



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	危険負担の再検討（1） ー物給付・行為給付と金銭給付間のリスク分配の分析を通してー
Author(s)	遠山, 純弘; TOYAMA, Junkou
Citation	北大法学論集, 48(5), 251-298
Issue Date	1998-01-16
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15754
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(5)_p251-298.pdf



危険負担の再検討（一）

——物給付・行為給付と金銭給付間のリスク分配の分析を通して——

遠山純弘

目次

序章

第一節 本稿の目的

第二節 本稿の構成

第一章 わが国の危険負担の現状

第一節 わが国の危険負担

第二節 債権者主義に関する学説・判例

一 特定物に関する物権の設定または移転を目的とする双務契約における危険負担（五三四条一項）

二 不特定物が特定した場合の危険負担（五三四条二項）

第三節 債権者主義に関する学説・判例

- 一 特定物に関する物権の設定または移転を目的とする契約以外の双務契約における危険負担（五三六条一項）
 - 二 賃貸借契約
 - 三 労働契約
 - 四 請負契約
 - 五 委任契約
 - 六 運送契約
- 第四節 小括
- 第二章 コラーの債務者主義（下民三三三條一項）批判
- 第一節 ドイツ民法三三三條一項
- 第二節 給付不能を要件とするリスク分配（Riskoverteilung）の問題点
- 一 下民三三三條一項によるリスク分配
 - 二 リスク分配の実質的な観点からの考察
 - 三 実質的に公平なリスク分配と社会生活上の安全（Verkehrssicherheit）及び法的安定性との不一致
- 第三節 費用増加リスクの分配に関する問題点
- 第四節 小括
- 第三章 ドイツのリスク分配に関する学説・判例とそれらの問題点
- 第一節 心理学的基礎（psychologische Grundlage）によるリスク分配
- 一 従来の学説・判例によるリスク分配
 - 二 エルトマン（Paul Oertmann）の行為基礎論
 - 三 シュミット・リンブラー（Walter Schmidt Rimpler）の見解
- 第二節 規範的基準の補足によるリスク分配
- 一 計画ファクターの「認識可能性（Erkennbarkeit）」によるリスク分配
 - 二 誤った表象の「共通性（Gemeinsamkeit）」によるリスク分配

三 「矛盾行為（venire contra factum proprium）の禁止」によるリスク分配

四 給付及び反対給付の均衡によるリスク分配

（一）「約束の意味（der Sinn des Versprechen）」によるリスク分配

（二）「契約の解釈」によるリスク分配

（三）「誠実な考え方（redliche Denkweise）」によるリスク分配

（四）「重大な等価性障害（die schwere Äquivalenzstörung）」によるリスク分配

（五）包括的な利益衡量によるリスク分配

第三節 リスク考察に基づくリスク分配

一 「犠牲の限界（die Obergrenze）」によるリスク分配

二 「有責性」基準によるリスク分配（verschuldensabhängige Risikozurechnung）

三 「影響（Auswirkung）」基準によるリスク分配

四 「源泉（Ursprung）」基準によるリスク分配

五 「誘因（Veranlassung）」基準によるリスク分配

第四節 小括

第四章 コラーのリスク分配システム

第五章 コラーのリスク分配

第六章 日本法の考察

（以上、本号）

序章

第一節 本稿の目的

民法は危険負担に関して三か条（五三四条―五三六条（以下、日本民法は条文のみで示す。））を置いている。これらの規定に關しては古くから多くの議論がなされてきた。もともと、今日

ではそれも一定の方向へと収束したように見える。すなわち、五三四条一項は特定物に関する物権の設定または移転を目的とする双務契約において債権者主義をとるが、通説は同条の適用による結論の不合理性を指摘し、その適用を代金支払、移転登記、または目的物の引渡後に制限しようとする。また、五三六条一項はそれ以外の双務契約において債務者主義をとるが、通説は双務契約における両債務の牽連関係から、同条（債務者主義）が危険負担の原則であるとし、また、当事者意思にも適い公平で妥当であるとする。さらに、最近では危険負担の問題は保険制度の発達により訴訟において問題となることが少なくなつたと指摘されている。⁽¹⁾

こうした状況からすると、もはや危険負担の問題を議論する実益はないようにも思われる。⁽²⁾しかし、保険制度の発達により危険負担をめぐる訴訟が少なくなつたとの指摘が正しいとしても、なお訴訟において危険負担が問題となる可能性はあるし、実際に問題となつている。⁽³⁾また、通説は、五三六条一項が公平で妥当なものであるとするが、最近の下級裁判所の判決においては、五三四条一項の結論の合理性が問題となつた事実よりも、間接的にはあるが五三六条一項の結論の合理性が問題となつた事実の方が多いように見える。⁽⁴⁾このような状況をみると、通

説が説くように五三六条一項が公平で妥当なものであるならば、なぜ五三四条一項の結論の合理性に關してよりも五三六条一項の結論の合理性が問題とされることが多いのかという疑問が生ずる。もつとも、五三六条一項の結論の合理性が問題とされることが多い理由としては、五三六条一項の方が五三四条一項よりも適用される契約類型が多く、また、近時五三六条一項の適用が問題となつた事案においてはたまたま契約当事者が保険を掛けていなかったからであるとの見方もありえよう。しかし、はたしてそれだけが原因なのだろうか。通説が説くように五三六条一項が公平で妥当なものであれば、適用される契約類型の多さや保険の有無にかかわらず、この規定の適用により公平で妥当な解決が図れたはずではないだろうか。しかし、実際に当事者が訴訟においてこの規定の適用を争うということは、少なくとも当事者の一方は、この規定の適用に關して納得し難いからではないだろうか。そうであれば、そもそも五三六条一項も五三四条一項と同様に何らかの問題を含んでいる可能性がある。⁽⁵⁾ここに、改めて五三六条一項の妥当性を検討しようとする本稿の動機がある。

そこで、本稿はコラー (Ingo Koller) のリスク分配に関する研究を通して、わが国の危険負担に関する学説・判例の問題点

を明らかにし、今後危険負担の問題をどのように考えていくべきかという方向性を探求するものである。なぜ本稿において彼の研究を取り上げるかという点、彼はリスク分配の観点から、すべての契約類型において債務者主義をとるド民三二三条一項による危険負担の問題点を指摘し、その規定の適用を修正しようとして試みるからである。これは、わが国の学説が債務者主義（五三六条一項）が公平で妥当であるとし、さらに五三四条一項（債権者主義）の適用を制限してできるかぎり債務者主義に基づく危険負担に類似する結論に近づけていこうとする動きとは異なる。そうすると、彼の指摘は、わが国の学説の動きが適切であるのかを改めて考えるきっかけとなるものであるということが

できるだろう。また、彼の新たなリスク分配システムを本稿で取り上げることに関しては、それを利用して債務者主義の問題点だけでなく、債権者主義の問題点も解決できないかという点で参考になると思われる。もっとも、彼の見解の当否、また、彼の見解が適切であるとしても、ドイツ法と日本法の制度上の相違もあるので、日本法においても彼の見解が当てはまるかはさらに検討されなければならない。しかし、彼の指摘が適切であり、かつそれが日本法にも当てはまるということが肯定される場合には、通説が説くように債務者主義あるいは五三六条一

項が公平で妥当なものであるのか、また債権者主義の適用範囲を制限して債務者主義に基づく危険負担と類似する結論に近づけていこうとする動きが適切であるかを改めて検討する必要がある。また、その検討から判明した問題点を今後どのように解決していくべきかという課題も生ずるであろう。こうした観点から、コラーのリスク分配に関する研究は大変興味深く思われるのである。

本稿は、先に述べたように、最終的にはわが国の危険負担に関する学説・判例のあり方を考察しようとするものである。そこで、最後にコラーの研究をもとにわが国の危険負担に関する学説・判例の問題点を明らかにし、さらにそれらの問題点の検討を通して、今後それらをどのように解決していくべきかという方向性を探求したい。

第二節 本稿の構成

本稿の理解を助けるために、予め本稿の構成及び内容を簡単に示しておこう。先に述べたように本稿の最終的な目的は危険負担に関するわが国の学説・判例の問題点を今後どのように解決していくべきかという方向性を探求することにある。そのた

めに、まず危険負担に関するわが国の学説・判例の状況を把握する必要がある。そこで、第一章で本稿の検討に必要な範囲でわが国の学説・判例の状況を整理する。さらに、本章においてはこれらの学説・判例の整理を通して、筆者の問題意識をまとめる。次に、いよいよこのようなわが国の学説・判例の問題点を検討する上で参考になると思われるカラーのリスク分配に関する研究を概観する。まず第二章で下民三三三一条によるリスク分配の問題点を、契約当事者のリスク負担の不均衡、費用増加リスクの負担、契約当事者の実質的公平と法的安定性・社会生活上の安全との不一致という観点から概観する。もともと、このような同条によるリスク分配の問題点はカラーだけが指摘するものなのだろうか。たしかに、従来のドイツの学説においてカラーのように同条によるリスク分配の問題点を明示するのは見られない。しかし、行為基礎論を中心とする従来の学説・判例の動向は間接的にはあるが、同条によるリスク分配が問題を含むものであるというカラーの指摘の適切さを示すものではないだろうか。そこで、第三章で下民三三三一条一項によるリスク分配を含む問題点を解決するために、従来の学説・判例がどのような努力をしてきたかを概観する。もともと、カラーは、これらの学説・判例の努力が必ずしも満足のいく解決をもたら

