Title	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
Sub Title	Die Gefahrtragung beim Doppelskauf
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.12 (2011. 12) ,p.425- 471
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	斎藤和夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0425

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.

二重売買と危険負担

——危険負担制度と契約解除制度の競合——

北 居 功

- I はじめに
- II 二重売買と債権者主義
 - 1 ドイツ普通法の議論
 - 2 日本法の議論
- III 他人物売買と債権者主義
 - 1 ドイツ普通法の議論
 - 2 日本法の議論
- IV 二重売買と債務者主義
 - 1 ドイツ民法典の制定
- V 二重売買と危険負担
 - 2 二重売買と支配移転理論
 - 3 二重売買と支配移転理論
- VI 他人物売買と危険負担
 - 1 ドイツ法の議論
 - 2 他人物売買と支配移転理論
- VII 民法改正と危険負担制度の帰趨
 - 1 ドイツ民法典の改正
 - 2 民法（債権法）改正提案の問題点

I はじめに

本稿で以下、取り上げようとする二重売買と危険負担の問題は、補足的にも言及する他人物売買と危険負担の問題とともに、古典的争点に属するものとして、今日ほとんど取り上げられることはない。かつて、売買における買主危険負担主義の下では、目的物が二重に売買された後で売主の帰責性なく目的物が滅失する場合に、単純にそれぞれの売買契約に当該危険負担法理を適用するとき、売主が二重に売買代金を取得できることとなるため、その不当な結論をめぐって様々な議論が提起された。しかし、売買での買主危険負担主義自体が批判に晒され、実質的に売主が危険を負担する解釈が支配的となることで、債権者主義の下での「代金二重取り」問題も当然に克服されたかのように扱われている。ところが、後述するとおり、売主に危険を負担させる解釈の許でも、当然に代金二重取り問題が克服されるわけではないため、この問題を少なくとも理論的に解明する必要性は、なお残されている。

しかも、この問題は、債権法の改正議論が進捗しつつある中で、危険負担制度自体をめぐる議論にもかかわる。すなわち、後述するとおり、債権法改正に関する有力な見解は、危険負担制度を解除制度に一元化する方向を示しているが、そもそも売買契約における危険負担をどのように扱うべきかという基本的な議論は見出されない。すでに、民法五三四条一項の買主が危険を負担する原則は、立法論的批判から解釈論的批判に晒されて、事実上「空文化」される解釈が流布していることは、周知のとおりである。ところが、民法一七六条における物権変動論の解釈では、特約のない限り、売買合意の時点で所有権が買主に移転する解釈がむしろ支配的であるため、売買において、買主は所有権を取得しているものの危険はむしろ売主が負担するという解釈が、我が国で一般的に流布している解釈となる。しかし、およそ、買主が所有権を取得しているにもかかわらず危険を負担しないとい

う解釈や立法は、従来どこにも見出されなかった。なるほど、物権レヴェルと債権レヴェルとでは異なる論理が通用し、それらが連結される必要はないということは、従来、危険負担の議論では言われてきた。しかし、所有権ほど物に対する支配の確実なものはないにもかかわらず、何故に買主は⁽¹⁾まだ危険を負担しないのであろうか。さらに、こうした趨勢を前提とするとしても、売主危険負担原則の解決志向が二重売買と危険負担の問題に⁽¹⁾いかなる影響を及ぼすのかという点について、いまだ議論は不十分と映る。二重譲渡における所有権の移転メカニズムをめぐる議論は、二重売買における危険負担の問題を解決する上でも、その前提として避けては通れない議論である。果たして、債権法を改正することで、二重売買における危険負担問題は、どこまで自動的に解決されるのであろうか。物権法との調和を図るべき債権法の改正議論は、少なくとも所有権の移転時期を明示しない我が国の物権法の問題を有意に解決できるのであろうか。

以上のように、本稿は、二重売買や他人物売買における危険負担問題を考究することを通じて、危険負担制度のいわば内在的な限界を探り、危険負担制度の将来像について、ささやかな展望を見出すことを目的とする。なるほど、二重売買や他人物売買での危険負担が実際に我が国で問題となった事例は見あたらないため、本稿のテーマはもっぱら講学上の理論的事例を扱うにすぎず、その実践的意義に疑念が提起されるやも知れない。しかし、そもそも危険負担という極めて講学的なテーマを論じる限り、実践的観点というよりはむしろ理論的な考究に傾くことは、避けられないということもできるであろう。それだけになおさら、理論的に危険負担法理の内在的限界を見極め、解除法理との関係を整理・検討することが、解釈論はもとより、立法論としても重要な課題と映るのである。

Ⅱ 二重売買と債権者主義

1 ドイツ普通法の議論

(1) シュトゥツフレーゲンの問題提起

二重売買と危険負担という問題自体を正面から取り扱う本格的な論稿は、管見の及ぶ限り、一九世紀中葉のシュトゥツフレーゲンの論文を嚆矢とする⁽²⁾。この論文は一つの具体的事案の解決を検討するものである。

エストニアはリューラント地方のとある町の住民ロイターは、一八四七年九月一日、その所有する一頭の特定の馬をその町に駐留していたロシア人のウォロウスキー中尉に五〇ルーブルで売却し、まず二五ルーブルの支払を受け取り、残額と引き換えに一週間後に馬を引き渡すこととしたが、他方で、ロイターはそれ以前から当該馬について交渉をしていた隣人のミュラー・グライフにも、すでに売却済みであることを知らせずに当該馬を六〇ルーブルで売却し、代金と引き換えにすぐに引き渡した。ところが、その二日後に、その馬が流行病に罹患して死んでしまったところ、そうとは知らずにウォロウスキー中尉が期日に残代金を従者に持たせて馬の引渡しを受けようとしたが、ロイターは金銭を受け取ったうえで、馬が死亡したため引渡しができない旨を知らせた。その後、買主双方が、当該馬が二重に売買されていた事実を知ったことから、それぞれロイターに対して代金の返還を求めた。この事案がいかに解決されるべきかというのである。なお、本件に適用されるのは、ローマ法に由来する普通法である⁽³⁾。

シュトゥツフレーゲンは、次のように検討を進める。まず、ロイターとウォロウスキー中尉との第一売買の法律関係について、売買契約によって物の危険が買主に移転しているため、物が引渡前に売主の過失なく滅失するならば、買主は代金を支払わなければならない。それについて売主は *actio venditi* を有している。他方、買主は売主に

対して物の引渡しを求める権利を有しているが、これは債権にすぎず、所有権は売主にとどまったままである。そして、この関係は買主が代金の一部をすでに支払っていることよって何らの影響も受けない。売主に過失があつて物を引き渡すことができなければ損害賠償の責任を負うこととなるが、売主に過失がなければ、売主は物に代わつて取得した代償を譲渡する必要があるにすぎない。⁽⁴⁾

次に検討されるのは、ロイターとミュラー・グライフとの第二売買の法律関係とその第一売買への影響である。この第二売買は、売買締結について完全に要件を充足し、そのうえで、双方の完全な給付とその受領によつて消滅しており、その売買は第一売買にいかなる影響も及ぼすことはない。すでに売買があつたことも、売買だけでは債権が生じるにすぎず、売主が所有者であることに変わりはないため錯誤の理由とはならない。第一買主は第二買主に引渡しが行われたことを理由に、第二売買を取り消す手段も持たない。第二売買は完全に履行されている以上、ミュラー・グライフは契約に基づいて、それ以上何らの権利も持っていない。⁽⁵⁾

さらに、ロイターがもはや馬を引き渡すことができなくなったことで、ウォロウスキー中尉が持つ権利と、その第二売買への影響が検討される。売主は不可抗力により目的物が滅失する限りその賠償責任を免れることとなるが、本件事では、鑑定人の証言により、その馬が最良の飼料と手入れ・厩舎をあてがわれていても、当該感染による死亡を免れなかったため、馬の死亡は偶然事によると主張できることとなる。しかし、売主が故意に当該馬を第二買主に売り渡し、その偶然の死亡によつて第一買主がもはや何らの権利も売主に対して主張できないということでも満足できるであろうか。「何人も自身の違法な行為によつて自身の状況を改善することは許されない(Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest)」(学説彙纂第五〇巻第一章第一三四法文)ため、売主がこうした場合に利得することは許されないように思われる。しかし、だからといって第一買主に何かを与えられるということにもならない。「第三者の欺罔が誠実な買主を害さないことが公平であるのとまさに同じく、彼

が売主の側の欺罔によって利得を受けることもまた不公平である (Sicut aequum est bonae fidei emptori alterius dolum non nocere, ita non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesset.)」(学説彙纂第一九卷第一章第三七法文)。このジレンマはいかに解消されるべきなのか⁽⁶⁾。

そこで、シュトツフレーゲン⁽⁷⁾は、ウォロウスキー中尉があちこちの弁護士に相談をして回収してきた、本事例で第一買主ウォロウスキーが代金債務を免れるとする六つの見解を検討する。

①本件では、すでに第一売買の前にロイターはミュラー・グライフとの間で当該馬の売買交渉をしていたことから、ロイターはウォロウスキーとの売買時点ですでに、後により有利な申し出で他に売却する意図を有していたことが推察される。もし、ウォロウスキーが売買時点でこの意図を知っていたなら、契約の締結を留保して、代金を失うことはなかったはずである。したがって、ロイターが第一売買に際してそうした意図を有していなかったことを証明できない限り、ウォロウスキーに代金を返還しなければならないという見解があるという。しかし、仮にロイターにそのような意図があったとしても、それが現実のものとなるのは第二売買に際してであるから、売主には第一売買においてそのような意図を第一買主に知らせる法的義務はない。しかも、もし売主が第一買主に馬を引き渡していたとすれば、売主がそうした意図を有していたとしても、第一買主にとって法的に何らの不利益も生じないのである。

②売主が第二売買を締結し、買主がそれを知らされるなら、それによって信義則の観点から、買主は第二売買への同意を表示して、相互不合致 (mutuus dissensus) により第一売買契約は解消され、代金の返還について権利を取得するとの見解があるという。しかし、第一買主の黙示の同意があると仮定してみたところで、売主に第一契約を解消する同意は何ら認められないため、第一契約の解消は認定しがたい。

③売主は第二売買によって、第一買主との関係で自身の悪意を表明したこととなり、買主はその時点から売買

契約の解消を求める権利を有し、その権利は後の出来事によって何ら変更を受けるものではないとする見解があるという。しかし、買主は第一契約の締結によって、物に代わる利益を獲得し得る権利を有しているが、利益給付に代わる危険をもたらしたのは、即時に引渡しを受けなかった買主の事情による。物の給付が不能となるのではなく、単に困難となるにすぎない第二売買の締結により、買主の地位は何らの変更をも被らないのである。

④ 売主が自身の保管義務 (custodia) に違反して第二売買を締結し、第二買主の馬を引き渡した場合には、仮に自身で馬を保管していたとしても、同じように馬が死んだという確証を得ることはおよそ不可能である。その証明ができない以上、売主は第一買主に対して、損害賠償の義務を免れないとする見解があるという。しかし、保管義務は売主自身が保管する義務を意味するわけではないため、売主が第三者に馬の保管を委ねた場合、そこから生じる不利益について責任を免れないというにすぎない。そこで、馬の死亡が偶然事であるのかどうかの証明は、行われた鑑定によって十分果たされていることとなる。

⑤ 売主が同じ馬を二度売却するときには、それによって馬の引渡しは売主の任意の対象でなくなったため、馬の引渡しに代わって損害賠償給付の義務が生じるとする見解があるという。しかし、第二売買が締結されても、売主にとって馬の引渡しは不能となるわけではないため、馬の引渡し義務が損害賠償給付に取って代わられる根拠がない。たとえば、第一買主の馬が引き渡されていれば、その後第二売買が行われたとしても、第一買主は売主に損害賠償給付を求めるいわれはないのである。

