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

Title	債権の衝突 : 二重売買およびその他の財の分配をめぐる紛争
Sub Title	Forderungskollisionen : Doppelverkauf und andere gegenständlich begrenzte Verteilungskonflikte
Author	Hoffmann, Jan Felix(Fujimaki, Azusa) 藤巻, 梓
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.9 (2018. 9) ,p.83- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料 連続講演2
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180928-0083

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.

資料

連続講演2

債権の衝突

――二重売買およびその他の財の分配をめぐる紛争――

ヤン・フェリックス・ホフマン
藤巻　梓／訳

A　はじめに
B　物権化による衝突の解消
　Ⅰ　想定しうる構想
　Ⅱ　特定の財を手がかりとする実証
　　1　動産
　　2　不動産
　　3　債権
　　4　無体財産権
　　5　ドメインに関する特別事例
C　債務法上の分配紛争の解決
　Ⅰ　現物での分割が可能な場合
　　1　按分比例による弁済を正当化する糸口
　　2　債権者平等原則への直接の立戻り
　　a）優先主義には分配的正義はない
　　b）債権者平等原則の徹底
　　c）特別倒産否認を準用すべきか？
　Ⅱ　現物分割が不可能な場合
　　1　優先主義についての通説的な解決
　　2　優先主義は分配的正義を持たない
　　3　債権者平等原則の徹底にも問題がある
　　a）現物での分割
　　b）金銭の支払いを通じた平等原則
　　c）帰属されるべき財の分割ではなく、法的地位の分割とする見解
　　4　契約違反の誘発
D　考察
E　まとめ

A　はじめに

強制執行法において、財の分配をめぐる紛争は偏在的な問題である。とくに倒産法は、不十分な責任財産をどのように債権者に分配するべきかという問題と取り組まなければならない。いずれにせよ、倒産においては、債権者平等原則が優先主義よりも優先することについて見解の基本的な一致が見られる。

財の分配をめぐる紛争の類似の問題は、一般的な財産法においても生じるが、その対象は、債務者の責任財産の一部で、それ以外については実体上支払能力のあるものに限定される。フランス法において、このような場面は「特別な倒産」（insolvabilité speciale）と呼ばれる。[1] 財の分配をめぐるこのような紛争は多用な形態において想定することができる。伝統的な事例として、たとえば二重売買や二重賃貸借が挙げられる。また、売買と賃貸借が競合する場面も想定することができる。このとき、売主は買主に対して直ちに目的物を引渡す義務を負っているから、同時に二つの矛盾する債務法上の割当てが存在することになる。さらには、たとえば被用者が二重の雇用契約を締結すること、または相互に矛盾する競業禁止と就労義務のように、行為義務と不作為義務が競合することも考えうる。特に指摘すべきは、全債務を弁済するには在庫品（Vorrat）が不足する場合の、制限種類債務（Vorratsschuld）である。制限種類債務（Gattungschuld）の複数の債権者のために一括送付がされたところ、これが危険の移転を生じさせ、送付された物の一部が滅失した場合において、競合関係が生じうる。[2] それに加え、複数の債権者に対して、ある物の買主と、差押えの方法により当該物を取得しようとしている金銭債権者とが競合する場合もある。また、無体財産法においても、無体財産権が二重に譲渡された場合や、ある一つの無体財産権上の地位につき排他的ライセンスが認められた場合には同様の問題が生じうる。ライセンスと売買も競合しうる。

従来のドイツの議論においては、民法上の債権の衝突は、〔民法上の〕個別の検討が広くなされるのみで、倒産法上の議論のフィードバックはなされなかった。[3] すでに一〇〇年近く前から、倒産法の文献において同種の紛争に対する解決策が示されていたことを考えると、これは極めて残念なことである。民法学においては、一方において特別法化の増加とともに、特別な規律が必要な一般的問題との分離

を欠いていることが認識され、この脈絡において、民事法上の基礎研究は、特別な規律との分離およびそれと並行する相互作用を可能にするために、これまで根本的な問題を十分に指摘してこなかったことに対する批判を免れない。債権の衝突に対する民法上獲得された解決策は、一定の伝統を有する。すなわち、一九二八年に、ほかならぬド・ブール（Hans Otto de Boor）が「債権の衝突」に関する論文を公表したが、そこでブールは破産法を完全に（！）考察の対象外に置き、[4] それにより、後続のドイツの次世代の研究者たちの視点も大きく影響を受けた。[5] さらに、法案立案者も、「その独自の規律に従う破産」は、問題の処理に際し考慮の枠外に置くことができると考えていたのである。[6]

本稿では、倒産と、対象が限定された債権の衝突との間に存在する共通点を強調しているが、それと同時に、両者の間に存在する決定的な相違も否定することができない。つまり、単純な債権の衝突においては、債務者は、それを除けば実体上支払能力を有し、弁済を得られなかった債権者は、少なくとも損害賠償法に基づく金銭による満足を得ることができる。このような可能性は、倒産法においては存在しない。したがって、債権の衝突の場面においては、財の分配をめぐる争いは倒産の場面におけるほどには厄介なものではない。しかし、根本的な問題は、現実履行の第一次的段階において、全く共通している。

B　物権化による衝突の解消

倒産の場合と同様に、対象が限定された財の分配をめぐる争いには、一般債権者のみが参加する。物権的地位が存在する場合には、この法的地位は他の競合する債権者との関係で完全に保護される。これはドイツ法において「承継的保護」（Sukzessionsschutz）と呼ばれている。つまり、ある責任財産について二つの債権が競合しうる一方で、他者の物権的な地位は、最初から責任財産の対象から除外される。倒産において、所有者は取戻権を行使することができ、債権の衝突に身を置くことはない。法秩序は、法的地位の物権化を通じて債権の衝突を解消しており、たとえば、二重売買の際に、買主の一人がすでに所有権を取得したときは、債権の衝突は生じない。

I　想定しうる構想

財産法一般において、財の物権的な帰属は、各債権者の

具体的な債権から切り離され、当該の財を顧慮した物権化のための一般的要件〔引渡しや登記など〕に従う限りにおいて整合性を有する。その場合には、多様な基本的構想が想定されうるのであり、これはたとえば、動産の譲渡の場面で具体的に説明することができる。引渡し要件は結合点（Anknüpfungspunkt）を意味し、それをもって法秩序は、取得者の利益と他の法的取引の利益の均衡を保つことができる。引渡しは外部に現れ、公示（Manifestionsakt）として、取引安全を図るための結合点となる。このような公示は、とりわけ、債務者が、債権の衝突の状況にある債権者のうちの一人に、日付を遡及させるかたちで恣意的に利益を得させることを防ぐ。(7)

