

氏 名	はん だ よし のぶ 半 田 吉 信
学位(専攻分野)	博 士 (法 学)
学 位 記 番 号	論 法 博 第 126 号
学位授与の日付	平 成 12 年 11 月 24 日
学位授与の要件	学 位 規 則 第 4 条 第 2 項 該 当
学位論文題目	売買契約における危険負担の研究

論文調査委員	(主 査) 教 授 前 田 達 明	教 授 錦 織 成 史	教 授 松 岡 久 和
--------	----------------------	-------------	-------------

論 文 内 容 の 要 旨

(1) 日本民法第534条乃至第536条は、双務契約において、一方の債務が債務者の責に帰すべき事由によらずに履行不能となった場合に、他方の債務が消滅するか存続するかについて定める危険負担の規律である。とりわけ、第534条は、特定物売買や特定後の不特定物売買に関して、ローマ法に由来する買主危険負担主義を定め、買主は目的物が滅失した場合にも代金を支払う義務を負うとする。この規定については、早くから、その結論の合理性が疑われており、種々の修正理論が提言されているところである。

本論文は、沿革の歴史的研究・広範な比較法的検討・日本民法における判例学説の詳細な検討によって、引渡によって初めて買主に危険が移転するという引渡説が正当であることを論証し、あわせて、関連する問題についても引渡説に基づく詳細な検討を行うものである。

(2) 本論文の第1章は、危険負担の意義と危険負担規定、危険の観念、危険の客体について、議論の前提となる諸概念を整理・検討する。次いで、本論文の中心を占める第2章で、問題の中心となる特定物売買の場合を検討する。第2章前半は、比較法的考察である。そこでは次のように論述が展開される。すなわち、現実売買を中心とするローマ法では、買主が目的物をすぐに引き取らない場合には、買主が引き取りに来るまで売主が買主の利益においてその物を保管することを理由に、すでに利益を得ている買主が危険を負担すべきだという買主危険負担主義が古典期に確立した。このような買主危険負担主義は、近世・近代の市民社会の危険負担法制として西欧を広く支配し、現在もスペイン、チリ、コロンビア、キューバ、エクアドル、ホンジュラスの民法はこの主義を採る。さらに、フランス、イタリア、ベルギー、ルクセンブルク、モンテネグロ、ボリヴィア、コスタリカ、メキシコ、ニカラグア、ペルー、フィリピン、タイの法制では、売買契約による所有権移転と結びついて、所有権者が危険を負担するとの所有権者危険負担主義が採られている。これに対して、すでに15～16世紀のゲルマン法に端を発しプロイセン一般ラント法で採用された引渡主義は、買主危険負担主義を不合理であるとし、買主は引渡により物の支配を得て損害を回避する可能性を獲得して初めて危険を負担する、とした。ドイツ、オーストリア、スウェーデン、デンマーク、ギリシャ、オランダ、ポーランド、ハンガリー、エジプト、アルゼンチン、ブラジル、中華民国、韓国の法制がこの立場を採る。スイス法は一般的には買主危険負担主義を採るが、学者に反対が多く、不動産売買では引渡時期を危険移転時と推定する例外を置いている。また、英米法ではフラストレーション法理を介した問題解決を行うが、イギリス法が所有権者主義を維持するのに対して、アメリカ法は、動産売買につき経験法学ないし法社会学的思想の影響の下に、実務に適した引渡主義に転換した。さらに、ハーグ、ウィーンの統一売買法は、引渡主義を採用する。ところで、買主危険負担主義には様々な理論的正当化が試みられたが、いずれも成功していない。所有権者主義も、所有権移転を引渡や登記と結び付けない法制下では、所有権移転を危険移転の画期とすることには問題が多いし、今日の商取引に適合しないと批判されている。これに対して、引渡主義は、物的支配の移転を内容とする売買の牽連関係の思考を実現し、経済的合理性を有し、外部的に容易に確定しうる標識によるため明快である。

(3) 以上のような比較法的な立法主義の吟味に続いて、本論文の第2章中盤は、わが民法第534条第1項が、民法典起草

者によってどのようにして起草されたかについての系譜的考察を行なうとともに、判例によるその適用状況並びにわが国の現在に至るまでの民法第534条第1項に対する学説による批判理論の集積も合せ論じ、現行法上も引渡主義をいわば生ける法として適用しえないかを探求する。