すものではなかったという。そこで、さらにこの章では彼の指摘を中心として従来の学説・判例の問題点も概観する。もともと、カラーは従来の学説・判例の努力を完全に否定するわけではなく、それをもとにして自己のリスク分配システムを作り出す。そして、彼はそのシステムの要素として三つの基準をあげる。そこで、第四章ではその三つの基準、すなわち、「抽象的支配可能性」基準、「吸収」基準及び「分業による誘因」基準の内容、これらの基準によるリスク負担者及びこれらの基準の適用範囲を概観する。さらに、第五章ではその三つの基準が実際のリスク分配にどのように利用されるかを、いくつかの場合に分けて概観する。以上ここまでがカラーのリスク分配に関する研究の概観である。もともと、彼のリスク分配システムも問題がないわけではない。そこで、この章では彼のリスク分配システムの問題点及び彼のリスク分配システムが日本法のもとでも利用できるのかということも共に検討する。そして、最後に第六章で、先に指摘したように、カラーの下民三三三一条一項によるリスク分配の問題点の指摘をもとに、第一章でまとめたわが国の危険負担に関する学説・判例の問題点を検討する。そして、さらにその問題点の検討を通して、今後、危険負担の問題をどのように考えていくべきかという方向性を探求したい。

注

(1) 安藤次男「危険負担における債権者主義」、『民法学』(5)。(有斐閣、昭和五十一年)三四頁、来栖三郎「契約法」(有斐閣、平成六年)四八三頁、林良平編「危険負担」、『注解判例民法債権法』(青林書院、昭和六二年)四二〇頁(今西康人執筆)、船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成(一)」、『判時』一〇五〇号(昭和五七年)四頁、星野英一「民法概論Ⅳ(契約)」(良書普及会、昭和六一年)五六頁。

(2) もっとも、労働契約及び請負契約に関しては、最近でも多数の論稿が見られる(第一章第三節三、四参照)。さらに売買契約に関する最近の論稿として、五三四条一項起草の背景を精査しようとする五十川直行「特定物売買における危険負担(一)」明治前期民事判例研究(1)、「法政研究(九州大学)」六〇巻一号(平成五年)一頁以下、及び買主危険負担主義(五三四条一項)に関して現在の学説状況を危険移転の根拠に着目して分析しようとする多治川卓朗「買主危険負担主義(民主五三四条一項)の制限解釈」、『関法』四六巻一号(平成八年)三九頁以下などがある。

(3) 後掲注(4)の判例を参照。

(4) 第一章第三節にあげる判例の他に、近時判例において五三六条一項の適用の有無が問題となったものとして、

東京地判平成六年一月八日判時一五四五号六九頁(開発許認可が得られないことによる開発事業の不能)がある。また、行為給付型の契約においては債権者の受領不能(五三六条二項または四一三条)になるのか、債務者の履行不能(五三六条一項)になるのかという問題があるが(第一章注(23)参照)、この問題に関するものとして、労働契約の分野で、部分スト(最判昭和六二年七月一七日民集四一卷五号一三五〇頁)、一部スト(東京高判昭和五七年三月二四日労民集三三巻二号三三五頁)、プレート・ゼッケン着用就労の拒否(福岡地判昭和四六年三月一五日判時六二六号九三頁、東京地判昭和六〇年八月二六日判時一一六六号一六五頁)等において労働者の報酬請求を否定したものがある。

もっとも、これらの判決は、本文中で「間接的に」と述べたように、直接五三六条一項の適用が問題となったものではなく、同条二項の適用が問題となったものである。その点で、ここでこれらの判決をあげるのは躊躇を感ずる。もっとも、債権者の受領不能(五三六条二項または四一三条)となるのか、債務者の履行不能(五三六条一項)となるのかという問題の立て方をすると筆者としては、このような問題の立て方には疑問を感ずるが、五三六条二項でなければ、同条一項ということになるし、また、法律効果の点に着目すれば、五三六条二項が適用されな

いときは、同条一項が適用されたと同様の効果を生ずるので、同条一項の結論の合理性が問題とされているのと同様の状況が生ずる。それ故、これらの判決は同条一項の合理性を考える上で参考になると解されるので、ここに引用したのである。さらに、労働契約及び請負契約で危険負担が問題となる場合に、労働者及び請負人が報酬を請求するときは、五三六条二項の適用によるので（倉田卓次監修『要件事実の証明責任・契約法上巻』（西神田編集室、平成五年）一七九—一八一頁（西野喜一執筆）、直接五三六条一項の適用が問題となることは比較的少ないと言える（鈴木祿弥『債権法講義「三訂版」』（創文社、平成七年）二八七頁参照）。

(5) この点に関して、請負契約に関しては従来から特殊な解釈がなされているとの指摘がある（鈴木・前掲書〔注1〕二八七頁、星野・前掲書〔注1〕五八頁）。そうすると、本稿において改めて五三六条一項の合理性を検討する実益があるのかという疑問が生ずる。ところで、これらの契約に関して特殊な解釈が必要とされるのは、同条の合理性の観点からよりも、むしろ、これらの契約の特殊性、すなわち、物給付型の契約とは異なる行為給付型の契約であるということに求められている（小野秀誠『危険負担の研究』（日本評論社、平成七年）一二一頁以下、笠井修『請負契約と危険領域の確定』（成城法学）五一巻一号

〔平成八年〕一—三、七—八頁参照）。しかし、本稿はこれらの契約の特殊性という観点からではなく、そもそも同条による危険負担そのものに問題がないのかを考察の対象とする。したがって、本稿での検討の結果、仮に同条による危険負担に問題があるということになれば、行為給付型の契約だけでなく物給付型の契約に関しても特殊な解釈の必要が生ずることになる。この点で本稿において改めて同条の合理性を検討する実益がある。

(6) 債務者の費用増加リスク、出捐費用リスク、及び債権者が期待した使用収益できないリスク（第二章参照）等は本来危険負担の問題ではない。それ故、本稿においては危険負担における「危険」、つまり、反対給付請求権の有無との混乱を避けるために、債務者の費用増加リスク、出捐費用リスク、及び債権者が期待した使用収益をできないリスク等の反対給付請求権の有無が問題となる場合以外については、もっぱら「リスク」という言葉を用いる。(7) さらに、本稿の理解を助けるため、ここに本稿での筆者の立場を示しておく（詳細は、第六章参照）。まず、筆者の問題意識は三点にまとめられる。すなわち、①五三四条はすべての事案において適用を制限されるべきか、②五三六条一項は学説が言うように本当に公平で妥当なものであるのか、その形式的な適用は問題がないのか、③五三四条の適用を制限しようとする見解に関してほと

んど合理性の検討がなされていない、という問題がある。まず①に関しては、本稿の検討によっても五三四条の合理性は証明されなかったが、五三四条一項の形式的な適用を認めた判例の結論に学説も賛成していることから(第一章注〔50〕参照)、債権者が実際に目的物を所持(使用収益)していないくても、債務者に反対給付義務を認めることが必ずしも不合理ではない事案がありうるので、すべての事案において適用が制限されるべきではないと考えられる。②に関しては、五三六条一項が当事者意思に適い、公平で妥当であるとする通説の理由づけには疑問を感じる。同条によるときは、債務者の出捐費用リスク、給付困難リスク、及び債権者の目的物の期待した使用収益できないリスクの問題が生ずるからである。もともと、通常、契約当事者は相手方よりもそれらのリスクに容易に対処することができるので、五三六条一項が必ずしも不合理であるとは言えないと考える。結局、通説の理由づけが適切なのかということを変更して考える必要があるだろう。また、五三六条一項の問題があるならば、その形式的な適用は問題を生ずる可能性がある。そこで、今後は同条の適用によって生ずる問題をどのように解決していくべきかという課題が検討されるべきであろう。③に関しては、五三四条の適用を制限しようとする見解には五三六条一項に関する問題がほぼ当てはまる。そうす

ると、このような見解が妥当かどうかは改めて検討されるべきである。また、この場合には五三六条一項の場合と異なり、先にあげたリスクを契約当事者に負担させる法律上の根拠はなく、このような見解をとる場合にはこの根拠を示す必要があると考えられる。また、適用範囲の制限の方法に関して、黙示の合意を推定する場合は別として、条文と整合的ではないという問題があるが、この点に関して筆者は、五三四条一項の要件、つまり「特定物」「帰責事由」及び「滅失・毀損」という要件を取引主体、取引物など各事案の具体的な諸事実に即して解釈することによって適用範囲を制限し各事案ごとに適的な解決を導くべきではないかと考える。

結局、危険負担の規定の合理性の問題に関しては、債権者主義を制限する見解も含めて、債権者主義か、債務者主義が妥当かというように、具体的な事案から離れて一般的・抽象的にその合理性を検討するのではなく、まず初めに個別具体的な事案のもとで合理性を検討する必要があるだろう。

第一章 わが国の危険負担の現状

第一節 わが国の危険負担

危険負担の問題 (Gefahrtragung, question des risques) とは、双務契約において当事者の一方が相手方に対して何らかの給付義務を負う場合に、その義務の履行が自己の責めに帰すべからざる事由によって全部または一部が不能となるときに、相手方の反対給付義務が如何なる影響を受けるかという問題である。

民法はこの問題を以下のように規律している。すなわち、特定物に関する物権の設定または移転を双務契約の目的とした場合に、当該目的物が債務者の責めに帰すべからざる事由によって滅失または毀損したときは、債権者は目的物の滅失または毀損を負担しなければならない(五三四条一項)。この場合、債権者は反対給付の全部を履行しなければならない(債権者主義)。不特定物に関する契約に関しては、その目的物が確定(特定)した時から(四〇一条二項)、債権者はその滅失または毀損を負担しなければならない(五三四条二項)。当該契約が停止条件にかかる場合に、その目的物が条件の成否未定の間に滅失したときは、債務者がその滅失を負担し(五三五条一項)、その目的物が毀損したときは、債権者がその毀損を負担しなければならない(五三五条二項)。これら以外の双務契約において、当事者双方の責めに帰すべからざる事由によって債務の履行が不能となるときは、債務者は反対給付を受ける権利を有しない

(五三六条一項(債務者主義))。債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能となるときは、債務者は反対給付を受ける権利を失わない(五三六条二項)。