⑥ 第一買主は、売主に対して第二買主から受け取った代金六〇ルーブルの支払を求めることができるという見解があるという。引渡しおよび代金支払以前に馬の所有権が売主の許にあることは疑いないが、この所有権は買主の利益で行使され、物は買主の利益で処分されるため、その処分が有利である限り、利益は買主に帰属する。それが不利な場合には、売主が買主に対して利益給付の義務を負うというのである。つまり、売主は物の処分に

ついで買主の事務管理者となり、買主が危険 (periculum) を負担する反面で代償 (commodum) を求めることができることの結果であつて、第二売却の代金 (pretium) もこの代償とみなされるというのである。

しかし、売主が買主の事務管理者とみなされる根拠は見あたらず、仮に事務管理者とみなされて売主に物の処分
 分の自由が認められることとなれば、物の喪失に基づく売主の責任と矛盾し、また本人の利益に沿った事務管理者の義務とも矛盾することとなる。そして、第二売買という処分が許されないことの結果、第二売却の代金を売主が第一買主に引き渡す義務も生じ得ず、代償 (commodum) を第二売買代金へと拡張することもまた許されない。この理解は、次のパウルのローマ法文 (学説彙纂第一八卷第四章第二一法文) にも根拠づけられるとい⁽⁸⁾う。

学説彙纂第一八卷第四章第二一法文

相続財産を考慮に入れてすでに問答契約を結んでいた売主は、遺産の一部の物について訴訟を提起し、他人にその物を売却した。問題は、彼が問答契約に基づいてなすべきことは何かである。というのも、問答契約は二度にわたって争点とされ得ないためである、そうしなければ、彼は物とその価値の双方について責任を負うこととなるであろう。実は我々が考えるところでは、相続人が物を売却した後、問答契約が締結されていたなら、代償ないしは価値が問答契約に含まれることとなる。しかし、問答契約がまず締結されて、その後で売主が物を獲得していたとすれば、彼は物を引き渡さなければならない。今度は、売主が死亡する奴隷を売却すべきであるなら、彼は奴隷の代償について責任を負うのであろうか。というのも、特定の奴隷を約束する者は、彼がその奴隷を売却したことで、その奴隷の死亡に関して責任を負うべきではない、ただし、彼が自身の債務の履行について遅滞にあれば別である。しかし、私が相続財産を売却し、実質的にはその一部のある物を売却する場合、私はその物を取り扱っているのであって、相続財産を取り扱っているのではないともみられる。しかし、このことは、特定物に関しては受け入れられるべきではない。というのも、私が君にこの奴隷を売却し、奴隷が引き渡される前に、私とその奴隷を他の誰かに売却して代金を受け取る場合、その奴隷が死

亡したとき、私が君に売買に基づく訴訟で何かを負っているかどうかを考えてみよう。私が奴隷の引渡しについて遅滞にないことを想定すれば、あたかも私は誰かに売却しなかったかの如くである。というのも、私は君に物を負っているのであって、訴訟の権利を負っているのではないからである。しかし、相続財産が売却される場合には、私が相続人としてしようとしまいと、私は彼の事務を管理しているかの如く、買主によいことをなさねばならないと想定される。同じように、信義則は、土地の売主が他人にその土地が帰属することを知らないときでも、彼にその果実を考慮することを求める。いかなる責任も彼に降りかからない、ただし、彼に過失があったことが証明されれば別である。しかし、私が売却した物をそれを占有している他人に対して請求し、それに関する勝訴判決を受けるなら、私は買主にその物について責任を負うのか、それともその代価について責任を負うのか。それはいつも物であって、私が責任を負うそれに関する訴訟ではない。そして、強制的に追い出されまたは窃盗訴訟を通じて、私が物の価値の二倍の額を受け取るなら、それは、どのようにしても買主には帰属しない。再び、売主がその過失なく物の占有を止めるなら、彼はそれに関する訴訟の権利を譲渡しなければならぬであろうが、物それ自体の権利ではなく、その物のうえに置かれた価値も譲渡される。というのも、建物が焼け落ちたなら、彼はその土地を引き渡さねばならないからである。

この法文の解釈からシュトツフレーゲンが帰結するのは、特定物の二重売買では、第二売買の代金は物の代わりではなく売主の行為の結果、すなわち、売主の自由な活動の成果であるから、第一買主に帰属するいわれがないことである。相続財産が二重に売却される場合には、売主が事務管理者の如く評価され、売却された代価も第一買主に引き渡さなければならない。この対比が注目されているのである。⁽⁹⁾

こうして、普通法上、第一買主ウォロウスキーが売主ロイターに対する代金債務を免れることを基礎づける根拠は見出されないこととなる。しかし、裁判官の「信義と公平に基づく (ex bono et aequo)」判断が、ウォロウスキーに何らかの主張を認めることとなるべく、シュトツフレーゲンは、裁判官に裁量の余地を求める訴状の書

き方を弁護士に推奨している。⁽¹⁰⁾

(2) ドイツ普通法の議論

一九世紀のドイツ普通法は、すでにローマ法由来の売買における買主危険負担主義をいかにして合理的に説明するのかに腐心していたが、その一端として、二重売買における危険負担の議論も取り上げられるようになる。

(a) 両買主の危険負担理論

モムゼンは、「危険を負担する者は代償も保持しなければならない (commodum ejus esse debet, cuius periculum est)」とのローマ法ルール (法学提要第三卷第二三法文第三節) を検討する中で、上述のパウルのローマ法文について、次のように説く。⁽¹²⁾ すなわち、第一売買で売却された目的物の給付を悪意の第二譲渡で不能とした売主は第一買主に対して賠償義務を負わねばならず、売主が譲渡に関して危険を負担するため、売主の債権者となる第一買主は第二売買の代金を求めることができない。パウルスが認めるところでは、第一買主は後になされるべきものが偶然に滅失したとしても第二売買の売買代金を求めることはできず、売主に賠償請求も主張できない。なぜなら、譲渡がなくても物が滅失していたからである。あたかも、第一買主にとって第二売買は行われなかったのと同じこととなる。⁽¹³⁾ このことは、上述の「危険を負担する者は代償も保持しなければならない (commodum ejus esse debet, cuius periculum est)」原則の適用と同じ帰結となる。「というのも、債務者が代金を獲得した譲渡の危険は、債務者が負担するからである。しかし、その後の危険は債権者が負担する。ところが、この出来事は債務者の財産に代償をもたらさなかったのである」。そうすると、悪意で物を譲渡した売主が二重に利得するというパウルの結論は、正義と決定的に矛盾する。そうではあっても、「なすべき物を悪意で譲渡した債務者は、

損害賠償請求権を自ら回避するために、物が譲渡されていなかったとしても滅失してははずであることを証明しなければならぬ——この証明は、人がそれを厳格に考えるなら、容易には果たされない⁽¹⁴⁾」。

(b) 売主の選択理論

イエーリングも、彼自身が関わった一つの事例について考察を披見する。それは船の出資分担の二重売買であり、船が沈没して、売買された出資分担の対象も滅失してしまった場合に、売主の各買主に対する代金請求の処遇である⁽¹⁵⁾。イエーリングもまた、先のパウルス⁽¹⁶⁾のローマ法文の解釈を再吟味するが、彼がそこで指摘するのは、この法文では買主の訴権が問題とされているのみで、売主の訴権が問題とされていない点である⁽¹⁷⁾。二重売買の危険負担で問題となるのは、まさに売主の代金訴権である。そこでまず、他人物売買における目的物の偶然事による滅失について、単なる買主危険負担⁽¹⁸⁾の適用は、二重売買の場合と同様に、法感情に反する結果となるという。ここでの売主の請求権は、単なる金銭債権ではなく、本質的に損害賠償債権の性質を有し、目的物の滅失によって売主に損害がなければ消滅する性質のものであるという。したがって、売主が損失を被っていないもしくは填補されている状況であれば、買主に対する代金支払請求権は消滅することとなる⁽¹⁸⁾。そうすると、二重売買においては、一方の買主から代金を受け取るにより売主は損失を填補されるのであるから、もはや他方の買主に対して代金の支払を請求することはできなくなる。売主からすれば、いずれの買主に対して代金支払を請求することも自由であるが、しかし、代金の二重取りは認められないこととなる⁽¹⁹⁾。

ファンゲロウも、イエーリングと同様に、二重売買では売主が買主のいずれか一方にだけ代金を請求できるとし、売主が一方から代金を受け取ったにもかかわらず、他方の買主にも代金を請求しようとする場合には、その請求は悪意の抗弁によって排斥され、他方からも代金を受け取ったなら、他方の買主は錯誤によって支払ったこ

ととなるため、非債弁済としてその返還を請求できるといふ。これは売買契約を支配する信義則に基づく帰結といふだけでなく、売主は一方の買主にしか引き渡せなかったはずであるから、代金の請求もやはり一方の買主にだけしか認められないためである。なお、ローマ法によれば、二重売買での危険負担では売主が二重に代金を獲得できることになるとの理解は、正当ではないといふ。その根拠として援用される上記パウルのローマ法文は、第一買主が第二買主代金債権を代償として請求できないといふことを述べるにすぎない。売主がどの買主に代金を請求できるのかという問題には、何らの回答も与えていないのであって、イエーリングの指摘は正当であるといふのである。⁽²⁰⁾

ゴーゼは、財産権が買主に移転することで危険も買主に移転するため、第一買主が危険を負担すべきように見えても、実はこの売買が第一売買となるのかに答えるのが難しい場面があるといふ。たとえば二人の組合員が同時に同じ物を売買した場合、結局、どちらの買主に履行するのは売主に決定させる他はない。したがって、イエーリングと同じように、売主に代金支払をどの買主に請求するのかという選択権を認めざるを得ないとする。しかし、売主が請求した買主が代金を支払えない場合に、イエーリングは他方の買主にさらに代金の支払を請求できるとするが、ゴーゼはこれは認められないといふ。なぜなら、もともと売主は一方の買主に対してしか履行できなかったからであるといふ。⁽²¹⁾

(c) 第一買主の危険負担理論

ヴァイントシャイトは、上記のイエーリングの検討を引いて、売主が二重に代金請求できないといふことは支持されるべきであり、上記パウルのローマ法文がそれを認めていないといふだけでなく、売主の二重の利得は売買契約を支配する信義則 (bona fides) にも反するといふ。そこで問題なのは、どの買主が危険を負担することに

なるのかであるが、パンデクテン教科書の第一版によれば、買主が危険を負担する根拠は売買契約の締結と同時に財産権が売主から買主に移転することにあるため、たとえ第二売買が締結されても第一買主への財産権移転効果に影響が生じることはなく、第一買主が危険を負担し、代金の支払義務を負うこととなる。もつとも、第二買主に目的物が引き渡された場合には、目的物の現実的な支配は第二買主に移転しているのであるから、第二買主が危険を負担すべきこととなる。⁽²²⁾