このような公示を有する法秩序の範囲内では、原則として多様な構想が観念される。取得者にとって最も親和的であるのは、法秩序が物権的地位の取得について何らの公示も要件としないことである。動産の例でいえば、このような法秩序の下では、動産の物権的帰属に引渡しは重要な意味を持たない。一段階高度な法的安全を図るために、公示を効力要件とすることは必ずしも必要ではないが、公示がない場合には、消極的公示の意味において、善意者に対して対抗できないとすることも考えうる。動産を例にとれば、所有権の取得に引渡しは必要不可欠ではないが、引渡しがあってはじめて、所有権の取得は善意の第三者に対抗することができることになる。フランス法ではこのような公示の概念を「第三者対抗力」（opposabilité aux tiers）と呼ぶ。(8) さらに取引安全を強調する三つ目の概念として、公示を効力要件とする構成が考えられる。これは、動産の事例でいえば、取得者が物の引渡しによってはじめて物権的地位を取得することを意味することになろう。

Ⅱ　特定の財を手がかりとする実証

1　動産

動産については、様々な法秩序において、引渡し要件が公示として多様な役割を果たしている。動産についての債権の衝突は、たとえば二重売買、二重賃貸借もしくは売買と賃貸の競合の場面において想定することができる。

ドイツ法においては、二重売買の場面では引渡しにより物権化が生じる。これは広く「引渡主義」（Traditionsprinzip）と呼ばれ、ドイツ民法典九二九条一文に根拠を有する。売買契約は、差し当り単に相対的な債権を設定するにとどまるので、債権の衝突の法律要件が生じることになる。そして、売主が一方の買主との間で処分契約を締結

し、当該買主に物を引き渡すと、当該買主が所有権を取得し、これは他方の買主に対しても効力を生じるのである。フランス法はこの点について、ドイツ法と異なり、引渡しを所有権の取得に必須な要件とはしていない。これは「合意主義」（Konsensprinzip）と呼ばれる考え方であり、[9] 合意主義によれば、所有権の取得は、原則として各売買契約の先後により決せられる。それでも、外部から存在がわからない債務契約によって法的取引が過度な負担を負うことがないように、フランス民法典一一九八条一項により、目的物の占有を取得しかつ善意の第二買主は所有権を取得することができるとされている。[10] 第二買主は、第一買主より先に占有を取得し、かつ、第一買主の所有権の取得について善意であったときは、第一買主の所有権取得の対抗を受けない。

ドイツ法とフランス法の相違は、特に第二買主が第一売買についての認識を有していた場合に現れる。ドイツ法においては、原則として、この場合においても第二買主に対して有効に譲渡することができるが、フランス法では、第一売買についての認識があれば、フランス民法典一一九八条一項により、第二買主の所有権取得の可能性は排除される。このことは、もし売主が買主に対して既に物を他者に売却してしまった旨を主張したときには、第一買主を困難な状況に置くことになりうる。これに対して、ドイツ法においては、かかる主張〔の内容〕が引渡しにより公示されていないときは、原則としてこのような主張を考慮しない可能性が認められる。[11] 結果として、ドイツ法とフランス法の構成は、限界事例においてのみ相違を生じるのである。

売買と賃貸借の競合も、ドイツ法においては引渡しの要件によって解決される。賃借人が占有を取得した時点で、ドイツ民法典九八六条二項に基づき、賃借人は、競合する債権者に対し占有権を主張することができる。その限りにおいて、売買は賃貸借を破らないのである。

2　不動産

不動産に関する債権の競合もまた物権化によって解決することができる。このとき、動産の場合の引渡しと同様の役割を果たすのが登記である。ドイツ法において、不動産所有権の取得については、登記簿への登記が効力要件とされている（ドイツ民法典八七三条一項）。土地が二重に売買された場合に、優先関係は、売主が誰との間で先に処分契約を締結し（いわゆる「分離原則」）、誰がこの脈絡において登記簿に登記されたかによって決せられる。この場合

にも、フランス法は、ドイツ法とは異なり合意主義[12]にしたがい、登記に対し第三者効の意味における消極的な公示力のみを認めるにとどまる。第二買主は、自身が第一買主より前に登記簿に登記され、かつ、第一売買について善意であった場合にのみ所有権を取得できるのである。債務法の改正後は、フランス民法典一一九八条二項がこれを定めている[13]。

売買と賃貸借との競合においては、ドイツ法は登記簿への登記を要求していない。買主より先に目的物の引渡しを受けた賃借人は、ドイツ民法典五六六条一項に基づき、買主に対して優先する。この場合においても、売買は賃貸借を破らないのである。この脈絡において、賃借権の部分的な物権化も指摘されている。この点において、ドイツ法は、賃借人保護のために、〔財の〕特別な帰属形態を生み出しているのである。ある財の物的帰属が、特定の債務類型のために特別に規律されていることが、まさに問題を孕んでいる。純粋な債権の衝突において、財の配分をめぐる紛争は、それほど深刻な問題ではない。なぜなら、弁済を受けることができなかった債権者は、なお損害賠償請求権を取得しうるからである。フランス法もまた、賃借人との間の紛争については異なる取り扱いをしている。つまり、賃借人は、合意原則の帰結として、賃貸借契約の締結により、後から登場した買主との関係で保護される（フランス民法典一七四三条）。「第三者効」は、論理的に貫徹されているとは言い難い。というのも、土地登記簿への登記は、賃貸借関係が保護される期間についてのみ決定的な意味を持つからである[14]。

3　債権

債権の割当てに関しても債権の衝突が起こり得る。たとえば債権の二重売買が考えられる。債権の場合における公示としては、債務者への通知が問題となる。ここで注目されるのはドイツ法の解決方法である。ドイツ民法典は、取引安全について、物の処分等とは異なる評価をしており、債権の完全な移転のために、処分行為としての譲渡合意の他には何らの行為も要求していない。立法者は、とりわけ、譲渡の効力を債務者への通知に係らしめることに反対する内容の発言をしていた[15]。注目すべきは、ドイツ民法典の立法資料において、債権の二重売買が言及されていることである。それによれば、債務者に対する通知について、外部からは存在を認識し得ない第一買主に先んじて第二買主がこれをなしたことのみによって、第二買主が第一買主に優

