慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一) : 種類債務の合意による特定を契機として
Sub Title	Das Verhältnis der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zur Gefahrtragung (1) : Konkretisierung der Gattungsschuld durch Vereinbarung
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.5 (1996. 5) ,p.39- 106
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960528-0039

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.

売主瑕疵担保責任と危険負担との関係（一）

――種類債務の合意による特定を契機として――

北居　功

一　二つの「危険」概念
二　ドイツ民法典における売主危険負担主義の制定
(1)「売買における危険の負担」提案
(2)第一委員会の決議
(3)ドイツ民法典における危険負担制度の成立
(4)小　括（以上本号）
三　種類債務の特定と危険負担の関係
(1)ドイツ民法典における特定制度の成立
(2)特定の時期と拘束力
(3)ドイツ民法典二七九条
(4)特定と弁済提供の関係
(5)変更権
(6)小　括（六十九巻六号）
四　給付危険と対価危険の関係
(1)給付危険と対価危険の関係
(2)民法四八三条の意義
(3)小　括（六十九巻八号）
五　瑕疵ある目的物による特定
(1)ドイツ法の瑕疵担保責任の構造
(2)ドイツ法における特定と瑕疵担保責任の関係
(3)種類売買への瑕疵担保責任の適用問題
(4)私　見
六　特定の合意（六十九巻九号）

一　二つの「危険」概念

売買契約において売買目的物が売主の責めに帰されえない後発的な偶然事によって滅失する場合のいわゆる「危険負担」の問題について、ギュンター・ハーガーはドイツ法における二つの「危険」概念の存在を次のように説いている。(1)

ドイツ民法典は、その二四三条二項、三〇〇条二項に種類債務の特定に関する固有の規則を含んでいる。そこで問題となるのは、何時売主の債務が種類商品から買主のために定められた商品に限定され、その結果売主が商品の偶然の滅失の際に彼の給付義務から解放されるのか、である。この危険移転はドイツにおいて……対価危険の移転に対比して給付危険の移転と呼ばれている。

外国では一つの危険概念で済まされている、というのも給付危険の移転は対価危険の移転と常に一致するためである。売主が危険移転をもたらす場合、彼は彼の対価を最終的に得ることになるのであり、このことは当然、彼が商品の滅失の場合に何らの賠償をも為すことを要しないことを意味する。これに対して、買主のために定められた商品が危険移転前に滅失する場合、売主は売買代金を請求できないだけでなく、寧ろ彼は代わりの商品を引き渡さなければならないのである。

物の給付を内容とする債務において、その目的物が滅失・毀損した場合に、その滅失・毀損の「危険」を債権者・債務者のどちらが負担するのかという問題は、我が国では従来、売買契約を典型として双務契約における反対給付請求権の存続を巡って論じられてきた。この「危険」概念は、ドイツ法で言うところの「対価危険(Preisgefahr)」ないし「反対給付危険(Gegenleistungsgefahr)」の問題である。これに対して、債務の目的物が滅失・毀損した場合に債務者の引渡債務がどうなるのかという問題がドイツ法に言うところの「給付危険(Leistungsgefahr)」ないし「物の危険(Sachgefahr)」(2)の問題である。(3)従って、従来我が国で「危険負担」が論じられる際には対価危険の問題のみが念頭に置かれ、給付危険の問題は明確に意識されてこなかったことになる。

周知の如く、特定物の売買契約において契約締結後履行前に売買目的物が滅失・毀損した場合について、我が国の民法典は五三四条一項においていわゆる債権者主義を定めている。この原理によれば、売買目的物の後発的な滅失・毀損によって売主の引渡債務は消滅・縮減するが、買主の代金支払債務は存続することになる。この原理は五三四条二項で種類売買にも種類債務の「特定」を介して適用され、対価危険はその「特定」時に買主に移転することとされている。従って、その危険移転時期以後に目的物が滅失・毀損した場合にはやはり売主の引渡債務は消滅・縮減するが、買主の反対給付債務は存続するのである。つまり、売主の引渡債務の運命は、「特定」前は目的物の滅失・毀損に影響を受けないのに対して、「特定」後は引渡債務の消滅・縮減という影響を被るのであって、その点で見れば「特定」前には目的物の滅失・毀損の不利益を売主が負担することになるのに対して、「特定」後ではその不利益を買主が負担することになる。[4] これは、給付危険の帰趨が売主から買主に移転することを意味するのであり、「特定」時には給付危険も対価危険も債権者に移転することとなる。こうした特定と危険負担のあり方を批判する有力説は、種類債務の特定時期を引渡時点に遅らせることで五三四条一項の債権者主義の種類債務への移行を排除して、実質的に対価危険を債務者に負担させるべきことを主張している。[5] しかし、こうした解釈においても、特定時期と対価危険の移転時期が重なるため、給付危険と対価危険の概念峻別は意味をなさない。そして、まさにこうしたことをハーガーは、「一つの危険概念で済まされる」と言うのである。[6]

では、何故にドイツ法では二つの危険概念が必要とされるのか。これは、種類売買において対価危険の移転時期と給付危険の移転時期が乖離することを意味するはずである。事実、ドイツ法では、対価危険の移転時期は四四六条一項によって原則として引渡時とされるのに対して、給付危険の移転時期は二四三条二項により種類債務の「特定」時となり、学説の多数はこの「特定」時が引渡時と一致しないと解しているのである。[7][8] こうした二つの危険概念の必要性は、我が国の民法典が定める債権者主義が批判に晒されて債務者主義への転回が図られつつある解釈論においても、

種類債務の「特定」時と対価危険の移転時を一致させない解釈論が展開されうる限り、ドイツ法と同様に検討される余地が出てくることとなろう。[9] ここに、ドイツ法における債務者主義の採用経緯を再検討しつつ、二つの危険概念が乖離してゆく過程を考察することの意義が見出されうるものと考えられる。

こうして種類債務の特定制度が対価危険の移転効果の羈束から解放されて専ら給付危険の移転効果に関連付けられうるとすれば、種類売買において瑕疵ある物の給付が特定をもたらさないとの命題[10]に対処する一つの視角が提示されることとなろう。つまり、瑕疵ある物の引渡によっても特定が生じないというのは給付危険が買主に移転しないことを意味するのであるから、反対に、買主が売主の不完全履行を理由に完全履行請求権を行使しうるというのは、すなわち原則として給付危険は売主の許に止まることを意味することとなろう。[11] そうであれば、完全履行請求権が制限されることは給付危険の買主への移転をもたらすことを意味し、これは瑕疵ある物の給付による種類債務の特定を契機とする不完全履行責任の制限理論のあり方への探究に途を開く可能性があるように思われるのである。そして、ここにこそ種類売買への瑕疵担保責任の適用理論の登場余地が見出されうるのであり、[12] 特定制度と瑕疵担保責任制度との関係付けが改めて評価されるべき基礎が存在するものと思われる。つまり、種類売買契約によって設定された売主の給付義務と対価関係に立つ買主の代金支払義務が存在するが、他方で瑕疵ある物によって特定された売主の具体的給付義務が存在し、それら両債務の価値的乖離を埋め合わせるべき制度が瑕疵担保責任と把握されうる余地があるように思われる。

以上のような問題意識から、本稿では、まずドイツ法における対価危険の債務者主義の立法経緯、次に種類債務の特定方法とその効果、最後に瑕疵ある物の給付による種類債務の特定可能性を検討し、売買契約における有償性の回復制度としての瑕疵担保責任制度と給付危険の債権者への移転効果を有する特定制度との関係を検討する。

(1) Günter HAGER, Gefahrtragung nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB., (Hrsg.) Peter SCHLECHTRIEM, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987, 1987, Baden-Baden, S. 407 f.

(2) 「物の危険（Sachgefahr, periculum rei)」と言うとき、それは「所有権の滅失は常に所有権者自身が負担する」ことを意味するため、賃貸借や寄託における所有権者の危険負担のみを指して用いられることもある（Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Ulrich HUBER, B. G. B., 12 Aufl., 1991, Stuttgart/Berlin/Köln, Vor § 446, RdNr. 4, S. 591.)。しかし、この概念は危険負担におけるいわゆる所有権者主義とは全く別個の問題であり、所有権者主義とは対価危険（Preisgefahr, periculum obligationis）の問題の一つの原理を意味するのである（Walter ERMAN/Hermann WEITNAUER, Handkommmentar zum B.G. B., 7 Aufl., 1981, Münster, § 446, RdNr. 5, S. 999.)。

(3) ハーガーは、二つの危険概念を次のように定義している。すなわち、「種類売買において、危険負担の背後には二つの問題が潜んでいる。まず問題とされるのは、売主が契約の履行のために定められた商品の滅失の結果彼の給付義務から解放されるのか、である。これが肯定されるなら、さらに自身の給付義務を免れた売主がそれにもかかわらず売買代金の支払を請求しうるか、である。ドイツ法においてはこれら二つの問題は明確に区別されている。ドイツ法は、売主が商品の滅失の場合に彼の給付義務から解放されるのか、という問題を給付危険と呼び、買主が商品の滅失にもかかわらず売買代金を支払わなければならないか、の問題を対価危険と呼ぶ」（Günter HAGER, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1982, Frankfurt am Main, S. 11 f.)。より一般的に、フーバーは給付危険を次のように定義している。すなわち、「債務者によって給付されるべき目的物が債務関係の創設の際に尚一義的に定められていない場合――例えば、種類債務、金銭債務および約束された仕事の完成についての請負人の債務において――、さらに問題となるのは、債務者が債権者に、債務者によって最初履行のために用意された目的物が滅失、毀損またはその他喪失されても、他の目的物を調達する義務を負うのかである」（Ulrich HUBER, a. a. O.(Note 2), Vor § 446, RdNr. 6, S. 590 f.)。

(4) 給付危険の負担の意味に関して、ブロックスによれば、「給付危険概念で問題とされるのは、買主が売買物の滅失または悪化にもかかわらず売主の給付に対する請求権を保持するのか、あるいは売主は彼の給付義務から解放されるのか、である。前者の場合、給付危険は売主が負担するのに対して、後者の場合には買主が負担する」ことになる（Hans BROX, Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, JuS., 1975, S. 1.)。また、ヴェスターマンによれ

ば、給付危険概念は、「債務者の給付義務の一方的な考慮にのみ関係する。すなわち、債権者が賠償を求めうることなく給付を獲得しない危険を被るなら、債権者が給付危険を負担する。これに対して、債務者が尚もう一度給付しなければならないなら、給付危険は彼の許に止まる」(Harm Peter WESTERMANN, Gefahr und Gefahrubergang im Schuldrecht, JA., 1978, S. 481.)。

(5) 川村泰啓・商品交換法の体系・上(勁草書房・昭和四二年)三八一頁以下、同「種類債務の特定・集中の契約総則的構造」比較法雑誌七巻三・四号(昭和四八年)一八頁以下。新田孝二「種類物売買における危険移転の時期——日本の判決による検証——」明治学院論叢・研究年報・法学3(昭和四三年)二三頁。新田教授は、フォン・ケメラーのタイプライター事例を挙げて自説の一つの根拠とされている。すなわち、「売主は、タイプライター百箇、工場渡しで売り、百箇を倉庫の中で分離し、それらに買主の名を記し、買主に取りに来るようにいった。その翌日、買主がそこにくる前に機械は火事のために焼失した」。こうした場合に、既に特定が生じているとすれば、我が国では五三四条二項によって売主は給付義務から解放されるが、買主は代金全額を支払わなければならないことになる。この結果が不都合であるとすれば、特定時点を引渡時と解釈すべきであるとされるのである。新田「『特定』の基準・Lieferung(交付)概念」片山金章先生古稀記念・民事法学の諸相(勁草書房・昭和四五年)一四三頁以下。しかし、この問題はそうした二通りの解決方法しかないわけではない。ドイツの通説の解決方法によれば、口頭の提供時に特定は生じるが引渡がない以上は対価危険は移転していないため、売主の引渡義務は消滅するとともに買主の代金支払債務も消滅することとなる。

(6) こうした債権者主義における給付危険と対価危険の帰趨の一致は、所有権者主義でも同じように当てはまる。所有権の移転時期が、それら両危険の移転時期となるのであり、やはり「一つの危険概念」で間に合うのである。

(7) この点、詳しくは第三章で検討する。

(8) さらに、ヴィーデマンはドイツ法における二つの危険概念の由来がその独特の体系にあることを示唆している。すなわち、「外国法とは対照的に、法律は分解された個別の債務の運命のみを規律しており、すなわち給付については二七五条、反対給付については三二三条においてである」(Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Herbert WIEDEMANN, B. G. B., 12 Aufl., 1990, Stuttgart/Berlin/Köln, § 275, RdNr. 80, S. 860.)。この点はヴェスターマンによっても指摘されている。すなわち、「一方で二七〇条、三〇〇条二項、他方で四四六条、四四七条の対置は、債務法における危険の概念の二重性を現出させる。それは、法律が債務者の給付の欠損または遅延の際の彼の義務の運命を、給付と反対給付の網(Geflecht)への

給付障害の影響として、体系的に異なる場所に規定することに関連する」というのである（WESTERMANN, a. a. O. (Note 4), S. 481.）。

(9) 詳しくは、第二章参照。

(10) こう解するのが通説であり、この論拠に基づいて種類売買への瑕疵担保責任が否定され一般の不完全履行理論によって解決される。しかし、瑕疵担保責任を債務不履行責任と理解する有力説も、瑕疵ある物の給付が売主の給付義務の不履行を前提とするため、やはり瑕疵ある物の給付によっては種類債務は特定されないことを前提としているのである。詳細は、第五章参照。

(11) この点はいささか問題であるが、我が国の民法五四八条二項によれば瑕疵ある物の引渡後に目的物が不可抗力によって滅失しても買主は契約を解除することができる。つまり、目的物の滅失の危険を解除によって買主は売主に転嫁できるのである。仮に買主が目的物の滅失にもかかわらず解除ではなく代物給付を求めることができるとすれば、やはり目的物の滅失の危険は売主が負担する。このことは給付危険――代物給付義務の存続――も対価危険――滅失した物の代金支払請求権の消滅――も売主が負担することを意味する。ドイツでは四八〇条がこうした解決を明文で認めているのである。

(12) 事実、ドイツ法における種類売買への瑕疵担保責任の適用契機は種類債務の特定に見出されているし、我が国でも判例理論を始めとして、種類売買への瑕疵担保責任の適用を認める見解の多くは種類債務の特定に言及している。詳細は、第五章参照。

二　ドイツ民法典における売主危険負担主義の制定

先述の如く、我が国の民法典が特定物売買を中心とする特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において債権者主義を採用しているのに対して、ドイツ民法典は債務者主義を採用している。この危険負担における債権者主義が双務契約上の両債務の牽連関係や取引通念に基づいて批判に晒されるのに対比して、債務者主義の立法論的優位が学説の支配的な趨勢と評価できようか。(1) では、ドイツ普通法がローマ法に忠実に債権者主義を通用させていたところでドイツ民法典はどの様な理由で債務者主義を採用したのか。そして、その債務者主義の採用が債権法上の各制

度にいかなる影響を及ぼしたのか、この点を検討することが本稿の起点となる。そこで、まず、ドイツ民法典の制定過程を跡付けることで、売買における危険負担の債務者主義が有する意義を検討する。

(1) 「売買における危険の負担」提案

ドイツ民法典の制定に際して、第一委員会はその検討素材として五人の起草委員に「部分草案(Teilentwürfe)」の作成を命じたのであるが[2]、部分草案の具体的な起草前に、予め各部門における「基本原則」を確定しておくことが決定された[3]。そこで、各起草委員はそうした「基本原則」を早期に提案し、委員会の判断を仰ぐ必要に基づいて、債務法の起草委員であったフランツ・フィリップ・フォン・キューベル(Franz Philipp von Kübel)は、一八七六年に「売買における危険の負担(Tragung der Gefahr beim Kauf)[4]」と題する提案および理由書を第一委員会に対して提示した。この提案に基づく審議を経て売買における債務者の対価危険負担原則の採用がドイツ民法典において確定されたのである。

提案[5]

Ⅰ売買契約において、売主は売却物の偶然の滅失又は悪化の危険を、買主へのその引渡まで負担する。

Ⅱ売却物が不動産の場合には、売主は、買主への所有権移転の登記簿への登記が行われる限り、その物が買主に引渡されるまで危険を負担する。

Ⅲ売主は、以下の原理の基準に従って、危険を負担する。

1　売買契約の締結後Ⅰ条およびⅡ条に定められた時点までに売主にとってその責任の履行が、彼の責めに帰すべき過失なくして偶然により全部不能となり、その結果、売主がその責任から解放される場合、売主は、買主に対して、買主の遅滞の場合は別として、反対給付を請求できず、買主が彼の側で既に給付していた場合には、買主に対して給付物を、不当利得に基づく請求権について認められる規定の準則に従って(善意の占有者と同様に買主の損害で利得されることなく)、返

還しなければならない。

2　売買契約の締結後Ⅰ条およびⅡ条に定められた時点までに売主にとってその責任の履行が、彼の責めに帰すべき過失なくして偶然により一部不能となり、その結果、売主の責任が尚可能な給付に限定される場合、買主は反対給付について、対応する控除を行うか、又は契約の締結時に既に全部の履行が不能であることが予見されていたなら彼は契約を締結していなかったことが認められる場合には、契約から離脱することができる。

Ⅳ停止条件付きで締結された売買契約において条件が未成就の間に売却物が引渡された場合に、それによって、物の偶然の滅失又は偶然の悪化の危険は、疑わしいときには、買主に移転しない。

Ⅴ売却物の送付の場合には、何か異なったことが合意されるか又は諸事情から判明することがない限り、売主が危険を負担する。

Ⅵ売主が危険を負担する時点まで、彼が遅滞に陥らない限り、売却物の自然果実又は法定果実は彼に帰属する。

フォン・キューベルは、この提案の第Ⅰ条に明らかな通り、売買における売主の危険負担制度を提案している。これは、普通法上の債権者危険負担の原則に真っ向から対立するものであり、その提案理由では債務者主義を提案した根拠が詳しく論じられているのである。以下では、本稿の問題意識と関連する範囲で提案理由を纏めてみる。