ホフマンは、二重売買の議論を次のように類型化する。⁽²³⁾ まず、①物が第一買主に引き渡された後で第二売買が締結される場合、これは第二買主にとって他人物売買となるため、その救済が認められる。次に、②第二売買が締結された後に第一買主に物が引き渡された場合、第一買主が危険を負担し、第二買主は損害賠償請求権を取得するが、物が偶然事によって滅失した場合には、第二買主は危険を負担しないため、すでに代金が支払われていたとすれば、その返還を請求できる。これに対して、第二買主に物が引き渡された場合、最初第一買主が危険を負担していたところ、第二売買によって危険はいったん売主に復帰した後、第二買主に移転する。なぜなら、第二売買はすでに履行されて所有権は第二買主に移転しており、危険は一人にだけ降りかかるのである。もし、ここで第一買主も危険を負担するとして売主に代価の二重取りを認めるなら、それこそ、イエーリングが指摘する⁽²⁴⁾とおり、「犯罪行為を民事上賞賛することとなる」⁽²⁵⁾。売買契約において信義則を強調するローマ法がそれを許すはずはないのである。

しかも、売主は契約の履行を不能とする事態を回避する義務を負っているため、自身が物を手放してそれを第三者に譲渡すること自体、第一買主との契約違反を意味することとなる。このような場合に、第一買主がすでに第二買主の所有物となっている物について危険を負担するというのは耐え難い事態である。もちろん、売主が第二買主に物を引き渡したからといって、第一買主に対する債務が不能となるのではなく、困難となるにすぎない

との反論もある。しかし、たいていの場合、売主は、第二売買の代価の方が高額であるから、第二売買に際して買戻すようなことは何も想定していない。「そうした悪意の契約違反は法律上当然の効果を有する」はずである。⁽²⁶⁾そこで、物が偶然事により滅失した場合、第一買主は損害賠償請求権を失うとはいえず、危険を負担しないのであるから、何ら代価の支払義務を負うことはない。物が滅失しなければ、第一買主は売主に対して損害賠償請求権を有する。売主が第二買主から物を取り戻して第一買主に引き渡すなら、危険は第二買主から売主へと移転し、さらに売主が第一買主のための保管義務 (custodia) を負う時点から第一買主が危険を負担することとなる。⁽²⁷⁾

さらに、③二重に売買が締結されて売主の許に物がとどまっている状態で、物が偶然事により滅失する場合には、第一買主が危険を負担する。単に第二売買の締結というだけでは、第一買主から危険を転嫁するに十分な契機とはいえない。もちろん、両買主の双方を満足させることができない売主こそが危険を負担すべきであるとの見解も十分考慮される余地がある。しかし、危険負担の基本原則を確固としたものとするには、どちらかの買主に危険を負担させることを明確に定めておく必要があるという。⁽²⁸⁾

以上の類型はすべて、売主が悪意で二重の売買契約を締結する場合である。売主が悪意なく二重に売買契約を締結する場合には、第一買主が売主に対して契約の履行を請求できる限りで、危険を負担しなければならないこととなる。⁽²⁹⁾

デルンブルクは、双方の売買が誠実に行われた場合には売主に双方の買主に対する二重の代金請求権を認めつつ、第二売買が悪意で締結された場合には、売主は第二売買から何らの利得も獲得できないとする。⁽³⁰⁾

(d) 第二買主の危険負担理論

ヴァイントシャイトは、パンデクテン教科書の第二版以降で改説し、売主が悪意で二重売買を締結するときにはも

ちろん、たとえ悪意がなかったとしても、売主は第一買主に対してその売買契約を援用することはできないため、第二買主が危険を負担することとなるとした。というのも、「売主が自身締結しなかったものとして扱っている売買契約の締結を援用するならば、それは信義則に反することとなる」からである。したがって、売主が第一買主に引渡しを終えた場合には、売主は第二買主に対して当該第二売買を援用することは許されないことになる。⁽³¹⁾

(e) 売主の危険負担理論

以上のように、ローマ法の危険負担原則である買主負担主義を適用して、いずれかの買主に危険を負担させようとする議論に対して、むしろ、売主に危険を負担させるべきとする解釈も主張されるようになる。マルティニウスによれば、財産権が移転することにより買主が危険を負担すると理解する限り、二重に売買契約が締結されて、いまだ引渡しが行われていない限り、財産権はいずれの買主にも移転していないのであるから、買主が危険を負担するいわれがない。売主は二重に売買することによって、買主と売買目的物との関係を否定したのであるから、買主が危険を負担する根拠は消えてなくなる⁽³²⁾こととなる。したがって、二重売買のケースでは、売主が危険を負担すべきこととなる⁽³²⁾。仮に、二重に売買した売主が買主に対して代金の支払を請求しても、二人の買主の双方に引渡しができないにもかかわらず⁽³³⁾売買代金を請求すること自体に悪意があるため、買主は悪意の抗弁でそれに対抗できるとするのである⁽³³⁾。

2 日本法の議論

かつて、我が国で議論されることがあった二重売買と危険負担の争点をめぐって、債権者主義の許での議論が比較的活発であったため、あたかもドイツ普通法上の議論の如き議論状況となっていた。すなわち、売主が家屋

を二重に売買して、いずれの買主にも登記が移転されていない状況で家屋が焼失したような場合について、次のような議論が展開されていた。まず、民法五三四条一項が適用される場合には、双方の買主が危険を負担しなければならぬのであるから、売主に双方の買主に対して代金請求を認めるとする見解が主張される⁽³⁴⁾。しかし、この見解は、売主に二重の代金の取得を認めることとなるのであるから、その結論自体が支持されがたいであろう。そこで、我が国の民法一七六条によれば、契約締結時点で第一買主はすでに所有権を取得しているものであるから、第一の買主が危険を負担すべきとする見解が主張される⁽³⁵⁾。また、原則として、第一買主が危険を負担すべきとすつつも、第二買主が悪意の場合には、第二買主が危険を負担するとする見解も主張される⁽³⁶⁾。しかし、第一買主だけが危険を負担するというのは、第一買主と第二買主が有する債権の間に優先関係を認めることに他ならず、債権に排他性が認められるべきでないことから支持されがたいとの批判を受ける。また、悪意の第二買主が危険を負担するとする見解も、出発点では第一買主だけが危険を負担することとするため、同じ批判を受けることとなり、さらに、悪意の第二買主が危険を負担することの実定的根拠が見あたらないとも批判される。さらに、売主が一方の買主に提供をすればその買主が代金を支払わなければならないのであるから、履行は売主の任意に委ねられているのであり、それと類比すれば、売主が任意に一方の買主を選ぶことができるとする見解もある⁽³⁷⁾。しかし、売主の代金二重取りを回避するために売主に選択権を認めるとしても、履行する場合には一方から代金を受け取ることができるのは確かであるが、他方に対して債務不履行に基づく損害賠償を負担することとなるのであるから、単純に滅失の場合と類比することは成り立たないであろう。したがって、任意選択を認める理論的根拠は、なお明らかとはならないとされる⁽³⁸⁾。

こうした議論を経て、通説とされたのは、民法五三六条一項の危険負担原則を適用すべきとする見解であり⁽³⁹⁾、いまだ履行がされていない段階での二重売買においては、どちらの買主に利益が最終的に帰するのかが定かでは

ない以上、いずれの買主も危険を負担するいわれはないとされたのである。なお、後に見るとおり、危険負担に関する支配移転説によれば、目的物がいまだ買主のいずれの支配にも属していない以上、危険は売主にとどまっていることとされるであろう。

Ⅲ 他人物売買と債権者主義

1 ドイツ普通法の議論

先に見たとおり、イエーリングによれば、もともと買主が危険を負担するのは、すぐに引き取るべき目的物を引き取らなかった買主の責めにあるため、他人物売主の代金支払請求権も、単なる金銭債権ではなく、本質的に損害賠償債権の性質を有し、目的物の滅失によって売主に損害がなければ消滅する性質のものであるという。したがって、売主が損失を被っていない他人物売買においては、買主に対する代金支払請求権は消滅することとなる。⁽⁴⁰⁾ ゴーゼは、そもそも買主が危険を負担するのは、売買締結時点で財産権が買主に移転することにあるから、他人物売買では財産権が買主に移転し得ないため、売主が危険を負担することになるという。⁽⁴¹⁾

これらの見解に対して、ヴァイントシャイトは批判を向ける。すなわち、イエーリングの見解に対して、買主が目的物を引き取らなかったことの責めは、買主が目的物を引き取ったかの如くみなされなければならないことに帰するため、むしろ売主はなお売買代金を獲得できることとなるはずであるという。また、ゴーゼの見解に対して、財産権の移転はあくまで当事者間だけでの移転効果であるから、それを当事者以外の者との関係を持ちだして財産移転効果を論じることは正当ではないという。⁽⁴²⁾ したがって、たとえ他人物の売買の場合であっても、買主が危険を負担する原則に変更はないが、ただ、売主が悪意の場合に限って、買主は危険の負担を免れるという。⁽⁴³⁾

なぜなら、他人の物と知ってそれを売る売主の悪意こそが、売主に対する請求権を基礎づけるのであって、この請求権はその後に生じる目的物の滅失によって何らの変更も被ることはないからである。⁽⁴⁴⁾ ファンゲロウもヴィントシャイトと同様の見解を主張し、イエーリングの見解を批判する。すなわち、イエーリングは、他人物売主が何らの損害も被らないため売主に危険を負担させるが、そもそも、「買主への危険移転は損害賠償債務の観点に還元されてはならない」からである。他人物がすでに買主に引き渡されて、追奪される前に滅失するならば、買主が代金全額を支払わねばならないことに疑念の余地はないとして、この理解が法源に忠実であるという。⁽⁴⁵⁾ ヴィントシャイトとファンゲロウが挙げるローマ法文は、次の法文である。

学説彙纂第二一卷第二章第二一法文

売却された奴隷が、追奪が生じる前に死亡するときには、問答契約は効力を有し得ない、というのも、追奪は何人によっても行われないためである。それは人の運命のうえでの出来事である。しかし、悪意にとっての訴権は、もしその事態に何らかの悪意があれば、残ることとなる。かくして、ユリアヌスが彼の第四三巻に優雅に書いたように、二重の問答契約が効力を有し得るのは、買主の損失が追奪に帰されるような状況で物が失われた場合だけである。……

ただ注意が必要なのは、イエーリングが他人物売主に危険を負担させるとしつつも、その売主が善意占有者であつた場合に、売主の代金請求を認めている点である。⁽⁴⁶⁾ このように、イエーリングが、売主が善意占有者であつた場合に売主が危険を負担しないとの例外を設けると、イエーリングとヴィントシャイトの上記二説にほとんど実質的な相違はないこととなる。⁽⁴⁷⁾ ホフマンは、まさに他人物と知らずに買い受けた買主には何らの危険負担も強いことはできないが、買主がそれを知って買い受けた場合には、買主が契約を解除する前であれば、危険を

負担すべきとする。両当事者が他人物と知って売買した場合には、売主がその所有権の調達に尽力する合意がある場合にだけ、代金支払債務が成立することとなる。反対に、両当事者が他人物と知らなかった場合には、原則に立ち戻り、買主が追奪を受ける前に目的物が滅失したときに、買主が危険を負担することとなるという。⁽⁴⁸⁾

2 日本法の議論

他人物の売買において、売主が所有権を取得して買主に移転する前に、目的物が不可抗力によって滅失・毀損した場合にも、やはり民法五三四条一項の適用に基づいて、買主が危険を負担すべきとする見解がある。⁽⁴⁹⁾しかし、他人物売買では、なお買主は目的物を取得できるかどうか不確定な状況であったから、いまだ買主への利益の帰属は確定しておらず、五三四条一項の適用の基礎が欠けるため、五三六条一項の危険負担原則に基づいて売主が危険を負担すべきとする見解が通説とされる。⁽⁵⁰⁾もとより、支配移転説によれば、支配が移転する以前における目的物の滅失の場合に、売主が危険を負担することに異論は提起されないであろう。