先すると考えることは適切でないとされている。[16] 立法者がこのような事例を用いて説明したことは驚くべきことである。というのは、相当な公示について「先んじたこと」は、二重売買の場合において、まさに決定的な基準とされてきたからである。また、債権の譲渡人がその資金の必要性を秘匿することについての利益も高く評価された。[17] さらに注目すべきは、債権の質入れについては、債権の完全な譲渡と異なり、ドイツ民法典一二九八〇条により債務者への通知が要件とされた点である。これに対して、債権譲渡の認識可能性についての利益は低く評価され、そこでは、動産法の引渡主義について言及された操作可能性は指摘されなかった。[18]

債務法改正の以前には、フランス法の債務者への通知は、動産についての引渡し、および不動産についての登記と類似の機能を有していた。つまり、債権の第一買主が自動的にその権利を取得することになるが、「第三者効」は、債務者への通知によって認められるとされていた。[19] 改正後の債務法においては、債務者への通知は、フランス民法典一三二三条二項に基づく「第三者効」のためにはもはや必要不可欠なものではない。[20]

4　無体財産権

無体財産権に関しても債権の衝突が起こり得る。たとえば、ある権利につき二名の買主が競合する場合、二名のライセンシーが競合する場合、または一名の買主と一名のライセンシーが競合する場合である。ドイツ法においては、無体財産権の場合にも、公示に対する慎重な態度を看取することができる。ある無体財産権の完全な譲渡が問題となる場合には、取得者は完全な保護を享受し、第二取得者から保護されるために登録法上も登録を必要としない。ドイツ法において規定されている登録要件（特許法三〇条三項二文、実用新案法八条四項二文、商標法二七条三項）は、通説的見解によれば、実体法上の設権的効力を生じない。[21] 法的取引においても、不当な登録状態に対する信頼は保護されないのである。ライセンスも同様に、後続の取得者からの完全な保護を享受する。ライセンシーは、無体財産権の譲渡および矛盾する第二ライセンスから保護されるのである。この保護は、著作権法三三条一文、商標法三〇条五項、特許法一五条三項、実用新案法二二条三項、意匠法三一条五項において規定され、たとえば登録の形での公示の有無とは無関係に認められる。いったん国内的にはライセンスの登録が完了しても（特許法三〇条四項参照）、登録

状態が不当である場合は取引保護は認められない。[22]

この点について、フランス法は異なる判断をしている。このとき、登録簿への登録は効力要件ではないとされており、これは合意原則と調和する。とはいえ、登録がない場合には、「第三者効」は否定される。二重ライセンスの場合には、第一のライセンシーは、第二のライセンシーが悪意であるか、もしくはライセンスが登録されていたときにかぎり、自己のライセンスを第二のライセンシーに対抗することができるのである。この点については、知的財産法L513―3、L613―9、L714―7を参照。

完全な権利の譲渡およびライセンスに関しては、ヨーロッパ無体財産法が、ドイツの物権法および無体財産法とは異なり、フランスの「第三者効」に倣い、消極的公示の概念を採用している。[23] 完全な権利の譲渡またはライセンスの登録は、物権的保護のために設権的なものではない。しかし、登録簿への登録がされないと、第二取得者は、〔先行する権利の譲渡またはライセンスについて〕積極的認識を有している場合に限り、共同体意匠規則三三条二項二文[24]または欧州連合商標規則二二三条一項二文[25]の絶対化（Verabsolutierung）の対抗を受けることになる。

5　ドメインに関する特別事例

ドイツ連邦通常裁判所（ＢＧＨ）は近時、新たなタイプの債権の衝突の事案について判断を示した。[26] これは、セカンドレベルドメイン（Second-Level-Domain）の授与機関であるＤＥＮＩＣが、「.de」で終わる同じドメインを二重に授与した事案である。つまり、ここでは、一個のドメインに関する債権の衝突が問題となっているのである。ＢＧＨはこの事案において、ドメイン授与機関との間で最初に契約を締結した債権者の優先を認めたが、その判断は十分なものではなかった。また、取引安全の配慮、および公的に閲覧可能なＷＨＯＩＳデータバンクにおける登録がどの範囲まで公示として考慮されうるかについてＢＧＨは検討を行っていない。当該事案においてもまた、ドイツ法が有する、無体財産権についての公示に対する懐疑的姿勢が示されている。

Ｃ　債務法上の分配紛争の解決[27]

債権の衝突の場合においては、国内の法秩序の様々な物権化概念が用いられることが明らかとなった。代表的なものとして、動産についての引渡主義と合意主義の相違が挙

げられよう。物権化のために緩和された要件を定める法秩序の下では、純粋な債権の衝突の事態はそれほど生じない。徹底した合意主義を有する法秩序の下では、特定物の二重売買は債権の衝突に至らない、引渡主義を有する法秩序の下では、引渡しの前の段階で債権の衝突が生じる。

無論、明確な合意主義を有する法秩序も、たとえば種類物が売却された場合など、同様に債権の衝突を知っている。[28] これらの法秩序においては、さらに、矛盾する賃貸借契約が締結されたが、目的物がまだ引渡されていない場合にも、債権の衝突が生じる。かかる法秩序の下では、債務者によって競合する行為義務が約束された場合においても、債権の衝突が想定されうる。以下では、いずれの債権者も未だ絶対的な法的地位を取得していない場合に、これらの純粋な債権の衝突をどのように解決すべきかについて検討を行う。

以下では、ドイツの議論にならい、事例を現象にしたがって区別する。つまり、責任財産が、競合する債権者に現物で分割して分配されうるか、それともこのような按分比例による分配が不可能かという基準である。なお、これはドイツの議論から生じた区別であり、ドイツでは従来、双方の類型を広く分離して検討および議論してきたが、本稿では、結論として包括的な考察を主張することになる。

I　現物での分割が可能な場合

一九一四年にライヒ裁判所が判断を下した「ビート事件」は大変有名である。[29] 売主は、自身が栽培する、ある特定の生産年のビートの種を複数の顧客に売却した。しかし、異常気候が原因で、当該年の収穫は予想より少なく、売主はすべての顧客の債権を満足させることができなかった。そのため、売主は、顧客にビートの種を分割して給付し、これを超える損害賠償の給付を拒んだところ、ライヒ裁判所は、結果として売主の主張を容認した。