Ⅰ条に関して。

まず、従来からドイツにおいては売買契約に関して、一方でローマ法に由来する危険負担の債権者主義が採用されてきた伝統が存在し、他方で古ドイツ法以来引渡まで売主に危険を負担させる債務者主義の伝統があることが提示され、その法書における証拠が挙げられている。従って、危険負担に関して「主としてローマ法上の原理とドイツ法上の原理が対立しており、両原理のどちらが受け入れられるべきか、が問題となる」との問題設定が行われる。(6)

ローマ法原理によれば、いうまでもなく売買の完成時に、すなわち売買契約の締結時に危険は買主に移転すること

になる。[7] しかし、この原理は「引き渡されない物に対しては支払われる必要がない、という見解に親しむ法感情に抵触する」ものであり、賃貸借の際には債務者主義が採られていることからも、ローマ法原理を根拠付けることに法律家は随分と腐心してきたが、「全ての法律家の思考力は、この関連において、十分な成果を挙げるには至っていない」ことが指摘される。[8] フォン・キューベルはこれを様々な観点から検証するのである。

A　理論構成

第一の検証として、ローマ法原理を根拠付けようとする一九世紀の普通法学説における様々な理論構成の試みとそれに対する批判が挙げられる。[9]

キューベルは、債権者主義の理論構成として、まずヴェヘターの「不能理論(Impossibilitätstheorie)」を挙げる。この見解によれば、偶然事による履行不能は売主の給付義務の不能をもたらすが、尚可能である買主の給付義務には何らの影響も与えないこととなる。これに対しては、売買契約における双方の債務を分断することは、売買物に対して代金が支払われるという給付と反対給付の相関性(Korrelate)と矛盾するとの批判があるとする。[10] 次に、コッホ等の「仮定的履行理論(Theorie der fingirten Erfüllung)」は、売主が履行不能であるにもかかわらず、その債務の履行を擬制することによって、買主の反対給付義務を認める。この擬制は、買主が収益(commodum)を享受できるのは買主が危険(periculum)を負担するためであるとの法源によって根拠付けられる。しかし、それは一般的に有効な規則ではないとして退けられ、結局、履行擬制の根拠に欠けるとして批判される。[11] 次に、ファンゲロウ等の「即時履行の原則論」は、売買契約の成立後即時に履行される場合にはその後の偶然事による損害は専ら買主の問題であることから、履行が延期されたとしてもこの原則が妥当すると言う。[12] この理論に関連するイェーリングの理論も、売買の本来の形態が現実売買であることから、履行が延期された場合にはその延期によって利益を受ける者が損失も負担すべきであるとする。そして、一般的には延期によって利益を受けるのが買主であることを債権者主義の基礎とするので

あるが、必ずしも延期の利益の享受者が買主であることは経験によって裏付けられないと批判される。[13]

有力な見解とみなされているクンツェ等の「譲渡および帰属理論（Entäußerungs=und Zugehörungstheorie）」は、契約当事者間では売買契約の完成時に売却物は買主の財産に帰属し移転したものと想定する。この「帰属の想定」についての説明方法はあるいは売買契約の完成に求められ、あるいは当事者の意思表示に求められるというように多様であるが、そもそも売買物の譲渡と買主の財産へのその帰属は物権契約上の譲渡表示の問題であり、債権的意思表示には売却物の帰属の問題は組み込まれないとして批判される。[14]

そこで、売主が買主への引渡に拘束され他への処分を禁じられていることは、裏返せば買主への帰属を認めることになるとの根拠づけが試みられるが、これに対しても、売主の給付義務への拘束から履行不能による反対給付の存続と買主への売買物の帰属が帰結するかどうかは尚論証の必要があると批判される。[15] ツィルクラー等は、売主が売買物を他人の物として注意深く保存しなければならないという保存義務（custodia）を負うとすれば、反面で危険をも負担するのは不公平であるとして債権者主義を説明する。しかし、保存義務の高度な注意義務は売主の契約に対する利益の現れでもあり、買主への危険の転嫁にとって決定的な根拠とはならない。[16] またマダイによれば、危険負担とは物の滅失にかかわらず債務の継続を意味するため、永続的債務（obligatio perpetua）を負う者が常に危険を負担するとする。さらにランクによれば、買主が不能の生じない永続的債務を負担するのに対して売主の債務は給付の不能によって消滅することが債権者主義の根拠とされる。しかし、売主が自己の債務を免れる結果反対給付請求権を有するというのは、買主が常に履行義務を負う結果何故反対給付請求権を失うのかを全く説明していないとして批判される。[17]

以上のような検討の最後にフォン・キューベルはホフマンの研究を紹介することで、債権者主義の理論構成に関する検討を締めくくっている。すなわち、「ホフマンは、ローマの基本原理を、今日の法意識に矛盾し、ゲルマン法だけでなく古典ローマ法の一般基本原理とも相容れない独特の原理と呼びつつ、一般的な観点から、十分ではないにせよ

歴史的には解明される原理であると呼ぶ」とし、ホフマン自身は危険負担の債権者主義を「推定上、ギリシャ起源であり、太古の法状況の残滓である」と結論づけている。(18)

B　適用事例

続いて、具体的ケースでのローマ法原理としての債権者主義の適用例が、ドイツ法原理としての債務者主義の適用との比較で順次検討されてゆく。まず、単純な売買契約の原則事例において、ローマ法原理では契約締結時が危険移転時であるが、場合によっては契約締結時の確定が困難なケースも想定されるのに対して、ドイツ法原理ではそうした困難は生じない点が指摘される。(19) 次に停止条件付き売買について、ローマ法原理では条件未成就の間に生じた危険について、条件不成就の場合には売主が負担し条件成就の場合には買主が負担することになる。これに対してドイツ法原理では条件未成就の間の危険は引渡がない限り売主が負担することになる。解除条件付き売買については、ローマ法原理によれば、条件未成就の間に生じた危険について、条件不成就の際には買主が負担する。しかし、条件が成就する場合には、一説によれば売買契約が締結されていなかった状態が回復されるため一切の危険を売主が負担することになるが、これに対して、悪化の危険は売主が負担するが、滅失の危険は買主が負担すると説く立場がある。ドイツ法原理によれば、引渡がない限り売主が負担することで単純な回答が得られるが、引渡が行われていた場合には、ローマ法原理によるのと同様の問題が生じることになる。(20)

普通法上争われた議論の一つは種類売買において危険が移転する時期の問題である。この問題については二つの立場が対立する。一方は、テールに始まる「分離説(Ausscheidungstheorie)」であり、売主によって「種類物(genus)」から「特定物(species)」が分離され、買主がその分離された「特定物」を認識できる通知を受け取った時点で危険が買主に移転するというものである。これに対して、イェーリングに始まる「交付説(Lieferungstheorie)」によれば、危険の移転にとって基準となるのは種類からの分離ではなく、現実に調達され、あるいは買主の遅滞によって調達が

妨げられる時点（交付時）である。交付とは売主が合意によって行うことを義務づけられている全てのことを行うことであり、具体的には、取立および持参債務においては引渡時、送付債務では運送人への引渡による発送時に交付が行われたものとする。この論争について、フォン・キューベルは、学説の趨勢は分離説から交付説に移行しているとの判断を示しながら、この論争はドイツ法原理の下では全く問題とならないとする。[21]

売買目的物が限定された一定数量の物に特定されており、売買代金が指定された単位に従って売却物の計測、勘定、計量によって定められる売買――数量指示売買（Kauf nach Maß）――については、そうした計測、勘定、計量前には滅失の危険は買主に移転しないことに争いはないが、悪化の危険については争われている。ドイツ法原理によればこうした争いも意味がなくなる。選択売買の場合には、不能が売主の責任に及ぼす影響を別にすれば殊更危険負担にとって特殊な問題は生じない。試用売買（Kauf auf Probe）については条件付き売買と同様である。[22]

他人物売買についてはローマ法原理に基づいて様々な見解の対立が存在する。一説によれば売主に悪意がない限り買主が危険を負担する。反対説によれば、常に売主が危険を負担するが、その根拠としては、あるいは売主の財産ではないこと、あるいは売主に何らの損害も生じないことが挙げられる。しかし、この点もドイツ法原理によれば自ずと解決されることになる。[23]

ローマ法原理にとって「特別の考察と疑念」を提示するのが二重売買の場合である。ローマ法原理に従えば、複数の買主への売却後引渡前の偶然の滅失の場合には、売主は自己の責任から解放されるが、複数の買主は危険をそれぞれが負担しなければならないこととなり、このことは「法感情」にそぐわないために結論として否定される。しかし、その根拠は争われるし、どの買主が危険を負担することになるのかも争われる。一説では売主が危険を負担することになる。しかし、他の見解ではどの買主に代金を請求するかの選択を売主に与え、また他の立場によれば、最初の買主が危険を負担することになる。この第三説を正当としながらも、往々にして最初の買主が判然としない場合があり

うるため第二説に帰着する見解もある。さらに、第二の買主が危険を負担すべきとの主張もある。しかし、売主が第二の買主に対しても奸計をめぐらしている場合には第二の買主も危険を負担しないとする。こうした難点もドイツ法原理では回避されることになる。[24]

C　立法例

こうしたローマ法原理に関する学説の難点が提示された後に、危険負担に関する立法例が検証される。

まず、古いラント法が大抵はローマ法原理を採用していることが指摘された後に、[25]一八五五年のチューリッヒ私法典が草案段階ではドイツ法原理であったのが立法委員会でローマ法原理に回帰したことが挙げられている。しかし、これは完全な回帰ではない。つまり、原則として売買契約の完成時から買主が危険を負担するが、「その物が買主の処分に委ねられて、彼がそれを任意に手中に収めうるようになった時」との留保が付されることによって買主負担の不公平が是正された形になっており、その是正によって却って不明確な規定となって法的安定が危殆化したと評されている(一四三八条)。[26]一四三七条では、種類債務の危険負担が定められているが、「勘定、計測、計量」時に買主に危険が移転する。しかし、この規定はそうした勘定や計測等が何時行われたと認められるのか、という点については沈黙している。さらに、一四四四条では運送危険が原則として買主負担であることが定められている。[27]

一八六三年のザクセン民法典は一〇九一条と八六六条において、特定物売買における買主の危険負担原理を定める。これに関して、債権者主義が普通法上の原則でありザクセンでも通用してきたとの理由書の趣旨が引用され、さらにヴェヘター論文の影響が指摘されている。[28]種類売買については八六七条により、分離時から買主が危険を負担することが定められているが、分離の内容は明らかではない。ただ、理由書によれば運送人への引渡も分離に含まれている。数量指示売買については、滅失および悪化の危険が勘定、計測、計量により買主に移転することが定められ(一〇九一条・一〇八五条)、停止条件付き売買については、原則として、滅失の危険は売主、悪化の危険は買主が負担すること

になる（八七三条）。試用売買は停止条件付き売買とされる（一一〇一条）が、これに対しては疑念が付されており、二重譲渡に関しては法典が何ら定めていないことに注意が喚起されている。[29]

フランス民法典一六二四条は一一三八条とともに、物が買主に引渡されるべき時に移転し、その時に所有権も移転することを定める（一五八三条参照）。停止条件付き売買では、条件未定の間の滅失の危険は売主によって負担され、悪化の場合には買主は条件成就の際に契約を解除するか、現存の状態で減額なく受け取るかを選択する（一五八四条・一一八二条）。一五八五条では物がその重量、個数又は寸法によって売買される場合に、計量、勘定又は計測までは危険が売主によって負担される旨が定められているが、種類売買にとって十分な規定とはいえないと評される。[30]

こうしたローマ法原理に則した立法例の検討に続いて、ドイツ法原理を採用した立法例が検討される。

ドイツ法原理を最初に採用した近代法としてプロイセン一般ラント法が挙げられる。しかし、結局これは所有権者主義（casum sentit dominus）に帰着しており、純粋な債務者主義の採用ではない。それでも法典起草者であるスアレッによれば、売主が物を買主に引渡しえず、買主が物の確保のための最低限の措置を施す機会もないにもかかわらず、その滅失の危険を負担して代金を支払わなければならないというのは「自然の衡平」に反することが、危険の移転時期を遅らせる契機となったのである。ラント法によれば、売却物の引渡まで売主は危険を負担しなければならない（Teil 1. Titel 11. 一〇〇条・Teil 11. Titel 5. 六四条乃至三六八条）。売主は引渡まで悪化の危険も負担しなければならない（Teil 1. Titel 11. 一七八条・一七九条・九九条）。但し、一括売買（Kauf in Pausch und Bogen）の際には、滅失の危険は売主が負担するが悪化の危険は契約締結時から買主の負担とされている（Teil 1. Titel 11. 一一七条・一二〇条）。運送危険に関しては、運送が買主の指図によるか売主の判断に委ねられている場合に、運送人への引渡により買主に移転するものと考えられる（Teil 1. Titel 11. 一二八条乃至一三〇条）。選択売買では、選択権を有する者が危険を負担する（Teil 1. Titel 11. 三三条・三五条・三七条）。[31] このラント法の原則は、一八三一年のプロイセン草案においても原則とし

て維持されており、その理由書では、ローマ法原理が非自然的であり諸原則(principia)に反し、多くの制限と例外をもたらす契機となるものであり、ラント法原則に反対する票は一票もなかったことが指摘されている(Teil 1. Titel 11. 三四一条以下)[32]。

オーストリア民法典もドイツ法原理に従って、売主が危険を負担すべきことを定めた。しかし、引渡時期が合意されているか否かの区別は正当な形で規律されておらず、合意がない場合には引渡まで売主が危険を負担するが、合意がある場合にはその引渡時期までしか売主は危険を負担しない。合意のある場合には買主の遅滞、合意のない場合には売主の遅滞がどのような影響を与えるのかは定められていないが、不当な結果を回避するために先の原則をそれぞれの遅滞が修正することが定められている(一〇六四条、一〇四八条乃至一〇五一条、一三一一条、一四四七条)。一括売買については、全部滅失の場合には売主が負担するのは原則通りであるが、個々の物の偶然の滅失の危険は買主が負担し、原則と矛盾するに至る(一〇四九条)。運送危険については、買主が運送方法を定めたか承認した場合にのみ買主が負担する(四二九条)。試用売買では、売買代金が支払われていなければ停止条件付き売買として試用期間の間の危険は売主が負担するが、代金既払いの場合には解除条件付き売買として買主が危険を負担する(一〇八〇条・一三一一条)[33]。

一八二四年のベルン民法典も引渡による買主への危険移転を定めている(八〇八条・一〇二四条)。

近時のドイツの民法草案もドイツ法原理に賛同するとして、主としてヘッセン草案とドレスデン草案が検証される。まず、一八五三年のヘッセン草案の理由書の序文が挙げられている。それによれば、ドイツ法原理は「事物の本性と衡平」に適うものである。売主が偶然の滅失の損害を負担する一方、債務の拘束によってその損害を他に転嫁できないのは過酷であるとの反論に対しては、売主が売買締結後即座に引渡すことで回避できるため根拠がない。売主の利益で売主が物を手元に保持する場合は危険も当然負担すべきことは格別、買主の利益で保存する義務を法律が負わせなければ、この義務を任意に引き受ける売主をこの義務に関連する危険から解放することは法律の使命ではない。実

際的な帰結の上でもドイツ法原理が優れている。ローマ法原理によれば、契約完成時から危険を負担する買主には同時に収益（commoda）も帰属することになる。従って、売主はその間に得た果実や収益を買主に償還しなければならない反面、保存費用の償還を買主に求めうる。こうした厄介な清算関係は物の滅失に売主の帰責性が係わるかが争われることで、更に紛糾することになろう。こうした問題は、ドイツ法原理によれば、売主が引渡まで危険を負担する反面で収益も得ることになるため、厄介な清算関係は生じないことによって回避されるのである。滅失の際に買主が偶然事を援用するなら買主も反対給付を免れるため、買主との間で滅失が偶然事によるのか過失によるのかを巡って争う主要な原因はなくなるのである。[34] この基本原理に基づいて、売主は引渡まで売買物の物の滅失又は悪化の危険を負担しなければならない（Ⅱ一九条）。給付の全部不能の場合には売主は反対給付を求めることができず、受け取っていた物について善意の占有者と同様の返還義務を負う（Ⅰ一四四条・三六〇条）。一部不能の場合には、買主は残りの可能な給付を要求して反対給付を相応に減額するか、契約締結時に給付が不完全にしか可能でなければ買主は契約を締結しなかったであろうと認められれば、契約から離脱できる（Ⅰ三六一条）。これらの規定は代替物が売買目的物である場合には適用されない（Ⅰ三六三条）。停止条件付き売買については、条件未定の間の履行の不能により債務関係は存在しないものとされる（Ⅰ三六〇条二項）。一括売買では、契約締結時に既に個別部分が偶然事によって滅失又は悪化していた場合に、その危険は買主に負担される（Ⅱ二〇条）。[35]

一八六〇年のバイエルン草案もヘッセン草案と同様に危険を占有移転時に買主に移転させる。不動産の場合には、買主が物の占有を開始する前でも、抵当権登記簿（Hypothekenbuche）への記載により危険は買主に移転する（Ⅱ二八二条）。運送危険に関しては、法定履行地への送付において、買主が送付方法を求める場合又は買主が自身で送付を仲介する場合には買主負担となる（Ⅱ二九六条）。[36]