もっとも、これらの規定は任意規定であり、当事者の合意で排除することができる⁽¹⁾。さらに、このような危険負担の原則は第二節以下で述べるように、各契約類型ごとに若干の修正がなされている。しかし、そのような修正にもかかわらず、現行法の危険負担制度は批判されている。そこで、以下では学説・判例を再検討するために、まず学説・判例の状況を簡単にまとめしておく。

第二節 債権者主義に関する学説・判例

一 特定物に関する物権の設定または移転を目的とする双務契約における危険負担(五三四条一項)

特定物に関する物権の設定または移転を双務契約の目的とした場合の規定は前記の通りであるが、学説はこの規定を強く批判している⁽²⁾。この規定を形式的に適用するときは、債権者はそもそも契約を締結しただけで何ら目的物を自己の支配下においておらず、それ故、何ら使用収益もなしえないにもかかわらず、

何故に債権者が偶発の滅失または毀損の危険を負担しなければならぬのか、あるいは等価交換の原理に反するのではないかということが問題となるからである。

そこで、学説はこの規定の適用を妥当な範囲に制限しようとする⁽³⁾。具体的には、①黙示の合意を推定することにより同条の適用を否定する考え⁽⁴⁾、②他人物売買(五六〇条)及び二重売買の場合に同条の適用を否定する考え⁽⁵⁾、③同条の適用を目的物の引渡、登記移転または代金支払がなされた時以後に制限するという考え⁽⁶⁾、④転売により利益をあげうる商人の売買に同条の適用を制限するという考え⁽⁷⁾、⑤目的物が不代替物である場合に同条の適用を制限する考えが唱えられている⁽⁸⁾。

もっとも、これらの見解に対しても批判がないわけではない。すなわち、右①の考えに対しては、このような黙示の合意が存在するか否か及びいかなる範囲において認めることができるかという問題が残る。右②の考えに対しては、それらの事案において同条の適用を否定するとしても、はたしてこれらの事案を除くだけで妥当な解決が図れるか疑問である。右③の考えは論者により危険の移転時期に差が生ずるために、一律に論じることはできないが、問題となるのは危険の移転時期をずらすという解釈論が一体どこから帰結されるのかということである。そ

れに関して、学説において当事者間の合意または慣行に基づいて引渡主義が導入されるとし、民法典の定めている危険負担原理が合理的ないわば生ける法によって有名無実化されるとするものがある⁽¹⁾。また、現行の取引慣行から引渡、移転登記、代金支払前に目的物が滅失・毀損したときは、買主の代金支払義務は消滅するという暗黙の合意を推定できるとするものもある⁽¹²⁾。右④、⑤の考えに対しては、規定の文理との関係、特に、これらの見解の射程外で、本来同条が適用されるはずの事案、たとえば、④の考えにおいては、非商人の場合、⑤の考えにおいては目的物が代替物である場合にいかなる解決がなされるのかという問題が生ずる。

このような学説による同条の適用の制限の動きにもかわらざ、最高裁は、目的物(蚊取線香)が空襲により滅失したという事案において同条の適用を肯定した⁽¹³⁾。下級裁判所も最高裁と同様に同条を形式的に適用している⁽¹⁴⁾。もっとも、これらの下級裁判所の判例はむしろ通常の売買契約ではなく、建物・造作買取請求(借地四条・一〇条・借家五条)または競売の事案において、建物や造作が火災によって滅失したという特殊な事案に関するものであるということが指摘されている⁽¹⁵⁾。

ところで、民事執行法においては、買受人が代金を納付した

ときに不動産を取得し（民執七九条）、不動産が滅失したときは、執行裁判所は強制競売の手続を取り消さなければならず（民執五三条）、買受申出人または買受人は、買受の申出をした後自己の責めに帰すことができない事由により不動産が損傷した場合には、執行裁判所に対し、売却許可決定前であつては売却の不許可の申出をし、売却許可決定後にあつては代金を納付する時まではその決定の取消しの申立てをすることができるとされている（民執七五条一項本文）。このように買受人は代金納付時まで不動産の損傷のリスクを負担しないので、学説は、不動産競売の場合は五三四条一項が修正されると解している。¹⁹

二 不特定物が特定した場合の危険負担（五三四条二項）

不特定物に関する契約に関しては四〇一条二項により目的物が特定した時から債権者は目的物の滅失または毀損のリスクを負担する（五三四条二項）。特定前に種類物が滅失したときは、五三六条一項が適用される。¹⁷

ここで問題となるのは、制限種類物が滅失した場合に関するである。学説は五三六条の適用を認めている。¹⁸判例も、倉庫内の米や古網の売買に関して、それらが震災により滅失した事案において五三六条の適用を認めている。¹⁹

第三節 債務者主義に関する学説・判例

一 特定物に関する物権の設定または移転を目的とする契約以外の双務契約における危険負担（五三六条一項）

特定物に関する物権の設定または移転を目的とする契約以外の双務契約において、債務の履行が両当事者の責めに帰すべからざる事由によつて不能となるときは、五三六条一項が適用される。たとえば賃貸借契約、雇傭契約、請負契約、債権及び無体財産権の移転契約、また、電気、ガス及び水道供給契約にも適用される。²⁰さらに、物権の設定または移転を目的とする契約でも、不特定物または選択によつて定まる物を目的とし、その特定前にその物が滅失または毀損したときにも、同条が適用される。

また、明文の規定はないが、学説・判例は、²¹五三四条及び五三五条の事案を除いて、目的物の一部不能の場合において、そのために契約を締結した目的を達することができないときは、全部不能と同様に扱われ、五三六条一項が適用されるとする。また、それ以外のときは、不能となった部分の割合に応じて反対給付額が縮減されるとする。

ところで、同条は五三四条と異なりそれほど批判されていない

い。むしろ、学説はこの規定に関して、双務契約における両債務の牽連関係に適い、また、当事者意思、取引慣行にも適い、公平で妥当であるとする⁽²²⁾。もっとも、個々の契約類型において若干の修正がなされており、また、学説・判例において同条の適用による問題点が指摘されているので以下ではそれらを概観する。

二 賃貸借契約

賃貸借契約においては、一部不能の事案に関して特則がある。すなわち、賃借物が賃借人の過失によらずに一部不能になるときは、反対給付額は当然には減額されず、賃借人の請求によって初めて減額される(六一一条一項)。また、残存する部分のみでは賃借人が賃貸借契約を締結した目的を達することができないときは、賃借人は契約の解除をして初めて自己の反対給付義務を免れる(六一一条二項)。ここから帰結されるのは、賃借人は契約を解除または減額請求しない限り、賃料支払義務を負うのであるから、本来の目的物の一部不能における危険負担の原則が修正されているということである。

三 労働契約

労働給付を目的とする契約においては、債務者が完全な給付能力を有するにもかかわらず、契約当事者の責めに帰すべからざる事由によって債務者の債務の履行ができない場合、たとえば、工場が類焼したために、またはロックアウトのために労働者が就労できなくなる場合が問題とされることがある。この場合に使用者の受領不能となるのか、または労働者の履行不能となるのかという問題が生ずるからである⁽²³⁾。

履行不能及び受領不能との関係に関して、受領不能は、債権者が債務の履行を受けることを拒絶し、またはそれができない場合であり、かつ債務者の給付はまだ不能となっていないときであり、他方、履行不能は、債務者の給付が客観的に不能になつていることを要するという見解がある⁽²⁴⁾。これに対し、給付を不能にした事情は本来両当事者の責めに帰すべからざる事由によるものであるが、労働者保護の観点から給付の障害が両当事者のいずれの支配領域内で発生したかにより履行不能か受領不能かを定めるべきであるとする見解もある(領域説(Sphären-theoret))⁽²⁵⁾。

労働法上問題となるのは、たとえば、部分ストまたは一部ストの場合のスト不参加者の賃金支払請求に関してである。部分ストの場合には、就労希望者の就労が不能または無価値な程度

に至らず、単に操業の効果が全体として低減するといった程度にすぎない場合は、スト不参加組合員が就労の態勢のもとに労務を提供しているとされる⁽²⁶⁾。そして、それに対して使用者がロックアウトを行わない限り、使用者は賃金支払義務を免れない。この場合に、ロックアウトが正当になされたときは、使用者は賃金支払義務を免れるが⁽²⁷⁾、ロックアウトが不当なときは、使用者は賃金支払義務を免れない⁽²⁸⁾。一部ストの場合には、就労希望者の就労が不能または無価値な状態になっても、多数説は就労希望者の賃金請求権を肯定する⁽²⁹⁾。

四 請負契約

請負契約においては、仕事完成前に目的物が両当事者の責めに帰すべからざる事由によって滅失した場合と、仕事完成後引渡前に両当事者の責めに帰すべからざる事由によって仕事の目的が滅失した場合とが区別される。

まず、仕事の完成前に目的物が滅失したときは、請負人はなお仕事を完成することができるときは、仕事を完成する義務を負う⁽³⁰⁾。この場合に請負人はすでになした仕事に対する報酬請求権はもとより、そのために出捐した費用の償還請求権すら有しない⁽³¹⁾。請負契約では仕事が完成しない限り、報酬請求権は発生

しないので、危険負担の問題を生じないからである。仕事を完成できないときは、履行不能として五三六条一項が適用される。この場合に請負人は自己の義務の履行を免れる反面、報酬及び自己のすでに出捐した費用の償還請求権を有しない。

仕事完成後引渡前に仕事の目的が両当事者の責めに帰すべからざる事由によって滅失したときは、原則として履行不能として扱われる⁽³²⁾。その際、請負人が材料を供給するときは、目的物の引渡によって危険が注文者に移転する。これに対し、注文者が材料を供給するときは、五三六条一項が適用される。