1　按分比例による弁済を正当化する糸口

ライヒ裁判所によって説かれた、按分比例による弁済という結論自体はほぼ一致した賛同を得たが、[30] その理由付けは極めて困難であるといえる。ライヒ裁判所は、ビート事件について、売主は買主に対し按分比例による弁済を義務付けられたものと判断したのである。そして、按分比例による部分を越えた部分については、これを一部不能の問題であると判断した。その際、ライヒ裁判所は、「利益共同関係」（Interessengemeinschaft）およびドイツ民法典二

四二条の「信義誠実」より理由付けたのである。[31] このドイツ民法典二四二条を用いた説明は、学説においても広く賛同を集めたが、[32] 他方で、原則として履行について競争原理を説くドイツ民法典の第一草案理由書との直接的な矛盾に直面することとなった。[33]

この間に、解決策は、債権者がどのような範囲で債務者の債務法上の義務の対抗を受けるかという疑問に積極的に取り組まなければならないということが広く認識された。対世的効力の理由付けとして、衡平性の考慮のみが主張されているが、この点はさらなる厳密な検討を要する。[34] 学説の一部には、倒産とパラレルに評価されるべき問題であるとの見解も主張されている。確かに、倒産法上の諸原則は、一般民事法への取込みを許容するような、実体法における根拠を欠く。債権者平等原則を採るべきとする主張[35]は、なぜこの原則が、私的自治に裏付けられているとされる優先主義よりも優位に立つのかという疑問を甘受する必要がある。[36]

2　債権者平等原則への直接の立戻り

a）　優先主義には分配的正義はない

財の分配をめぐる争いを、優先主義を用いて解決することは実体上の正当性を欠いている。[37] 優先主義は、債権債務関係上の義務（Obligation）ではなく、〔その義務の履行としての〕処分行為に結び付けられている。それゆえ決定的であるのは、債務者が最初に誰に対して処分したか、またはどの債権者が最初に債務者の処分を強制執行の方法で補ったかということである。そもそも、債権債務関係上の義務とは別個に処分（Verfügung）が要求されることの根拠は、取引安全の保護に求めるべきであり、債務者の私的自治または具体的に関与している債権者の私的自治のためではない。他方において、このような取引安全の配慮は、解釈論上これをあっさりと無視して財の分配をめぐる紛争を債務法上の優先主義を用いて解決することを支持することはできない。というのも、このような分配秩序は、操作のおそれが大きく、制限種類債務の例のように特定性を欠くから、いずれにしても考慮の対象とならないのではないか。債権者平等原則は、倒産法において明らかになったように、私法上の優先権の根拠が存在しない場合における分配的正義を考慮した、[38] 実体法上の分配基準ということができる。

b）　債権者平等原則の徹底

債務者は、在庫品を完全に売却した時点で、当事者間に

おいてその在庫品に関する自由を喪失する。在庫品の一部が滅失した場合、またはビート事件のように最初から十分な数量がなかった場合には、債務者は、その在庫品に関しては実体上倒産に陥る。このとき、他の私法上の関連する分配メカニズムが存在しないため、債権者平等の原則が作用するのである。ここで把握された問題状況は、在庫品が現物分割され、債権者の「倒産の場合に得られるであろう割合」（Insolvenzquoten）をもとにして、債権者に分配されうるということによって特徴付けることが可能である。現物分割による相当の量的配分は、債権者平等原則から導くことができる。

これにより、債権者はその債権について割合に応じた弁済を得る。債権者がこの割合に応じた弁済について利用価値を持たないときは、債権者には、契約全体を解除する途が残される。債権者が契約を維持する場合には、債権の割当てを超えた部分に関しては、実体法上の不能が生じる。債務者が各債権者との関係においてより多くの商品を処分することができるとしても（「個別的観察方法」[39]）、不能の想定およびそれと並行して現われる、債務者の義務負担に伴う当事者間での自由の喪失は、こうすることによってのみ在庫品の実体上正当な分配が保障されうることによって正当化することができる。さもなければ、債務者は、いずれの債権者に対しても財の分配をめぐる争いを主張することができず、債権者は、優先主義の基準によりその実体法上手つかずの債権の全体を行使しうることになるからである。一部不能の想定は、債務者が、同時に不十分な分配財産の管理者として行動し、管理者として債権者平等原則に従い分配しなければならないという状況を考慮している。

債務者が債権の衝突について責任を負うべき場合には、債権者は、配分を超える給付利益について、履行に代わる損害賠償を請求することができる。

c）特別倒産否認を準用すべきか？

財の分配をめぐる紛争と、倒産法がその解決を特別な法領域として規律している問題との類似性を鑑みると、当該在庫品について債務者が責任財産を超える債務（vollumfängliche Obligiertheit）を負っていることは、債務者の処分を――それが債権者の一人に割当て（Quote）を超えた弁済を提供する限り――無効とみなすべきであるとの理解に至るのかという疑問が生じる。純粋な倒産状況においては、債務者が実質的な倒産状態において行った処分は、場合により訂正される。それゆえ、特別倒産否認という手法が関連してくるのである。そこで、債権の衝突の

場合に特別倒産否認が準用されるかという疑問が湧く。

私法の立法者に本来的な裁量の余地が認められているのは、特別倒産否認制度をどのように形成すべきかという点である。立法者が特別倒産否認を否定すれば、立法者は、債務者の包括的な権利義務について積極的認識を有していたにもかかわらず完全な弁済を受けた債権者に、取引保護を保障することになる。債務者の処分および債権者の強制執行は、その場合に、対象が限定された破産であるにもかかわらず、成立することになろう。それにより、優先主義の目的は対世的に達成される。しかし、これは分配上の正義の観点によるものではなく、取引安全の保護のみを考慮した結果である。