一八六六年のドレスデン草案もドイツ法原理に同調する。委員会審議においては、ローマ法原理とドイツ法原理の

どちらが採用されるべきかが激しく議論された。その際には、ローマ法原理を採用したザクセン民法典の起草者(ジーベンハール)とドイツ法原理に倣ったヘッセン草案の起草者(ミューラー)が、それぞれの原理の支持者として対立していた。[37] ローマ法原理の根拠として以下のことが主張された。すなわち、その原理が事物の本性と取引の需要および取引通念に対応し、売買完成後それに拘束される売主に危険を負担させるのは過酷な結果となるはずであり、買主の利益で引渡時期が先に延ばされている場合には物を引き渡しえないし、その物を提供することで買主を遅滞に付すこともできないため、差し迫った危険を回避できないのが通例である。従って、引渡時期が先に延ばされている場合には、買主が危険を負担するとするのが双方の意図と推定でき、売主に危険を負担させるよりも取引の通念に適うのである。引渡を危険移転にとって基準とするドイツ法原理は、不動産売買における登記制度(Ingrossationssystem)とは適合しえない以上、その原理は貫徹されないことになる。これに対して、ドイツ法原理の根拠としては以下のことが主張された。すなわち、まずローマ法原理の理論構成が成功していないことが挙げられる。それは、結局、給付しえない売主が彼の給付の前提の下でのみ約束された反対給付請求権も有しないという自然な思考にその原理が反するためである。買主の反対給付に対する権利は本質的に売主の給付の実現に条件付けられているため、この条件が偶然に生じた不能に基づいて消滅するときには反対給付に対する売主の権利も「論理必然的に」消失する。また、売主が買主の利益で処分権を奪われつつ物を保存しなければならないことに過酷さも見出されない。処分権の制限は売主の自由な意思による契約の拘束力の結果に過ぎず、引渡期日の延期は、買主の利益であっても法律が売主から危険を取り除く根拠とはなりえない。さらにローマ法原理に由来する実際上の困難がドイツ法原理によって回避されることはヘッセン草案の理由書に見られる通りであり、ドイツ法原理が法の明確化と簡略化に役立つことが指摘される。登記制度とドイツ法原理の不適合も根拠付けられない。つまり、そうした登記制度が存在するところでは、登記簿への登記が引渡を示すからであり、占有を伴わないにせよ、買主の財産への売主の権利の移転がそれによって仲介されるのである。[38]

こうした議論の結果、ドレスデン草案は、売主が売却物の引渡までは偶然の滅失および悪化の危険を負担しなければならない反面、引渡まで果実その他の収益は売主に帰属し（四二九条）、また瑕疵担保についても引渡時を基準時とした（一七二条）。履行が偶然事によって全部不能となった場合には、それによって責任から解放される売主は反対給付を請求できず、受け取っていた物を返還しなければならない（三八八条）。一部不能の場合には売主の責任は尚可能な給付に制限されるが、買主は反対給付について相応の減額を行いうる（三八九条）。選択売買では目的物の全部滅失について三八八条が適用され、一部滅失の際にはなお可能な給付に責任が制限される（三九三条）。停止条件付き売買では全部不能によって契約は締結されなかったものとみなされ、一部不能の場合には約束された性質の悪化を除いて、反対給付の控除は認められない（九四条二項）。試用売買に関しては、試用のための引渡によっても危険は買主に移転しない（四六五条）。運送危険については、特定物が買主の指図によって履行地以外の場所に送付されるべき場合には運送人への引渡時に買主に危険は移転する（四三〇条）。[39]

尚、一般ドイツ商法典は各ラント法を考慮して、隔地取引における運送危険についてのみ定める（三四五条）。つまり、契約上の履行地への送付の場合は売主が運送危険を負担するが（二項）、履行地以外への送付の場合には運送人等への引渡後は買主が運送危険を負担しなければならない（一項）。こうした時点よりも早い時点をラント法が定める限り、ラント法が優先する（三項）。[40]

D　立法提案

立法論としてホフモックにより、以下の折衷主義の危険負担論が提案されている。これによれば、売買契約締結後引渡前の偶然事により、ある程度既に移転された危険と尚止まっている危険との架橋が破壊されることから、売主・買主の両者の間で「和解」が必要となる。売買契約において尚残っている売買代金についての権利は存在しなくなっても損害賠償の権利が存在し、売買代金を対象として売主に賠償の権利が発生するが、買主のみが賠償義務を負うこ

とになるため、その賠償は双方にとって発生し、「近代の習俗上の通念を支配する隣人愛と自己否定の原則」から互いの譲歩に基づいて、売買代金の平等の分割が生じる。これが「衡平の原則」に合致することになる。契約締結から引渡までの間は暫定的状態として双方の利益で存在するため、その間に生じた偶然事の結果は共通に負担されるべきなのである。(41)

確かにこの提案に含まれる危険負担の第三の原理は衡平の原則から適切な帰結を導きうるが、その損害賠償請求権がどのような法的根拠を有するのかは未解決のままである。この原理は売主は売買代金に対する半分の権利を失うことを意味するものであろうが、このことは損害賠償として構成できない。このようにフォン・キューベルは折衷主義の立法提案を批判してその採用を拒否した。(42)

E　結　論

以上の検討から、フォン・キューベルは、売買における危険負担に関してドイツ法原理の採用を以下の理由に基づいて最終的に提言する。

まず、ドイツ法原理は契約関係の性質と本質自体にその基礎を有する。売主は売買契約によって売買代金の支払いに対して売買物を引渡す責任を負担し、買主は売買物の給付に対する対価(Aequivalent)として売買代金を支払う義務を負うことからすれば、売買契約から成立する二つの互いに依存し合う責任が対峙し、それぞれの責任には、各契約当事者が他方の当事者がその責任を履行するときにのみ自らの責任を履行する義務を負うという、「内的関連性」が存在する。従って、売主が偶然事によって給付を履行できない場合には、その履行できない範囲で責任から解放される反面、その不能が反対給付請求権にどの様な影響を与えるのかは契約関係の性質から決定され、結局、自らの責任を履行する必要のない者は、その範囲で反対給付も請求できないとの原理に至るのである。これに反するローマ法原理を基礎付けようとする多様な試みは満足な結果には至っておらず、そうした原理を新法典に受け入れることを推奨

する根拠は何もない。[43]

ドイツ法原理が売主を過酷な地位に貶めるというローマ法原理の批判が妥当するなら、それは立法論としては一考に値する。しかし、この批判は当たらない。売主が契約締結後売買物の処分を禁じられるのは売買物についての契約に基づく拘束力の結果に過ぎず、物の引渡に対する売買代金の取得のために売主が自ら選択した拘束の結果なのであって、そうであれば自身の利益のために選択した拘束の結果に過ぎない不利益を自身が甘受しなければならない。そうした不利益を免れたければ物を契約締結後即座に引き渡せば足り、そうしない売主が物を依然として保持し続けるのは売主の勝手であって、法律がそうした保持を義務づけない以上は、保持に伴う危険から売主を保護する必要はないのである。[44]

物の保存についての注意義務（custodia）がローマ法原理の根拠として主張される。つまり、売主は売買物を引渡時まで買主の物として「（善良な）家父長の注意（diligens pater familias）」をもって保存しなければならない場合、その間の危険を売主に負担させないことが衡平に適うというものである。しかし、これも妥当しない。危険負担についての売主の責任は、売買物の保存についての注意義務も含めて、その根拠を買主に対する引渡義務に有する。この引渡義務を遵守するために、売主は契約に基礎付けられた注意をもって物を保存しなければならず、その注意義務違反が物の滅失・悪化をもたらす場合にはそれについて買主に賠償義務を負うことになる。結局、危険（periculum）も保存義務（custodia）も共に契約の性質と本質自体から明らかとなるものである。[45]

寧ろ、未だ売買物の保存と安全のための措置を何ら講じる立場にない買主に危険を負担させることの方が衡平に反する。物の滅失・悪化が偶然事によるのか売主の過失によるのかが非常に判別困難であれば、尚更売主は物の保存に必要な措置を講じることに二義的な利益しか有しないことになる。物の保存の利益と裏腹な保存に必要な措置を講じる可能性はローマ法原理によれば遮断されるのに対して、ドイツ法原理の下では売主は売買代金を獲得するためには

物の保存に配慮せざるをえないこととなって、両者の関連性が保持され続けることになるのである。[46]

さらにドイツ法原理の採用を推奨するのは先のBの検討から明らかになる通り、ローマ法原理によってもたらされる適用上の実際的困難が回避される結果、ドイツ法原理が「法の単純化と明確化に著しく貢献し、望ましい法的安定性を相当程度支援する」ことになるためである。とりわけローマ法原理によってもたらされうる危険を負担する買主の収益収取権と売主の保存費用との複雑な「清算関係」が回避されるのは法的安定性にとって利益は大きいのである。[47]

近時の立法がドイツ法原理を採用する趨勢にあることにも「見逃せない比重」が置かれる。純粋にローマ法原理に固執するザクセン民法典の存在は過小評価されてはならないが、それが「保守的な観点に立ち、その原理に反対する考慮を省みず、その固執する原理に何等の新たな理由付けも付加しない」のであれば、その持つ意義は少ないものとなる。最後に強調されてよいのは、「ローマ法の放棄が、移入された他人の法に対する旧来の国民的法意識の勝利を意味すること」である。[48]

以上のことから、ドイツ法原理が法的論理と衡平に適合し、実際的な観点からも決定的優位を示すことからその採用が推奨される。危険の分割は法的な根拠に欠け、ローマ法原理が招来する厄介な問題点をさらに増幅することになる。偶然事による損害は過酷な結果をもたらすには違いないが、それが当事者のどちらかに配分されるのかが事物の本性の要請である。危険の均等な分割を基礎付ける倫理的根拠は法において必ずしも考慮されるものではなく、危険負担に関する立法の基礎とはなりえないものである。[49]

Ⅱ条に関して。

ここでは不動産売買に関する危険の移転時期が提案されている。通常の売買とは異なって不動産の所有権移転には登記システムが介在し、そこに表章される所有権移転合意(Auflassung)が所有権の移転にとって決定的要素とされ、

引渡は不動産の現実的支配の移転のみを意味するにすぎない。こうした二つの行為が関わる中で、危険移転にとって決定的要素となるのは、所有権移転合意か、引渡か、どちらか一方の行為で足りるのか、それとも両者が必要なのかが争われることになる。(50)

古い都市法の中には、所有権移転合意のみで危険は移転されるとするもの（ブラハ都市法）、あるいは所有権移転合意か引渡のいずれかがあれば足りるとするもの（ハンブルク都市法）が見出される。オーストリア民法典では既述の如く動産・不動産の区別なく引渡による危険移転が定められているが、他方で、不動産所有権の移転については登記簿への取得行為の記載（Intabulation）が基準となるため（四三一条）、危険移転に関しては飽くまで原則通り引渡による移転を認めるか、引渡・登記のいずれかで足りるとするか、見解が分かれる。バイエルン草案は、その後者の見解に立脚して、不動産の場合の危険転移には引渡か登記のいずれかで足りるとしている（Ⅲ一四九条）。プロイセンの一八七二年五月五日の所有権取得法には危険負担に関する規定は見出されないが、一八六八年草案八条は、登記によって引渡が未だなくとも危険が移転することが定められており、その根拠はプロイセン一般ラント法の基礎となっている所有権者主義に求められる。(51)

ドレスデン草案でも動産・不動産を問わず引渡時の危険移転が定められているが、既述の如く審議段階で登記システムと引渡の関係が論議されている。債権者主義の擁護論として引渡時危険移転原理は所有権移転が登記による制度の下では適合しないことが主張されたのに対して、登記制度の下では不動産の引渡は登記簿への記載に体現されることが反論された。(52)従って、危険移転は引渡自体ではなく登記が基準とされることになろう。しかし、こうした中で危険負担は再び所有権問題と「不当に」結び付けられたと評されうるのである。(53)

そこで、「この問題の解決はその原理の基本に立ち返って始めて見出される」。危険移転には登記では足りない。何故に売主が偶然事による物の滅失により自己の債務から解放されると同時に反対請求権も失うのかは、売主が自らの

債務を履行していないにもかかわらず買主の履行を求めることが不当なことにある。売主は売買契約によって買主に単に所有権を供与する義務を負うだけではなく物の占有移転についても義務を負うため、売主として登記簿への所有権移転の記載で自らの債務を全て履行したことにはならず、その結果危険も依然として売主の下に止まると言うべきである。従って、登記制度の下では引渡(Tradition)は所有権取得にとってその意義を失い契約責任の履行の上での意義しか有しなくなったため、履行責任上の引渡は危険移転の決定基準とはなりえず、寧ろ所有権移転形式としての引渡(Tradition)のみがその機能を担いうるとする見解は誤りである。反対に、もし登記のみが危険移転にとって決定的な基準となるとすれば、売主にとって物を保持する利益とその保存に配慮する可能性の分断が生じることとなり、ローマ法原理に対するドイツ法原理の優位は基礎を失いかねない。また登記以後も売主が占有を継続しているにもかかわらず危険が移転することを認める者は、そこに買主への占有改定(constitutum possessorium)構成を援用するかもしれないが、売主が依然として物の物理的支配を継続している事実自体からはそうした双方の占有移転意思は帰結されないはずである。さらに、引渡と登記をいずれも危険移転の基準とするときは二重譲渡に際して一方の買主に引渡、他方の買主に登記が移転された場合には危険負担問題はどのように解決されるのか明確な指針を失うことになる。[54]

しかし、危険移転にとって登記が基準とならないとしても、引渡のみがそれにとって唯一の指針となるのではなく、寧ろ両者の重畳が必要である。このことは売主の責任のすべての履行が買主への危険移転をもたらすとの根拠から直截に明らかとなる。[55]

Ⅲ条に関して。

ここでは、危険負担の具体的な処理方法が定められている。

一項では、偶然事による給付の全部不能の際に売主が反対給付請求権を失い、既に反対給付を受け取っていた場合

にはそれを買主に返還しなければならないことが定められている。この返還義務の基礎となるのは不当利得の返還義務規則であり、売主は善意の占有者とみなされる。[56]

二項では、偶然事による売主の給付義務の一部不能の場合に、原則としてそれに対応する範囲で買主の反対給付義務も縮減されることが定められている。さらに、もし買主がその一部不能を既に契約締結時に知っていたとするなら契約を締結しなかったであろうことが認められる場合には、契約から離脱することも認められる。オーストリア民法典は売買物の滅失が価値の半分以上を失った場合に契約が締結されなかったものとみなしている（一〇六四・一〇四八条）。[57] ベルン民法典は売買目的物が引渡前に重大な毀損を被った場合には買主に契約解除権を認める（八〇八条）。ヘッセン草案は不完全な給付について買主が契約締結時に知っていたなら契約を締結しなかったと認められる場合に、買主に売買代金の減額か契約からの離脱の選択権を与える（Ⅰ三六一条）。[58] 同様の選択権を認めるのはバイエルン草案である（Ⅱ一二〇条）。その理由書によれば、完全な履行が契約締結の当然の前提とされていることに根拠が求められている。この理由付けはプロイセン一般ラント法（Teil 1, Titel 5, 三七八条）を想起させる。それによれば事情の予想外の変更によって両当事者の最終目的の達成が不可能となった場合に各当事者は未だ履行されていない契約から離脱できるのである。ドレスデン草案については、第一読会でヘッセン草案やバイエルン草案と同様の規定が支持されたが、第二読会でそれが売主にとって不当な結果となるものとして「不当にも」削除された。しかし、売買代金の約束はそれに対して売買物が給付されるという条件の下で始めて認められるのであるから、一部不能の場合にも残存部分の給付では売買で望まれた物としては認められず、物が用法に適さず、又は一部滅失によって本質的部分が変更されたときには、もし一部不能が予見されていたなら契約が締結されなかったことが基礎付けられ、結局買主には契約からの離脱が認められなければならない。ここでそうした契約離脱権の要件を客観的に定めるか（オーストリア・ベルン・プロイセン）あるいは買主の契約意思に求めるか（ヘッセン・バイエルン）の選択となる。前者の要件はそこに含まれない

ケースに対応できない弱点があり、後者では裁判官の合理的な裁量にとって十分な規準が与えられる。[59]

Ⅳ条に関して。

債権者主義の適用の際に立ち現れる実際的困難はドイツ法原理で単純に解決されるが、唯一ドレスデン草案で不十分な解決しか与えられなかったことを踏まえて、停止条件付き売買の事例について言及が必要となる。但し、条件成就前に買主に物が引渡されていなかった場合には原則どおりに単純に売主が危険を負担するにすぎないため特別な手当ては必要ない。条件未定の間に一時的に物が買主に引渡され滅失・悪化した後に条件が不成就となった場合にも原則どおり売主がその危険を負担することも問題はない。というのも、条件不成就により契約は締結されなかったものとなり、買主は引渡されていた物の返還義務を負うことになるが、それが偶然事によって滅失・悪化した以上は、賠償義務なくその返還義務から解放されるためである。[60]

問題は条件未定の間に買主に引渡された物が偶然事によって滅失・悪化した後に条件が成就した場合の処理であるが、ここでも原則どおり売主が危険を負担しなければならないであろう。つまり、売主が自らの履行責任を完全に果たすことで危険移転をもたらしうる原理から、条件未定の間は履行されるべき売主の責任は未だ存在せず、条件成就によって契約は始めて完全な効力を有することからすれば、その時に売買物が存在することで売主の履行として意味を有することになる。従って、その時点で売買物が滅失・悪化していた場合には売主は自らの責任を履行していなかったことになり、危険は移転しえない。またこのように処理することは「単純で明快な法」をもたらすことになり、実際的な観点からも推奨されてしかるべきなのである。但し、この問題は条件論自体の問題、とりわけ遡及効の問題とも密接に関係するが、そこでの審議にとっても危険負担問題は意味を有することになろう。[61]

Ⅴ条に関して。

送付売買の際の危険負担の問題に関しては、とりわけ商事売買で重要であるが、民事売買でまず原則が確立される必要がある。この問題に関して立法は運送危険を買主に負担させる傾向にある。ローマ法原理では種類売買の際に売買契約の締結が危険移転をもたらさないため特別の規定を必要とするのに対して、ドイツ法原理によると特定物売買も含めて考慮されることを要する。[62]

プロイセン一般ラント法は原則たる所有権者主義を送付の際の運送危険に適用するために、運送方法について買主の明示又は黙示の承認を前提に、引渡時点を発送時に移すことによって危険移転と所有権移転を一致させている。この原則と一致する一八三一年のプロイセン草案に関して理由書は、売買物の送付が買主の危険で行われることは一般的な日常生活の通念に合致することを指摘する。オーストリア民法典（四二九条）は、買主が送付方法を自ら定めたか承認していた場合に、送付のための交付を引渡とみなすことで買主による運送危険の負担を定める。ザクセン民法典も買主に指示された送付方法に従っていた場合に運送人への交付を引渡とみなすことを定めるが、この原則を危険負担には適用していない（二〇四条）。チューリッヒ私法典も取得者の定めた運送人への引渡時に占有と所有権を彼に移転させるが（六四九条）、運送危険に関しては原則として買主が負担する（一四四四条）。但し、運賃無料送付（Francolieferung）の場合には原則として売主が危険を引き受けたものとみなされる。[63]