しかし、学説においてこのような結論に疑問を提示し、修正を試みるものがある⁽³³⁾。たとえば、①わが国の建設請負契約は近代私法の体系における請負とは異なるものであるから、それを既存の法律構成をもって処理することはできないという考え⁽³⁴⁾、②仕事完成後引渡をなすことが必要な場合に目的物が両当事者の帰責事由なしに滅失・毀損したときは、信義則によって請負人のために相当な程度の報酬の増額、損失の補償または解除権を認めるべきとする考え⁽³⁵⁾、③注文者が仕事完成後引渡前に請負代金を支払ったときは、代金支払時に所有権と共に危険が注文者に移転するという考え⁽³⁶⁾、④仕事完成前に請負人の活動範囲内において生じた危険は、請負人が負担し、その他の危険は、す

べて注文者が負担するという考え⁽³⁷⁾が提唱されている。しかし、これらの見解では、注文者が原材料の全部若しくは主要部分または代金の全部若しくは一部を提供していないときは、なお請負人は救済されず、また代金の支払により当然に注文者が工事または建物の所有権を取得すると解することはできないので、必ずしも十分な解決であるとはいえないとの指摘がある⁽³⁸⁾。さらに、領域説による危険分配に関しては④、領域概念の不明瞭さが指摘されている⁽³⁹⁾。

実務においても、結論の不合理性から約款等によりこの結論の修正が図られている。たとえば、建設業法一九条一項六号は、建設請負契約において天災その他の不可抗力による損害の負担に関して契約で定めることを義務づけている。また公共工事標準請負契約約款二五条四号では、損害額のうち請負代金額の一〇〇分の一を越える額を注文者が負担しなければならぬものとしている。さらに、下級裁判所の判決においても、請負人が仕事完成前に費用の増加などの理由からすでになした仕事の部分の清算を求めたが、注文者がそれに応じなかつたために工事が途中で中止されたという事案において、請負人は仕事完成(引渡)前には報酬を請求できないと述べながらも、信義則を理由に請負人の出来高払い請求を認めたものもある⁽⁴⁰⁾。

五 委任契約

委任契約においてそれが有償であるときは(六四八条一項)、委任事務の履行後報酬を請求することができる(六四八条二項本文)⁽⁴²⁾。両当事者の責めに帰すべからざる事由によって、委任が履行できなくなったときに、債務者はおお報酬を請求することができるか否かが問題となる。民法はこの問題に関して、履行が途中で終了したときは、すでになした履行の割合に応じて報酬を請求することができる⁽⁴³⁾と規定している(六四八条三項)。請負契約と比較して、このような差異が生ずるのは、請負契約においては、仕事の完成が目的とされているので、仕事の完成前の目的物への危険は請負人が負担するのに対し、委任契約においては、事務処理行為そのものに重点があるので、受任者は自己の責めに帰すべからざる事由により事務処理が完了しない場合の危険を負担しないからである⁽⁴⁴⁾とされる。

六 運送契約

運送契約において、運送人は、運送をなしたときは特約がなくとも運送賃を請求することができる(商五二二条)。もつとも運送賃は運送という仕事の完成に対する報酬であるから後払いが原則であつて(六三三条)、特約または慣習がない限り、商

法の認める例外の場合を除いて、運送を完了しなければこれを請求できない⁽⁴⁵⁾。運送途中で運送品の全部または一部が不可抗力によって滅失したときは、運送人は運送賃を請求することができない(商五七六条一項)。これに対し、運送品の全部または一部がその物の性質もしくは瑕疵または荷送人の過失によって滅失するときは、運送人は運送賃の全額を請求することができる(商五七六条二項)。運送が途中で終了した場合であっても、それが荷送人の運送品処分権の行使によるときは、運送人は運送賃をすでになした運送の割合に応じて請求できる(商五八二条一項)。また、運送人は立替金及び運送品の処分によって生ずる費用の償還を請求することができる(商五八二条一項)。さらに、商五七六条は海上運送にも準用されている(商七六六条⁽⁴⁶⁾)。また、海上運送に関して、運送賃は向払いを原則とし、運送品が目的地に到達しないときは、運送賃請求権は生じない(商七六六条・五七六条一項)。ただし、運送品がその性質もしくは瑕疵または備船者もしくは荷送人の過失によって消滅したときは、海上運送賃金額を請求することができる(商七六六条・国際海運二〇条二項・商五七六条二項)。また、船長の積荷処分の場合には(商七二五条・七一九条・七八八条)、止むをえない処分として運送賃の全額を請求できる(商七六四条)。

運送人が運送を完成しないにもかかわらず割合運送賃を請求できるのは、船舶の修繕不能、捕獲による契約の終了の場合(商七六〇条二項・七六三条一項)または発航後航海もしくは運送が法令に反するに至ったため、その他の不可抗力により契約をなした目的を達することができず、契約を解除された場合である(商七六一條二項・七六三条一項)。これらの規定は、商法七六六条を除いて、国際海上物品運送法にも適用される(国際海運二〇条一項)。

第四節 小括

本章の小括として学説・判例の状況を概観して筆者の問題意識をここでまとめておく。

第一に、五三四条は、この規定が適用されるはずのすべての事案においてその適用を制限されるべきなのだろうか。学説は同条の適用を強く批判する。そして、できるかぎり買主の対価の支払義務を制限する方向に動いている。その制限に関して、通説は、目的物の現実の支配時、つまり代金支払時、登記移転時または引渡時に危険が債権者に移転するとする。他方、判例は、主に建物・造作物買取請求や競売の事案ではあるが、目的

物である建物・造作物が債務者の帰責事由なしに(震災あるいは戦災により)滅失したときに、形式的な同条の適用を肯定し債権者の代金支払義務を認めている。学説は同条の適用を制限しようとするにもかかわらず、判例が形式的に同条を適用するのはなぜだろうか。この点に関して、同条の形式的な適用ではいかにも具体的妥当性を欠くというような限界的存在の微妙な事例が従来訴訟上現れなかったということ⁽⁴⁸⁾、債務者の責めに帰すべからざる事由による目的物の滅失・毀損が生ずる事案が少ないということ、及び保険制度の発達及び特約により具体的な事案において同条の適用による結論の不合理性が問題となる⁽⁴⁹⁾ことがなくなつたからであるとの指摘がある。ここではこの指摘の当否に関しての検討は行わない。もっとも、ここで指摘しておきたいのは、同条を適用した方がよい事案が全くないのが改めて検討されるべきではないかということである。たしかに、形式的な同条の適用は多くの事案において不合理な結果をもたらすことは否定できない。しかし、逆に本来同条が適用されるはずのすべての事案において同条の適用が制限されるべきなのだろうか。この点に関しては法律の文言との関連も合わせて改めて検討する必要があるだろう。

第二に、五三六条一項の適用に関しては、前述のように学説・

判例においてほとんどその合理性の検討がなされていないという問題がある(第三節一参照)。学説は、債務者主義に基づく危険負担が双務契約における両債務の牽連性に適い、さらに当事者意思にも適い、公平で妥当であるとす。しかし、近時判例で危険負担が問題となつた事案においては、序章でも述べたように五三四条一項の結論の合理性が問題となつた事案よりも五三六条一項の結論の合理性が問題となつた事案の方が多いように見える。⁽⁵¹⁾このような状況を見ると、五三六条一項による危険負担が当事者意思に適い、公平で妥当であるという学説の理由づけがはたして適切であるのかという疑問が生ずる。⁽⁵²⁾さらに、注目すべきなのは、危険負担に関して原則として債務者主義をとるドイツ(ド民三三三一条一項)において、学説・判例はこの規定の形式的な適用による結論の不合理性を指摘してその修正を試みようとしていることである。この動きは、債務者主義が妥当であるとして、債権者主義をできるかぎり債務者主義に基づく危険負担と類似する結論に近づけていこうとするわが国の学説の考え方とは異なる。さらに、わが国においても契約類型ごとに法律上も五三六条一項の修正がなされており(第二節一・第三節二・五・六参照)、必ずしもこの規定の形式的な適用が妥当な結論をもたらすものではないことがわかる。そうす

ると、学説が述べるように危険負担の問題に関して形式的に債務者主義を適用することが公平で妥当であるかを労働契約及び請負契約を越えて改めて考える必要があるだろう。

第三に、五三四条一項の適用を制限する見解に関してはほとんどその合理性の検討がなされていないという問題がある。この点に関して、この見解が債務者主義に基づく危険負担と類似する結論へ近づけられていること、かつ債務者主義に基づく危険負担の方が公平で妥当であると考えられているためであると解される。しかし、債務者主義に基づく危険負担が問題を含むものだとすれば、このような五三四条一項の適用を制限する見解に関しても問題がないのかを、債務者主義の検討と合わせてさらに検討する必要があるだろう。⁽³³⁾

以上の問題を考える上で注目されるのは、ドイツにおけるコラーのリスク分配に関する研究である。彼はリスク分配の観点からド民三二三条一項による危険負担の問題点、つまり、債務者主義の問題点を指摘するからである。これは、債務者主義が公平で妥当であるとするわが国の学説に疑問を投げかけるものである。もっとも、彼の指摘の当否及びその指摘が日本法においてもあてはまるかどうかはなお検討を要する。しかし、そのためには、まず彼の指摘がいかなるものであるかを把握してお

く必要がある。そこで、次章以下においては彼のリスク分配に関する研究を概観する(第二章―第五章)。そして、最後にこの指摘をもとにこまごまとめた危険負担に関する学説・判例の問題点をどのように今後考えていくべきかを検討することにする(第六章)。