IV 二重売買と債務者主義

1 ドイツ民法典の制定

周知のとおり、ドイツ民法典はローマ法以来の伝統的な売買における買主危険負担主義を放棄して、売主危険負担主義へと転換した(ドイツ民法典旧三三三条)。その転換の決断は決して容易なものではなかったが、⁽⁵¹⁾転換を促す一つの論拠として、普通法において買主危険負担原則がもたらす不合理な帰結が挙げられていることは見逃せないであろう。この点について、部分草案の起草に先立ち、フォン・キューベルは、第一委員会に対して「売

買における危険の負担」と題する提案を行い、ローマ法原則を放棄して、彼がドイツ法原則と呼ぶ売主の危険負担原則を採用すべきことを主張した。⁽⁵²⁾ その中で、ローマ法原則による他人物売買と二重売買での危険負担の処理がいかに困難であるかを論難する部分を見てみよう。⁽⁵³⁾

売主の所有にない他人の物が売買される場合に、危険負担に関する多様な見解が存在し、そこには、危険分配に関するローマ法原則の根拠に関する多様な見解が、その影響を主張するのである。ある見解によれば、他人物の売却においても、売主に悪意がなければ買主が危険を負担する（ヴィントシャイト）。他の見解は、売主が知っていて、それを知らない買主に他人物を売却する場合には、売主に危険が転嫁されるが、他方で、買主のみが法的な瑕疵を知っているか、両当事者が知らなかった場合には、危険は買主によって負担されるべきとする。両当事者が瑕疵を知っていた場合には、債務が物を取得する売主の尽力に向けられているときだけ、債務は存在するとする（ホフマン）。反対の見解は、常に売主に危険を負担させるところ、物が他人物として売主の財産にないためとする者もあれば（ゴーゼ）、売主には他人物の滅失によって何らの損害も生じないためとする者もある（イエーリング）。ドイツ法原則の観点からすれば、この問題も自ずと解決される。

ローマ法原則に沿うと、特別な考慮と疑念とがもたらされるのは、同一物の複数回の売却ケースにおいてである。上述の原則によれば、売買契約の完成時に危険は買主に移転するため、そこから物が同じ売主によって複数の者に順次売却された後、引渡しが行われる前に物が偶然事により滅失する場合、偶然の滅失によりすべての買主に対して責任から解放される売主は、それぞれの買主に対して、各人が滅失の危険を負担しなければならないため、定められた売買代金を請求し得るはずとことが導かれる（ドレスデン草案議事録六〇八、六〇九、四〇五九頁参照）。この帰結には法感情が対立し、一般的にそれは否定される。しかしながら、その根拠が分かれるだけでなく、売買代金を支払わなければならないのはどの買主なのかについて、意見の一致も存在しない。近時の見解によれば、引渡しの前には複数の買主のいずれも危険を負担せず、売主はどの買主にも代金を請求できない（マルティニウス）。他の見解は、売主に、

彼がどの買主に売買代金を請求しようとするのかについて選択を認める（イエーリング、ファンゲロウ）。第三の見解は、最初の買主に危険を負担させる（ホフマン、ペッシュマン）。第四の見解は最初の買主に危険を負担させることを認めるが、往々にして誰が最初の買主か応えられないため、売主に決定を委ねる他はないとする（ゴーゼ）。第五の見解によれば、危険を負担して代金を支払わなければならないのは第二買主である、というのも、売主は第二買主に対して、第二買主がどのような場合に危険を負担しないのかについて悪意にあるはずだからである（ヴァイントシャイト）。これらのすべての疑念を、ドイツ法原則は排除するのである。

この提案をめぐる第一委員会での議論の詳細は定かではないが、危険負担に関して、売買においても債務者主義を採用する方針に決したため、部分草案以降、債務者主義での危険負担規定が整備されるとともに、売買においては、ドイツ民法典旧四四六条一項に引渡しによる買主への危険移転が定められた⁽⁵⁴⁾。ただ、不動産売買に関しては、すでに上述のフォン・キューベルによる第一委員会への提案で、引渡しによる危険移転の例外ルールが提案されていた。それによれば、不動産売買において登記を危険移転ルールに取り込む必要があるというのである。しかし、引渡しを伴わない登記だけでの危険移転を認めることもできないという。もしそうしたことを認めるなら、売主にとって物を保持する利益とその保存に配慮する義務との分断が生じることとなり、「ローマ法原則に對するドイツ法原則の優位は基礎を失いかねない」ためである。そこで、フォン・キューベルは、不動産売買では引渡しおよび登記の移転による買主への危険移転を認めるべきとするのである⁽⁵⁵⁾。しかし、第一委員会はこの提案を採用しなかった。不動産売買における買主への危険移転をめぐるのは、引渡しと登記を必要とする見解に加えて、引渡しだけで足りるとする見解、登記だけで足りるとする見解のほか、引渡しまたは登記で足りるとする見解があったが、第一委員会はこの最後の見解を採用すべきことを決議したのである⁽⁵⁶⁾。

それに対して、フォン・キューベルの抵抗はなお続き、部分草案では第一委員会の決議に従った草案を起草しつつも、第一委員会でのその審議に際して、買主への危険移転に引渡しおよび登記を必要とする旨の修正案を提案した。それでも、第一委員会はなお、引渡前に登記の移転を受ける買主が危険を負担するというのが当事者の合理的な意図に適合することを理由に、先の決議を維持すべきとした。こうして、ドイツ民法典旧四四六条二項は、不動産売買において登記による買主への危険移転を定めるに至った。⁽⁵⁷⁾

フォン・キューベルが懸念したのは、引渡しと登記が危険移転契機として別々に意味を持つこととなると、「ローマ法原則に対するドイツ法原則の優位」が覆滅されることである。これはまさに、二重売買における買主への二重の危険移転という事態が生じることへの懸念とみることができであろう。その後、フォン・キューベルの懸念は現実となるのである。

2 二重売買と危険負担

危険負担について、ドイツ法原則の採用により、ローマ法原則の不合理性は立法的な解決を本来みるべきはずであった。すなわち、原則として売主が危険を負担することを基礎にして（ドイツ民法典旧三二三条）、動産売買では、原則として引渡しが唯一の危険移転契機となるため（ドイツ民法典旧四四六条一項）、二重に危険が買主に移転することは本来想定しがたい。不動産の場合には、登記が引渡しに代わって危険移転契機となるとだけ見れば（ドイツ民法典旧四四六条二項参照）、ここでも二重の危険移転は想定できないはずである。ところが、学説は、なお二重の危険移転の余地を認めるのである。

たとえば、動産が停止条件を付けることなく所有権を留保して第一買主に売却されて引き渡された後に、第二買主にも売却されて間接占有が供与される場合である。ここでの間接占有は、「他人に物の引渡請求権が譲渡さ

れることにより、他人に移転され得る」(ドイツ民法典八七〇条)方法による。あるいは、売主が停止条件を付することなく所有権を留保して占有改定による引渡しをしたうえで、第二買主にも引渡しをすることもあり得る。いずれの場合にも、危険は引渡しを契機として、いずれの買主にも移転することとなる。⁽⁵⁸⁾とはいえ、とりわけ二重譲渡と危険移転が典型的に問題とされるのは不動産の二重売買において、第一買主に引渡し、第二買主に登記が移転される場合に、なお売主に代金の二重取りが認められるかどうかである。立法経緯からも明らかとなり、旧四四六条二項は、旧四四六条一項の引渡しによる危険の移転をなお排除しないため、不動産売買では登記による危険の移転に加えて、引渡しによる危険移転も認められる。こうしてドイツ民法典もまた、「普通法が残した遺産を相続した」⁽⁵⁹⁾のである。この問題の解決について、数多くの見解が表明されてきた。

(a) 両買主の危険負担理論

もともと旧四四六条一項および二項により両買主への危険の移転が認められる以上、売主は双方の買主に対して代金の支払を請求できるとの帰結を認める見解がある。⁽⁶⁰⁾しかし、すでに債権者主義の適用をめぐる普通法の議論にあったのと同様に、売主に二重の利得を認めることは「正直さと誠実さに対する重大な違背」となる。⁽⁶¹⁾そこで、たとえ引渡しにより危険を負担することとなる第一買主であっても、目的物の滅失により売主はもはや目的物の所有権を買主に供与できなくなるのであるから、所有権の供与義務違反に基づく契約の解除を請求できる(ドイツ民法典旧四四〇条一項、旧三三五条一項)とする見解もある。⁽⁶²⁾

(b) 一方買主の危険負担理論

しかし、多くの学説は、売主の二重取りという事態を最初から排除すべく、両買主への危険の移転を認めない

で、少なくとも一方の買主への危険移転だけを認めようとする。すなわち、二重売買では、そもそも買主への危険の移転はまったく生じないとして、売主が完全にその債務を履行した場合にだけ危険の移転を認めるべきとする見解がある⁽⁶³⁾。これに対して、引渡しまたは登記のいずれかが現実に行われれば、それによって危険が一方の買主に移転するのであるから、その後になされる危険移転行為は、すでに生じた危険の移転に何らの影響も及ぼさないとする見解がある⁽⁶⁴⁾。他方で、目的物の危険を監視するのに最適な地位に立つのは物の直接占有者であるから、引渡しを受けた買主のみが危険を負担すべきと主張する見解もある⁽⁶⁵⁾。

こうした中で、かつては優勢であった見解は、登記の移転を受けた買主だけに危険を負担させる⁽⁶⁶⁾。すなわち、登記の移転を受けた買主は、所有権を取得していることとなるため、引渡しを受けている買主に対してその引渡しを請求できる結果、目的物が滅失したときには、単にその引渡しを受けられなくなるというにすぎない。所有権を取得した買主のみが、その負担する危険を他人に転嫁することができるのであるから、単に占有移転を受けた買主とは危険の支配について本質的な違いがある。したがって、引渡しを受けた第一買主は、給付不能に基づく解除を請求して（ドイツ民法典旧三三五条一項）、代金支払債務を免れることができるというのである⁽⁶⁷⁾。

(c) 危険負担と解除の競合理論

上記すべての見解が、二重売買での危険負担問題を危険負担法理の枠内で解決することを試みるのに対して、この問題をむしろ解除法理によって解決しようとする見解が新たに優勢となる。すなわち、旧四四六条一項および二項の適用の結果、双方の買主への危険の移転自体を認めないことが恣意的となる。しかし、もともと売主は双方の買主に対して完全に債務を履行することはできないため、売主の債務は双方の債務のそれぞれに対して給付の主観的不能をもたらすこととなる。そこで、双方の買主はそれぞれ、売主の債務不履行を理由に、それぞれ

の売買契約を解除でき（ドイツ民法典旧四四〇条一項、旧三二五条一項）、目的物が滅失してもなお解除を妨げられることはない（ドイツ民法典旧三五〇条）とするのである。⁽⁶⁸⁾

この考え方をより精緻に分析すれば、まず、売主は第二売買を締結して登記を移転することにより、第一買主に対して所有権供与義務について主観的不能に陥ることとなる。目的物の滅失ではなく、第二買主への所有権移転に基づいて、すでに第一買主に対する所有権の供与義務が主観的に不能となる以上、第一買主は売主に対して、権利の瑕疵に基づく契約解除の請求（ドイツ民法典旧四四〇条一項、旧三二五条一項）をすることができるとされる。他方で、第二買主に対する売主の引渡債務は、目的物の滅失によってではなく、第一買主への引渡しによつてすでに（原始的に）主観的不能に陥っているため、第二買主は売主に対して、引渡義務の給付不能に基づく権利を主張できることとなる（ドイツ民法典旧四四〇条一項、旧三二五条一項）⁽⁶⁹⁾。