一般ドイツ商法典（三四五条）は、引渡や所有権移転とは無関係に、履行地以外の場所への送付が買主の危険で行われることを定める。第二プロイセン草案はラント法との関連で運送人への交付を引渡の完了時とみなす規定を置いていたが、第二読会で削除された。[64] バイエルン草案は、買主が送付方法を指示し売主がそれを遵守する場合又は買主自身が運送を行う場合に売主は危険から解放されることを定める（Ⅱ二九六条）。ドレスデン草案は特定物売買において、買主の指図で契約上の履行地以外の場所に送付される場合に運送危険を買主に負担させるが、この場合にも売主が買

主の指図に止むを得ない理由なく違反する場合には危険は売主の下に止める(四三〇条)。委員会審議では、非商事売買についてドイツ原理の引渡原則から乖離する根拠が疑われる一方で、多数派は通常の民事取引でも買主が運送危険を負担すべきことを認めた。しかし、種類売買の際には買主の同意があって始めて分離が可能であることから、引渡前の買主への危険の移転が否定され、他方で特定物売買の際には、履行地以外の場所に送付を求める買主が運送危険を負担すべきことが決議された。(65)

運送危険を買主の負担とするのは明らかに商事取引の需要に応える趣旨であって、非商事売買においては売主の履行が買主への引渡によって完了する以上はドイツ法原理から離れる根拠は存在せず、送付のための仲介人への交付は引渡とはならない。売主を買主の受託者又は事務管理者とみなす構成は作為的で根拠がなく、また売主が自ら間接占有者(constitui possessorii)として買主のために運送人に引き渡す構成も、買主に意思を強制することになり生活通念にも矛盾する。また、売主は発送により責任を履行するとみなす構成も考えられるが、買主の許に持参しなければならない売主は買主に引き渡さなければ責任を履行したことにならないため運送危険は売主が負担すべきである。従って、問題となるのは買主の要請で履行地以外の場所に売主が送付する場合であるが、売主が引き受ける送付についての従たる責任は発送によって履行されるとしても、尚主たる責任は買主への引渡によって履行される以上は引渡まで売主が危険を負担しなければならない。送付を履行方法とみなす考え方によれば発送によって危険移転のみが問題とされることになるが、これは種類売買における買主への危険移転のために考案された構成であり、買主の危険で運送が行われることを前提とする。しかし、運送危険を買主に負担させる根拠自体が問題となるのであり、この問いには何等答えてはいない。結局、ドイツ法原理から離れる根拠は見出されないのである。(66)

以上のことから推奨されるのは、運送危険についても買主が危険を負担すべきことが合意されているか諸事情から明らかとならない限り、ドイツ法原理を適用すべきことである。但しここで指摘されるべきことは、売主が送付につ

いての従たる責任を引き受けている場合には、原則として当事者意思として運送危険が買主によって負担されることが認められなければならないことである。こうして当事者意思に立ち戻ることで、運送危険の買主負担の根拠付けの困難も回避されうる。[67]

Ⅵ条に関して。

売主は引渡まで危険を負担すると同時に果実収取権を有する。これに関しては立法も学説も一致して認めているところである。[68]

以上の理由に基づいて、フォン・キューベルはドイツ民法典に旧来のドイツ法に由来する売買契約における債務者主義の採用を提案した。これが第一委員会で審議されることになるのである。

(2) 第一委員会の決議

第一委員会は一八七六年九月二二日と同月二五日の両日にわたってフォン・キューベルの提案を審議したが、この審議内容については資料からは詳らかにならない。ヤコプス＝シューベルトの資料集からは審議の結論を窺い知ることができるに過ぎないのである。その資料によれば、提案に関して以下のような決議が行われた。[69]

Ⅰ条に関しては、ローマ法原理に止まるべきとの反論が拒否された後に、様々な見解を支持する理由付けとそれに対する反論の詳細な検討の結果、七票対四票で提案が承認されたとされる。尚、この審議について委員の一人で総則編の部分草案起草者であったゲープハルトのメモには次のように記されている。[70]

「P（プランク?）は以下のことを強調した。

1　ローマ法の原理は売買のような単純な（法律行為?）の際には、法論理に対応した自然な帰結である。

2　それは法史的発展を内在的に有している。というのも、古ドイツ法はそれが争われているようにローマ法の基礎に立ち、今日もフランスおよびイギリス法において通用しているためである。

3　それだけに一層考慮に値するのは、フランス法およびイギリス法との国際的衝突が回避されることである、というのも多くの場合に引渡が存在するかが争われるためである。しかし、実際上の必要性は一貫してドイツ法原理を支持する。つまり、それは法を単純化するのに対して、ローマ法原理は法を複雑化するのである。勿論、ローマ法原理は単純な規則を与えるものの、この規則は譲渡行為を優遇する大きな例外によって破綻し、その概念は容易には確定されない。これに関しては……（ここでゲープハルトは突然中断する）」。

Ⅱ条に関しては、様々な見解が主張され、引渡と登記の後に危険が移転されるという提案者の見解は拒否された。またAuflassungのみで足りるとする見解も多数の賛同を得られなかった。引渡のみで足りるとの見解もまた多数によって承認されるには至らなかった。結局、AuflassungまたはTraditionのいずれかで危険が移転するとの見解を、一方の買主がAuflassungを得て他方の買主が引渡を得る場合にどの様に処理されるのかという反対論が各方面から主張されたにもかかわらず、法典に採用することが決議された。

Ⅲ条に関しては、全部不能については売主が買主に反対給付を請求できないことに異論はなかった。[71] また、一部不能についても多数派によって提案そのままに承認された。[72] Ⅳ条も多数派によって承認された。[73]

Ⅴ条は一般ドイツ商法典と乖離する点で拒否された。委員会の多数派は、特定物売買・種類売買を問わず、商法典との齟齬をもたらさないことが重要であるとして商法典の基本原理を維持することを承認したのである。[74] Ⅵ条については、例外の留保を明示することおよび特殊な場合を除外することで、承認された。

以上の審議結果をフォン・キューベルは一八七七年の「決議案（Zusammenstellung）」に以下のように纏めた。[75]

1　売買契約において売主は、売却物の偶然の滅失および悪化の危険をその買主への引渡まで負担する（これにより、ローマ法原理は拒否され、プロイセンおよびオーストリア法さらに近時のドイツの法律草案に従ってドイツ法原理が採用された）。

2　売却物が不動産の場合、物が買主に引渡されるか買主への所有権移転の登記簿への記載が行われるまで売主が危険を負担する（これに関しては四つの見解が対立している。起草者の見解は結局売主に引渡および登記まで危険を負担させようとした。第二説は引渡のみを決定的とする。第三説は登記を唯一決定的な行為と説く。最後に取るに足らないとみなされ起草者によって徹底的に批判されたにもかかわらず決議された見解によれば、引渡も登記もそれぞれが売主から危険を取り去るに十分とすべきと説く）。

3　売主は以下の原則の規準に従って危険を負担する。

a　契約締結後一条・二条に定められた時点前に売主にとって彼の責任の履行が彼の責めに帰される過失なく偶然事によって全部不能となり、その結果売主が彼の責任から解放される場合、売主は買主に対してその遅滞の場合は別として、反対給付を請求できず、買主には彼が彼の側で既に給付していた場合には給付物を不当利得に基づく請求権について認められる規定の準則に従って返還しなければならない（起草者の提案において『規定』の文言の後に括弧で括られて存在した『善意の占有者と同様に買主の損害で利得されることなく』の文言は、決議において、それによって他の箇所での判断を先取りせずにその事柄に立ち入らないように削除された）。

b　売買締結後一条・二条に定められた時点前に売主にとって彼の責任の履行が偶然事によって一部不能となり、その結果売主の責任が尚可能な給付に制限される場合、買主は反対給付を減額するか、又は、完全な履行の不能が既に契約締結時に予見されていたなら彼は契約を締結しなかったであろうことが認められるときには契約から離脱できる。

4　停止条件の下で締結された売買契約において、条件未定の間に売却物が買主に引渡されていた場合、それにより疑わしいときには物の偶然の滅失および悪化の危険は買主に移転しない。

5　売却物の送付の場合、危険負担に関して特定物売買においても種類売買においても商法典三四五条の規定が認められるべきである（この場合には、異なったことが合意されていないかが諸事情から明らかにならない限り売主に危険負担を帰すという起草者の見解は、多数派によって商法典との一致に決定的な重点が置かれることにより、多数の支持を見出さなかった）。

6　売主が危険を負担する時点まで、彼が遅滞にならない限り、彼には規則により（例外を除いて）売却物の自然および法定果

実が帰属する。

この第一委員会の決議に基づいて、具体的に部分草案が起草され、それを基礎にして現行ドイツ民法典上の売買における危険負担制度が形成されることになるが、この決議は債務法総則の危険負担一般に関する規定にも関連性を有しており、結局、ドイツ民法典上の危険負担制度全体に影響を及ぼしているのである。

(3) ドイツ民法典における危険負担制度の成立

フォン・キューベルは部分草案の中の「責任の不履行の効果」草案九条から一三条において危険負担に関する一般的な規則を定めている[76]。その一〇条が債務者の責めに帰されない給付不能による債務者の責任からの解放と双務契約における債務者の危険負担の原則を定める。

一〇条 債務者にとって給付が、債権者の過失は別として（九条）、彼の責めに帰されない事情の結果不能となった場合、債務者はそれが妥当する範囲で彼の責任から解放され、債権者に対してそこから生じる損害について責任を負わない。双務契約においては、債務者は給付の全部不能の場合には反対給付請求権を有しない、また一部不能の場合には債権者は彼の為すべき反対給付の相応の減額請求権を有する。

債務者が反対給付を既に保持していた場合には彼はそれを、また、一部不能の場合には相応の価額を債権者に返還しなければならない。これには六条の規定が準用される。

この規定の理由付けとしてフォン・キューベルは以下のような説明を与える。債務者の給付義務とそれに対応する債権者の債権が、債務者にとって給付が偶然事または彼の過失なく不能となる場合その限りで消滅することは、普通法および近代立法の一致して認める帰結である。不能が客観的か主観的かまた物理的か法律的かは問題ではないが、唯一の例外は無責の支払不能の場合であり、この場合には給付の不能が認められないのである（一一条一項）。問題と

なるのは無償原因の競合（concursus causarum lucrativarum）である。すなわち債権者がある者に対して無償で請求できるまさにその物を他の者から無償で取得する場合には彼の債権は履行の法律的不能によって消滅することである。この問題の解決は有償原因の場合の解決とも関連して一般的な規定の定立には馴染まない。(77)

双務契約においては履行不能による債務者の解放がその限りにおいて反対給付請求権の消滅をもたらし（一〇条）、一部不能の場合には債権者に契約の解除が認められる（一二条）が、その契約解除も債務者の危険負担原理を前提とする。草案の基礎となっているのは売買における危険負担に関する委員会決議であり、債務者の危険負担原理の詳細な理由付けは委員会に提出された起草者の提案を参照すべきである。一部不能の場合に債権者に解除権が認められるのは、残部の給付が本来望まれた契約目的物とはみなされえないときに契約への固執が債権者の意図に反する結果となるためであり、債権者がその一部不能を予見できていれば契約を締結していなかったはずであると認められる場合に与えられるのである。(78)

第一委員会は、まず後発的客観的不能による債務者の給付義務からの解放原則を確認するとともに、後発的主観的不能を客観的不能と同視することも確認した。しかし、この同視には例外が認められるべきで、部分草案はその例外を支払不能に限定しているが、代替可能な物又は行為を内容とする債務についても金銭債務と同様に主観的不能は債務者の解放をもたらすものではない。従って、主観的不能が客観的不能と同視されるのは特定物の給付を内容とする債務に限定される。このことを明示で規定することによって「（客観的）不能（Unmöglichkeit）」が常に客観的不能を意味するという用語法が貫徹されることになるのである。さらに、この場合には不能が継続的である限り債務者の解放をもたらすものであることも確認された。(79)

こうした不能による債務者の給付義務からの解放を前提にして、双務契約の場合には反対給付義務も消滅する。この対価危険負担に関する債務者主義の採用の根拠として、フォン・キューベルの部分草案に関する理由書および一八

七六年の委員会決議の参照が指示されている。[80]

債務法に関する決議案(Zusammenstellung)において、部分草案一〇条に関する上述の決議は一八九条として以下のように纏められた。

債務者は、給付が債務関係の成立後に生じた彼の責めに帰されるべきではない事情の結果不能となる限り給付義務を負わず、給付が継続的に不能となる限りで、債務者は彼の責任から解放される。

特定の目的物を給付しなければならない債務者がそれを彼の責めに帰されるべきではない事情の結果給付できない場合には、給付は不能とみなされる。

双務契約において全部不能の場合には債務者は反対給付の権利を有しない、又一部不能の場合には債権者は九六条[81]の基準に従って反対給付を相応に減額する権利を有する。債務者がそれにより彼に帰属しない反対給付を既に受け取っていた限り、債権者は給付物を不当利得の返還に関する規定に従って返還請求できる。……(以下省略)……。

この規定は、クールバウムの債務法の体系に関する主要提案[82]に基づいて、一項および二項が三項から分離され[83]、それぞれ最終的に第一草案の二三七条の一項および二項と三六八条一項として纏められた。ここで、双務契約におけるいわゆる対価危険に関する規定として第一草案の三六八条一項が位置づけられ、債務者主義を規定するその規定はその後実質的な修正を受けることなく、現行のドイツ民法典三二三条一項として結実することになる。[84]他方、第一草案の二三七条は一方的な債務関係における給付不能による債務者の解放原則および主観的不能と客観的不能との等置を規定することとなったのであり、この規定もその後実質的な修正を施されることなく現行ドイツ民法典二七五条に結実し、給付危険規定として理解されることになる。[85]

他方で、売買に関する危険負担規定が部分草案で起草され、再び第一委員会で審議されることになる。売買に関する部分草案において、フォン・キューベルは先の第一委員会の決議に基づいて以下の三ヵ条を起草した。

八条　売主は、売却物の偶然の滅失および悪化の危険を一八九条および一九〇条[86]の規定の基準に従って、買主への売却物の引渡まで、並びに不動産の売却の場合には、物が買主に引渡されるかまたは買主への所有権移転の登記簿への記載が行われるまで、負担する。

危険が売主に止まる限り、彼には売却物の果実およびその他の収益が帰属する。

停止条件の下で締結された売買契約において条件未定の間に売却物が買主に引渡された場合、別段の合意がないときには、それにより物の偶然の滅失および悪化の危険は買主に移転しない。

九条　売主が売却物を買主の要請で、それが契約によって引き渡される場所以外の場所に送付される場合、買主は、一八九条および一九〇条の基準に従って、売主が運送人、運送代理人またはその他運送のために定められた者に物を引き渡した時から、危険を負担する。

買主が送付方法について特別な指図を与え、売主が急迫の原因なくそれから逸脱した場合、危険は売主の下に止まる。

一〇条　売却物が買主にその危険で他の場所に送付されるべき場合に、買主が送付方法を指示しなかったときには、売主は通常の家父長の注意をもってこの任務を果たす義務を負い、とりわけ、運送すべき者を選定する義務を負う。

フォン・キューベルは、これらの規定に関する理由を再び述べる。まず八条に関して、売買における危険負担の問題は、ローマ法の債権者負担原理とドイツ法の債務者負担原理の対立図式として把握される問題であるが、この問題の詳細は「売買における危険の負担」提案の理由書が参照されるべきことが指示される。その問題に関して既に委員会はプロイセン法およびオーストリア法の先例並びに近時のヘッセン・バイエルン・ドレスデンの各草案に倣ってドイツ法原理の採用を決定したことが確認され、更には決議案一八九条三項に債務者主義が定められていることが指示されて、八条一項がまさにそのドイツ法原理を宣言することが確認されている。[87]

しかし、不動産売買については既に委員会決議が引渡又は登記時に危険が移転することを決定していたが、フォン・キューベルはこの原理が不当であるとして批判する。ここで「売買における危険の負担」提案のⅡ条に関する理由書

で詳述された各種立法例が再び検討され、再度、売主の義務が完了する時点での危険移転の観点から「引渡および登記」時点における危険移転原理が提案された。一八七六年の委員会決議における「引渡または登記」時点での危険移転原理では二重譲渡において引渡と登記がそれぞれ別の買主に移転された場合における危険負担について問題が発生することは回避できない。反対に、起草者が提案する「引渡および登記」時点での危険移転原理が委員会に支持されれば、売主が引渡について遅滞にある場合に登記によって危険は尚買主には移転しないとの解決は自ずと導かれることになるため、それに関する注意規定も要しない。[88] こうした考慮から、フォン・キューベルは委員会に対して、部分草案八条一項後段の不動産に関する部分について以下のような修正案を提案している。[89]

八条　……並びに不動産の売却の場合には、物が買主に引渡され且つ買主への所有権移転の登記簿への記載が行われるまで……。

こうしたドイツ法原理による解決がローマ法原理上問題とされた各種事例において「単純で明快な解決」を提示するとして、種類売買、数量指示売買、他人物売買および二重売買が挙げられている。停止条件付売買についても原則として売主が危険を負担することが一八七六年の委員会決議に従って定められたが、これは飽くまで任意規定であって、特に合意内容から条件成就の効果が遡及する場合には引渡された物の危険は買主が負担すべきことに注意が喚起されている。[90]

解除条件付売買においても条件成就時点で引渡されていなければ売主が危険を負担すべきことはドイツ法原理の当然の帰結となるが、引渡が既に行われていた場合には問題が残る。これは寧ろ解除条件の原則から解決されるべき問題であるが、既に委員会が決定した解除条件の成就の効果の原則からすれば売主が危険を負担することになりそうであるとの起草者の考えが提示されている。[91] 尚、一括売買は特定物売買と同様に処理されれば足り、また当事者の意図は個別部分の滅失・悪化を度外視するものであるため、特別の規定を要しない。[92]