注

- (1) 東京区判昭和二年六月一七日新報一二七号二三頁、東京地判昭和二年九月二六日新報一三六号二〇頁。谷口知平『五十嵐清編、新版注釈民法(13)』(有斐閣、平成八年)五六二・五七四頁(甲斐道太郎執筆)、林良三編『危険負担』『注解判例民法債権法I』(青林書院、昭和六二年)四一九頁(今西康人執筆)、半田吉信『危険負担』『民法講座(五) 契約』(有斐閣、昭和六〇年)八〇頁、星野英一『民法概論IV(契約)』(良書普及会、昭和六一年)五四頁、山本進一『危険負担』『契約法大系I(契約総論)』(有斐閣、昭和五一年)二六二頁、我妻榮『契約各論(上巻)』(岩波書店、昭和三七年)九九一―一〇〇頁等。
- (2) 債権者主義の理由づけ及びその批判に関して詳細は以下の文献を参照。石坂音四郎『日本民法債権編第六卷』(有斐閣書房、大正五年)二〇八五頁以下、末弘敏太郎『双務契約ト履行不能』『法協』三四卷五号(大正五年)四三

- 頁以下、半田・前掲論文(注1)一九八頁、船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成(一)」『判時』一〇五〇号(昭和五七年)三頁、水本浩「危険負担」『債権各論(民法セミナリー5)』(一粒社、昭和五四年)三〇一—三二頁、山本・前掲書(注1)二五六—二五七・二六三頁。
- (3) この点に関する学説に関して詳しくは以下の文献を参照。沢井裕「危険負担」『現代契約法大系・第二卷』(有斐閣、昭和五九年)一〇〇頁以下、谷口Ⅱ五十嵐編・前掲書(注1)五五九頁以下、半田吉信「売買契約における危険負担」奥田昌道(編)『林良平還暦記念・現代私法学の課題と展望(下)』(有斐閣、昭和五七年)一二五頁以下、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」『判時』一〇五三号(昭和五七年)三頁以下。
- (4) 山中康雄『契約総論』(弘文堂、昭和二四年)二二七頁。
- (5) 小野秀誠「危険負担の研究」(日本評論社、平成七年)四〇二頁以下、鈴木祿弥「債権法講義(三訂版)」(創文社、平成七年)二八二頁以下、林編・前掲書(注1)四二二頁、広中俊雄「債権各論講義(第六版)」(有斐閣、平成七年)三三九頁、水本・前掲書(注2)三三一・四四頁、山本・前掲書(注1)二六四頁、我妻・前掲書(注1)一〇〇頁。
- (6) もちろん、この見解に関する学説にはおのおの差異があり、これらを一括して扱うのは、正確さを欠くところがある。もつとも、これらの学説は、債権者が目的物に対して何らかの実質的な支配を得たときに危険が移転するという点で、ほぼ一致するのでここでは一括する。なお、各説の詳細に関しては以下の文献を参照。小野・前掲書(注5)三九八頁以下、四三六頁以下、川村泰啓「商品交換法の体系Ⅰ」(勁草書房、昭和四四年)三八一頁以下、沢井・前掲書(注3)一一二頁、潮見佳男「債権総論」(信山社、平成六年)五六頁、鈴木(祿)・前掲書(注5)二七八頁、林編・前掲書(注1)四一八頁、半田・前掲論文(注1)一九一頁、広中・前掲書(注5)三三七頁、船越・前掲論文(注3)四頁、星野・前掲書(注1)五六頁、我妻・前掲書(注1)一〇二—一〇三頁。
- (7) 平野義太郎「民法に於けるローマ思想とケルマン思想」[増補新版](有斐閣、昭和四五年)四三五頁。さらに、同趣旨のものとして、小島康裕「市場経済の企業法——自由主義経済法の国際展開の理論と実践——」(成文堂、平成六年)一一三—一四頁がある。
- (8) 谷口Ⅱ五十嵐編・前掲書(注1)五六五頁。
- (9) 半田・前掲論文(注1)八〇頁。
- (10) 半田・前掲論文(注1)八〇頁。
- (11) 半田・前掲論文(注1)九八頁。
- (12) 水本・前掲書(注2)三七頁。

- (13) 最判昭和二十四年五月三十一日民集三卷六号二二八頁。ところで、この判例では直接問題となっていないが、抵当物件の公売により抵当権の移転ができなくなった事案において、五三六条二項但書の類推適用により、債務者が債務を免れたことよつて利益を得たときは、これを債権者に償還すべき義務を負うとする判例がある(大判昭和二年二月二十五日民集六卷二二六頁)。なお、通説もこの償還義務を肯定する(末川博『契約法上巻』(岩波書店、昭和三年)八九頁、谷口五十嵐編・前掲書(注1)五七五頁、林編・前掲書(注1)四二四頁、星野・前掲書(注1)五八頁、我妻・前掲書(注1)一〇五頁)。
- (14) 東京地判大正六年五月三十一日新聞二二七二号二八頁(建物の競売・火災による滅失)、東京地判大正一三年三月二七日新聞二二五五号一三頁(造作買取請求・震火災による滅失)、大阪高判昭和二年二月二日下民集二卷一 二号一四九四頁(建物買取請求・戦災による滅失)。所有権留保売買において、債権者主義をとるものとして、秋田地判昭和四〇年五月二二日判時四一六号七六頁がある。
- (15) 篠塚昭次『前田達明編『新判例コンメンタール民法』6 債権総則(2) 契約(1)』(三省堂、平成四年)二一七頁(園田格執筆)、半田・前掲論文(注1)八一頁。
- (16) 半田・前掲論文(注1)八一頁。
- (17) 大判大正一二年二月七日新聞二二〇二号二二頁。
- (18) 石坂・前掲書(注2)二二〇九一二一〇頁、末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、大正八年)一六四頁、鳩山秀夫『日本債権法各論上巻』(岩波書店、昭和一年)一三一頁、林編・前掲書(注1)四二五頁、半田吉信『危険負担』『基本問題セミナー民法2 債権法』(一粒社、昭和六三年)一九〇頁、我妻・前掲書(注1)一〇一頁。
- (19) 東京地判大正一五年一〇月一四日新聞二六二二号五頁、東京区判昭和二年六月一七新報二二七号三三頁。
- (20) 我妻・前掲書(注1)一〇九頁。
- (21) 大阪地判大正六年二月一八日新聞二三五六号二五頁、谷口五十嵐編・前掲書(注1)五八七頁、林編・前掲書(注1)四三一頁、我妻・前掲書(注1)一一〇頁。
- (22) 小野・前掲書(注5)一五頁以下、潮見・前掲書(注6)五五頁、末川・前掲書(注13)八三頁、末弘・前掲書(注2)一一二頁以下、田島順・柚木馨ほか『注釈日本民法債権編・契約総則』(巖松堂、昭和二年)二六八頁、谷口五十嵐編・前掲書(注1)五五六頁、鳩山・前掲書(注18)一二九頁、林編・前掲書(注1)四一八頁、半田・前掲論文(注15)一九一頁、広中・前掲書(注5)一九・三三九頁、星野・前掲書(注1)二五七頁。もっとも、三〇頁、山本・前掲書(注1)二五七頁。もつとも、個々の契約(たとえば、労働契約・請負契約)における五三六条一項の危険負担の問題点を越えて、五三六条一項、

つまり、債務者主義そのものの問題点を指摘するものとして、多治川卓朗「代償請求権と売買契約における危険負担—売買契約の履行過程における目的物の滅失とその事後処理について—」『熊法』八九号(平成九年)一二八頁がある。

(23) このような問題が生ずるのは、使用者の受領不能であれば債務者は反対給付請求権を有するのに対し(五三六条二項。なお、受領遅滞における危険の移転が、受領遅滞の効果として生ずるのか〔我妻栄『新版債権総論』(岩波書店、平成三年)二四一頁。〕、または特定の効果として生ずる〔於保不二雄『債権総論「新版」』(有斐閣、昭和五九年)三七—三八頁。〕のかは問題となるが、受領遅滞において危険が移転するという効果自体に争いはない。労働者の履行不能では労働者は反対給付請求権を有しないからである(五三六条一項)。なお、受領不能と履行不能に関して、奥田昌道「受領遅滞と危険負担—雇備ないし労働契約の場合を中心にして—」『論叢』九四巻五・六合併号(昭和四九年)一九五頁以下、奥富晃「受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味について」『南山法学』一四巻二・三・四合併号(平成三年)一頁以下、一五巻一・二合併号(平成三年)三九頁以下、小野・前掲書(注5)一二〇頁以下、下井隆史「雇備ないし労働契約における受領遅滞と危険負担—いわゆる「領域説」の

検討を中心に—」『商大論集』一八巻一号(昭和四一年)二二頁以下等を参照。

(24) 我妻・前掲書(注23)二二九頁。

(25) もっとも、領域説の具体的な内容に関しては論者によって差異がある。領域説に関して、小野・前掲書(注5)一一七頁、於保・前掲書(注23)一一〇頁、笠井修「請負契約と危険領域の確定」『成城法学』五一巻一号(平成八年)五六頁以下、下井・前掲論文(注23)一三三頁以下、鈴木(緑)・前掲書(注5)六二二頁、柚木馨(高木多喜男補訂)『判例債権法総論「補訂版」』(有斐閣、昭和四六年)一五八頁、我妻・前掲書(注23)一三九頁等を参照。