理論的考察の重要点を要約すれば、次のようにまとめられよう。すなわち、たしかに、投機売買の場合に転売利益を取得しうる買主に危険を負担させることには一定の合理性があるが、それは、一般的に合理性を有しない買主危険負担主義を広く原則とする根拠にはならない。損害保険による危険の分散も、買主危険負担主義の不合理を緩和するにすぎず、これを正面から基礎づけるものではないし、付保されない場合や保険でカバーされない場合も多い。買主が移転登記だけを得た場合にも、ドイツ法のように所有権と危険の移転を肯定する見解が多いが、ドイツでも引渡前に移転登記がされるのは稀であり、不動産の支配を得ていない買主に危険を負担させるべきではないとして立法論的な反対説が有力である。わが国では登記は対抗要件にすぎず、移転登記を得ただけでは買主は通常売買契約を結んだ目的を達成したとはいえず、買主危険負担は通常の取引当事者の意思に合致しないから、登記の移転よりも引渡を危険移転の徴表として重視すべきである。買主が代金を支払い、所有権を取得したとしても、その物を買主に使用収益せしめる売主の義務は未だ履行されておらず、買主は危険負担の前提としての所有権の実質的内容たる利益を取得していないので、なお売主が危険を負担すべきである、と論じる。

もっとも、解釈論として、わが民法が買主危険負担主義を明示的に採用している以上、条文を対蹠的な引渡主義と読み替えることには慎重でなければならないが、具体的な衡平を図るために、解釈論によって第534条の適用を事実上回避することは必ずしも排斥されるものではない。そこで、本論文は、引渡による危険移転の明示又は黙示の特約ないし慣行の存在を広範に認める方法を是とする。

本論文第2章の後半は、特定物売買に関連する問題として、一部滅失の場合、果実収取権及び負担との関係、代償請求権との関係につき、言及している。

(4) 本論文第3章以下は、以上のように引渡主義を当事者の黙示の特約を通じて一般的な基準とする基本的見解をもとに、特殊売買関係における派生的な問題を網羅的に取り上げている。すなわち、二重売買、試味売買・試験売買などを含む条件付売買・期限付売買、所有権留保売買、建物・造作買取請求権、競売（以上第3章）、種類売買（第4章）、危険負担と保険の関係（第5章）である。いずれの検討も、第2章と同様、各国の問題処理のあり方を比較法的に概観して解決の方向性を探り、これを参考に、日本法上の議論を整理・検討して自説を展開する、という構成を採っている。

(5) ところで、第4章の扱う種類物売買における危険移転の問題は、瑕疵担保論とも関連して、理論的にも実務上も議論の多いところである。本論文は、ここでもまず比較法的な概観を行う。それによると、買主危険負担主義を採るフランスやイタリア、スイス、イギリス等では、種類物の特定、個別化、充当のときから買主に対価危険が移転する。これらの法制では、特定の方法につき、本来的には両当事者の同意を要件としながら、取引の便宜から売主の一方的特定で足りるとされる場合が多くなっている。引渡主義を採る法制では、種類債務だからといって、本来的には特定物債務とは異なった危険移転時期に関するルールが適用されるわけではないが、欧米では、前世紀から（好意的）送付債務では、商品の送付時ないし発送地の運送機関への商品の手交時に対価危険が買主に移転するという取引慣行が広く行なわれ、この慣行との関係で大幅な修正を余儀なくされている。ドイツでは、民法典上の引渡主義の原則（ドイツ民法第446条）と種類債務における給付の特定（同第243条第2項）との対置構造から、今世紀前半に対価危険と給付危険とを区別する理論が定着し、今日のわが民法学にも影響を及ぼしているが、かような区別は、英米、フランス等ドイツ以外の国の学説の一般に採用するところとはなっていない。

このような比較法的概観と日本法上の議論の検討を通じて、本論文は次のように主張する。すなわち、買主が商人であった場合やある種の商品取引類型では、当事者の合意や慣行による弁済提供時危険移転を認める可能性があるが、種類物売買においても、一般的基準としては、支配の移転する引渡時を危険移転時とするべきである。ただ、引渡時危険移転は民法第534条2項の予定していないものであるから、その論拠は、当事者の通常の意味・取引慣行ないし同条の任意法規性に求める以外にない。持参債務においても、取立債務においても、買主への引渡が危険移転の要件であり、買主に受領遅滞が補完的に第2の危険移転要因と位置づけられる。わが国にあまり例の見られない（好意的）送付債務の場合は、例外的に運送人あるいは運送取扱人への引渡によって買主に危険が移転する。このように解する結果、目的物の特定は、危険移転の前提で

はあっても直接の要件ではないことになる。特定された目的物に瑕疵がある場合、履行地説を採っても引渡説を採っても、買主が債務不履行ないし瑕疵担保に基づいて契約を解除したり代物請求ができれば、その限りで危険は完全には買主に移転していない。買主がこれらの権利を放棄したり、これらの権利が消滅した場合に、目的物が特定し危険が移転する。判例の言う履行認容事情は、解除権又は代物請求権の放棄と解し、危険負担との関係では、特定の効果は引渡時又は受領時に遡及する、と主張する。