最後に、危険を負担する者が収益を得るとの危険と収益との結合関係が認められる。但しこれは引渡による危険移転と収益収受権との結合関係であり、登記による危険移転は厄介な清算関係を回避する意味でこの関係では排斥される。[93]

次に、九条は送付売買における危険負担について定める。これに関しては、運送危険の買主負担が立法例の趨勢として見出されることが最初に提示される。当初、フォン・キューベルは「売買における危険の負担」提案Ⅴ条において原則として運送危険が売主負担であることを提案したが、委員会は一般ドイツ商法典との関連性を重視して買主負担の原則を確立すべきことを決議した。この決議に基づいて起草者は部分草案において運送危険を買主負担とする規定を提示したのであり、先の提案理由書と同様に各種立法例を検証した後に、全ての送付の場合に運送人への引渡による買主への危険移転原理を理論構成上説明することが困難であることを指摘するのである。そこで起草者は当事者の意思の推定に基づいて、売主が履行地としての買主の許に持参すべき場合には運送危険は売主が負担するが、履行地以外の場所への送付の場合には買主が危険を負担するとの規定を説明し、一般ドイツ商法典の規定との関連性を維持しようとした。[94]

最後に一〇条に関して、売主が必要な注意を払って送付方法についての指図を遵守し、特に適切な運送人を選択すべきことは、それが行われなければ売主の債務不履行となって彼の不利益となるために重要である。更に、運送危険が買主負担とされる送付売買においては、買主を保護する上で売主の義務を明確化することは尚更重要なこととされているのである。[95]

この部分草案に関して第一委員会では、まず八条一項について、債務関係法総則の危険負担規定（一八九条・一九〇条）がある以上、ここでの規定は不要であることが指摘されたのに対して、多数派は、この規定が引渡による買主への危険移転原理を表明する点およびこの原理が普通法上の危険負担原理と対立する点から特に明確な規定の必要性を

認めた。[96] そのうえで、不動産の危険負担について起草者が修正案を提案していることから、更に審議が続けられた。そこでは、一八七六年の委員会決議が尚維持されるべきことが強調された。つまり、買主が所有権者となって売買物に関して完全な法的支配を取得したにもかかわらず危険移転を引渡と関連付けることに固執するあまり、買主を危険から解放することは売買契約の性質と本質に矛盾し、また当事者の意思にも矛盾する。登記を終えた当事者は買主がその後危険を負担するとの意図を有しているはずであり、そのことが黙示で合意されていたと見ることが可能であるためである。確かに買主は物を未だ現実に管理する立場にないが、売主に義務づけられる保管義務は十分な買主への補償機能を果たすものであり、これは占有質の場合の所有権者と質権者との関係と同様なのである。更に、危険移転が売主の債務の完遂と関連付けられないことが明白である以上は、危険移転にとって引渡および登記を求める必要はないのである。勿論、二重譲渡の場合の占有と登記の乖離の問題は重要であるが、売主の債務の完遂と危険移転が分離される限りは解決可能なのであり、買主への事実的支配または法的支配の移転時に危険が移転されることが、売買契約の本質、法史上の発展および当事者意思に適合する。こうして、起草者の修正提案は否決され、部分草案が支持されたのである。[97]

危険負担と収益収取権との関係については基本的な考え方に何等の変更も見られないものの、部分草案九条が定めるケースにおいては、物の発送後には買主が危険を負担するとともに収益収取権も手に入れることとなり、これは原則の不当な拡張を意味する。また、任意規定たる危険負担規定が合意によって排斥される場合には収益との関係を定める当該規定も排斥される。従って、委員会は、こうした点を明確にする必要があり、また、ここで問題となるのは売主の負荷(Lasten)の負担に対応する果実およびその他の収益の収取権であることをも定める必要があることを決定した。[98]

停止条件付売買に関する三項は、停止条件付の所有権移転を認めないという物権法草案と適合しないし、解除条件

の場合についても、その物権的効力が問題となる以上は、そこでの審議に委ねられるべきものであるとして、その削除が決議された。[99]

以上の決議は第一草案四六三条として次のように纏められた。[100]

売主は、買主への売却物の引渡まで偶然の滅失および悪化の危険並びに売却物の負荷を負担する。引渡までは物の収益は売主に帰属する。

土地の売却において登記簿への所有権移転の記載が引渡前に行われた場合には、第一項に定められた効果は記載の時点に生じる。……（第三項省略）……

この規定に対しては、ローマ法原理に固執する取引界からの反発や、立法技術上の批判が提起された。[101] しかし、この規定は、その後帝国司法省および第二委員会においても実質的な修正を受けることなく、[102] ただ一項の文言が修正されたに止まって今日のドイツ民法典四四六条に結実した。[103]

部分草案九条に関しては、一般ドイツ商法典三四五条と一致する九条一項について異論は出されなかった。しかし、第二項に関しては一般ドイツ商法典の規定との関連から、危険負担効果ではなく売主に責任を負担させる内容に改めることが承認された。[104] また、一〇条に関しては、この規定が自明の内容しか有していないのであり、売主の義務は現行ドイツ法の二四二条・二四六条に対応する規定から明らかになるため、その削除提案が承認された。以上から、送付売買に関する規定は第一草案四六五条として以下のように定められた。[105]

売主が売却物を買主の要請で、物が契約により引き渡されるのと異なる場所に送付される場合、買主は、売主がその物を運送人、運送代理人又はその他運送の実行のために定められた者に引き渡した時から、危険を負担する。

買主が送付の方法について特別の指図を与え、売主が急迫の原因なくその指図から逸脱する場合、売主は買主に対してそこから生じた損害について責任を負う。

この規定内容は全く異論のないものとして第二委員会においても維持され、多少の文言の修正を受けて今日のドイツ民法典四四七条として結実した。[106][107]

(4) 小括

以上でドイツ民法典における危険負担制度の成立を俯瞰したことになるものと思われるが、こうした経緯から、ドイツ民法典における危険負担に関する債務者主義の採用は、フォン・キューベルによる「売買における危険の負担」提案とそれに関する一八七六年の第一委員会決議が決定的な役割を果たしたものと考えることができる。この第一委員会決議は売買における危険負担制度だけではなく債務関係法総則の危険負担制度にも少なからず影響を与えたのであり、このことは、危険負担の債務者主義に関する第一草案三六八条の詳細な理由付けが、フォン・キューベルの提案理由書に委ねられていることからも窺い知ることができるものと思われる。[108]

従来、我が国において五三四条が依拠する債権者主義が取引通念に適合しない「不合理な制度」とされ、その排斥が解釈論の一つの大きな課題とされてきた背景には、ドイツ法の債務者主義の移入の目論見があるものと推察できようか。[109] では、そもそもドイツ法において債務者主義が採られたのはどのような根拠によるのか。実はこの問題は既存の立法資料からは明らかにならない。債務者主義の採用に決定的役割を果たした第一委員会決議の審議内容が詳らかにならない以上は止むを得ないことであるが、フォン・キューベルが部分草案の起草に際して「売買における危険の負担」提案理由書を参照させて詳しく述べることを避けていることからすれば、その提案理由書の内容が提示するローマ法原理とドイツ法原理との対比・相剋の図式と内容は第一委員会の審議内容から大きく逸れることはないものと考えてよいのではなかろうか。従って、ここではもう一度簡単にドイツ法の成立過程を概観してみよう。

フォン・キューベルはローマ法の債権者主義についての普通法上の理論構成を批判することによって理論上その原

理が不可解な制度であることを示し、他方で、ドイツ法の債務者主義を給付義務と反対給付義務との「内的関連性」――いわゆる存続上の牽連関係――に適合するものとして提示する。更に、債権者主義の下で争点となった具体的な各種売買形態・事例について、債務者主義が極めて単純で明快な解決を与えることを示し、又近代の立法例の趨勢が債務者主義の採用に好意的であることを示す。恐らく、こうした検討においてフォン・キューベル自身がその立案に参画したドレスデン草案の審議と内容は大きな影響を有したものと推測されるが、そこでの審議内容も理論構成、適用事例および立法例の検討であったことからすれば、当時の危険負担制度の確立にはこうした三つの視点が重要であったものと思われる。第一委員会は最終的に債務者主義の採用を決議したわけであるが、そこではゲープハルトのメモが示すように、普通法上通用していた債権者主義が必ずしも取引通念に適合しない「不合理な制度」として理解されていたものではないことが窺い知れる。債権者主義が「不合理な制度」であるとすれば、それを商事売買に制限しようとする見解が何故に登場するのであろうか。[110] 取引通念は債務者主義・債権者主義の双方から主張される根拠なのであって、必ずしも決定的な根拠とはなりえないのである。寧ろ、先のメモが示すところによれば、債権者主義がフランス・イギリス法との関係からも推奨される根拠は十分に見出される。従って、牽連関係という理論構成上の説明方法における債務者主義の優越および実際の適用事例における債権者主義の難点と債務者主義による法の単純化という技術的な視点が当時の立法例に反映され、その趨勢にドイツ民法典も従ったものと評価できるのではなかろうか。[111]

但し、ここで注意を引くのは、こうした債務者の危険負担原理を基礎とした危険移転基準を、フォン・キューベルは「債務者の履行の完了」に求めてきた。こうした考えが鮮明に表明されるのが不動産売買における危険移転時の問題であり、フォン・キューベルは二重譲渡事例を念頭に「登記および引渡」時が債務者の履行行為の完了時であるとして、再三にわたって「登記または引渡」時を主張する委員会の見解に反対した。そうしたフォン・キューベルの見解に従うなら、危険負担における所有者主義と債務者主義の相違が曖昧になろう。[112] 寧ろ、今日のドイツ法学説は、そ

れら両原理を明確に区別し、ドイツ法上の危険移転規定は債務者が履行を完了した場合には関係しないものと理解しているのである。[113][114]

さて、本稿は必ずしも危険負担制度全般についての検討を目指すものではないが、ドイツ法において債務者主義が採用されたことは、少なからず債務法の体系に影響を及ぼしている点で興味深い。本稿の興味対象に限定してその影響を纏めてみると、まず、普通法上の債権者主義の適用の下で大きな争点として提起されていた種類売買の特定による危険移転時期の問題は、フォン・キューベルの指摘のように債務者主義の下では引渡によって危険が移転するとされる以上は独自の問題とはなりえない。従って、普通法上の分離説と交付説の対立は、債務者主義の採用により交付説の意味で自動的に解決されるはずなのである。そうであれば、この「特定」制度は債務者危険負担主義の下でどのような役割を演じることになるのであろうか。

また、ドレスデン草案以来危険負担の債務者主義は瑕疵担保責任の瑕疵の基準時に影響を及ぼしている。普通法上の瑕疵担保責任は特定物においては契約締結時が原則であった。しかし、ドレスデン草案の審議において、瑕疵の基準時の前提論として危険負担の議論が位置づけられ、結局債務者主義の採用によって瑕疵の基準時も「自動的に」引渡時に移行されたのである。[115] また、そこでは一九世紀中葉のドイツにおける家畜売買における瑕疵に関する立法において基準時が引渡時にされたことも大きく影響していた。[116] この引渡時を基準とする瑕疵担保制度が後にドイツ民法典にも採用されることになるが、引渡時が瑕疵の基準時とされることで、当然、後発的一部不能事例では瑕疵担保責任と危険負担制度が競合する制度として立ち現れてくるはずであり、この調整問題はどのように解決されるべきなのか、この検討が必要になろう。

債権者危険負担主義の下で契約締結時を基軸に各制度の分担範囲が明確であった、危険負担制度、種類債務の特定制度、瑕疵担保責任制度は、債務者危険負担主義の採用によって、種類債務の特定と対価危険の移転との必然的関連

性の喪失、危険負担制度と瑕疵担保制度との競合という新たな問題を提示することになったのである。そして、そこでは契約締結時に代わって引渡時が新たな各制度の分担を画する基軸として登場してきた。以下では、これらの問題を順次検討してゆく。

（1）既に鳩山博士や末弘博士によって危険負担に関する債権者主義は立法論的にも解釈論的にも批判され、我妻博士によって我が国の五三四条は買主への目的物の実質的支配移転による危険移転理論によって事実上債務者主義に修正されたと評して良いように思われる。我が国のこうした債務者主義の解釈論の経緯については、半田吉信「売買契約における危険負担――民法五三四条一項をめぐって――」林良平還暦・現代私法学の課題と展望・下（有斐閣・昭和五七年）一一三頁参照。

（2）Werner SCHUBERT, Materialien zur Entstehungsgeschichte des B.G.B.,Berlin/New York, 1978, S. 206 ff. 第一委員会は一八七四年九月一七日から九月二九日まで起草作業の手順や起草委員の決定等を行なうために準備委員会を開催し、一八七四年九月二九日に起草委員が決定された。そこで債務法の起草を担うことになったのが、フォン・キューベルである。編纂作業の着手段階から部分草案の完成までの経緯に関しては、平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと(1)」岡山大学教育学部研究集録五六号（昭和五六年六五頁以下、七戸克彦「登記の推定力(二)――比較法的考察――」法学研究六三巻一号（平成二年）六五頁注（102）参照。

（3）この点に関しては、フォン・キューベルによって一八七四年九月二八日の審議に際して、委員会に「起草者のための指導に関する提案」が提出された。その第八項において、「法典の体系の確定、草案の全部または多くの主要部分の完成にとって基準となる観点の決定および草案の個別の分野を支配する諸原則の確立」が委員会決定を経なければならない旨が提案された。この提案が、起草委員が決定された一八七四年九月二九日の審議において、「起草者が個別にそれぞれの作業を開始する前に、草案の全体または多くの主要部分の完成にとって基準となる観点、および草案の各分野を支配する諸原則、さらに例えば基礎とすべき立法作業の利用に関して、委員会の判断を仰がなければならず、そのためにその提案を委員長に提出しなければならない」として、承認されたのである。その後、一八七六年九月一八日の審議において、各起草者の「提案」の審議順序が決定されている（SCHUBERT, a. a. O.(Note 2), S. 220 ff.)。そこでは、「売買における危険の負担に関する提案」は「契約の形成に関する提案」の次の二番目の審議順位とされており、実際に、一八七六年九月一二日と同年九月二五日に審議された。

（4）Franz Philipp von KUBEL, Tragung der Gefahr beim Kauf, 1876, in (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorla-

gen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B., Berlin/New York, Teil 3, 1980, S. 1037 ff. この提案は、六ヵ条からなり、それに関して四五頁にわたる非常に詳細な理由が付されている。

(5) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 1 f.

(6) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 4.

(7) ローマ法上の危険負担制度に関しては、半田吉信「ローマ法における危険負担㈠㈡——買主危険負担主義の起源とその展開——」法経研究（千葉大学）八号（昭和五四年）一頁以下、九号（昭和五五年）九七頁以下を参照。

(8) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 5.

(9) ドイツ普通法学説の詳細については、既に我が国でも優れた紹介と分析が存在するため、本稿ではフォン・キューベルの提案の中の該当箇所について概略の紹介にとどめる。詳細は以下の文献を参照されたい。半田吉信「ドイツ普通法における危険負担——買主危険負担主義から売主危険負担主義へ——」法経研究（千葉大学）一〇号（昭和五六年）一頁以下、小野秀誠・危険負担の研究——双務契約と危険負担（日本評論社・平成七年）三二八頁以下、浅井清信・債権法における危険負担の研究（立命館大学出版部・昭和一七年）四一五頁以下。尚、こうしたドイツ普通法学説の様々な債権者主義の根拠付けの試みは、フランス一九世紀の注釈学派によるフランス法上の危険負担制度の根拠付けと類似点が多いのは興味深い。フランス法の危険負担については、前田敦「特定物売買における所有者主義の危険負担——フランス法からの示唆——」法学政治学論究二〇号（平成六年）四六七頁以下参照。

(10) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 5f. 理由書によれば、ヴェヘター以前には、「所有者は事変による損失を負担する(casum sentit dominus)」および「特定物は債権者のもとで消滅する(species debita casu perit ei, cui debetur)」の原理に債権者主義の根拠を求める見解も存在したが、ヴェヘターによる批判によって克服されたとされている。

(11) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 6.

(12) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 6 f.

(13) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 7.

(14) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 8 ff.

(15) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 11.

(16) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 11 f.
(17) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 12.
(18) von Kubel, a. a. O.(Note 4), S. 12.
(19) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 12 f.
(20) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 13 f.
(21) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 13 ff. ここでフォン・キューベルは、分離説と交付説との対立を本文の如く提示し、続いて他の学説をも合わせて検討対象としている。それによれば、ヴィントシャイトは個別化された物の現実の給付又は当事者の合意による特定を危険移転の前提とするが、送付売買においては運送人への引渡を交付とする。ベッカーは、独自の「個別化理論（Individualisierungstheorie）」を提唱するが、それによれば、危険移転の基準となるのは種類物の特定物化であり、それは当事者の合意または履行である。送付の際には本来は履行の完成する受領時に特定物化は生じるが、これは推定される当事者の意思には対応しないため、発送時に生じるものとみなされる。結局、これは交付説と異ならない。レーゲルスベルガーによれば、選択権の拘束力ある行使によって危険は買主に移転し、それは選択権が買主に帰属する場合には分離理論と同様の結果となるが、売主に選択権が帰属する場合には原則として引渡時に生じることになり、交付説と同様となる。送付売買においては売主の分離通知の発送時又は運送人への引渡時となり、交付説に近い。ホフマンによれば、特定物化は合意又は遅くとも引渡によって生じるが、通常のケースでは売主の選択権の行使によって生じるという。しかし、それが具体的には何時の時点を示すのかは説明がない。以上のようにフォン・キューベルは普通法学説を整理している。尚、普通法上の種類債務の特定時期を巡る問題に関しては、浅井・前出注（9）五二九頁以下、山下末人「種類債務の履行と特定――ドイツ普通法理論に関して――」商大論集（神戸商大）二八号（昭和三四年）一三八頁以下、新田孝二『「特定」の基準・Lieferung（交付）の概念」片山金章古稀・民事法学の諸相（勁草書房・昭和四五年）一一八頁以下、半田吉信「種類債務における危険負担――ドイツ普通法を中心として――」法経研究一一号（昭和五七年）一一七頁以下を参照。
(22) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 16 f.
(23) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 17.
(24) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 17 f.
(25) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 18.