(26) 谷口II五十嵐編・前掲書(注1)五九三頁。

(27) 最判昭和五〇年四月二五日民集二九巻四号四八一頁。

有泉亨「労働法概説〔第三版改訂版〕」(有斐閣、平成五年)八五頁、菅野和夫「労働法〔第四版〕」(弘文堂、平成六年)五七二—五七五頁。

(28) 最判昭和五二年二月二八日判時八五〇号九七頁。

(29) 谷口II五十嵐編・前掲書(注1)五九三—五九四頁。

(30) 鈴木(緑)・前掲書(注5)六三〇頁以下、星野・前掲書(注1)二六二頁、我妻栄「契約各論(中)(二)」(岩波書店、昭和五四年)六二二頁。

(31) 大判明治三五年二月一八日民録八輯一一巻一〇〇頁。

(32) 大判大正三年二月二六日民録二〇輯一一〇八頁。幾

- 代通Ⅱ 広中俊雄編『新版注釈民法(16)』(有斐閣、平成元年)一二八頁(広中俊雄執筆)、半田・前掲論文(注1) 八七頁。
- (33) これらの修正の試みに関して詳しくは、笠井・前掲論文(注25) 八頁以下参照。
- (34) 川島武宜「建設請負契約における危険負担」『契約法体系Ⅳ』(有斐閣、昭和五三年)一五一頁以下。
- (35) 我妻・前掲書(注30) 六二五頁。なお、仕事完成前において目的物の滅失が両当事者の責めに帰すべからざる事由により、かつ仕事がなお完成できる場合において、請負人の負担が著しく重く、これを強いることが信義則に反するときは、事情変更の原則により相当の報酬増額請求または新たな製作債務を免れることができるとする(我妻・前掲書(注30) 六二二頁)。
- (36) 広中・前掲書(注5) 二六六頁。
- (37) 岩田新「請負契約ニ於ケル危険ヲ論ス」『法学志林』一七巻九号(大正四年)三三頁。
- (38) 半田・前掲書(注1) 八八頁。
- (39) 笠井・前掲論文(注25) 六三―六五頁参照。
- (40) 岡山地判昭和四六年一月一八日判時六二五号九〇頁、札幌地判昭和五一年二月二六日判時八二五号八六頁。
- (41) 商五二二条に従って、特約がないときにも、商人は報酬請求権を有する。なお、仲立人は、特約がなくても報酬請求権を認められるが(商五二二条)、結約書の交付、交換の手続きを終わつた後でなければ報酬を請求しえない(商五五〇条一項・五四六条)。したがって、他人間の商行為が成立しない場合には報酬を請求しえない(平出慶道「商行為」『青林書院、昭和五五年』九〇頁)。
- (42) 有償寄託契約についても同様である(六六五条)。倉庫営業に関して、商六一八条本文参照。
- (43) なお、有償寄託契約への準用に関して、六六五条参照。
- (44) 遠藤浩他編『民法(6) 契約各論(第三版)』(有斐閣、平成二年)一九九頁(森島昭夫執筆)、我妻・前掲書(注30) 六八七頁、幾代Ⅱ 広中編・前掲書(注32) 二六〇頁(明石三郎執筆)。大判明治三二年二月二四日民録一輯六四頁。
- (45) 平出・前掲書(注41) 四八八頁。
- (46) なお、国際海運二〇条二項は商五八二条も準用する。
- (47) 石井照久(鴻常夫増補)『海商法・保険法』(勁草書房、昭和五九年)八一頁。
- (48) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任・契約法上巻』(西神田編集室、平成五年)一六三頁(西野喜一執筆)。
- (49) 安藤次男「危険負担における債権者主義」『民法学(5)』(有斐閣、昭和五一年)三四頁、来栖三郎「契約法」(有斐閣、平成六年)四八三頁、林編・前掲書(注1) 四二〇頁、船越・前掲論文(注2) 四頁、星野・前掲書(注1)

五六頁。

- (50) この問題を考える上で、先に述べた五三四条の適用範囲を制限しようとする見解の中で、④、⑤の考えは参考になると解される(第二節一参照)。というのは、④の考えでは商人の売買に関して、⑤の考えでは不代替物に関しては、五三四条が形式的に適用されるからである。もっとも、これらの考えは先に述べたような(第二節一参照)問題がある。ちなみに、債権者の支払義務を認めた前掲最判昭和二年五月三一日に関して、学説もその結論自体に関しては賛成する(浅井清信「特定物売買目的物の滅失と代金支払のために振出された手形債権の効力」、『民商』二六卷五号〔昭和二六年〕三一頁、岩本軍平「引渡不能の要件(特定物売買) 我妻栄編『売買(動産)判例百選』〔有斐閣、昭和四一年〕八一頁、内田貫『民法Ⅱ債権各論』〔東京大学出版会、平成九年〕六七頁、鈴木(緑)・前掲書〔注5〕二七八頁、森泉章「特定物売買の目的物の滅失とその代金支払のために振出された手形債権の効力、手形振出人と手形保証の目的でした手形裏書人とに対する別々の判決を求めることの可否」、『法学』一六卷四号〔昭和二七年〕五六頁)。
- (51) 序章(注4)参照。
- (52) 債務者主義による危険負担それ自体に問題を提起するものとして、多治川・前掲論文(注22)二二八頁がある。

(53) 五三四条の適用を制限する見解の問題点を指摘するものとして、船越・前掲論文(注2)三頁、水本・前掲書(注2)三二六頁がある。

第二章 コラーの債務者主義(下民三三三条一項) 批判

第一節 ドイツ民法三三三条一項

ドイツ民法は危険負担(Gefahrtragung)の問題に関して、双務契約において当事者の一方に義務づけられた給付が双方の責めに帰すべからざる事由によって不能になるときは、同人は反対給付の請求権を失うと規定する(下民三三三条一項)。したがって、ドイツ民法は原則として危険負担に関して債務者主義をとっているということができる。⁽¹⁾ 契約両当事者の責めに帰すべからざる事由によって給付が全部不能になるときは、⁽²⁾ 債務者は反対給付請求権を失う(同条一項前段)⁽³⁾。給付が一部不能になるときは、不能部分の割合に応じて(下民四七二条・四七三条参照)、反対給付請求権が縮減される(下民三三三条一項後段)。さらに、日本民法と異なり特定物の設定または移転に

関する契約（日民五三四条一項参照）に關しても日民三三三条一項が適用される。もっとも、この規定は日本民法と同様に任意規定であるとされており、これと異なる合意をすることも可能である⁽⁴⁾。また、契約各論における規定によって若干の修正がなされている⁽⁵⁾。

しかし、ここで注目すべきなのは、近年ドイツにおいてはこれらの契約各論の規定による日民三三三条一項の修正だけでは個々の具体的事案において妥当な解決が図れないとし、形式的な同条の適用に対して批判がなされており、その修正が試みられているということである。

そこで、まず本章においては、なぜドイツにおいて同条の形式的な適用が批判されているのかを、リスク分配の不均衡という観点から同条の危険負担の問題点を明確に指摘するコラーの研究をもとにして概観する⁽⁶⁾。

第二節 給付不能を要件とするリスク分配 (Risikoverteilung) の問題点

一 ド民三三三条一項によるリスク分配

コラーは、まず、日民三三三条一項が給付不能をリスク分配

の要件としているところに問題があるという (S.9-13)。

同条は前記のように給付不能 (Unmöglichkeit) を要件としている。さらに、この給付不能は、費用増加リスク、損害賠償リスク、及び目的障害リスクを契約当事者に分配する規範においても中心的な要件となっている。したがって、給付が可能である限り、債務者は原則として契約締結時に予定したよりも増加した費用の出捐を負担し、また、他の手段を用いて給付をなさなければならぬ⁽⁸⁾。そして、給付が原始的かつ客観的に不能であるときか (日民三〇六条)、または後発的に自己の責めに帰すべからざる事由によって不能になるときに (日民二七五条・二七九条)、債務者はこれらのリスクから解放される⁽⁹⁾。他方、債権者は、給付がなお可能である場合には、自己がその給付から期待していた使用収益をすることができないときでも、自己の反対給付義務を履行しなければならぬ⁽¹⁰⁾。これに対して、給付が不能になるときは、債権者は対価を支払う義務を免れる。

これらのことから、コラーは、契約両当事者の責めに帰すべからざる事由による給付不能は両当事者にそれぞれリスクからの解放と負担をもたらすという。すなわち、債務者については損害賠償・費用増加等の計算外費用を負担するというリスクから解放する。しかし、債務者に給付のために出捐した費用が無

駄になるリスクを負担させる。これを債権者の側から考察すると、給付不能は、仮に債務者の給付がなされていたとしても債権者はすでにその給付から期待していた使用収益をできなかったときに、それにもかかわらず対価を支払わねばならないというリスクから債権者を解放する。しかし、債権者は給付不能の場合には自己の需要を予定通り充足できないというリスクを負担する。

これに対し、給付がなお可能である場合には、債務者は、給付のための費用が増加するリスクを負担しなければならない。また、債権者は給付から期待していた使用収益をすることができなるときでも、対価を支払うリスクを負担しなければならない。

そこで、コラーは、給付不能という要件は契約当事者間において一見すると納得のいくようにリスクを分配しているかのように見えるという。

二 リスク分配の実質的な観点からの考察

しかし、彼はこのような契約当事者のリスク負担の均等に疑問を投げかける。彼はもつと詳しく分析すると、給付不能を要件とするリスク分配は契約当事者にとって実質的に公平ではな

いということがわかるという (S8)。

多数説は、コラーのように具体的に各リスクを示すことはないが、ド民三三三一条一項は給付不能の事案において債務者及び債権者にリスクを均等に分配しているという⁽¹¹⁾。しかし、コラーは、同条によって実現される契約当事者のリスク負担のシンメトリー (Symmetrie) は形式的なもの (formal) にとどまるという (S9)。なぜなら、まずそれぞれの給付に着目して経済的な観点から考察すると (wirtschaftliche Betrachtungsweise)、リスクの「均等」は完全になくなるからである。そして、彼は、たいていの交換契約において、金銭の支払いに対して、物給付や労務給付がなされるときは、債権者にとって自己の金銭債務の履行と結びつけられたリスクは、通常、債務者の労務の履行や物の調達において現れるリスクよりも著しく少ない (geringer) と⁽¹³⁾。

次に彼は、リスクが現実化したときの結果負担の均等という指摘にも疑問を投げかける (S9-10)。債権者はド民三三三一条一項によって予定していた需要を充足できない結果を負担しなければならぬ。他方、債務者は期待した反対給付を得られぬという結果を負担しなければならない。この点では、一見すると契約当事者はリスクが現実化した場合の結果を均等に負担