本論文はさらに、これまで議論の乏しかった選択債権・任意債権・金銭債権の場合の危険負担の問題にも言及している。

論文審査の結果の要旨

本論文は、危険負担の問題について、その沿革、各国の法制およびわが国の判例・学説を具に検討して、そこに買主危険負担主義から引渡時危険移転主義への大きな流れがあると主張するものである。

第一に評価されるべきは、本論文が、そうした主張を支える浩瀚で詳細な資料の集大成となっている点である。本論文は、膨大な量の資料・文献を縦横に駆使し、全世界規模に及ぶ各国法規定は言うに及ばず、ドイツ・フランス・英米・国際統一法を中心に、判例・学説の重要な議論をも網羅的に整理・紹介し、きわめて豊富な検討素材を提供している。従来から、日本法に圧倒的な影響を及ぼしているドイツ法を素材にした研究は少なくないが、このように全世界規模の法制の比較検討を行うものは初めてである。これにより、本論文は、議論の幅を広げ、今後の議論展開に新たな視角と素材を提供することに成功しており、学界においても、長年にわたる粘り強い学問的営為が結実した労作として高く評価されよう。

第二に、本論文の結論は、現在の日本の学説において有力となっている引渡説を上記の比較法的・沿革的検討によって裏づけつつ、黙示の特約や慣行を柔軟に認定することによって民法の文言との乖離・抵触を極力回避する実践的なものである。引渡主義を指向する従来の種々の学説が判例に対する影響力をほとんど持ち得なかったのに対して、本論文の主張は、少なくとも判例による受容可能性を広げている。

第三に、本論文は、基本となる特定物売買の場合のみならず、特殊売買や種類物売買等の派生問題・関連問題についても、詳細な検討を行っている。国際統一動産売買法のような新しい法制における議論状況から見て、とりわけ商取引の場合に引渡主義が影響を受けるか、それともそのまま維持されるべきかなどの問題は、引渡主義を採った場合に生じる解釈上不可避の問題である。本論文が派生問題にもあまねく論及していることは、今後の議論の重要な出発点となるであろう。また、その際に本論文が詳述する外国法制の記述は、わが国の危険負担法の今後の議論の進展に、重要な示唆を与えるものである。このように、本論文は、危険負担論の広がり点でも、大きな寄与を行うものと評価できる。

もっとも、本論文にも、若干の不満な点は存在する。

第一に、比較法的考察から、世界的に引渡主義に向かう趨勢が見て取れるという見解に対しては、評価が分かれよう。引渡主義への傾斜自体は否定しえないとしても、世界的にもなお議論の分岐が非常に激しく、引渡主義を採用する論拠がそのような傾向と当事者間の公平や合理性だけでは、必ずしも決定的とまではいえない、との反論も可能だからである。

これと関連して第二に、比較法部分において、とりわけドイツ法の紹介・検討では多岐にわたる学説の分岐が取り上げられているが、そのような分岐がなぜ生じたのかという理論的考察には必ずしも踏み込んでいない。そのため、比較法部分における詳細な叙述が、日本法における本論文の主張の展開にどのようにつながってくるのかが理解しにくいというらみがある。

第三に、民法第534条の読み替的な解釈には無理があるとして当事者の特約や取引慣行の柔軟な認定で対処しようという主張は穏当ではあるが、結局本論文も第534条を空文化するにとどまっている。従来からそのような見解は主張されていたのであり、それに限界があるがゆえに、種々の読み替的な解釈が登場したのではなかったらうか。

第四に、売買対象物の取引禁止や輸出入禁止、建築制限、土地収用、公用徴収など、有体的な滅失・毀損ではなく、観念的なタイトルに関連する危険に関する処理については、本論文は、所有権と危険は別問題であるとして捨象している。しかし、すでに引渡説のなかで、両危険の処理を分岐させる考え方も提示されているのであり、この点はおおむね検討の余地が残るように思われる。

このように、本論文は理論的考察の点での切り込みに若干の不満を残し、さらに個々の問題についての本論文の見解には、もちろん異論もあるであろう。しかしながら、前者の点は、学風ないし問題へのアプローチの違いに起因するものであると

いうこともできるし、後者の点は価値判断の相違にすぎないともいえよう。いずれにしても、全体として浩瀚で周密な検討を行う本論文の価値を損なうものではない。本論文が、わが国の危険負担論に新たな視点と検討素材を提供し、議論に大きな広がりをもたらしたことは、疑いのないところである。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものと認められる。

なお、平成12年7月31日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。