特別倒産否認の類推適用が正当化されるのは次の場合に限られると考えるべきであろう。つまり、実質的な倒産の場合と、対象が限定された倒産の場合との不平等な取扱いが、体系的にもはや円滑に描写することができない場合である。実質的な倒産の場合には、取消権が機能しないと、債権者の弁済を受ける機会が減少し、債権者は経済上の不利益を被ることになる。しかし、債権の衝突のケースにおいて特別倒産否認を否定することは、経済的観点からは、債権者の不利に至ることはない。つまり、債務者は債権者平等原則を義務付けられ、もしこの義務に違反すれば、これにより劣後した債権者の弁済をうける機会が減じられたときには、当該債権者に対して損害賠償義務を負う。債務者の倒産は対象が限定されているから、債権者は、給付障害法による法的救済を求めることで、債務者の支払能力ある他の責任財産を把握することができる。したがって、体系的な観点からは、倒産否認を対象の限定された倒産の事案にまで拡大することは必ずしも要請されていないのである。債権者が、割合による現物給付から、割合による損害賠償請求に転向しなければならないことは看過されない。このような解決を根拠付けるために、現物給付と金銭の提供が同価値であることを主張する必要はなく、実際にこれは妥当ではない。決定的であるのは、実質的な倒産状態にある債務者の債権者の地位は、対象が限定された財の分配をめぐる紛争に身を置く債権者の地位と、次の点で比較にならないという点である。すなわち、特別な倒産否認に対する権利の承認は、前者の類型においてのみ、体系的な観点から任意的なものであろう。

Ⅱ　現物分割が不可能な場合

二重売買はドイツにおける民法上の伝統的な教義である。

二重売買とは、ある売主が物を特定物売買として二重に売却し、両方の買主が、譲渡をもって各自の義務の履行よる物の完全な帰属を争うという関係に特徴づけられる。二重売買においては、責任財産の按分比例による分配は不可能である。

合意原則に従う法秩序においても、同様の債権の衝突は想定することができる。たとえば、制限種類債務においてその在庫品が分割不可能である場合、債務者が競合する作為義務を負っている場合、もしくは目的物が二重に賃貸されたが未だ引渡しがなされていない場合である。

1　優先主義についての通説的な解決

ビート事件とは異なり、ドイツの学説は、圧倒的に立法者[40]に同調し、紛争を処分法上の優先主義によって解決する姿勢[41]を指示している。立法過程においては、債権の発生時または訴えの提起の時点に優先を結びつけることについて、意識的にこれと反する決断がなされた[42]。このときくじによる決定（Losprinzip）も提案された。

2　優先主義は分配的正義を持たない

二重売買を優先主義によって解決する唯一の方法は、任意の、または強制執行法上強いられた債務者の処分を用いたものであるが、これは分配的正義を欠く。そもそも、〔既に売却した財をさらに別の買主に〕処分することは、取引安全の保護を目的として、引渡主義により、債務法上の義務付けをその義務の履行としての処分行為から切り離すことのみにより〔理論上〕可能となる。これは、法的状況を、予測可能でありかつ操作不可能に形成するという目的を有する。他方において、この場合でも、取引安全の保護の考慮は、ドイツ法の解釈論上も無視することはできず、債務法上の優先主義を用いた分配をめぐる紛争の解決も支持しうる。立法者は、二重売買の場面において、債務法上の優先主義による分配に対し詳細な反論を行っている。

3　債権者平等原則の徹底にも問題がある

財の分配をめぐる争いは、債権者の平等により解決すべきである。債権者の債権が、債権者に帰属する配当を上回る場合に不能が生じる。きわめて問題であるのは、どのように債権者の平等が図られるかである。

a）　現物での分割

幾重にも物の譲渡の義務を負い、もしくは競合する行為義務を負う債務者は、当該目的物または当該行為義務に関

して実体上倒産状態にある。このとき、債権者平等の原則が働くが、その遂行は、二重売買の事例群において問題を生じさせることになる。つまり、「ビート事件」とは異なり、財産の分配は排除される。なぜなら、特定物は場合によっては分割可能であるけれども[43]、債務上の義務は当該特定物全体に向けられており、持分による弁済ではもはや債務上の義務に適合しないからである。さらに、その他の債務者の競合する作為義務も、現物分割ができない。

b）金銭の支払いを通じた平等原則

相当の金銭の支払いによる債権者平等も想定可能である。むろん、債務者の金銭支払義務は私法上の基礎を要件とし、これはおそらく損害賠償義務のかたちで存在し得る。

しかし、債権の衝突について債務者を非難しえない場合においても、少なくとも理論的には想定可能である。加えて、義務付け行為が代理人よりなされたが、債務者の認識を欠いていた場合に問題となりうる[44]。金銭債務の場合と異なり、債権の衝突に身を置く債務者は、帰責性に左右されない調達義務を負うことはない。

こうした債権の衝突は、多くの場合に帰責性を伴って発生するといえる。このようなケースにおいて、履行に代わる損害賠償が問題となる。しかし、これにより財の分配をめぐる争いが解決されるわけではない。つまり、両債権者について有責の不能が存在し、債権者の一方の損害賠償請求権が履行により消滅すると、不能という想定はほとんど維持することができなくなる。なぜなら、そうすると、売買目的物についての倒産は除去されることになるからである。しかし、誰も債権者に対し、履行に代わる損害賠償の請求を強いることはできない。債権者は、第一次的な履行請求権を維持するか否かを自由に決断する。債権者が損害賠償請求にくら替えする可能性は、債権者がこの可能性を行使しない限り、現物給付における分配をめぐる紛争を排除しない。

c）帰属されるべき財の分割ではなく、法的地位の分割とする見解

この見解によると、債権者平等原則は新たな問題に直面することになる。つまり、現物での分割（Realteilung）によっても、金銭的補償によっても、その徹底が不可能だからである。きわめて病理的な財の分配をめぐる紛争が問題となる。むろん、このことにより直ちに、実体上公平な解決に至ることができず、優先主義が甘受されるという結論に至るわけではない。というのも、いずれにせよこれは、くじ引き主義（Losprinzip）による分配よりもさらに偶然

の結果に至るわけではないからである。[45] 現物分割が不可能である財についても、債権者の平等な取扱いは可能である。ヴォルフガング・エルンストは、買主が目的物に対する共有持分を認められるとする紛争の解決方法を提案した。[46] この、共有権の容認による分配は、二重売買の場面のみならず、財を現物で分割することが不可能なあらゆる紛争事案について妥当する。[47] フランスの学説においては、すでに一九世紀から、二重賃貸借のケースについてこのような分配が妥当なものと考えられていた。[48] 買主の拘束意思が過度な負担を課されることはない。つまり、実際には、買主は売買契約の締結により、目的物について持分共同関係に入ることを意図したわけではないから、契約全体を解除することは依然として買主の自由である。債務者の私的自治もまた、必要以上に強調されることはなかろう。共有の取得は、単独所有の取得に向けた約束によって設定された権利義務によって包含されるのである。有責な二重売買の場面において、債権者は、債務者が調達することができず取得できなかった部分に存する給付利益について、履行に代わる損害賠償という形で賠償を受けることができるのである。