しているかのように見える。しかし、コラーは、通常まさしく
 売買契約においてさえ、⁽¹⁴⁾ 給付不能の契約当事者への経済的な影
 響はかなり異なつて現れるという。というのは、契約両当事者
 の責めに帰すべからざる事由によつて売買目的物が滅失した場
 合でも、買主はなお同条によつて自己の需要の充足を完全に断
 念する必要はないからである。たとえば、買主は売主に支払う
 はずであつた対価を、同種の目的物を取得するために、他に投
 入し、自己の需要を充足することができる。⁽¹⁵⁾ したがつて、売却
 された目的物が滅失したときに、それが代替性を有しない
 (einzigartig) ために、買主が自己の需要の充足をあきらめね
 ばならないということは非常に稀であるという。

ところで、ド民三三三条一項の根拠はどのように説明される
 のだろうか。通説は同条の根拠を、契約当事者が形式的にリス
 クを均等に負担するというのではなく、交換目的または主観
 的等価性による心理学的考察方法で説明する。たとえば、各当
 事者が自己の給付義務を負うのは、それにより相手方に反対給
 付の義務を負わせるためである⁽¹⁶⁾とか、相手方の給付は自己の財
 産の犠牲によつてなされるとか、⁽¹⁷⁾ 各当事者にとつて相手方の給
 付が自己の給付と同じ価値があるときに交換が成立する⁽¹⁸⁾とか、
 自己の給付は、それが等価なものとして約束されるという形で、

取決めに従つた等価物として約束される⁽¹⁹⁾という。そこで、学説
 はこれらの考えに基づいて、各人は反対給付の受領と引換えに
 相手方に対し、自己の給付を履行する義務を負う⁽²⁰⁾という。すな
 わち、契約当事者は、相手方も履行するという「前提
 (Voraussetzung)」⁽²¹⁾のもとでのみ給付義務を負うというのであ
 る。

しかし、コラーはこれらの見解に対しても疑問を投げかける
 (S.11)。たしかに、彼も、契約当事者は、相手方も給付義務
 を負うという前提のもとで何らかの給付を約束するという主張
 の適切さを認める。それ故、同条の根拠を主観的等価性が破壊
 されることに求めることができるという。しかし、彼は、これ
 が同条の唯一の根拠ではないという。そして、彼は、主観的等
 価性の破壊のみを同条の根拠とする見解は、この規定が相手方
 の給付義務がなされるときに債権者は自己の反対給付義務を
 免れる⁽²²⁾という⁽²³⁾ことを規定するだけでなく、同時に主観的等価性
 の破壊を給付が不能になるまで顧慮しない⁽²⁴⁾ということも規定し
 ている⁽²⁵⁾という⁽²⁶⁾ことを忘れて⁽²⁷⁾いるという。また、彼は、同条の根
 拠を主観的等価性の破壊だけに求めるときは、債権者はかなり
 頻繁に対価が支払われないリスク及びそれに伴う出捐費用リス
 クを負担することになる⁽²⁸⁾という。というのは、主観的等価性の

破壊のみに同条の根拠を求める場合には、需要の充足の判断にあたって前提とされた重要なファクターが社会状況や経済状況の変動により消滅した場合や、需要充足に適したその他の商品が現れたということだけでも、主観的等価性判断による交換の願望を動揺させるからである。⁽²²⁾ その場合に、債権者が自由に等価性を判断できるとするならば、彼は交換を望まないであろうし、その結果、債務者が給付のために出捐した費用が無駄になるリスクは、債務者が自ら負担しなければならないからである。

さらに、彼は、同条によるリスク分配が実質的に公平でないのは、給付不能が債権者の領域に由来する障害によって生ずる場合であるという（S111）。たとえば、教師（債務者）が生徒（債権者）を教える契約をした場合に、生徒が死亡したときは、同条によれば、教師はそもそも完全な給付能力を有し、かつその障害から生ずるリスクを防止することもできず、また、その障害が生徒の領域内で生じたために、生徒よりもよくその障害から生ずるリスクを計算できないにもかかわらず、教師は自己の報酬請求権を失い、かつ自己の給付能力の無駄な拘束の結果を負担しなければならないからである。

以上のように、コラーは、同条が給付不能を要件とすることによって生ずるリスク分配の問題点を指摘する。

三 実質的に公平なリスク分配と社会生活上の安全
 (Verkehrssicherheit) 及び法的安定性との不一致

もっとも、彼は、ド民三三三一条一項が給付不能を要件とするの問題点だけを述べるのではなく、逆に給付不能を要件とすることによって生ずる利点についても述べている（S12）。すなわち、給付不能という要件は、契約当事者の責めに帰すべからざる事由による不能における危険負担に関する規定（ド民三二三一条一項）と債権者遅滞に関する規定（ド民二九三条以下・三二四二条二項）の実用性（Praktikalität）を保つことができるといふ。彼は、ド民三〇〇条―三〇四二条・三二四二条二項・六一五条・六四二条によって債権者の協力がいないために給付をなすことができないが、後にその給付をなすことができる債務者だけが報酬請求権を保持し、それによって出捐した費用が無駄になるリスクを免れるという。それに対し、後に債務者が給付をなすことができないときは、債務者は報酬請求権を失うといふ。⁽²³⁾

さらに、コラーは、リスク分配に関する規定の実用性の問題がドイツ民法典の立法者にとっても切実な問題であったことを指摘する。理由書（Motive）によれば、ド民三三三一条一項の原則によって、多数の争点及び困難を容易に解決できるといふ論

拠からこの規定は採用された。⁽²⁴⁾ 第二委員会においても、「注文者のもとで生ずる事由」という概念の導入が提案されたが、それは規定を適用するための明確さを欠くとして、その一般な導入は正当化されず、請負契約における「民法六四五条一項として導入するにとどめられた」⁽²⁵⁾。

彼はこのような立法理由の検討から、立法者はリスク分配における実質的な公平をまったく認識していなかったわけではなく、その重要性を認めながらも、それ以上に法的安定性及び社会生活上の安全を重視したということを指摘する。そして、彼はその限りにおいて、実質的に公平なリスク分配と法的安定性及び社会生活上の安全との不一致は残されたままであるという。

第三節 費用増加リスクの分配に関する問題点

さらに、コラーは、契約当事者間のリスク分配の実質的な公平よりも、法的安定性及び社会生活上の安全を強調する傾向は費用増加リスクの分配に関しても認められるという (S.13ff.)。前述したように、リスク分配が給付不能を要件とするときは、給付が不能になるまで費用増加リスクは、債務者が負担しなければならぬ。給付が不能にならない限り、債務者は費用の増

加にもかかわらず、自己の給付をなさなければならぬからである。そして、彼はこのような結論を実質的に公平ではないと批判する。

費用増加リスクに関する立法者の考えをみると、第一委員会は、不能が生じ、かつそれが債務者の責めに帰すべからざる事由によるかぎりにおいて、債務者を債務から解放することが、事物の本質及び現行法に適用⁽²⁶⁾という。しかし、それを越えて費用増加リスクの分配が問題とされることはなかった。費用増加のあらゆるリスクを債務者が負担することは約束の自明の結果だと考えられたからである。

また、費用増加の問題と関連して債務者の給付の主観的不能 (subjektiv Unvermögen) に関して立法者は以下のように考えていた。⁽²⁷⁾

第一委員会は、履行をなすための債務者の能力が十分でない場合において、履行が金銭若しくは他の物及び権利の給付または作為であるときは、これは債務者の義務に影響を与えないとし、反対の原理は我慢できない結果をもたらすとし、客観的不能概念を採用した。⁽²⁸⁾ 第二委員会も不能概念の客観的理解に賛同した。⁽²⁹⁾

もっとも、このような見解に対して批判がないわけではない。

というのは、債務者の費用増加の問題、さらに障害が債務者の支配領域外で生じたために、しばしば債務者はその障害を予見することができず、その結果、克服しがたい結果を負担することもありうるからである。

しかし、これらの批判も社会生活上の安全及び法的安定性の重視により退けられた。客観的不能概念は法規範の実用性を保つことができるからである。さらに、この社会生活上の安全及び法的安定性を重視する傾向は、「事情変更条項 (*casus rebus sic stantibus*)」概念及び不可抗力概念を用いることによつて実質的に公平なリスク分配を達成しようとする見解の導入をも拒絶した⁽³⁰⁾。これらの概念の不明確さによつて社会生活上の安全及び法的安定性が害されるおそれが生ずるからである。

コラーは以上のドイツ民法の立法に関する資料から次のように指摘する。立法者は契約当事者間のリスク分配の実質的な公平を認識しながらも、社会生活上の安全及び法的安定性の重視により、実質的に公平なリスク分配の問題を残したままにしたことを認めていたという⁽³¹⁾。それ故、彼は、契約当事者間の実質的に公平なリスク分配の問題と社会生活上の安全及び法的安定性の不一致が残されたままであるという。そこで、次に彼の関心はこの隙間を埋めるためにどのようなリスク分配シ

ステムが作られるべきかというに移る。すなわち、彼は、社会生活上の安全及び法的安定性を重視しながらも、実質的に公平なリスク分配を達成できるシステムを作り出そうとするのである。

第四節 小括

コラーは、ド民三三三条一項によるリスク分配、すなわち、給付不能を要件とするリスク分配の修正の必要性を唱える。なぜなら、同条は一見すると、給付不能がもたらすリスクを契約当事者に均等に分配するかのように見えるが、この契約当事者のリスク負担の均等は形式的なものにとどまるからである。まず彼は、給付に着目して経済的に考察すると、それぞれの給付に関するリスクは均等ではないという。さらに、彼は、リスクが現実化した場合に、契約当事者がその結果を均等に負担するという考えに対しても疑問を投げかける。債権者は、給付が不能になったとしても、常に自己の需要の充足を断念する必要性ないからである。また、通説は同条の根拠を主観的等価性により説明しようとするが、彼はこの説明だけでは不十分であることを指摘する。さらに、彼は、費用増加リスクに関して、同条