ただ、これらの考え方は、責めに帰すべき後発的な主観的不能を旧三二五条で処理すべきとする考え方を前提とする。ここで、責めに帰すべき後発的な主観的不能の場合に、買主が遅滞に基づく解除（ドイツ民法典旧三二六条）を請求すべきと解するなら、⁽⁷⁰⁾解除の前提となる追期間の間に、売主がどちらかの買主に所有権もしくは引渡しを調達すれば、危険はその調達を受けた買主が負担することとなる。⁽⁷¹⁾

3 二重売買と支配移転理論

(1) 危険移転の契機

我が国での二重譲渡と危険負担の問題を考えるに際して、まず、ここでは民法五三四条一項の制限的解釈を前提としよう。すなわち、今日支配的となっているとおり、債権者主義の合理性自体を疑って、目的物の支配を契機としてはじめて買主に危険の移転を認めるとする考え方である。ところが、目的物の「支配」の理解をめぐつ

て、見解は大きく二つに分かれている⁽⁷²⁾。

一つは、危険の移転を決定づける「支配」を所有権と結びつける見解である。すでに我妻説に明らかかとおり、「目的物の引渡・登記のいずれかがなされるかまたは物権の変動を生じた場合にだけ第五三四条が適用されると解する余地があるのではあるまいか」と説かれること⁽⁷³⁾で、支配の内容が引渡し・登記または物権変動とされている。そこで強調されていることは、引渡し・登記がなされず、物権変動も留保されている限り、危険が買主に移転しないことであり、五三四条一項の適用範囲を限定する趣旨があることは疑いない。しかしながら、反面で、特約がない限り売買契約と同時に所有権は買主に移転するとされることから⁽⁷⁴⁾、何らの合意もなければ、むしろ五三四条一項に忠実に契約締結時点で危険は買主に移転することとなる。これに対して、物権変動の時期自体を契約締結時点からもつと後の時点に移し、その物権変動契機に危険移転の「支配」を結びつける見解がある。当事者が別段の意思表示をしない限り、引渡しまたはそれに代わるべき所有権移転登記を受け、あるいは代金の支払をしたときに危険が買主に移転するとし、それが所有権の移転と危険の移転とを一致させたものとなり、こうした構成が「正当であるといわねばならない」とする⁽⁷⁵⁾。

これに対して、危険負担の問題と所有権の問題とは別の問題であつて、それを積極的に関連づけるのではなく、危険負担を考へるときには、売買目的物に現実に生じるべき危険を回避できるのに最適な「支配」を基準とすべきとする見解がある⁽⁷⁶⁾。この解釈によれば、物理的に生じる危険を回避するのに最適なものは目的物の占有者であるから、占有の移転を支配の内容として理解すべきこととなる。ただし、不動産取引では登記が支配の基準として尊重されるため、結局、危険は引渡しもしくは登記の移転によって移転することとなる。

(2) 二重売買と支配移転理論

では、買主の双方に支配が移転している場合はどうか。たとえば、売主が家屋を二重に売買したうえで、第一買主には家屋をすでに引き渡し、第二買主には登記をすでに移転したところ、家屋が売主・買主双方の責めなく焼失した場合に、売主は双方の買主に対して代金の支払を請求できるであろうか。目的物の支配がそれぞれ買主に移転している以上、危険も買主に移転していると解するのが論理的に一貫するため、そこからただちに結論づけるなら、売主は双方の買主に対して代金の支払を請求できることとなる⁽⁷⁷⁾。しかし、二重に売買をした売主に、家屋の偶然的焼失を奇貨として代金の二重取りを認めることは、明らかに公平に反するであろう。そこで、引渡しを受けた第一買主は、登記に基づいて第二買主から所有権を追奪されるため、追奪を待たずに解除することができるが、登記を受けた第二買主は五三四条一項に基づいて危険を負担しなければならないとする見解がある⁽⁷⁸⁾。ただし、この見解は五三四条一項を売買の完成に基づく所有権移転に由来する例外規則と理解するため、危険移転について「支配」を基準とする学説は、端的に登記によって所有権者となった第二買主が、たとえ引渡しを受けていなくとも、危険を負担すべきとする⁽⁷⁹⁾。

しかし、これに対して、引渡し等があっても「目的物の支配が買主に移るということは法律上ありえないから」五三四条一項の適用はなく、買主が危険を負担することはないとする見解もある⁽⁸⁰⁾。この見解は、一見すると、双方の買主への危険移転を否定するように映るが、危険移転を所有権の移転と関連づけることで、二重譲渡における確定的な所有権移転がない以上、引渡しを受けた第一買主は危険を負担しないとす。したがって、登記移転を受けて所有権を確定的に取得した第二買主が危険を負担しなければならないとすることとなる。所有権移転と危険移転を積極的に関連づける見解からすれば、登記移転を受けた買主が第三者に対抗できる所有者の地位を獲得することとなるわけであるから（一七七条）、その買主に危険を負担させることに積極的な論拠が認められるであろう。

しかし、所有権の移転と危険の移転を論理必然的に関連づけなければならないわけではなく、所有権の移転よりはむしろ、目的物の危険回避の観点に結びつく引渡しに危険移転の重点を置くことも十分に理由がある。したがって、所有権移転と危険移転との関連を切断する見解によれば、登記移転を受けた第二買主に積極的に危険を負担させる論拠は欠けることとなる。ここで、あくまで危険負担法理の枠内で解決を図るとすれば、たとえば、少なくとも二重譲渡においては登記だけでは危険は移転することはなく、引渡しもなければならぬとすることで、登記買主への危険の移転を否定する余地もある⁽⁸¹⁾。では、引渡しを受けた第一買主が危険を負担するのであろうか。しかし、第一買主も登記を得なければ、確定的な所有権を取得することはできない。そこで、双方の買主に「支配」がそれぞれ移転しているため、双方の買主への危険の移転を認めるのが論理的に一貫する。そのうえで、売主は双方の買主に対してそれぞれ、登記と引渡しを履行できない主観的不能の状況にあるため、その責任を買主から請求されるとする余地がある。事実、双方の買主に対して債務不履行責任もしくは担保責任を負うべき売主が危険を負担すると説く見解もある⁽⁸²⁾。

ここで、第一買主は第二買主が登記を取得した時点で、売主に対して所有権移転債務の不履行を理由に損害賠償を請求でき、他方で、第二買主は登記を取得していても目的物の占有を得ていない状況で目的物が滅失しているため、第二買主への危険の移転を認めるべきではなく、原則に立ち戻って売主が危険を負担すべきとする見解も主張されている⁽⁸³⁾。しかし、損害賠償で解決するとしても、第一買主にいかなる損害が生じているのであろうか。ここでは単に代金債務からの解放が問題となるのであるから、解除による解決を図るのが簡明ではないか。さらに、登記を受けた第二買主への危険の移転が何故に認められないのであろうか。このような判断こそ、危険移転契機の恣意的な操作といわざるを得ないのではないか。むしろ、原則にしたがって、引渡しと登記によりそれぞれの買主への危険移転を認めたいうえで、解除法理による解決を図るのが恣意的解釈を排除し、公平を図る適切な

方途ではないか。

では、具体的に売主は双方の買主に対してどのような責任を負わねばならないのであろうか。先のドイツの議論で見たとおり、ここでは、目的物の滅失が責任原因ではなく、あくまで売主がそれぞれの買主に引渡しと登記を移転することで、他方の買主に対するそれぞれの履行義務を主観的に不能としたことに責任の原因がある。売主は、引渡しを受けた第一買主に対して、第二買主に登記を移転することで所有権を供与することができなくなったため、所有権移転義務の不履行に陥っている。第一買主は、当該所有権移転義務あるいは端的に登記移転義務の不履行を理由にして、五四一条に基づく解除を請求できると考えられよう。他方で、売主は第二買主に対して、第一買主に目的物をすでに引き渡していることにより、引渡義務の原始的・主観的に不能に陥っている。ここでも、第二買主は売主の引渡義務の不履行を理由に、五四一条に基づいて契約を解除できるとすべきではなからうか。⁽⁸⁴⁾

V 他人物売買と危険負担

1 ドイツ法の議論

他人物売買については、危険負担の法理ではなく、もっぱら解除法理によることとされている。すなわち、権利の瑕疵がある目的物が買主に引き渡された場合、「危険移転の問題は流動的である」⁽⁸⁵⁾。たとえ目的物に権利の瑕疵があっても、売主がその権利の除去に成功すれば、買主への危険移転を妨げるものはない。しかし、売主が権利の瑕疵を除去できなければ、なお引渡しによる買主への危険の移転は妨げられないにしても、危険が移転した後に売主が権利供与義務を履行できない限り、買主は売主の権利供与義務の不履行を理由に、ドイツ民法典旧四

四〇条が準用する旧三二五条一項に基づいて、売買契約を解除することができる⁽⁸⁶⁾と解されている。このような原始的主観的不能の場合を直接規律する規定は存在しないが、起草者およびそれに倣う通説は、旧四四〇条が原始的⁽⁸⁷⁾主観的不能の事例を規律する⁽⁸⁷⁾としたうえで、そこで準用される旧三二五条一項による解決を図るのである。

問題は、そこで求められる旧三二五条一項の帰責性が何を意味するのかにある⁽⁸⁸⁾。そもそも、原始的客観的に不能な契約は無効とされるが(ドイツ民法典旧三〇六条)、原始的⁽⁸⁸⁾主観的に不能な契約の効力に関して直接規律する規定はない。そこで、客観的不能に関する規定の反対解釈として、原始的⁽⁸⁸⁾主観的に不能な契約も有効とされる。その上で、原始的⁽⁸⁸⁾主観的不能に際して、これを後発的主観的不能の場合と同視して、債務者が自身の主観的不能を知っていたにもかかわらず、契約を締結したことに帰責性を見出す見解もある。このように解さなければ、原始的⁽⁸⁹⁾主観的不能の場合と後発的主観的不能の場合に適用されることとなる帰責性の判断枠組みに齟齬が生じるからである。

しかし、いまだ給付義務を負っていない債務者が、後発的な不能の場合と同じような帰責事由に責任を負うという⁽⁸⁹⁾ことはありえないのではないか。そこで、債務者は、自身が債務を負担するときに、自身の個人的な給付能力を保証しなければならぬとする見解が主張される。通常、債務者は約束した給付を実現することができる⁽⁹⁰⁾場⁽⁹⁰⁾にあり、相手方もそのことを信頼するため、この信頼が保護に値する⁽⁹⁰⁾というのである。もちろん、そうはいつでも、たとえば売買契約の締結の直前に目的物が盗まれていたような場合にまで、無条件の保証責任を負う⁽⁹¹⁾というのは債務者にとって過酷に過ぎる⁽⁹¹⁾。そこで、債務者の不能が債務者の取引範囲や影響範囲を受け⁽⁹²⁾ない原因に帰される⁽⁹²⁾場合には、債務者は免責され得るとされる。その限りで、「売主は、自身に過失が帰されるか否かを考慮⁽⁹³⁾することなく、自身の原始的⁽⁹³⁾主観的不能について責めを負わねばならない」と解されるのである。

あるいは、ドイツ民法典旧三二五条一項に規定される客観的不能と、そこには直接規律されていない主観的不

能とは区別して、主観的不能の場合には、むしろ給付遅滞に関するドイツ民法典旧三二六条一項に基づいて、買主は契約を解除できると考える見解もある⁽⁹⁴⁾。いずれにせよ、買主の解除の結果として、危険は最終的に売主に回歸することと解されてきたのである。この場面でも、二重売買において新たに優勢となった考え方と同様に、危険負担法理ではなく解除法理による解決が図られている⁽⁹⁵⁾。