(26) この条文に関しては、半田・前出注(9)三七頁注(5)参照。本文の条文訳は半田教授の訳に倣った。

(27) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 18 f.

(28) ザクセン民法典草案八九一条乃至八九五条に関して理由書では、ザクセンにも通用していた普通法上の危険負担原理について次のように纏められている(Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs fur Konigreich Sachsen. nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichniß, Dresden, 1860, S. 772.)。

「(a)出来事の法的結果が帰されるのは人であって、直接的に(casum sentit persona)又は物によって間接的に(casum sentit dominus、すなわち物について権利を有する者)に帰されるのである。

(b)しかし、偶然事の法的結果は契約によって異なって分配されうる。つまりcasusが帰される者以外の者は、偶然事に基づく不利益を契約によって

aa) 明示で、又は

bb) 債務上の関係の結果として黙示で

引受けうるのである。

この bb) の場合に人はその危険を、periculum obligationis と呼び、これが上述の条文において問題となる。いわゆるpericulum obligationisに関する非常に考究された論稿がヴェヘター(Wachter)の論稿である。wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen, im Archiv fur civil. Praxis, Bd. 15, S. 97 flg., 188 flg. この論稿の帰結がこの法典を本質的に基礎付けたのである」。

草案八九一条は文言の多少の修正が施されて民法典八六六条となったのであり、このことから明らかな通り、ザクセン民法典の危険負担規定は、ヴェヘターの「不能理論」に根拠付けられた債権者主義を定めているのである。ヴェヘターの理論については、前出注(9)に掲げられた文献参照。

(29) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 19 f.

ザクセン民法典八六六条 特定物によって定められた物の譲渡に向けられた契約においては、物の給付について権利を有する者は、給付を不能とした偶然事、すなわち危険を、特別な理由が反対のことの承認を根拠付けない限り、契約締結時から負担しなければならない。これは、物が偶然事によって悪化した場合にも当てはまる。

八六七条 物が種類の中から引渡されるべきで、個別の物が勘定、計測、計量等による種類からの分離を必要とする場合、

権利者は契約に従って行われた分離時から、危険を負担する。

八七三条　物の譲渡に向けられた契約に停止条件が付されている場合、条件未定の間は譲渡人は物の偶然の滅失を負担する。物が滅失する場合、その物を取得すべき者は、反対給付から解放される。偶然の悪化を物の取得人は負担する。それにもかかわらず、彼は反対給付を減額なく支払わなければならない、但し、物の特別な性質が約束されていて、その性質が条件成就時に欠けていた場合は別である。

一〇九一条　物の危険、負担および利益に関しては、八六六条乃至八六九条の規定が適用される。一〇八五条の場合には、滅失および悪化の危険は、勘定、計測又は計量が行われた時に買主に移転する。

一一〇一条　ある者が試用又は検分で買う場合、その売買は、他の定めがなければ、買主が売買目的物を承認しうるという停止条件付きである。条件成就まで売主は、売買目的物の偶然の滅失および悪化を負担する。

(30) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 20.

フランス民法典一六二四条　引渡前の売却物の滅失又は毀損が売主又は取得者のいずれの負担に帰すべきかの問題は、『契約又は合意による債務一般』の章に定める規則に従って判断される。

一一三八条　物を引渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。

この債務は、引渡がなんら行われなかった場合でも、物を引渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。但し、債務者がその物を引渡すことについて遅滞にある場合には、その限りではない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。

一五八三条　売買は、物がいまだ引渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物および代金について合意するときから当事者間において完全であり、買主は売主に対する関係で当然に所有権を取得する。

一五八四条　売買は、単純に、又は停止条件であれ解除条件であれ条件付きで行うことができる。売買はまた、二又は数個の選択物を目的とすることができる。

これらすべての場合において、売買の効果は、合意の一般原則によって規律される。

一一八二条　債務が停止条件のもとで締結されたときは、合意の内容をなす物は、債務者の危険にとどまる。債務者は、条件の成就の場合にのみそれを引渡す義務を負う。

その物が債務者の過失なくして完全に滅失する場合には、債務は、消滅する。

その物が債務者の過失なくして毀損した場合には、債権者は、あるいは債務を解除し、あるいは価格の減額なしにその物をそれが存する状態で要求する選択権を有する。

その物が債務者の過失によって毀損した場合には、債権者は、あるいは債務を解除し、あるいはその物をそれが存する状態で損害賠償とともに要求する権利を有する。

一五八五条 商品が一括してではなく、重量、個数、又は寸法によって売却されるときは、売買は、売却物が、計量され、数えられ、又は測定されるまで売主の危険に属するという意味で何ら完全ではない。但し、買主は、その引渡を請求することも、約務の不履行の場合に、必要があれば、損害賠償を請求することもできる。

これらの条文の翻訳については、法務資料（第四四一号）フランス民法典――物権・債権関係――（法務大臣官房司法法制調査部）を参照した。

(31) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 21 f. プロイセン一般ラント法における危険負担に関しては、浅井・前出注（9）三五八頁以下、半田・前出注（9）三三・三四頁参照。

(32) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 22, Motive, S. 97.

(33) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 22 f. オーストリア民法典の危険負担制度については、半田・前出注（9）三七頁以下参照。

(34) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 23 f. Entwurf eines burgerlichen Gesetzbuchs fur Großherzogthum Hessen nebst Motiven, 4 Abt. 1853, Darmstadt, (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Entwürfe und Motive, Bd. 5, Frankfurt/Main, 1986, Einleitung, S. 10 ff. この理由書の序文については、半田・前出注（9）二九・三〇頁参照。

(35) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 24.

ヘッセン草案第二巻一九条 売主が売買目的物を買主に引渡していない限り、二〇条の規定は別として、彼は危険を負担し、それより前に偶然事により売買目的物の給付が全部もしくは一部不能となるか又は目的物が悪化する場合、第一巻三六〇条以下が適用される。

これに対して、売主には、移転まで売買目的物の増加成長と共に果実および収益が帰属する。

契約当事者の一方の過失によって移転が遅延される場合、遅滞の間に売買目的物の給付が不能となるか又は目的物が悪

化するなら、遅滞およびそこから成立する責任に関する規定が適用される。

二〇条　目的物が一括して売却される場合、買主は締結された売買契約に従って、一九条二項で定められた利点と共に、個々の部分の偶然の悪化および滅失の危険も同時に引き受ける。

第一巻三六〇条　責任の履行が、責任の目的物が滅失するか、跡形もなく消失するか又は取引外に置かれるか、又はその他の為されるべき給付が実行されなかったために偶然事によって不能となった場合、責任は一四四条の基準にしたがって解消される。

責任の履行が偶然事によって一部不能となった場合、履行が尚可能な限りで履行を請求しそれに対して彼の反対給付について相応の減額を行うか、又は履行が既に契約締結時に現在と同様に完全には可能でなければ、彼が契約を締結しなかったであろうときには、契約から離脱することが債権者に任される。

三六一条　三六〇条および三六一条の規定は、選択されるべき全ての給付が全部又は一部不能となる場合に、選択責任に適用される。

三六三条　しかしながら、三六〇条乃至三六二条の規定は、法律がその例外をとならない限り（二五一条――これは買主の遅滞のケース――）、代替物を目的物とする責任には適用されない。

(36) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 24 f.

(37) ドレスデン草案の審議の基礎とされた準備草案は、ヘッセン草案、バイエルン草案およびザクセン民法を考慮していたとされる。ドレスデン委員会のメンバーは、フランクフルト出身で控訴裁判所の参審裁判官や政治家を務めた経歴を有するグビナー（Philipp Friedrich Gwinner）、ハノーファー出身で上級裁判所所長であったリューダー（Georg Gustav Luder）、ヘッセン出身で当時ロストック大学の教授であったフォン・マイボム（Victor von Meibom）、バイエルン出身で控訴裁判所所長であったフォン・メッツ（Rudolf von Metz）、オーストリア出身で一般ドイツ商法典委員会のオーストリア代表のメンバーを務めて上級地方裁判所長官となったフォン・ラウレ（Franz Freiherr von Raule）、ヘッセン出身で当時ダルムシュテットの上級控訴＝破棄裁判所所長であった、ヘッセン草案の起草者であるミューラー（Wilhelm Muller）、ザクセン出身でヘルト（Gustav Held）の死後ザクセン民法典の改訂委員会で報告者を務めた後、当時法律顧問官として司法省に出仕していたザクセン民法典の起草者であるジーベンハール（Eduard Siebenhaar）、そしてヴュルテンベルク出身で当時シュツットガルトの上級裁判所判事であったフォン・キューベルで構成されていた。従って、フォン・キューベルがドレスデン草案の内

容や審議経過について詳しい事情に通じていたのは当然であろう。ドレスデン草案の成立経緯の詳細については、Werner SCHUBERT, Die Entstehung eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhaltnisse, in Eingeleitet u. neu herausgegeben von Werner SCHUBERT, Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, Bd. 1, Frankfurt/Main, 1984, S. XIII ff. Barbare DÖLEMEYER, Kodifikation Deutschland, in (Hrsg.) Helmut COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschihite, Bd. Ⅲ 2, 1982, S. 1562 ff. ハンス・シュロッサー＝大木雅夫訳・近世私法史要論（有信堂・平成五年）一五四・一五五頁。

(38) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 25 f. ドレスデン草案の第一読会の審議においては、危険負担の問題は瑕疵担保責任の瑕疵の基準時の問題をめぐって、その先決問題として議論された。ここでもローマ法原理とドイツ法原理との選択が焦眉の問題とされたのであり、最初の論者によって、この問題の解決にとって決定的な視点は、「偶然の滅失の危険が買主への占有移転時に始めて負担されるという自然な原理が、その時点まで危険を負担しなければならない売主にとって過酷さを示すか」にあることが提示された。この点の解決はヘッセン草案理由書が示す通りであり（前出注(34)および本文該当箇所）、結局ドイツ法原理が「事物の本性と衡平」に合致し、ローマ法原理に優先することが主張された。これに対して、ローマ法原理の優越性が、二重譲渡の場合にも売主が悪意で行為したとの抗弁を買主側に認めることで不都合が回避されうること、およびドイツ法原理のもたらす過酷さに基づいて主張された後、ローマ法原理の理論構成が詳らかに検討・批判されている。こうしたことに基づいて、ローマ法原理とドイツ法原理の比較が試みられる。①売買完成後引渡前に目的物が偶然に滅失した場合には、売主は責任から解放され、ドイツ法原理では買主も解放されるが、ローマ法原理では買主は売買代金を支払わなければならない。②売買完成後引渡が行われた後に滅失した場合には、どちらの原理によっても買主は代金を支払わなければならない。買主の財産に目的物が移転された以上は買主負担となる限り、「ドイツ法は売主の給付と買主の反対給付との内的交換関係を考慮し全ての推定ないし擬制を排除するが、ローマ法はそうではない」とされる。③ドイツ法原理によれば引渡まで売主は危険を負担する反面収益も収受できるが、ローマ法原理では複雑な清算関係と滅失原因をめぐる紛争は避けられない。④二重譲渡の場合にドイツ法原理は「事物の本性」に適い法の単純化をもたらすが、ローマ法原理は困難を提示する。さらに、一八五九年のバーデン法典や一八六一年のヴュルテンベルク法典等が家畜売買の際の担保責任に関して引渡時を瑕疵の基準時とすることも参照される。興味深いのは、債務不履行に基づく解除が危険負担のドイツ法原理と内的関連を有することが指摘されてい

ることである。これに対して、最後にローマ法原理の擁護が報告者であるジーベンハールによって主張されるが、採決の結果、五票対三票でドイツ法原理が採択され、草案二〇五条の瑕疵担保責任の規定において、瑕疵の基準時が「引渡時」に変更された。

取得者が受領遅滞に陥った場合には彼がその時から危険を負担することも指摘され承認を得たが、法律上特に定める必要までは認められなかった。

第二読会において再び、瑕疵の基準時を引渡時とすることは「当事者の意図」に合致せず、また、引渡を内容とするドイツ法原理が引渡を要件としない登記システムと適合しない、さらにローマ法原理による取得者の過酷さは経済的にみれば、彼が代金と交換しようとした物について損失を被るに過ぎないことからすれば、ドイツ法原理が譲渡人が反対に代金について損失を被る点で変わりがない、と指摘され、それに関連してローマ法原理への回帰が主張された。これに対しては、権利移転の「本質」は引渡によって行われ、登記システムは権利移転の「形式」に過ぎず、結局、ドイツ法原理は「危険の移転を占有の移転に結び付けていない限り、当該原理と登記システムとの不適合性は明らかにはならない」と反論される。また、「当事者の意図」については、取得者側の意図は瑕疵なき物が引き渡される点にあり、譲渡人側の意図は、確約された性状については別に定めがあるため、ここでは法定の瑕疵担保責任が該当する瑕疵のみが関連する。そして「譲渡人が知っていたか否かは問題とされないこの瑕疵に関してのみ引渡の時点が決定的であり、草案によれば、譲渡人は引渡時まで譲渡目的物の偶然の悪化の危険を負担しなければならない」点で矛盾はないとする。経済的観点については、二重売買における譲渡人の利得可能性によってローマ法原理に反駁が加えられた。他の論者は、比較法的視点から、イギリス法が実は「多くの場合に、所有権も危険も売買目的物の引渡前には買主に移転していない」システムであることを指摘した。但し、不動産に関してはドイツの各ラントで移転手続が異なることから、危険移転時を草案とは異なる時点に関係付けるラント法のために留保条項を設けることが提案され、これが承認されることによって、ドレスデン草案上の危険負担を巡る論争は決着を見たのである。こうした点について、SCHUBERT, a. a. O. (Note 37), S. 597 ff., S. 4054 ff.

(39) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 26 f.

三八八条　債務者にとって偶然事により責任の履行が不能となった場合には、彼はその責任から解放され、債権者に対してそこから生じた損害について責任を負う必要がない。これに対して、債務者は、責任が双方的である場合、反対給付請求権を有さず、彼が反対給付を既に受取っていたなら、受取ったものを返還しなければならない。

一七二条　有償契約によって物を譲渡する者は、取得者に対して確約された性状だけでなく、物が引渡時およびラント法が異なる時点を定める場合にはその時点に、通常又は契約によって前提とされた用法にとってのその価値又は有用性を止め、又は著しく減じる瑕疵を有しないことについても責任を負う。譲渡人は、彼が瑕疵の存在を知っていたか否かの区別なく責任を負う。

三八九条　債務者にとって偶然事により責任の履行が一部不能となった場合、その責任は尚可能な給付に制限される。双方的契約の際には、債権者は、反対給付について相応の控除を為す権利を有する。

三九三条　複数の選択的に為されるべき目的物の給付が偶然事によって不能となった場合、債務関係は残りの目的物に限定される。

選択的に為されるべき目的物の全部の給付が偶然事によって不能となった場合、三八八条の規定が適用される。

四二九条　売却物の引渡まで、売主は、ラント法が他の時点を定めていない限り、三八八条・三八九条および三九三条の規定に従って、物の偶然の滅失および悪化の危険を負担する。これに対して、彼には上述の時点まで、果実およびその他の収益が帰属する。

売却物が契約締結から引渡までに成長もしくは従物によって増加し、又は売主によって改良された場合、売主はそれについて賠償を請求する権利を有する。

四三〇条　売却され部分によって定められた物が買主の指図で、物が契約によって引渡されるべき以外の場所に送付されるべき場合、買主は、売主が物を運送人、運送代理人又はその他運送のために定められた者に引渡した時から危険を負担する。

買主が送付方法に関して特別な指図を与え、売主が急迫の必要なくそれに違背した場合、危険は売主の許に止まる。

(40) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 27.