4　契約違反の誘発

債務者が、それでもなお一方の債権者に単独所有権を譲渡し、または強制執行の方法でこれを取得させると、この所有権の取得が確定する。倒産法上の特別否認の準用は法律上予定されておらず、また、上述のように、[49] 体系上も必ずしも要請されていない。債務者が不能の主張をせずに単独所有権を譲渡し、または強制執行措置に至ったときは、債務者は、弁済を受けられなかった買主に対し、頓挫した按分比例による弁済について損害賠償義務を負うことになる。

ドイツの議論では、特に二重売買のケースについて、特定の事情の下で第二買主の良俗違反を認め、[50] ドイツ民法典八二六条に基づき、第一買主が第二買主に対して、分配的満足を主張させることなく物の引渡しを求める請求権を認められていると解することにより、[51] 優先主義を弱めることが模索されている。その要件としては、第二買主が第一売買につき悪意であり、第一買主との関係で契約違反を「誘発」（verleiten）させたこと、および、その際に「著しく配慮に欠けていたこと」が求められるであろう。これは、公序良俗違反と故意否認との類似点が明白であることから、一層注目すべき点である。このような認識は、ドイツにお[52]

ける法制史の発展の中で消滅した。[53] 民法においては、強制執行法においてかなり前から存在していた、より主観性の低い要件を伴った新たな像が発見されたのである。この点については確かに、第二買主が第一売買について積極的認識を有していたことのみで良俗違反を肯定する見解も一部に主張されたが、[54] この見解が一般化することはなかった。

D　考察

ある動産の二重売買について、フランス法においては、この紛争を次のように解決している。すなわち、物権法上の合意原則により、物権の完全な帰属は、債務法上の契約の締結の〔時間的〕優先順位によって決せられる。つまり、第一買主は直ちに所有権を取得するから、衝突する債権は発生しない。フランス法はまた、引渡しのない場合に、取引安全の保護のために、第二買主の権利取得を認める。しかし、これは所有権譲渡の成立要件に引渡しを追加するものではなく、第二買主が売主から善意で占有を取得した場合に、一定の要件の下で、第二買主の所有権取得を許す趣旨である。

これに対してドイツ法においては、引渡主義により、物の引渡し前には、純粋な債権の衝突の状態に至る。本稿で主張した見解によれば、売主は両買主に対して共有を認めなければならない。売主が引渡しにより一人の買主に所有権を移転したときは、この所有権の取得が確定する。フランス法と異なり、第二買主は、第一売買について悪意であっても、引渡しにより第一買主に対する関係においても有効に所有権を取得することができる。ドイツ法が第二買主の所有権取得を排除するのは、第二買主が、第一買主に対する売主の契約破棄を意図的に誘発させたという、良俗違反行為が認められる場合に限られる。

E　まとめ

1．債権の衝突のケースは、債務者の責任財産のうち限定された部分についての倒産状態として把握するべきである。債権の衝突の場合に、財の分配をめぐる争いはそれほど困難ではない。なぜなら、債務者の、なお支払能力ある財産に向けた損害賠償請求権によって把握されうるからである。

2．倒産の場合と同様に、債権の衝突の事案においては、債権者平等原則が実体上正当な分配原則である。

3．債権者の一人がすでに物権的地位を獲得している場合には、債権の衝突には至らない。

4．ある法秩序において、法的地位の絶対化は、これを公示に係らしめることができる。取得者に最も親和的な制度は、〔所有権の取得に〕公示を要求しない。取引安全をさらに一段階高めると、公示の欠缺は消極的公示に結びつけられる。取引安全をこれよりも高度に図る制度は、公示を効力要件とする。ドイツ法については、競合する債権者の一人が債務者に働きかけ、それにより債務者が契約違反に至った場合には、効力要件としての公示要件が、良俗違反の非難との関係で相対化されうることが看取される。

5．動産の場合には引渡しが、不動産の場合には登記簿への登記が、債権の場合には債務者への通知が、そして無体財産については登録簿への登録が公示に当たる。

6．物権的地位を取得した債権者がまだ出現していない場合には、債権者平等の原則に従い、按分比例による弁済がなされるべきである。責任財産を按分比例により分割することが可能であるときは、債権者は按分比例による弁済を受ける。責任財産を按分比例により分割することができない場合には、債権者は持分による共有を認められる。有責な債権の衝突の場合の、按分比例による弁済を超えた債務者の損害賠償義務は、これにより影響を受けない。

7．債務者が按分比例による弁済の義務に違反したときは、債務者はその範囲で損害賠償義務を負う。割当てを超える弁済を受けた債権者は、その給付を保持することができる。特別倒産否認の採用による修正は、債権の衝突については適切ではない。ドイツ法においては、良俗違反に当たる、契約違反の誘発の事例群が例外とされている。

（1）たとえば、*Emerich*, La Propriété des créances, 2007, S. 438 等を参照。

（2）この事例と比較して、イングランド法は一九七九年動産売買法の Section 20A (4) において割当て（Quotelung）を規定しており、その割当てを超えて弁済を受けた債権者は、責任からも免除されることになる（Section 20B (3) Sale of Goods Act 1979）。この点についての詳細は、*Burns*, The Modern Law Review, Vol. 59 (1996), S. 260, 268 f. およびドイツの文献である *H.-F. Müller*, Recht der internationalen Wirtschaft 1996, S. 542, 544 も参照。より厳格であるのは、Art. VIII.-2:306 Draft Common Frame of Reference であり、割当てを超えて弁済を受けた債権者は、善意である場合に限り免責される。

（3）*Boulanger*, Revue trimestrielle de droit civil 1935,

S. 545 ff. および *Vareilles-Sommières*, Revue critique de législation et de jurisprudence 1905, S. 528 ff. によりフランス法についての検討を進めると、両者の共通性が明らかとなる。

（4） *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 46 ff.