2 他人物売買と支配移転理論

すでに見たとおり、他人物売買において、支配移転理論は、いまだ支配が移転していない間は買主が危険を負担するいわれがないとする点で一致する。では、目的物がすでに買主に引き渡され、あるいは登記が移転されていた場合には、支配が移転することで、買主は危険を負担することとなるのであろうか⁽⁹⁶⁾。学説では、たとえ引渡し等があっても、他人物売買では目的物の支配が買主に移転することは法律上あり得ないため、売主が危険を負担すべきとする見解も主張されている⁽⁹⁷⁾。この論理は、危険移転の契機となる支配が所有権の移転と結びついて初めて可能な論理である。したがって、危険移転契機としての支配と所有権とを切断する考え方の下では、この論理は通用しないのは当然であろう。むしろ、引渡し等を契機にして、危険は買主に移転すると考えるべきこととなるのではないか。しかし、売主が自己物として他人物を買主に売却していた場合には、たとえ買主が悪意であつても、売主が所有権を買主に移転できない場合に、買主は契約を解除することができる(五六一条)。したがって、買主がたとえ目的物の引渡しを受けた後、当該目的物が不可抗力で滅失したとしても、なお買主は、契約を解除すれば、目的物の滅失の危険を回避できることとなる⁽⁹⁸⁾。

VI 民法改正と危険負担制度の帰趨

1 ドイツ民法典の改正

債務法改正委員会は、ドイツ民法典旧四四六条一項が定める引渡しによる買主への危険移転ルールに固執すべきことを確認したうえで、旧四四六条二項の削除を提案した。というのも、実際に、引渡しを受ける前に所有権移転登記がされるようなことは稀であって、引渡しとは別に登記を危険移転契機とすることは、何らの意味もなためである。また、たいていの土地取引では、危険移転について特約が付される。しかも、現実にいまだ占有していない買主が登記移転を受けたことで危険を負担するというのは、利益状況に適わないともされた⁽⁹⁹⁾。実際に、二〇〇二年の債務法の現代化にあっても、旧四四六条に関して、債務法改正委員会の提案通りの改正が実現している。すなわち、ドイツ民法典新四四六条は、引渡しによる買主への危険移転を定めて、登記による危険移転を定めていないのである。⁽¹⁰⁰⁾このように、買主への危険移転の契機が引渡しに一元化されることによって、従来、典型的に想定されていた不動産での二重の危険移転という事態は生じないこととなる。もちろん、この問題を回避することがこの改正の目的であったとはいえないのは事実である。そうであっても、もつとも典型的な二重売買事案に見られるような二重の危険移転問題は、立法的に解決されたこととなる。

それでもなお、先に見たとおり、所有権が留保された売買での二重の危険移転の余地は残る。この解決は、本質的に旧法下での処理と異なるところはないであろう。債務法改正委員会草案では、危険負担制度が全面的に廃止されて解除法理に一元化されていたため、危険負担制度自体を問題とする余地はなかった。しかし、債務法の現代化によれば、給付の不能の場合には、なお危険負担で処理されるため（ドイツ民法典新三二六条一項）、危険負担制度での考慮をすることとなり、旧法下での状況と異ならないのである。しかし、不動産の二重売買事例で

議論されたとおり、一方に引渡しが行われて危険が移転するとしても、他方に登記がされた後に目的物が滅失した場合には、旧法下で優勢な考え方によればなお、引渡しを受けた買主も解除によって危険の負担から解放され得ることとなるのではなからうか。他人物売買では、すでに旧法下で解除法理による解決が確立されていたと見てよい。⁽¹⁰¹⁾

こうしてドイツ法では、債務者主義の許での二重の危険移転問題は、引渡しによる買主への危険移転を前提としたうえで、危険負担固有の法理による最終解決から離れて、すでに売買契約上の債務の不履行に基づく解除原因に由来する解除法理によって解決されると評価できるであろう。

2 民法（債権法）改正提案の問題点

我が国の従来の解釈論においても、ドイツ法の従来の状況と同じく、支配移転契機が少なくとも引渡しまたは登記とされてきたために、危険負担において実質的な債務者主義を導くとしても、なお二重売買における二重の危険移転という問題は回避できないままであった。民法（債権法）改正検討委員会が提示する『債権法改正の基本方針』⁽¹⁰²⁾【3.1.1.85】によれば、固有の危険負担制度は廃止されて、解除制度に一元化されている。その上で、『債権法改正の基本方針』⁽¹⁰³⁾【3.2.1.27】〈1〉および〈2〉によれば、解除制限要件としての売買における危険移転は、引渡しとされる。引渡しによって実質的支配が買主に移転することがその理由である。また、この支配移転契機としての引渡しは所有権移転とは切り離されて考えられている。というのも、所有権留保がされて目的物が引き渡された場合に、なお、危険は買主が負担するものとされているからである。⁽¹⁰⁴⁾

問題は、『債権法改正の基本方針』⁽¹⁰⁵⁾【3.2.1.27】〈3〉によると、不動産の売買では、「目的物が引渡しの前に滅失・毀損した場合であっても、買主に移転登記がなされていれば、買主は契約を解除することができない」とし

て、登記もまた危険移転契機とされていることにある。登記を取得する買主は、権利を第三者との関係でも確定的に取得しているのであるから、売主の占有は登記移転前の占有と性質を異にすることとなるためであるという⁽¹⁰⁵⁾。この規定から明らかになるのは、不動産売買で引渡しがあれば当然として、引渡しがなくとも、登記が買主に移転されると、買主が危険を負担しなければならないことである。では、二重売買において、第一買主に引渡し、第二買主に移転登記がなされた場合には、危険は二重に移転するのであるか。基本方針の上記【3.2.1.27】(2)および(3)を機械的に適用する限り、第一買主にも第二買主にもそれぞれ危険が移転し、それぞれの解除権は制限されるため、二重の代金支払債務が存続することとなる。しかし、この問題について、民法(債権法)改正検討委員会が検討されている様子はうかがわれない。したがって、少なくとも、『債権法改正の基本方針』の枠内では、現行法上の二重売買と危険負担の問題は、なお解決されていないと評することができるであろう。

さらに問題となるのは、危険負担制度を解除制度に一元化する提案の評価である。民法(債権法)改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』が提案するように、固有の危険負担制度を廃止して、解除制度に一元化する場合、危険が買主に移転したなら、目的物の不可抗力滅失を理由に、買主はもはや解除できないとの解除制限を設けなければならない。では、二重売買において、第一買主に引渡し、第二買主に登記が移転された後、目的物が不可抗力により滅失した場合には、第一買主はもちろん、第二買主も、もはや契約を解除できないこととなる。この場合、売主は代金を二重取りできることとなるのであろうか。しかし、『債権法改正の基本方針』【3.2.1.27】(2)および(3)によれば、この売主の代金二重取りを回避するために、もはや解除制度に頼ることはできない。むしろ、二重売買では、引渡しあるいは登記はそれぞれ独自に危険移転契機とはならないとしなければならない。こうした例外的で、恣意的な危険移転契機に関する解釈が果たして合理的なのであろうか。

このことは、他人物売買についても同様に当てはまるはずである。いま、他人物売買において買主に引渡しあ

るいは登記が移転しているとして、目的物が不可抗力で滅失する場合、買主はもはや契約を解除できなくなるの
 であろうか。『債権法改正の基本方針』【3.2.1.09】は、他人物売買において買主に解除の救済を認めているが、
 ここでの解除は「売主が権利を移転することができない」ことを要件とするため、一見するとき、現行法の許で
 と同じく、上記の事情のもとでもなお買主に解除が認められるように映る。もし、そうであるなら、他人物売買
 では危険の移転が買主の解除を妨げないこととなるが、これは一般的な解除の制限と齟齬を来しているように映
 る。反面で、仮に、他人物売買での買主の解除権も危険の移転によって制限を受けるとすれば、二重売買と同様
 に、買主は解除による代金支払債務からの解放の利益を受けることができない。

以上のように、二重売買や他人物売買においては、危険の移転が買主の解除を制限すべきでないと見られる場
 合が想定され得る。この問題の解決策は、必ずしも危険負担制度の存置にのみ見出されるべきものではないであ
 ろう。しかし、もっとも簡明な解決策の一つは、やはり危険負担制度を存置して、契約解除制度との競合を認め
 ることにあるのではなからうか。

(1) こうした問題意識に対応するのが、ローマ法の買主危険負担原則の合理性をめぐる議論であり、それが売主と買
 主間での売買の完成による財産権の移転に基礎を置く制度と理解されている反面で、売主が負担する custodiaとい
 う高度な責任が対応して危険負担の適用領域が狭隘化されている構造を、今一度我が国の危険負担をめぐる議論で再
 検討すべき余地があるように思われる。詳細は、拙稿「種類売買と供給契約」池田真朗・平野裕之・西原慎治編著
 『民法（債権法）改正の論理』【別冊タートンヌマン】（新青出版・二〇一〇年）二七二頁以下。

(2) Reinhold Victor STOFFREGEN, Erörterung eines Rechtsfalls, den zweimaligen Verkauf derselben Sache
 betreffend, in (Hrsg.) Eduard OSENBÜRGGEN, Dorpater Juristische Studien, Dorpat, 1849, S.84ff. なお、本文献の
 入手に際しては、花本広志獨協大学教授の手を煩わせた。記して、感謝の意を表する次第である。

- (3) STOFFFREGEN, a.a.O., S.85ff.
 (4) STOFFFREGEN, a.a.O., S.87ff.
 (5) STOFFFREGEN, a.a.O., S.93ff.
 (6) STOFFFREGEN, a.a.O., S.100ff.
 (7) STOFFFREGEN, a.a.O., S.106ff.
 (8) STOFFFREGEN, a.a.O., S.113ff.
 (9) STOFFFREGEN, a.a.O., S.118ff. このように、物自体からの収益と債務者の行為による収益とを区別して考えることが、一般的に定着する。なお、このローマ法文は、普通法上は、財産の変形理論一般の中で、相続財産に代価が含まれる一つの論拠法文としても議論されていた。詳細は、水津太郎「一九世紀後期・ドイツ普通法における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について(一)(二・完)——現代ドイツにおける物上代位論の歴史として」法研八一巻四号(二〇〇八年)二九頁以下、五号三三頁以下を参照。さらにその後、危険負担よりはむしろ代償請求権の根拠法文として議論されることとなる。その詳細は、Horst Heinrich JAKOBS, *Lucrum ex negotiatione, Kodifikationsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, 1993, S.10ff. のヤーロプス論文を契機として、パウルスの上記法文の解釈史を展開するのは、ロオマ法研究会＝小菅芳太郎「パウルス文(D.18.421)の解釈史」北法四四巻六号(一九九四年)一頁以下、飛世昭裕「パウルス文(D.18.421)の解釈史——註釈学派から人文主義法学まで」北法四四巻六号一四頁以下。藤原正則「侵害不当利得法の現状——代償請求と利益の返還(Gewinnherausgabe)」北法四四巻六号一七〇頁以下。
- (10) STOFFFREGEN, a.a.O., S.122f.
 (11) ドイツ普通法の買主危険負担原則の根拠をめぐる議論については、すでに詳細な紹介がある。烏賀陽然良『危険負担論』(有斐閣書房・一九〇四年)二四頁以下、浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』(立命館出版部・一九四二年・復刻版・新青出版・一九九六年)四一五頁以下、小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社・一九九五年)三二五頁以下、半田吉信『売買契約における危険負担の研究』(信山社・一九九九年)七三頁以下を参照。なお、ローマ法以来の伝統的な買主負担主義に対して最初に異論を唱えたのはクヤキウスであったようであり、他方で、自然