ここで、一般ドイツ商法典三四四・三四五条の制定史を見てみよう。審議の対象とされたプロイセン草案二六一条は次のように定めていた。

商品が買主に送付されるべき場合、商品が買主によって定められた運送人又は運送代理人に交付されたときに、引渡は完遂されたものとみなされる。

買主が送付方法について何ら定めなかった場合、売主は通常の商人の注意をもって、買主に代わって指示を与えることを委託されたものとみなされ、売主によって定められた者への交付が引渡とみなされる。

本条文の理由書においては、以下の説明が見出される。各ラント法における所有権移転時期に関する規定は多様であるため商法典で解決するのは適当ではないが、商品送付のケースについて引渡が完遂されたものとみなされる時期に関して解決することは可能であり、通常は売主は買主のために送付を手配し、その発送時点で引渡は完遂されたものとみなされる。しかも、買主が殊更運送方法等を指定しない場合には、売主が代わっていわば買主に委託されて手配するものとみなすことができ、しかも通常の履行地は売主の営業所であれば、運送人への交付によって引渡は完遂されるのである。プロイセン一般ラント法のように所有権移転が引渡時であれば運送人への交付時に買主が所有権者となり、危険も買主が負担することになる（Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven, Zweiter Theil, Motiven, Berlin, 1857, S. 138 ff.）。従って、この条文は専ら「引渡」義務の履行時点を確定することを目的としていたことが明らかになる。

しかし、一般ドイツ商法典委員会の審議では、この条文の意味に関して多様な理解が提示された。つまり、本条が定めるのは所有権の移転時期なのか、引渡時期を定めるに過ぎないのか、引渡義務の履行時点つまり買主による占有取得時期を定めるのか、さらに危険移転時期を定めるのか、である。この占有移転説の側から、買主の委託を受けた運送人への交付により引渡が完了するものとの修正案が提示された。これに対して、買主に委託されたのではなく買主が発送人に指示した運送人への引渡によって危険および所有権が買主に移転するのであり、商人取引での引渡は売主によって買主の「自由な処分下」に商品が置かれることを意味するとすれば、運送人への交付によって引渡は完了することが反論された。さらにこれに対して、必ずしも危険移転は引渡に一致するものではないとの反論が提起され、また、他方から危険や所有権の移転と本条が無関係であることも指摘された。運送人が誰に選任されたかは二項によって解決されるため占有移転を認めても問題ないとの指摘があったが、運送人が買主の名で交付を受ける場合にのみそれは妥当するとの反論が為されたため、「買主の自由な処分」のために交付された場合に限る旨を条文に付加することが提案され承認された。尚、この条文が前提とするのは履行地たる売主の主要な営業所以外の場所に送付される場合でありこの旨を付加することも提案されたが、送付の場合には履行地は売主の営業所ではないとの反論が加えられた。

プロイセン草案二六二条は次のように定めていた。

商品の運送人又は運送代理人への引渡後は、買主は、他の合意がない限り、商品が被る危険を負担する。

しかしながら、買主が送付方法について特別な指図を与え、売主がそれから逸脱する場合には、売主が送付の危険を負担する。

この条文に関して理由書によれば、プロイセン一般ラント法によれば危険の移転時期は引渡時であるが、本条はこの原則を送付売買に当てはめただけである。フランス法や普通法では契約締結時に危険は移転するが、商事取引で頻繁なのは種類物の売買であり、その場合には商品の個別化が為された時点が危険移転時期になる。運送人への交付によって商人の個別化は行われ、結局それらの法は商慣習と合致する。テールの分離説では売主による一方的な商品の分離に加えて買主への通知を危険移転に必要としているが、分離を買主に知らせるための機能を営むものであればそれに比重をかける必要はない。フランス商法典一〇〇条では、商品が売主又は運送代理人の倉庫から運ばれた時に危険が移転するものと定めるが、本草案はさらに進んで、運送人を買主の代理人とみなすことで彼への引渡時に危険を移転させるのである(Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, a. a. O., S. 140)。運送人への交付を「引渡」とみなすことで(草案二八一条)危険移転時期の問題もいわば自動的に解決され、運送人交付時点での危険移転原理が表明されている。しかも、これは種類債務の「特定」を介して、結局所有権者主義や債権者主義による危険移転時期とも符合することが指摘されている点が注目されるのである。

一般ドイツ商法典委員会の審議では、危険移転時についてより早い時点での移転時期を本条が妨げる趣旨ではないこと、および送付一般について本条が妥当することが確認された後に、買主の指図から売主が逸脱することが止むを得ないケースも想定されることへの注意が喚起され、さらに無料の送付ケースについて必ずしも常に売主が危険を負担するわけではない旨の注意規定の設定が提案され承認された。最後に、二項の指図逸脱の場合を危険負担の問題としてではなく、寧ろ売主の責任の問題として取り扱うことが承認された。二六一・二六二条はこうして草案二八六・二八七・二八八条として整理された。

第二読会において、まず二八六条が所有権の移転と危険の移転の問題を混同しているとして批判され、危険移転の問題に限定すべきことが主張された。これに対して、本条は売主の引渡債務が何時履行されるのかを定めるものであり、所有権移転が大抵の立法では引渡と一致するとすれば、寧ろそれが商事取引の要請と合致するとして、本条の基本的維持が主張された。しかし、ここでいう引渡が売主の引渡義務の履行のみを意味するのか占有・所有権移転をも意味するのか明らかではなく、後者であれば売主が必要な場合には商品を取戻しうるという商人の通念と需要に反し不当であると反論された。結局、売主が買主から運送手配について委託されたものとみなされる旨の規定に止めることが決議された。

運送危険に関する二八七条について、本条が普通法上の種類債務の特定時期に関する論争に決着をつける趣旨であるかが議論されたが、結局、各ラントの現行法を留保しつつ、本条は危険が買主に移転される「極限時期」を確定するものと理解された。

無料送付が必ずしも売主に危険を引受けさせるものではないとの二八八条に関しては、そこに売主の危険の引受を見出すべきであり、本条を削除すべきとの提案が提起されたが、寧ろ重要なのは履行地として買主の住所地が定められた趣旨であれば危険はその地で買主に移転されるが、履行地が原則どおり売主の営業所であれば危険は発送時に買主に移転されることである、と反論された。

その後、再び二八七条と関連して、その規定が一般的な運送危険の買主負担を定めることに対して、実はその前提には履行すべき場所が売主の営業地であることが想定されており、買主の指定地まで送付する義務を負うべき場合には売主が運送危険を負担すべきことを定めるべきことが提案され承認された。以上の議論を踏まえて、二八六・二八七条はそれぞれ第二読会草案三二一・三二二条へと整理され、最終的に一般ドイツ商法典三四四条・三四五条となった。以上の審議内容に関しては、Eingeleitet und neu herausgegeben von Werner SCHUBERT, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Frankfurt/Main, 1984, S. 632 ff., S. 1375 ff., S. 1386 ff.

一般ドイツ商法典三四四条　商品が買主に他の場所から送付されるべきで、買主が送付方法に関して何も指定しなかった場合、売主は通常の商人の配慮で買主に代わって指定を行い、とりわけ商品の運送に配慮し遂行すべき者を指定することを委託されたものとみなされる。

三四五条　商品の運送人、運送代理人又はその他商品の運送のために定められた者への引渡以後は、買主が商品に関する危険を負担する。しかしながら、買主が送付方法に関する特別の指図を与え、売主が急迫の理由なくそれから逸脱した場合には、売主がそこから生じる損害について責任を負う。

売主は、彼が契約に従って商品を運送が行われる場所で引渡さなければならず、その結果その場所が履行地とみなされる場合には、商品が運送中に被る危険を負担しなければならない。売主が送付の費用又は出費の支払を引き受けたことからは、直ちに運送が行なわれる場所が売主にとって履行地とみなされることにはならない。

本条の規定によって、危険が既にそれ以前の時点から買主によって負担されることは、それが民法によって妥当する限り、排斥されない。

(41) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 27 f., S. 28, FN (8) によれば、この立法提案は Zur künftigen deutschen Civilgesetzgebung, Ein Versuch von Friedrich Hofmockel, 1876. であるが、筆者は未見である。

(42) von KUBEL, a. a. O. (Note 4), S. 28 f.

(43) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 29 f. いうまでもなくこの「内的関連性」は今日の双務契約一般に認められる「牽連関係」を意味する。

(44) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 30 f. この売主の過酷さの議論はヘッセン草案の理由書が詳細に反駁を加えた議論であった。この点に関して、フォン・キューベルもそのヘッセン草案の議論に立脚しているものと評価できよう（前出注(34)参照）。

(45) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 31 f. 普通法学説が援用するローマ法原理の根拠の一つである。このローマ法上の保存義務(custodia)は我が国の民法四〇〇条の「善良な管理者の注意義務」に繋がる系譜を有するものと思われるが、フランス法では危険負担の所有権者主義を四八三条の現状引渡義務と相俟って背後から支える制度として認識されてきた。つまり、買主たる他人の物の保存義務であり、これは売主が一種の受託者として払うべき特別の注意義務なのである。こうした点について、Charles Aubry et Charles Rau, Cours de droit civil français,Paris, 4 éd., 1871, t. 4, § 299, p. 40, § 318, p. 157, note 4; François Laurent, Principes de droit divil français, Bruxelle/Paris, 3 éd., 1878, t. 17, numero 557, pp. 546 et 547; Édouard Colmet de Santerre, Cours analytique de code civil, Paris, 2 éd., 1888, t. 5, numero 184, p. 340. こうしたフランス法の危険負担制度、善良な家父長の注意義務および現状引渡義務の関連性を指摘するものとして、前田敦「特定物債務の現状引渡と危険負担――立法沿革から考察した民法四八三条」法学政治学論究二四号（平成七年）三八五頁以下参照。我が国でこの善良な管理者の注意義務をめぐっては、売主の義務を権利供与義務と引渡義務の二本建てと構成するか、さらに保存義務を加えて三本建てと構成するか「整理すべき問題」があることを林教授が指摘されている。林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男〔林〕債権総論（改訂版）（青林書院・昭和五七年）三一頁注(1)参照。こうした点で、危険負担に関する債権者主義を採用しない場合には、フォン・キューベルの言うように、この保存についての注意義務が引渡義務に基礎を有する義務として危険負担の債務者主義と直ちに適合する関係に立つのか、尚一考を要するであろう。

(46) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 32. この点は、プロイセン一般ラント法の起草者であったスアレッによって指摘されていた（前出注(31)および本文の該当箇所参照）。

(47) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 32. この危険負担と収益収取権との関係はヘッセン草案理由書が指摘する点である（前出注(34)および本文の該当箇所参照）。この危険負担と収益ないし果実収取権は我が国の五七五条に関係する。この条文の起草趣旨は危険負担に関する債権者主義の下で、契約締結時から買主の有する果実収取権（さらに買主が負担する代金の利

息）と売主が負担する引渡までの保存費用とのいわば「厄介な清算関係」を一律・簡明に処理しようとする政策判断にあったとされる。この点に関しては、池田真朗「移転登記と果実収取権」不動産判例百選（第二版）（平成三年）一二一・一二三頁参照。これに対して、債務者主義の下では引渡時を基準にそれ以前の売主への危険と果実（収益）の一律の帰属が当然の帰結とされることから、清算関係についての「政策的判断」は一切要しないことにはなる。いずれにせよ、債権者主義の下ではこうした「清算関係」への配慮が必要となることが、債務者主義の採用を促す一つの契機となる点は興味深い。

(48) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 32 f.
(49) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 33.
(50) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 33 f. 尚、不動産売買における危険負担の問題については、半田・前出注（9）四三・四四頁参照。
(51) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 34 f.
(52) この審議については、前出注（38）参照。
(53) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 35.
(54) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 35 ff.
(55) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 37 f.
(56) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 39.
(57) オーストリア民法典に関しては、半田・前出注（9）三七頁以下参照。
(58) ヘッセン草案第一巻三六一条
　責任の履行が偶然事によって一部についてのみ不能となった場合には、履行が尚可能な範囲で履行を請求し反対給付についてそれに対応する減額を行うか、又は履行が既に契約締結時に現在のように不完全にしか可能ではないとすれば債権者が契約を締結しなかったはずである場合には契約から離脱することが債権者の自由に委ねられる。
(59) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 39 ff.
(60) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 41.
(61) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 41 f.
(62) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 42 f.

(63) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 43 f.
(64) 一般ドイツ商法典の内容およびそのプロイセン草案からの成立過程に関しては、前出注(40)参照。
(65) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 44.
(66) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 44 ff.
(67) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 46 f.
(68) von Kubel, a. a. O. (Note 4), S. 47. この点に関して、債権者主義の下では厄介な問題が生じ、それに対応する立法の必要が立ち現れうることについては、前出注(47)参照。
(69) (Hrsg.) Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des B.G.B., Recht der Schuldverhaltnisse II, Berlin/New York, 1980, S. 77 ff.
(70) このメモはヤコプス=シューベルトによって紹介されている。Jakobs/Schubert, a. a. O. (Note 69), S. 78, FN (2).
(71) 但し、買主が既に反対給付を履行していた場合には不当利得に基づく返還請求はできないとの反論がヴィントシャイトによって提起された。つまり、買主が引渡前に売買代金を支払う場合、その原因は反対給付への期待ではなく彼自身の負う債務である。この債務を買主は引渡に対してのみ履行する必要があるが、引渡前に履行するにはそうした本来の法的地位を放棄することを意味し、その後の運命を敢えて甘受すべきである、というものである。しかし、これは多数派によって拒否された。Jakobs/Schubert, a. a. O. (Note 69), S. 78 f.
(72) ここで、すべての場合を契約の解除によって処理し、買主が契約の維持を望む場合には売買代金全額を支払うとするのが適切ではないかと提案されたが、それ以上の結論は出されなかった。また、契約の一部無効や取消の場合との調整、減額の場合の反対給付の返還請求権の処理、減額の算定方法、契約離脱の場合の返還請求権の処理等について疑義が提示され、より詳しい考慮は報告者に委ねられた。Jakobs/Schubert, a. a. O. (Note 69), S. 79.
(73) 停止条件付き売買の場合には寧ろ疑わしいときには危険は買主が危険を負担すべきことが提案された。これについて、ゲープハルトのメモによれば、この場合には意思解釈が決定的であることには異論はなかったが、引渡を履行とみなすことはできず、また引渡が行われるときには停止条件ではなく解除条件が認められる、との反論が存在した。Jakobs/Schubert, a. a. O. (Note 69), S. 79 f., FN (3).
(74) ゲープハルトのメモによれば、ヴィントシャイトは一方的な種類債務の特定行為を認めない立場から特定物売買と種類売

買を区別し、前者では送付時に危険移転を認めるが、種類売買においては売主はそうした物に拘束されず送付を撤回できると説く。これに対して、プランク（?）は、商法典の規定が商事取引に固有の原理ではなく、民事取引にも適用され、さらに特定物売買・種類売買は区別されてはならないと主張したようである。JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 80 f., FN (5).

(75) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 80 ff.

(76) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren fur die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von KUBEL, Berlin/New York, 1980, S. 850ff. 草案九条も危険負担に関する規定であるが、それは債権者の責めに帰すべき事情による給付不能の問題であり、本稿では取り上げず、別稿において検討する予定である。

(77) SCHUBERT, a. a. O. (Note 76), S. 874 ff. 部分草案の一一条一項は次のように定めている。

　責めなく生じた支払不能は一〇条の意味での不能とはみなされない。

　他方、この無償原因の競合論は目的到達の法理へと発展解消されることになる。これに関しては、半田吉信「目的到達法理の史的発展㈠㈡㈢㈣」法経研究四号（昭和五〇年）二九頁以下、五号（昭和五一年）二一頁以下、六号（昭和五二年）一五頁以下、七号（昭和五三年）一頁以下参照。

(78) SCHUBERT, a. a. O. (Note 76), S. 876 f. 部分草案一二条は次のように定めている。

　一〇条に定められた減額請求権に代わって、債権者は、発生した一部不能が既に契約締結時に彼に知られていたならそれを締結しなかったであろうと認められる場合には、双務契約を解除できる。

(79) (Hrsg.) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, Berlin/New York, S. 213.

(80) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 79), S. 213 f. 第一委員会はその後の審議の中で、金銭債務の場合における支払不能が債務者の解放をもたらさないとする部分草案一一条一項を、決議された一〇条の中ですべて処理される問題であるとして削除した。また、一部不能の場合の債権者の解除権に関する部分草案一二条も、債権者に解除権が認められるのは債務者に過失がある場合に限定されることとの均衡、および解除による現状回復と不当利得による現状回復との相違に基づく不均衡の是正、さらに法の単純化の要請に基づいて、最終的に削除した。JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 79), S. 214 ff.

(81) これは現行ドイツ民法典四七二条の売買における瑕疵担保責任に基づく代金減額請求権の規定を指示している。

(82) 第一委員会は、債務法の体系に関して一八八四年一月三〇日に審議を開催した。そこでは、債務法が民法典の第二巻を構成し、また、その名称は「債務関係法(Recht der Schuldverhältnisse)」とすることが決定され、それに続いて、クールバウムは債務法に関して第一委員会が決定してきた一連の決議規定の順序・体系に関して、それらを債務関係総則、契約および一方的約束に基づく債務関係、不法行為に基づく債務関係、その他の原因に基づく債務関係の四章建てにしその下に適切に決議された規定を分配することを提案した。この提案に基づくと、第一章(Abschnitt)「債務関係総則」の第六節(Titel)に「給付の不能」が割り当てられておりそこに先の決議の一八九条一項および二項が位置づけられ、他方で第二章「契約および一方的約束に基づく債務関係」の第五節「契約に基づく債務関係の内容」に一八九条三項が位置づけられることとなる。この提案に対してはフォン・シュミットが、クールバウム提案の第一章「債務関係総則」を第二章で扱うことにより三章建てにすべきことを提案したが、第一委員会の多数派はフォン・シュミットの提案が全ての債務関係に関する規定——すなわちクールバウム提案の第一章の総則規定——を適切に取り扱っていないことを批判し、クールバウムの提案を基本的に支持した。さらに引き続いて、各章の下にどのような節と款を配置するのかに関して一八八四年二月一日にもわたって審議が行われ、最終的には、先の決議の一八九条一項および二項は、第一章「債務関係総則」第二節「債務関係の内容」第三款「給付の不能および不給付の効果」に割り振られ、他方、一八九条三項は第二章「生者(Lebenden)の下での法律行為に基づく債務関係」第一節「総則」第三款「契約に基づく債務関係の内容」に割り振られることが決議された。ここで行われた債務関係法の体系に関する決議は今日のドイツ民法典の体系とは少し異なっているが、最終的な体系についての決定は編纂委員会に委ねられたためである。以上に関しては、JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 79), S. 24ff.

(83) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 79), S. 219.

(84) 第二委員会ではいくつかの修正提案が提出されたが、それらは第一草案の実質的な変更を伴うものではないと評価され、結局、内容的には第一草案がそのまま維持されているのである。Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, Berlin, Protokolle, S. 638 f.

(85) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 79), S. 227 ff. 第一草案二三七条に関しては、帝国司法省以降の審議で債務者の主観的不能の場合における債務者の解放原理の例外を巡って議論されることになるが、これに関しては、第三章において検討する。

(86) この一八九条および一九〇条は、先の決議案(Zusammenstellung)の該当条文であり、債務関係法総則の危険負担規定

を指す。

(87) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlage der Redaktoren fur die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, Besonderer Teil, Verfasser: Franz Philipp von KUBEL u. Hilfsarbeiter, 1980, Berlin/New York, S. 24 f.

(88) von KUBEL, a. a. O. (Note 87), S. 25 ff.

(89) von KUBEL, a. a. O. (Note 87), S. 2, Fn. (1).

(90) von KÜBEL, a. a. O. (Note 87), S. 30 f.

(91) von KUBEL, a. a. O. (Note 87), S. 31 f.

(92) von KUBEL, a. a. O. (Note 87), S. 32.

(93) von KÜBEL, a. a. O. (Note 87), S. 32 f.

(94) von KUBEL, a. a. O. (Note 87), S. 33 ff.

(95) von KÜBEL, a. a. O. (Note 87), S. 37 f. この規定の立案に際してフォン・キューベルは、一般ドイツ商法典三四四条、バイエルン草案二九五条、ドレスデン草案四三一条を参照している。一般ドイツ商法典三四四条は委託契約を擬制するが、フォン・キューベルは売買契約に基づく売主の義務を基礎付ける。

(96) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 82 f.

(97) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 83 f.