（5） *de Boor* の以前にも、破産法を考慮していない著作として、*Schäfer*, Das Problem der verhältnismäßigen Befriedigung außerhalb des Konkurses, 1923, S. 56 があったが、これはもちろん、倒産法を完全に除外するものではない（a.a.O, S. 89ff.）。

（6） Jakobs/Schubert（Hrsg.）, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 2. Teilband, 1985, S. 1245 f.

（7） ドイツ動産法における引渡主義の目的の詳細は、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, 2016, S. 14 ff. を参照。ドイツ法において、引渡主義の一つの重要な軟化の事例がドイツ民法典九三〇条であり、同条は占有改定による引渡しを可能にしている。

（8） この点に関するドイツ法との比較における詳論として、*Wintgen*, Étude critique de la notion d'opposabilité, 2004 がある。

（9） フランス民法典一一九六条一項を参照。

（10） この規定は一般的に、欠陥のある「第三者効」の現象としてではなく、善意取得（フランス民法典二二七六条）における特別事例として理解されているが、結果としては同じ帰結に至る。たとえば、*Terré/Simler*, Les biens, 9. Aufl. 2014, Rn. 409、異なる見解として、*Wester-Ouisse*, Revue trimestrielle de droit civil 2013, S. 299, 304 Nr. 12 は、合意原則の破棄の承認を意図する。まったく異なる見解として、*Dubarry*, Le transfert conventionnel de propriété, 2014, S. 237 ff. がある。

（11） ドイツ法における引渡主義の著しい弱化が改めて指摘されよう（Fn.7）。

（12） フランス民法典一一九六条一項、*Terré/Simler*, Les biens（Fn.10）, Rn. 406 を参照。

（13） 新債務法のフランス民法典一一九八条二項および一九五五年一月四日デクレ三〇条一号一項を参照。

（14） 取得者は、相当の登録簿への登録が欠けるときは、Art. 28 Nr. 1 b）, 30 décret vom 04.01.1955 に基づき、一二か月間についてのみ賃貸借契約の対抗を受ける。

（15） Mugdan（Hrsg.）, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 65.

（16） Protokolle bei Mugdan II（Fn.15）, S. 571.

（17） Protokolle bei Mugdan II（Fn.15）, S. 571.

(18) これに対してフランスの旧法においては、債権譲渡についても操作のおそれが指摘されていた。Siehe *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 8. Aufl. 2015, Rn. 1417.

(19) フランス民法典（旧）一六九〇条を参照。

(20) Siehe dazu etwa *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Les obligations (Fn.18), Rn. 1411 ff.

(21) Siehe BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2013, S. 713, 716 f. – Fräsverfahren; *Ingerl/Rohnke*, Kommentar zum Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 28 MarkenG, Rn. 1、登録の証拠法上の機能に関する近時の詳細な論考として、たとえば、*Ohly*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, S. 1120 ff.

(22) 取引安全に親和的な解決のための立法論として、たとえば、*Ahrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, 2012, Buch 1 §§ 112 Abs. 3, 143 Abs. 1 S. 1.

(23) 欧州無体財産法のライセンスの詳細については、*J. F. Hoffmann*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2017, S. 120 ff.

(24) Verordnung (EG) 6/2002.

(25) Verordnung (EU) 2015/2424.

(26) BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2013, S. 309 – Providerwechselauftrag; この詳細については、*J. F. Hoffmann*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2014, S. 163 ff.

(27) 詳しくは、*J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (Fn.7), S. 384 ff.

(28) このとき、意思主義もまた、所有権の移転のために具体化を必要とする。*Malaurie/Aynès*, Les Biens, 6. Aufl. 2015, Rn. 157. Eingehend *Dubarry*, Transfert de propriété (Fn.10), S. 132 ff.

(29) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 84, 125.

(30) これはザクセン民法典一三〇条の解決方法に相当する。同条によれば、「権利が複数人に帰属し、その権利が並行して行使され得ないものであるときは、法に別の定めがない限り、各権利者は、権利全体の一部行使が可能となるように、自己の権利を放棄しなければならない。これが行われ得ない、もしくは禁止されるときは、くじ(Loos)により決定する」。現物の給付が不可分の事例について、ザクセン民法典七六四条は特別の規定を置いており、「複数人が、同一の債務者に対し、複数の債権に基づく給付を求める権利を有しており、当該給付が、債権者の一名に対してのみ可能であるときは、給付を受けた権利者は他の権利者に優先する。複数の権利者のいずれも未だ給付を受けていない場合は、債権が異時に発生し

たときは発生した時点の先後により、債権が同時に発生したときはくじ引きにより優先関係を決定する。劣後した権利者は、要件を満たせば、給付を求める権利に代えて損害賠償を請求する権利を有する」とする。さらに、ALR Einl. § 97 は次のように規定する。「競合関係に至った債権が同じ性質（Beschaffenheit）を有する場合は、各債権者は、他の債権者の権利行使が併存しうるように、必要な範囲で譲歩（nachgeben）しなくてはならない」。

（31）Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 84, 125, 128 f.

（32）たとえば、*de Boor*, Kollision（Fn.4）, S. 140 ff. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 10 IV. 8. b）, S. 252, *Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1985, S. 138 ff., *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 11 I., S. 155; *Wüst*, Die Interessengemeinschaft, 1958, S. 98 ff. を参照。他の見解として、*Caspers*, J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearb. 2014, § 275 BGB, Rn. 23 は、これは「私法において優先主義」に相当するとする。

（33）Mugdan（Hrsg.）, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1: Einführungsgesetze und Allgemeiner Theil, 1899, S. 506. 債権債務関係における意思の支配の本質は、このような〔債権の競合の〕可能性を排除する。「債務者は、いずれの債権者に対しても、債権発生の以後又は以前の契約に基づいて他者に義務を負っていることを主張することができない」。「履行をめぐる競争は自由であり、その際には、いずれの債権者も他の債権者に対して配慮する必要はない」のである。詳しくは、*Gebhard*, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Buch Allgemeiner Theil, 1881, zitiert nach Schubert, Werner（Hrsg.）, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB Allgemeiner Teil, Band 2, 1981, S. 419 ff.。ちなみに、Jakobs/Schubert, AT II（Fn.6）, S. 1245 f.。

（34）Vgl. etwa *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, S. 175 ff.

（35）*Berges*, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1957, S. 49, 54 f.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 499, *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung（Fn. 32）, S. 141; im Ansatz bereits *Schäfer*, Befriedigung（Fn. 5）, S. 89 ff.