- 法論が所有者主義を唱えたことから、とりわけ一七・一八世紀のオランダ普通法学は、買主危険負担主義の妥当範囲を再考する基礎を作ったと指摘されている。当時、たとえば、ウルリッヒ・フーバーは、グロテイウスの議論を参照して、契約締結時点に所有権が移転し、危険も移転するという所有者主義が自然法上のルールであるとしても、これは結局のところ、買主危険負担主義と同じ帰結へと至るため、自然法のルールからも買主危険負担主義の根拠付けが説明されるべきである。Martin BAUER, *Periculum emptoris, Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, S.113ff. なお、当時のオランダ法学の実定法解釈史的意義については、Reinhard ZIMMERMANN, *Das römisch=holländische Recht und seine Bedeutung für Europa*, in JZ, 1990, S. 825ff.; ders., *Römisch=holländisches Recht — ein Überblick*, in (Hrsg.) Robert FEENSTRA/ Reinhard ZIMMERMANN, *Das römisch=holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, 1992, S.9ff.
- (12) Friedrich MOMMSEN, *Erörterungen über die Regel: Commodum eius esse debet, cuius periculum est*, Braunschweig, 1859, in ders., *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, Neudruck, Darmstadt, 1997, S.109f.
- (13) Friedrich MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, in ders., *Beiträge zum Obligationenrecht*, Neudruck, Darmstadt, 1997, S.297, Anm.16.
- (14) MOMMSEN, *Erörterungen*, aa.O., S.110, Anm.6.
- (15) 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.451ff.
- (16) イェーリングは、すでにこのパウルスのローマ法文に関する解釈を提示していた。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.1ff. この論文の翻訳は、ルドルフ・フォン・イェーリング著・大塚滋＝高須則之訳「給付すべき者は、それによって生み出された利益をどの程度引き渡さなければならぬか?」(上)(中)(下)〔東海二九号(二〇〇三年)一一九頁以下、三四号(二〇〇五年)八三頁以下、四一号(二〇〇九年)一〇一頁以下〕。しかし、イェーリングは、そのローマ法文に基づいて売主が各買主に代金請求できるとする先行論文での解釈(S. 59)を改めるべく、再び当該ローマ法文を取り上げているのである。

- (17) JHERING, a.a.O., S.454.
- (18) JHERING, a.a.O., S.467ff.
- (19) JHERING, a.a.O., S.476f.
- (20) Karl Adolph von VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Bd.3, Marburg/ Leipzig, 1869, §635, Anm.IV.
- (21) GOOSE, Zur Lehre vom casus, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd.9, 1868, S.208f.
- (22) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 2. Abt., 1. Aufl., Düsseldorf, 1866, §390, S.87, Anm. 17.
- (23) Franz HOFMANN, Ueber das periculum beim Kauf, Berlin, 1870, S.137ff.
- (24) JHERING, a.a.O., S.477.
- (25) HOFMANN, a.a.O., S.140.
- (26) HOFMANN, a.a.O., S.138ff.
- (27) HOFMANN, a.a.O., S.143f.
- (28) HOFMANN, a.a.O., S.144ff.
- (29) HOFMANN, a.a.O., S.147f.
- (30) Heinrich DERNBURG/ Johannes BIERMANN, Pandekten, Bd.2, 6. Aufl., Berlin, 1900, S.264, Anm.5.
- (31) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 2. Aufl., Düsseldorf, 1869, §390, S.421f. u. S.422, Anm.17; ders, Lehebuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7. Aufl., Frankfurt am Main, 1891, §390, S.426, Anm.17.
- (32) Gustav Emil MARTINIUS, Der mehrfache Verkauf derselben Sache, Diss. Halle, 1873, S.35f. *ペンテンヤルニテ* 売主がいづれかの買主に「効果的な引渡準備」を表明するまで、売主が危険を負担すべきとする。V. PUNTI-SCHART, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck, 1885, S.366.
- (33) MARTINIUS, a.a.O., S.37f.
- (34) 乾政彦「重複売買ト危険負担」志林一六卷一〇号(一九一四年)八頁以下、石坂音四郎『日本民法第三編債権第

六卷』（有斐閣書房・一九一六年）二二二頁、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣・一九一八年）一六八頁。平野義太郎「双務契約に於ける危険負担の原則に就て（二・完）」志林二三卷八号（一九二一年）六六・六七頁および同『民法におけるローマ思想とゲルマン思想（増補新版）』（有斐閣・一九七〇年）三一頁は、目的物の滅失によって売主は二個の反対給付請求権を取得するものの、第一買主に対する債務を免れたことで第二買主から利益を得るため、それは第一買主に償還し、同様に、第一売買の代金は第二買主に償還すべく、その両売買代金の差額は、二重売買という投機の利益として売主に帰するとする。

(35) 横田秀雄『債権各論』（清水書店・一九二二年）一二五頁、梅謙次郎「法典質疑録民1727」志林一〇卷三号（一九〇八年）四三・四四頁、岡村玄治「双務契約における危険負担」志林五〇卷三〇四号（一九五三年）一五頁以下。岩田新「危険負担論（二・完）」新報四四卷一〇号（一九三四年）一〇五頁以下は、第一売買によって所有権が移転し、占有改定を通じて占有を取得するのが第一買主であることから、第一買主が危険を負担すべきとする。

(36) 西川一男「二重売買ト危険ノ負担者」新報二二卷九号（一九二二年）九六・九七頁は、ヴェントシャイトの理論に倣うとしつつ、悪意の第二買主は売主の二重売買の不正を助成するため、危険負担を甘受すべきとする。

(37) 池田寅二郎『債権各論上巻』（清水書店・一九三四年）一〇二頁。

(38) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣・一九一八年）一七〇頁は、まさにこのように論じて、多様な学説はいずれも結果の妥当性を優先して売主からの利益剥奪を指す「窮策」であるとし、五三四条一項を適用する場合には、売主の二重の利得も避けがたいとしつつ、これを避けるには、立法によって債権者主義を放棄するほかないとする。

(39) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店・一九二四年）一四六・一四七頁、磯谷幸次郎『債権法論（各論）上巻』（巖松堂書店・一九二九年）一九六頁、田島順「柚木馨」川上太郎「三木正男」伊達秋雄「近藤栄吉」『註釈日本民法（債権編契約総則）』（巖松堂書店・一九三七年）二七七頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店・一九四二年）七六頁、石田文次郎『債権各論』（早稲田大学出版部・一九四七年）三四・三五頁、末川博『契約法上（総論）』（岩波書店・一九五八年）九〇頁、我妻榮『債権各論上巻』（岩波書店・一九五四年）一〇三頁、松坂佐一『民法提要・債権各論』（有斐閣・一九八一年）四九頁、石田穰『民法V（契約法）』（青林書院・一九八二年）六一頁、鈴木祿弥『債権法講義（三訂版）』（創文社・一九九五年）二八三頁、谷口知平「五十嵐清編（甲斐道太郎）」『新版・

- 注釈民法⁽¹³⁾』(有斐閣・一九九六年) 五六九頁、水本浩『契約法』(有斐閣・一九九五年) 六二頁、潮見佳男『債権総論 I [第二版]』(信山社・二〇〇三年) 四七五頁、平野裕之『民法総合 5 契約法』(信山社・二〇〇七年) 一二四頁、川井健『民法概論 4 債権各論』(有斐閣・二〇〇六年) 四二頁、近江幸治『民法講義 V 契約法 [第三版]』(成文堂・二〇〇六年) 五六頁、内田貴『民法 II [第三版]』(東京大学出版会・二〇一一年) 六九頁。
- (40) JHERING, a.a.O., S.467ff.
- (41) GOOSE, a.a.O., S.208.
- (42) WINDSCHEID, a.a.O., 7. Aufl., S.425, Anm.15.
- (43) WINDSCHEID, a.a.O., 1. Aufl., a.a.O., S.85f.; ders, a.a.O., 7. Aufl., S.425.
- (44) WINDSCHEID, a.a.O., 7. Aufl., S.425, Anm.16.
- (45) VANGEROW, a.a.O., §635, Anm.III.
- (46) JHERING, a.a.O., S.471.
- (47) WINDSCHEID, a.a.O., 7. Aufl., S.425, Anm.15; VANGEROW, a.a.O., §635, Anm.III.
- (48) HOFMANN, a.a.O., S.43f.
- (49) 石坂・前出注(34)二一〇〇頁以下、末弘・前出注(34)一六五頁。
- (50) 横田・前出注(35)一一八頁、磯谷・前出注(39)一九七頁、田島他・前出注(39)二七八頁、戒能・前出注(39)七六頁、岡村・前出注(35)七・八頁、末川・前出注(39)八七・八八頁、我妻・前出注(39)一〇三頁、松坂・前出注(39)四八頁、石田穰・前出注(39)六一頁、谷口^{II}五十嵐編〔甲斐〕前出注(39)五六九頁、潮見・前出注(39)四七五頁、川井・前出注(39)四二頁、近江・前出注(39)五六頁、内田・前出注(39)六九頁。
- (51) ドイツ民法典の制定時における危険負担をめぐる議論の詳細は、拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」法研六九巻五号(一九九六年) 四五頁以下を参照。
- (52) その概要については、拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」前出注(51)四六頁以下を参照。
- (53) Franz Philipp von KÜBEL, Tragung der Gefahr beim Kauf, in (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Teil

3. Besonderer Teil 2, Berlin/ New York, 1980, S.1053f.
- (54) 拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」前出注(51)六九頁。
- (55) 拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」前出注(51)六〇頁以下。
- (56) 拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」前出注(51)六九頁。
- (57) 拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (一)」前出注(51)七二頁以下。
- (58) Paul FILIOS, Die Gefahrtragung beim Kauf (§446 BGB.) im Rahmen des Synallagmas, Berlin, 1964, S.92f.
- (59) Johannes HERRMANN, Zwei Rechtsfälle aus dem Gebiete des mehrfachen Verkaufs derselben Sache durch denselben Verkäufer, Diss. Erlangen, 1911, Borna-Leipzig, 1912, S.37.
- (60) Heinrich DERNBURG/ Leo RAAPE, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd.2, Die Schuldverhältnisse, 2. Abt., 4. Aufl., Halle, 1915, §174, IV, S.31, Anm.11 は「ドイツ民法典の規定からは売主の代金二重取りも認められるとはいえず、たいていの場合には、とりわけ第二買主に対する代金支払請求が公序良俗違反として棄却されるべきであろう。Friedrich SCHOLLMAYER, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin, 1904, S.18 は「第二売買がたちに良俗違反となるわけではなく、第一売買も即座に他人物売買となるものでもないため、売主の二重の代金取得を認める。Paul OERTMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl., Berlin, 1929, §446, 6d, S.563 は「登記を受けた第二買主が所有権に基づいて占有を取得でき、売主も彼に対して主要な債務を履行したのであるから、第二買主が危険を負担すべきであるとしつつも、第二買主が善意で所有権を取得した場合には、両買主ともに代金を支払わなければならぬとする。
- (61) Carl CROME, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1902, §213, S.417f. 以下は Heinrich TITZE, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig, 1900, S.262, Anm.14 以下「売主の二重の代金獲得を認めない」「解釈論上の」の不正な結果を克服するいくつかの可能性もある」とする。
- (62) Bernhard MATTHIAS, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.1, 4. Aufl., Berlin, 1900, §109, S.516, Anm.3.
- (63) Konrad COSACK/ Heinrich MITTEIS, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.1, 8. Aufl., Jena, 1927, §182, S.517,

Beispiele II 3; Philipp von HECK, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen, 1929, § 84, 6, S. 262.