(98) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 84 f.

(99) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 86. 尚、八条に「この条文の規定は、その保持に権限を与える物の権利が売買の対象となる場合に準用される」との規定が付加された。というのも権利の売買が認められる以上は、それに対応する危険負担規定が必要であり、また、権利の供与なくその権利に関する物が引渡されうるため、債務関係法総則の危険負担規定では不十分とされたためである。これは、第一草案四六三条三項として規定されたが、第二草案では削除されている。JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 87, 90.

(100) 尚、第一草案理由書ではこの四六三条に関しては不動産売買の危険移転問題について詳細に説明されているが、原則である売主危険負担の採用理由については全て第一草案三六八条（現行三一三条）の箇所に説明が委ねられている。従って、第一

草案における危険負担の債務者主義の採用根拠は理由書では三六八条に関する説明に基づいて判断されなければならない。そこで、三六八条の理由書の説明を見ると、債務者主義の採用根拠は、双務契約の本質、普通法上の諸問題の解決および法律の単純化・明確化の利益の三点に帰するのであり、このことから、第一委員会での審議内容の大筋が見て取れるように思われる。MUGDAN, a. a. O. (Note 84), Motive, S. 113 f.

(101) 第一草案の危険負担原理に対する批判として以下のような議論が提起された。第一草案三六八条が定める債務者主義に対して、ケルンの商業会議所はそのドイツ法原理が単に「学理的な優位さ」を有するに過ぎないとして取引実務の側面からローマ法原理の支持を表明した。しかし、ラーバント、ハッヘンブルク、ギールケは寧ろ草案のドイツ法原理に賛同した。他方、ベルンホフトは、草案三六八条は売買等の財産的給付の交換を目的とする契約に固有の危険負担原理を不当に一般化したとして批判した。こうした点については、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Als Manuskript gedruckt, Bd. 2, 1890, Neudruck, 1967, S. 121.

さらに、第一草案四六三条に関しては、ハルトマンが、取引通念からすれば売買締結時から商品の実質的な支配者は買主であることを理由にドイツ法原理の採用に反対した。また、ケルンの商業会議所等もドイツ法原理の採用に反発し、とりわけ家畜売買において仲買人が売買された家畜を売主の許に預ける慣行からすれば、ドイツ法原理では売主に酷な結果を招来することになると主張した。他方、ベルンホフトはドイツ法原理では商品の後発的な悪化が滅失を意味するのか悪化にとどまるのかの判定が困難なことを指摘する。こうした反発にもかかわらず、ギールケ、ハッヘンブルク、ラーバントは寧ろ草案の原理を支持していた。

また、二項が定める不動産に関する危険移転については、ハッヘンブルクが草案の支持を表明しその譲渡契約一般への拡張を主張するのに対して、ベールは登記簿への記載ではなくAuflassungを危険移転基準時とすべきことを主張した。つまり、物権契約としての引渡に対応するのがAuflassungであるためである。また、ラーバントはドイツ法原理からの帰結と当事者の意思に基づいて記載のみを危険移転の基準時とすべきことを主張した。以上に関しては、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd. 2, S. 229 ff.

(102) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 88 ff. 第二委員会では、不動産売買に関する修正提案が提出されている。そ

の一つは、既にラーバントが第一草案批判として主張していた見解（Paul LABAND, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches fur des Deutsche Reich, Acp., Bd. 74, 1889, S. 313 ff.）に依拠する修正提案であり、とりわけ二重譲渡における危険負担規則の画一化を図るうえで、不動産売買においては登記を危険移転の唯一の基準とすべきとの主張であった（この点について前出注（101）参照）。他方、もう一つの修正提案は、土地の収益収取および負荷負担を専ら引渡にのみ結び付けようとの主張であった。しかし、委員会の多数派はそうした提案を退けている。後者の提案に対しては、登記時に引渡も同時に行われるべきことが通常の当事者意思に適うであろうし、草案の規定が任意規定である以上、登記後相当期間経過後に引渡が行われるような場合には、その引渡時に収益収取および負荷負担の移転が行われることが推定されうることが反論された。また、前者の提案に対しては、登記のみを基準とするのでは、引渡を終えたが未だ登記を終えていない売主が尚危険を負担すべきこととなり、事実上目的物を支配・管理しえない売主に危険を負担させるのは不当であるとの批判がなされた。こうして、第一草案の骨格が維持されたのである。以上に関して、MUGDAN, a. a. O.(Note 84), Protokolle, S. 769 ff.

(103) 現行ドイツ民法典四四六条は次のように定めている。

売却物の引渡時に偶然の滅失および偶然の悪化の危険は買主に移転する。引渡以後収益は買主に帰属し、彼が物の負荷を負担する。

土地又は登録された船舶若しくは船舶工作物の買主が引渡前に、所有権者として登記簿、船舶登録簿又は船舶工作物登録簿に記載された場合、それらの効果は記載時に生じる。

四四六条二項は一九四〇年一二月二一日に表現が改められたのであり、それ以前は第一草案四六三条二項と同様の表現であった。

(104) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 91. この修正に関して、多数派はそれが一般ドイツ商法典三四五条の審議過程に対応する修正であることを根拠とした。この商法典の審議過程については、前出注（40）参照。

(105) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 91 f.

(106) 第一草案四六五条に関しては、ラーバントが一般ドイツ商法典三四五条二項二文が定める解釈規定を採用することを主張した。つまり、売主が運送費用を負担することは同時に売主が運送危険を負担することを意味するわけではないことを明瞭に示すためである。また、ハッヘンブルクは先の四六三条に対する異論と同様の趣旨から、四六五条も譲渡契約に一般化するこ

とを主張した。エプベッケは、四六五条が四六三条の例外規則として充分ではないと批判した。つまり、取立債務において売主が準備を終えても尚危険を負担しなければならないのは不当であるというのである。ベルンホフトは、四六五条の規則に、売主が彼の側で必要とされるすべてのことを行った場合に危険が移転するとの原理を見出した。後二者の主張は、危険移転が必ずしも現実の履行を要しないことを認める主張である。以上に関して、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, a. a. O. (Note 101), Bd. 2, S. 232.

(107) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 92 f. MUGDAN, a. a. O. (Note 84), Protokolle, S. 774. 現行ドイツ民法典四四七条は次のように定める。

売主が買主の要請で売却物を履行地以外の場所へ送付する場合、売主が物を運送人、運送代理人又はその他運送の実行のために定められた者若しくは会社に引渡した時に危険は買主に移転する。

買主が送付方法について特別の指図を与え、売主が急迫の原因なくその指図から逸脱する場合、売主は買主に対してそこから生じた損害について責任を負う。

(108) ドイツ民法における危険負担制度の成立過程は、以上からわかるように、まず売買における危険負担制度がローマ法原理からドイツ法原理に転換されることを起点とし、それに基づいて危険負担の債務者主義が危険負担原理として確立された。しかし、第一草案の理由書では、危険負担の原則規定である草案三六八条に関して債務者主義の基本的な理由付けが付され、売買における危険負担の規定に関しては不動産売買と送付売買の理由付けが付されているのみである。従って、売買における売主危険負担原理の決定理由は、理由書においては草案三六八条の理由付けの求められることになる。

(109) 半田吉信「危険負担」星野英一編・民法講座5契約（有斐閣・昭和六〇年）七九頁は、「学説の多数説は、この原理（買主危険負担主義）の理由づけを探究するとともに、同原理が立法論的に妥当でないとして、ゲルマン法的な引渡主義を採用すべきだとの主張に転じた」として、危険負担の解釈論へのドイツ法の影響を示唆している。

(110) 半田吉信・前出注(109)八三頁注(3)に普通法上、債権者主義の適用を商事売買に限定しようとする立場が紹介されている。実は、送付売買における買主の運送危険負担も債権者主義の適用事例なのである。さらに取引界がローマ法原理に固執した事実も、この関連において看過できない意義を有するであろう。前出注(101)参照。

(111) 事実、第一草案の理由書も三六八条に関して、危険負担の債務者主義の根拠として、双務契約の本質・普通法上の問題解

決および法の単純化・明確化の利益という三点を挙げており、双務契約の牽連関係という理論的側面とともに立法技術上の側面が重要であったことが示唆されている。前出注（84）参照。今日、ハーガーは、対価危険負担の債務者主義に関して、双務契約の牽連関係という解釈論的観点、目的物の支配と危険との関連という実践的観点、紛争回避のための明確な基準提示という経済的観点の三つの観点からその合理性を根拠付けている。Günter HAGER, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, 1982, S. 66 ff.

(112) ラーバントが第一草案を批判したのも、二重譲渡事例の問題であった。そこで、ラーバントは動産については引渡、不動産については登記を危険移転要因とすべきことを提案しており、そこでは所有者主義の原理に貫徹された危険負担制度が想定されているのである。LABAND, a. a. O. (Note 102), S. 314 f.

(113) Hans BROX, Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, JuS., 1975, S. 4, Harm Peter WESTERMANN, Gefahr und Gefahrübergang im Schuldrecht, JA., 1978, S. 484. Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Ulrich HUBER, B. G. B., Stuttgart/Berlin/Koln, 12 Aufl., 1991, § 446, RdNr. 25, S. 626 f. 尚、この点に関するドイツの初期の学説上の議論については、浅井・前出注（9）三六六頁参照。

(114) 尚、送付売買については我が国では一般的には言及されていないが、通説は「好意的送付」の際に種類債務が発送時に特定されることを認めることによって、一定の意義を認めようとしている。ところで、ドイツ民法典四四七条の立法趣旨の理解についてはドイツで争われており、ケーラーの説明によれば、三つの理解が存在するようである。一つは発送によって売主の危険領域から物が離れることに求めるが、これは売主自身又はその従業員による運送が危険移転をもたらさないことにより批判される。二つ目は買主の要請で売主が自ら義務づけられていない運送について危険を負担するのは不公平であることであるが、これは取立債務が存在して売主の好意で送付を配慮するケースのみが想定されている考え方で、このケースは四四七条の典型事例ではないとして批判される。寧ろ四四七条に典型なのは送付が合意されてはいるが運送を売主自身で行う契約上の義務を負っていないケースであり、このことが危険移転の根拠として理解されるべきであるとする（Julius von STAUDINGER/Helmut KOHLER, Kommentar zum B. G. B., 12 Aufl., Berlin, 1978, § 447, RdNr. 2, S. 183 f.）。しかし、これに対して、ハーガーおよびフーバーは四四七条の制定史から根本的な疑問を提示する。先に見たように、四四七条は一般ドイツ商法典三四五条に合わせて制定された規定であって、その商法典三四五条は債権者主義を前提にするプロイセン草案二六二条を基礎としていることが指摘されるのである。つまり、履行地が買主の許である場合以外は売主の発送時に商品が個別化され

ることにより、危険が買主に移転することが草案の根拠とされていたのである。こうした経緯からすれば、債務者主義を基礎とするドイツ民法典上の危険負担制度において債権者主義を基礎とする四四七条は「異物(Fremdkörper)」と言わざるをえず、その立法論上の批判に晒されることになる(SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a. a. O. (Note 111), Vor § 446, RdNr. 19 f. S. 595 f. HAGER, a. a. O. (Note 111), S. 104 ff.)。殊に、債権者主義が双務契約の牽連関係の性質に適合せず、また実際的な観点からすれば商品に保険をかけやすいのが売主であるため売主が危険を負担するのが合理的である。更に、売主と買主の間の紛争を回避すべきという経済的観点からしても、売主が運送危険を負担することが望ましい。こうした観点から、ドイツ民法典の立法者が債務者主義と債権者主義を併存させたことは「中途半端」な立法へと誘ったことになる。こうしたドイツの議論を踏まえると、少なくとも原則論たる民事売買における送付売買でも債務者主義を原則とするのが適切であることからすれば、好意的送付に関する我が国の議論自体も今一度考え直す余地があろう。つまり、送付売買における対価危険負担が売主に帰することを原則としつつも、好意送付に関しては買主負担とする対価危険の議論が可能であり、また、送付売買における種類債務の特定時を発送時に解すると給付危険は対価危険と大きく乖離する可能性が見出されるのである。我が国では好意送付のケースを種類債務の特定時の問題として扱うのが一般的であるが、ドイツでは寧ろ対価危険の移転時の議論として取り扱われている。また、好意送付ではない一般の送付売買では特定時は常に発送時が種類債務の特定時となるため、好意送付以外の送付売買ではハーガーによれば発送時に給付危険の移転、到着時に対価危険の移転が見出され、両危険の移転時期の乖離がそこに存在することとなる(HAGER, a. a. O. (Note 111), S. 230.)。

(115) ドレスデン草案におけるこの経緯については、前出注(38)参照。

(116) ドレスデン草案では一八五九年のバーデン法典や一八六一年のヴュルテンベルク法典等の家畜売買立法が参照されていたが、ドイツ民法典においても四八一条以下で家畜の瑕疵について、一般の瑕疵担保責任とは別個の規定が定められている。その制定過程を見てみよう。

「売買における危険の負担」提案と同趣旨で、予め定められるべき「基本原則」の確定のために、フォン・キューベルは一八七五年に「家畜の譲渡における瑕疵担保責任(Die Gwährleistung für Mangel bei der Veräußerung von Hausthieren)」提案を第一委員会に提示した。この提案は第一委員会への提出前にまず一八七五年五月一四日の起草者会議(Konferenz der Redaktoren)の審議にかけられた。そこでは、フォン・キューベル自身の説明により、家畜の病気が変容しそれに関する獣医学上の見解も変化することは免れないため、瑕疵担保責任が問われる病気や責任の期間を法律上定めること自体が問題

とされうるが、ドレスデン草案の審議にも現れたように、南ドイツのバイエルン、ヴュルテンベルク、バーデン、ヘッセンにおける法典の成立やハノーヴァーでの法典化の準備の経験から、民法典編纂において法律化のための提案が提出されるべきことが主張されたのである。会議はそれについて鑑定を必要とすることに決した。

ここではその提案の詳細な内容には立ち入らないが、その提案理由書によれば、統一前のラントの枠を越えて益々重要となりつつある家畜取引における法統一の必要性が強調され、それ以前の法状況が三つの法原理の対立として描かれる。一つはローマ法原理と呼ばれる原理であり、契約時を瑕疵の基準時として隠れた重大な瑕疵について取得者に解除と減額の権利を付与するものである。二つ目はドイツ法原理と呼ばれる原理であり、譲渡人は法律上定められた一定の瑕疵について、それが一定の期間内に明らかになる場合にのみ責任を負担するが、その場合に瑕疵は引渡時に存在していたものと推定され、取得者には原則として解除権が認められ例外的に減額権が付与される。三つ目は折衷原理であり、ローマ法の一般的な瑕疵担保責任と並んで一定の瑕疵についてのみドイツ法原理が認められるものである。一般的な経験からすれば、ローマ法原理は家畜の瑕疵が隠れたものであり重大であるのか、それが譲渡契約時に存在したのか、個別ケースにおける専門家の鑑定が必ずしも安定したものではないことといった問題を露呈し、ドイツでは普通法のみが通用する限られた地域でしか用いられていない。フランス民法典はローマ法原理に由来する瑕疵担保規定しか置いていないが、一八三八年にドイツ法原理に基づく特別法（loi des vices rédhibitoires des animaux domestiques）によって修正されている。当時のドイツ諸国ではドイツ法原理に基づく法典化が進んでいた。先の南ドイツ諸国の法典もそれに含まれる。これに対しては獣医学の観点から、隠れた重大な瑕疵を法律上定めてそれに一般的な期間制限を設けることは不可能であるとの異論も出されたが、実際上の必要性、法の単純化および法的安定性の要請に基づく法典化が支持されたとの経緯もある。寧ろそうした獣医学的観点を考慮するのが折衷原理であり、一定の瑕疵についてのみ特別の担保責任を課すプロイセン一般ラント法やオーストリア民法典等がこれを採用する。しかし、この原理では一定の瑕疵以外の場合にはローマ法原理に回帰することになり、結局ローマ法原理への反省が生かされない。以上の検討に基づいて、フォン・キューベルは、取引上の安定性の獲得と実際的要請を強調しつつ、ドイツ法原理の採用を提案するのである。

この提案は一八七五年一〇月二八日の第一委員会に提出され、獣医学の専門家の鑑定のためにプロイセンの農務大臣に送付され回答が寄せられた後にドイツの各政府にその鑑定が送付され意見が求められること、その意見が到達した後に再び起草者によって第一委員会に提案が提出され、それについて審議されるべきことが決定された。この決定に基づいて行われた鑑定意

見は、売主と買主の適切な保護の必要性と当事者の不当な行使可能性のある権利の制限という二つの基本的観点から、ローマ法原理を原則として維持しつつ基準時の引渡時への修正、特別な期間制限、解除権の原則的付与を内容としていた。

フォン・キューベルは一八七九年に再び「家畜譲渡における瑕疵担保責任」提案を第一委員会に提示したが、そこでは再度、瑕疵の存在推定をも含むドイツ法原理の採用を強調した。その提案理由書では、鑑定意見がローマ法原理の維持を支持していたのに対して、各政府からの意見にはローマ法原理、ドイツ法原理が対立し、折衷原理の支持も一部見られるとし、詳細は口頭報告に委ねるとしつつこうした検討の上でドイツ法原理が推奨されることが提案されているのである。

一八七九年一一月一日の第一委員会審議は、家畜の有償譲渡における瑕疵担保責任規定を民法典上に特別に定め、それをドイツ法原理に基礎付けることを決定した。こうした経緯に基づいて、引渡時を基準とし、そこでの瑕疵の存在についての推定までも含む特別な瑕疵担保責任規定が形造られることになったのである。以上の経緯に関しては、JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O. (Note 69), S. 207 ff.

フォン・キューベルが提案し続けたドイツ法原理は瑕疵の基準時を引渡時とするものであり、これは普通法上のローマ法に由来する瑕疵担保責任が契約時を基準時とするのと鋭く対立する。鑑定意見でもローマ法原理の維持を支持しつつ基準時を引渡時に修正することが提案されており、一九世紀中葉から終わりにかけて、少なくとも重要な取引であった家畜譲渡（売買）において瑕疵の基準時が引渡時に修正されつつある事態は興味深い。