（36）これについては、*Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit（Fn.34）, S. 172.

（37）Eingehend *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung（Fn.7）, S. 10 ff.

（38）Eingehend *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und

Gläubigergleichbehandlung (Fn.7), S. 193 ff.

(39) *de Boor*, Kollision (Fn.4), S. 17 ff. und passim.

(40) *Gebhard*, Vorentwurf AT/2 (Fn.33), S. 419 ff., Mugdan I (Fn.33), S. 506 (siehe oben Fn.33) には次のように述べられている。「同一の動産に対する所有権の移転の請求権が衝突したときは、引渡しを求めた結果として所有権を取得した者は、債権者の範囲から離脱する」。Siehe dazu Jakobs/Schubert, AT II (Fn6), S. 1245 f.

(41) たとえば、*Neuner*, Archiv für die civilistische Praxis 203 (2003), S. 46, 55, *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 381 ff., 488 ff., *Wacke*, Juristische Arbeitsblätter 1981, S. 94, 97. 参照。

(42) この場合に、仮処分による担保設定（Absicherung）がなされうる。たとえば、*Foerste*, Zeitschrift für Zivilprozess 106 (1993), S. 143, 151 ff.、*Kohler*, Juristenzeitung 1983, S. 586, 591、これらと異なる見解として、*Wieling*, Juristenzeitung 1982, S. 839, 842、*Ernst*, in: Lorenz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 113, 127 ff. を参照。

(43) 東フリースのラント法においては、不動産の二重売買の場合について、現物分割が明確に指示されていた。*Sella-Geusen*, Doppelverkauf, 1999, S. 232. の論証を参照。

(44) *de Boor*, Kollision (Fn.4), S. 82 ff. および *Ernst*, FS Heldrich (Fn.42), S. 113, 114 f.、ならびにそれぞれの例示を参照。

(45) くじ引き主義（Losprinzip）については、上述のザクセン民法典七六四条（Fn.30）を参照。

(46) *Ernst*, FS Heldrich (Fn.42), S. 113, 139. ただし帰責性のない二重売買のケースに限られる。

(47) 二重賃貸の場合には、債務者は利用権を債権者に共同に認めなければならない。また、按分比例による分割ができない制限種類物（たとえば、三名の債権者がそれぞれ、飼育された二頭の豚の譲渡を求めることができるが、債務者は二頭の豚しか処分できない場合）についても、債務者は、債権者に対し、制限種類物に対する共有を設定しなければならない。

(48) *Guillouard*, Traité du con trat de louage, Band 1, 3. Aufl. 1891, S. 30 f. Nr. 23, S. 45 f. Nr. 29.

(49) C. I. 2. c).

(50) これについては、*Ernst*, FS Heldrich (Fn.42), S. 113, 120 f.; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1988, S. 1716, 1717. も参照。

(51) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 108, 58, 59; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 2184; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13.

Aufl., 1994, § 78 IV. 1., S. 455 f. Siehe auch *Dubischar*, Juristische Schulung 1970, S. 6, 8 f.

（52） フランスの裁判例においては、フランス民法典旧一一六七条に規定される故意否認（Vorsatzanfechtung）をドイツ法よりも開かれた文言で規定していたが、これに対して、フランス民法典現一三四一条二においては、決定的な表現が用いられている（たとえば、賃貸と贈与が競合する場合について、Cass. 1re civ. vom 10.12.1974, D. 1975, S. 777; 二重売買について、Cass. req. vom 28.08.1940, Sirey 1940 I, S. 103; 売買と贈与の競合について、Cass. 1re civ. vom 06.10.2004, D. 2004, S. 3098）。さらに、Cass. civ. vom 10.04.1948, RTD civ. 1948, S. 345（berichtet durch *H. Mazeaud/L. Mazeaud*）; Cass. 1re civ. vom 07.06.1989, Nr. 87-19.473）は部分的に、フランス文献における抵抗を受けた。フランスの裁判例を支持するものとして、*Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Les obligations（Fn. 18）, Rn. 1146; *Starck*, La semaine juridique 1954 I, 1180, Nr. 19 ff.; *Vareilles-Sommières*, Rev. crit. 1905（Fn. 3）, S. 544 f. そのほか、近時の詳細な検討として、*Sautonie-Laguionie*, La Fraude paulienne, 2008, S. 153 ff. 等がある。

（53） 類似性については、*Sella-Geusen*, Doppelverkauf（Fn. 43）, S. 184 ff., 235 ff., 246, 257, によっても指摘されており、これは、故意否認および贈与否認を直接用いることにより、バルドゥス（Baldus de Ubaldis）の教義に対応した解決方法が発展したことを論証している（*Ernst*, FS Heldrich（Fn. 42）, S. 113, 116 f.; *Wieling*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 2003, S. 480, 484）。これは、普通法上の教義において支配的見解を形成するに至り、その後イェーリングによっても取り上げられた（*Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 10. Band（1871）, S. 245, 330 f.）。イェーリングによれば、この事例は、ある買主が「ある物を破産状態にある者からそれと知りつつ買った」場合と同様のケースであり、「ここでも『gestum in fraudem creditors』である。法はなぜ、パウリーナ訴権によって与えられる救済を、他のケースについても拡張することについて異議を唱えるのであろうか?」。一八七九年の取消法は、今日の取消法と同様に金銭債権の保護を念頭に置いていたが、前掲の *Sella-Geusen* によれば、その編纂によりはじめて、このような出発点は失われたとされる。歴史の発展においてはよくあることであるが、法典編纂により、実証主義的な法解釈の実体法上の基礎が消失したのかもしれないという。

（54） たとえば、*Larenz*, Schuldrecht I（Fn.32）, § 2 II., S. 18 Fn. 21.

〔付記〕本誌前号に掲載された、ヤン・フェリックス・ホフマン「連続講演1　債権者平等原則と価値追跡」（水津太郎訳）につきまして、次の傍線部分を補足いたします。

『法学研究』九十一巻八号六一頁注（8）

【旧】（8）ドイツ法について、動産に対する金銭債権の強制執行（ドイツ民事訴訟法八〇四条三項）を参照。

【新】（8）ドイツ法について、動産に対する金銭債権の強制執行（ドイツ民事訴訟法八〇四条三項〔ここでの動産には、有体動産のほか、債権その他の財産権も含まれる〕）を参照。