(4) Friedrich ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin, 1903, § 159a, S. 956, Anm. 52.

(5) Josef SCHMITZ, Die Gefahrtragung bei Kauf- und Werkvertrag im Gebiete des deutschen und romanischen Rechts, Diss. Greiswald, Bonn, 1918, S. 15.

(9) MARTINIUS, Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 17, 1900, S. 76; Franz LEONHARD, Besonderes Schuldrecht des BGB., München/Leipzig, 1931, S. 22 は「登記を得た買主はすべしほば所有権を取得しており、占有も容易に獲得できらるゝから、登記を得た買主に危険が移転すべきであらざるべし」。

(25) HERRMANN, a.a.O., S. 53; Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Aufl., Tübingen, 1950, § 103, S. 402; Hans Robert METZGER, Reichsgerichtsratskommentar zum BGB., Berlin/New York, 1974, § 446, Anm. 10; CROME, a.a.O., § 213, S. 419 せ「一旦取得したものを返還しなければならぬ者は、あたかも何も取得していなかったかの如く扱われなければならず」「いわば権利の瑕疵に基づく担保責任の事案と何ら異ならぬといふ。もつとも、マルティニウスは、たとえ第三者に引渡しが行われていても、それを売主が取り戻すことは可能なのであるから、第二売買を契機にして第一買主に不能の救済を与えることはできないと批判する。MARTINIUS, a.a.O., S. 75.

(38) Siegfried STERN, Die Gefahrtragung, Marburg, 1910, S. 81ff.; Hans BROX, Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, in JuS., 1975, S. 5.

(39) FILIOS, a.a.O., S. 95f.; Helmut KÖHLER, Staudingers Kommentar zum BGB., 13. Aufl., 1995, Berlin, § 446, RdNr. 25, S. 216; Wilhelm REINHARDT, Die Gefahrtragung beim Kauf, Berlin, 1998, S. 98f. もつとも「所有権を取得した第二買主に対して、売主は責めによらない目的物の滅失により引渡義務から解放されるため、第二買主が危険を負担することになるとする見解もある。Wolfgang ERNST, Rechtsmängelhaftung, Tübingen, 1995, S. 226.

(70) 主観的不能はただちに債務者の解放をもたらすものではなく、給付が可能な第三者から給付目的物を獲得するための債務者の資金力に依存するため、通常は給付の遅延となって現れる。したがって、「不能」理論ではなく、むしろ

- る「遅滞」理論による処理が適切であるとの考え方が有力である。Horst Heinrich JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn, 1969, S.126ff.; Dieter BEINERT, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, Bielefeld, 1979, S.203ff.; Volker EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München, 1997, S.90ff.
- (71) Theodor SOEGEL / Wolfgang SIEBERT / Ulrich HUBER, BGB., Bd.3, Stuttgart/ Berlin/ Köln, 1991, §446, RdNr. 59, S.636f.; Harn Peter WESTERMANN, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.3, 3. Aufl., 1995, München, §446, RdNr.11, S.118; Walter ERMAN / Barbara GRUNEWALD, Handkommentar zum BGB., Bd.1, 10. Aufl., 2000, Köln, §446, RdNr.13, S.1155.
- (72) 多治川卓朗「買主危険負担主義（民法五三四条一項）の制限解釈——わが国の学説状況の整理」関法四六卷一号（一九九六年）三九頁以下。
- (73) 我妻・前出注(39)一〇二頁。
- (74) 我妻榮Ⅱ有泉亨補訂『新訂物権法』（岩波書店・一九八三年）五六頁以下参照。
- (75) 広中俊雄『債権各論講義（第六版）』（有斐閣・一九九四年）三三八・三三九頁。
- (76) 船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成（三・完）——危険負担と受領遅滞に対するドイツ法・アメリカ法等の政策的配慮とわが国の解釈」判時一〇五三号（一九八二年）一三頁、森島昭夫「危険負担(2)——特定物売買における危険負担」法教一二九号（一九九一年）七三頁。
- (77) 我妻『債権各論上巻』前出注(39)一〇三頁は、二重譲渡事例では売主が危険を負担するとしつつも、「引渡・登記・物権変動」のいずれかが一方の買主に生じればその買主が危険を負担するとするため、双方の買主への危険移転に言及しているわけではないが、双方の買主にそれぞれ引渡しと登記が移転されるときには、双方の買主の危険の負担を認める余地も想定されよう。
- (78) 三宅正男『契約法（総論）』（青林書院・一九七八年）一〇七頁。
- (79) 近江・前出注(39)五六頁。鈴木・前出注(39)二八三頁および加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣・二〇〇七年）六五頁も、登記によって第二買主が完全な所有権者となり、その目的物が滅失すれば当然所有者の負担となるとするため、この立場と考えられよう。

- (80) 広中・前出注(75)三三九頁。森島・前出注(76)七三頁は、危険の移転と所有権の移転を切断しつつ、登記を取得した買主に引渡しを受けただけの買主は対抗できないため、登記を受けた買主が危険を負担すべきとして、二重売買での危険負担問題を所有権の対抗関係に還元する。
- (81) 平野・前出注(39)一二四頁。
- (82) 小野・前出注(11)四〇五・四〇六頁、半田・前出注(11)二二六頁。
- (83) すでに売主が双方の買主に責任を負っているため、その後の不可抗力による目的物の滅失によっても、売主は責任を免れないと指摘するのは、横田・前出注(35)一二二頁。さらに近時には、水野謙「危険負担」山野目章夫Ⅱ野澤正充編『ケースではじめる民法〔補正版〕』(弘文堂・二〇〇五年)二五〇・二五一頁。
- (84) なお、目的物が滅失している状況であれば、五四一条に基づく相当期間を定めた催告は意味がないため、五四一条に基づく無催告の解除を認めるべきこととなろう。もちろん、五四一条解除に債務者の帰責要件は不要と解すべきである。拙稿「付遅滞解除要件論」法学雑誌タートヌマン九号(二〇〇七年)五三頁以下を参照。
- (85) SOEGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., §446, RdNr.58, S.636.
- (86) STERN, a.a.O., S.83f; MEZGER, a.a.O., §446, RdNr.7, S.113; Harm Peter WESTERMANN, Gefahr und Gefahrübergang im Schuldrecht, in JA, 1978, S.484f.; ders, Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., §446, RdNr.3, S.115; KÖHLER, a.a.O., §446, RdNr.25, S.216; Gerhard WALTER, Kaufrecht, (Hrsg.) Joachim GERNHUBER, Handbuch des Schuldrechts, Bd.6, Tübingen, 1987, S.273.
- (87) ドイツ民法典旧四四〇条によって準用される旧三二五条は、原始的主観的不能にも適用されるため、「売主による自身の権利供与義務に対する違反は、今日、(旧)三二五条の最も重要な適用領域となっている」と指摘するのは、EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, a.a.O., S.117.
- (88) 詳細は、Eberhard FICHENHOFER, Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen, Jus., 1989, S.777ff.
- (89) TITZE, a.a.O., S.247ff.; Hohann BRAUN, Die Unmöglichkeit der Leistung, JA, 1983, S.576; EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, a.a.O., S.33f.
- (90) Ingo KOLLER, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München, 1979, S.265ff.

- (61) Torsten ARP, Anfängliche Unmöglichkeit, Paderborn/ München/ Wien/ Zürich, 1988, S.175ff.
- (62) Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987, S.100ff.; Volker BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen, 1969, S.135ff.; KOLLER, a.a.O., S. 279f.
- (63) Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Halbb. 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1986, S.32f.; Josef ESSER/ Hans-Leo WEYERS, Schuldrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg, 1991, S.19.
- (64) Günter HAGER, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, 1982, S.181f.; SOEGEL/ SIEBERT/ HUBER, a.a.O., §446, RdNr.58, S.636; Peter SCHLECHTRIEM, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Tübingen, 1991, S.22f.
- (95)むしろ反対に、他人物売買での処理との同質性に基づいて、二重売買において解除法理による解決を図ろうとする見解もあることに注意が必要である。STERN, a.a.O., S.83f.
- (96) 水本・前出注(39)六二・六三頁は、他人物売主が所有権を取得する前に目的物が滅失した場合は通説と同様とし、売主が所有権を取得した後に目的物が滅失した場合は、通常の売買と同様に扱うべきとする。
- (97) 広中・前出注(75)三三九頁。所有者主義では当然の帰結であり、引渡しまたは登記を基準とする立場でも、履行が完了していないため、売主が危険を負担することになるとするのは、平野・前出注(39)一二五頁。
- (98) ここでは、もっぱら他人物売主の担保責任が問題となり、危険負担は問題となり得ないとするのは、末弘厳太郎「双務契約下履行不能(三)」法協三四卷五号(一九一六年)三七頁註一、鈴木・前出注(39)二八四頁、三宅・前出注(78)一〇六・一〇七頁。
- (99) (Hrsg.) Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992, S.234.
- (100) 討議草案での旧四四六条二項の削除理由は、債務法改正委員会が主張する四四六条二項の削除提案理由と本質的に異ならぬ。Zusammengestellt und eingeleitet von Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002, S.237.

(101) 物の瑕疵または権利の瑕疵のある目的物の引渡しによって危険の移転は妨げられないとしても、偶然事によるその滅失によって、買主がそれらの瑕疵に基づいて主張できる権利の行使は妨げられないとされている。したがって、他人物売買に基づいて目的物が引き渡されると危険も買主に移転するが、買主は権利の瑕疵に基づいて、ドイツ民法典新四三七条二項によって契約を解除する¹⁰²⁾ことができる。Roland Michael BECKMANN, Staudingers Kommentar zum BGB, 2004, Berlin, §446, RdNr.28, S.384. 危険移転後にも、瑕疵がある限り、買主が新四三七条の権利を主張¹⁰³⁾する¹⁰⁴⁾。Sebastian PAMMLER, Juris Praxiskommentar BGB, Schuldrecht, Bd.2.2, 3. Aufl., Saarbrücken, 2006, §437, RdNr.35, S.52.

(102) 民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針』NBL九〇四号(二〇〇九年)一五〇・一五一頁。

(103) 『債権法改正の基本方針』前出注(102)【3.2.1.27】

売主の給付すべき目的物が滅失・損傷し、その滅失・損傷について売主に免責事由が認められる場合において、買主が代金支払義務を負うか、契約を解除して代金支払義務を免れるかどうかは、以下の規定に従う。ただし、当事者が別段の定めをしている場合には、この限りでない。

- ① 売主が目的物を買主に引き渡す前に目的物が滅失・損傷したときは、買主は【3.1.1.77】に従って契約を解除することができる。
- ② 売主が目的物を買主に引き渡した後に、目的物が滅失・損傷したときは、目的物の損傷・滅失により売主の債務の履行が不可能となった場合でも、買主は契約を解除することができない。
- ③ 売買の目的物が不動産であるときは、目的物の引渡しの前に滅失・損傷した場合であっても、買主に移転登記がなされていれば、買主は契約を解除することができない。
- ④ ②および③の規定にかかわらず、目的物の滅失・損傷が目的物の瑕疵によって生じた場合には、買主は契約を解除することができる。

(104) 『債権法改正の基本方針』前出注(102)二八七頁。

(105) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針IV各種の契約(1)』(商事法務・二〇一〇年)一一五頁。

(106) 【3.2.1.09】 他人の権利を売買契約の目的とした場合において、売主が権利を移転することができないとき、または、履行期の到来後、履行の催告をしても履行がないときは、買主は売買契約を解除することができる。また