁以下。同 180 頁によれば、代償請求権が債務不履行に基づく損害賠償請求権の補完的な救済手段であるというのが、その理由とされている。

めの法的構成がさらに工夫される必要があるが、この検討が次なる課題となる。

2. 占有改定による危険移転

売買契約において、買主への占有改定による引渡しによっても対価危険が買主に移転し得る。もちろん、占有改定を行う当事者の合意の解釈によるが、それが明らかにならないときには、売買に基づく売主の引渡義務が占有改定によって履行されて、目的物の経済的利益が買主に移転したのかどうか、占有改定による対価危険移転についての判断基準とされる。ドイツ法では、占有改定による危険の移転も、売買当事者間で売買目的物が買主に経済的に割り当てられていることに根拠を求める見解が主張されている。

この考え方は、我が国の所有権移転についての諾成主義の解釈にも符合する。確かに、売買契約時点ですでに所有権は買主に移転するため、第一売買契約が締結されれば、その時点から所有権が第一買主に移転し、それに応じて対価危険も第一買主に移転し、所有権に代わる第二売買代金も買主に帰属するというのが、もっとも一貫した論理となるはずである。事実、売買完成時点から買主に対価危険を負担させるローマ法は、引渡しによって所有権は移転するが、すでに売買完成時に当事者間では所有権が買主に移転することを根拠にしていたと解されている⁷⁷⁾。しかし、改正民法は売買における対価危険の移転時点を

77) Wolfgang ERNST, *Periculum est emptoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd.99, Romanistische Abteilung*, 1982, S.243. 詳細は、北居・前出注3) 432 頁以下、443 頁および注(7)を参照。エルンストによれば、売主が第一売買を知っているながら第二売買を締結したなら、第一売買に基づく債務を履行することは疑わしいため、第一買主は期間設定をすることなく催告することで契約を解除して、損害の賠償を請求できる(BGB 第 323 条第 3 項、第 281 条)。売主が第一売買を知らないままに第二売買が締結されるなら、第一買主は期間を設定して契約を解除することができる(BGB 第 323 条第 1 項)。ERNST, a.a.O., Fn.45, S.133. 我が国でも、二重売買での第二売買締結を第一売買の契約の危殆化として、第一買主に解除権の救済を与えることも検討されるなら、占有改定を受けただけの第一買主も、代金支払義務を免れることができよう。債務不履行類型としての契約の危殆化について、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』(有斐閣・2013 年) 223 頁以下を参照。

引渡しとしているため（第 567 条第 1 項後段）、対価危険の移転に関しては、現実の引渡しによる危険移転を原則としながら、すでに占有改定時点での買主への財産割当による危険移転が認められることになる。

こうして、当事者間での財産割当論が「引渡主義と諾成主義との間の接近」をもたらすとの指摘は⁷⁸⁾、我が国の占有改定における対価危険の移転についても当てはまることになる。

78) CAEMMERER, a.a.O., Fn.71, S.618.