が給付不能を要件とするために、給付が不能になるまで債務者がすべての費用増加リスクを無制限に負担しなければならぬという不合理さも指摘する。

しかし、その反面、彼は、給付不能を要件とすることによって、リスク分配規範の実用性を保つことができ、それ故、法的安定性及び社会生活上の安全が保たれるという利点も認める。もっとも、彼は、法的安定性及び社会生活上の安全を過度に重視し契約当事者のリスク分配の実質的な公平を軽視することに疑問を投げかける。そこで、彼は、社会生活上の安全及び法的安定性とリスク分配の実質的な公平との調和を図りながら、自己のリスク分配システムを作り出そうとするのである。

注

- (1) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、昭和三七年)八七頁。
 (2) コレで、「不能」とは日本法と同様、後発的不能を意味する。Vgl. Medicus, Bürgerlich Recht, 17. neubearbeitet Aufl., (Köln·Berlin·Bonn·München, 1986), S.175; Staudinger-Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12Aufl., (Berlin, 1979), §323, Anm.11, S.448. もともと、不能が主観的で

あるか客観的であるかは重要ではない(下民二七五条二項。Vgl. Medicus, a.O., S.175)。

- (3) 以下において単に「債務者」というときは、物給付・行為給付の義務を負う者をいう。また、単に「債権者」というときは、その債務者の給付に対して反対給付として金銭給付の義務を負う者をいう。なお、コラーは、純粹な金銭給付に関する費用増加リスク及び目的障害リスクは、物給付や行為給付と比較して特別な問題を生ずるために、それらを考察の対象から除いている (Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragstörungen in Austauschverträgen, [München, 1979], S.6)。

(4) Staudinger-Otto, a.O. §323, Anm.6, S.447.

(5) たとえば、売買契約に関して、下民四四六条・四四七条(我妻・前掲書〔注1〕八七頁)を参照。賃貸借契約に関して、下民五五二条を参照。請負契約に関して、下民六四四条・六四五条を参照。

(6) なお、以下で本文中に示す頁数は、Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragstörungen in Austauschverträgen, (München, 1979)の頁数である。なお、本稿以外にもコラーの研究を紹介するものとして、笠井修「請負契約と危険領域の確定」『成城法学』五一巻一号(平成八年)六七―七十一頁がある。

(7) 目的障害リスクはさらに主たる目的障害

(Primärzweckstörung (給付不能)) と副次的目的障害 (Sekundärzweckstörung (債権者が債務者の給付から期待した使用収益を妨げる障害)) に区別される。

(8) たとえば、売買契約において給付目的物の市場価格が急騰したときは、その価格の上昇分だけ売主の調達費用も上昇することになるが、この費用の上昇分は、債務者が負担しなければならない。

(9) ド民三〇六条「不能な給付を目的とする契約は無効である。」

ド民二七五条一項「給付が債務関係成立後に生じた債務者の責めに帰すべからざる事由によって不能になる限りにおいて、債務者は給付義務を免れる。」

二項「債務者の給付の後発的主観的不能は、債務関係発生後に生ずる客観的不能と同視される。」

ド民二七九条「債務の目的が種類のみをもって定められた場合には、債務者は、種類による給付が可能であるかぎり、自己に有責性がないときにも、給付の主観的不能に対し責めを負わなければならない。」

(10) たとえば、ある行事の見物のために部屋賃貸借契約が締結されたが、その行事が中止されたときでも、賃借人(債権者)は賃料を支払わねばならない。

(11) Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, (Tübingen, 1969), S.118, 123; Esser-

Schmidt, Schuldrecht Band1, Allgemeiner Teil, 5Auf1., (Karlsruhe, 1975), S.252.

(12) もっとも「コラーは、ここで経済的考察が如何なるものかに関しては明らかにしていないので、具体的に如何なる点でリスクの均等がなくなるかは明らかでない。」

(13) 同趣旨のことを述べるものとして、Staudinger-Otto, a.a.O., §323, Amn.3, S.446がある。

(14) ここで売買契約をあえて例としてあげるのは、立法者がそこにおいて明らかに存続上の牽連関係を発展させたからである (S.9)。

(15) 同趣旨のことを述べるものとして、Staudinger-Otto, a.a.O., §323, Amn.3, S.446がある。

(16) Larenz, Schuldrecht Band1, Allgemeiner Teil, 14Auf1., (München, 1987), S.202; Fikentscher, Schuldrecht, 6Auf1., (Berlin-New York, 1976), S.37f.

(17) Heek, Grundriß des Schuldrechts, (Tübingen, 1929), S.126.

(18) Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4Auf1., (Berlin und Frankfurt, 1969), S.105; Palandt-Henrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 35Auf1., (München, 1976), vor§320, Amn. 1ca, S.345.

(19) Enneccerus-Lehmann, Recht des Schuldverhältnis, 15. Bearbeitung, (Tübingen, 1958), S.138.

- (20) Larenz, SchRI, a.a.O., S.202; Heck, a.a.O., S.126; Fikentscher, a.a.O., S.37.
- (21) Wilburg, "Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts", AcP163 (1964), S.353.
- (22) Dubischar, "Prinzipien-Platonismus", in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L.Raiser, (Tübingen, 1974), S.106f.
- (23) Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (München, 1971), S.25f; Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, (München, 1929), S.100.
- (24) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Mot) BandII, (Berlin u Leipzig, 1888), S.206f; Dubischar, a.a.O., S.105, 118.
- (25) Protokolle der Kommission für die Lesung des zweiten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches (Prot) BandII, (Berlin, 1898), S.334. 小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社、平成七年)一七三頁、笠井・前掲論文(注6)二九一四四頁参照。
- (26) Mot.II, S.45. 以下の現行法に関して、Vgl.ALRI, 5, §§361, 364, 375.
- (27) 主観的不能とは他の者には給付が可能であるにもかかわらず、債務者には不可能である場合であり (Medicus, a.a.O., S.167)、給付のために必要な費用の増加は債務者の主観的不能をもたらす可能性がある (主観的不能に関して、樗寿夫・石近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、昭和六三年)一〇五頁(床谷文雄執筆))。
- (28) Mot.II, S.45. なおこの点に関して、ド民二七五条二項との関係で給付費用の増加によって給付ができなくなる場合には、後発的主観的不能となり債務者の給付義務からの解放をもたらすのではないかとということが問題となるが、後発的主観的不能であっても、給付に必要な金銭的能力を欠くこと(経済的給付不能)は債務者の給付義務からの解放をもたらさないとされている (vgl. Staudinger-Löwisch, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 12Auf., [Berlin, 1979], §275, Anm.42, S.36. 樗・石近・前掲書[注26]一〇六、一四九頁)。
- (29) Protokolle der Kommission für die Lesung des zweiten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches (Prot) BandI, (Berlin, 1897), S.334.
- (30) Prot.II, S.335, 690. 五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、昭和四四年)八一頁参照。

第三章 ドイツのリスク分配に関する学説・判例とそれらの問題点

第二節 心理学的基礎 (psychologische Grundlage) によるリスク分配

一 従来の学説・判例によるリスク分配

前章ではなぜド民三三三一条一項(債務者主義)によるリスク分配を修正する必要があるのかをコラーの指摘をもとに概観した。ところで、このような同条によるリスク分配の修正の必要性は、コラーだけが唱えるものなのだろうか。この点につきコラーは、従来の学説・判例も同条によるリスク分配の問題点を認識し、その修正を試みていると、いう(S17-18)。そこで、本章では従来の学説・判例が如何にしてその修正を行ってきたかを概観する。しかし、コラーはこれらの学説・判例の試みも必ずしも満足のいく解決をもたらすものではないという。そこで、本章ではさらにこれらの学説・判例の問題点もコラーの指摘を中心に概観する。もともと、本章で取り上げる従来の学説・判例の試みに関しては、それぞれひとつの研究テーマ足りうるものであり、それらを一つ一つ本稿において詳しく叙述するこ

とはできない。さらに、これらは従来から事情変更の問題または行為基礎論の問題としてわが国においても詳しく研究・紹介されているので、本章ではそれらの大要を叙述するにとどめる。⁽¹⁾

一 エルトマン (Paul Oertmann) の行為基礎論

コラーは、エルトマンはリスク分配の基準として「行為基礎 (Geschäftsgrundlage)」を持ち出すという。エルトマンは、「行為基礎」とは、行為意思が一定の事情の存在または発生に関する表象 (Vorstellung) に基づいて形成される場合の、その一定の事情の存在または発生に関する表象であるという。⁽²⁾ さらに、それは行為の締結のさいに基礎に現れ、相手方によってその重要性を認識され、異議を述べられない一方当事者の表象であるか、または数人の当事者の共通の表象であるという。そして、行為基礎喪失の効果として、通常、解除権が与えられるという。⁽⁴⁾ また、継続的契約においては告知権が与えられるという。さらに、無効、取消も問題となるという。もともと、行為基礎が単に変更されたにすぎないときは、解除権は制限され、給付の延期または給付の減額が認められるという。さらに、貨幣価値が低落したときは、債務者が適当な増額の要求を拒絶したときにのみ、解除権が認められるという。

ところで、エルトマンは行為基礎を当事者の表象であるとす
るが、コラーは、ここではまさに当事者が何らの表象も持た
ない場合が問題となるので、この見解では事情変更によつて諸
関係が根底から変化してしまつた場合には何ら解決をもたらし
ないと批判する⁽⁵⁾ (S.19)。

三 シュミット・リンプラー (Walter Schmidt Rimpler) の
見解

シュミット・リンプラーは、契約制度は人間の社会共同体を
正しく秩序づけるための手段であり、当事者間に正当な均衡
(richtig Ausgleich) をもたらすものである⁽⁶⁾ という。すなわち、
契約の中に正当性が実現されるという。そのような前提のもと
で、彼は「評価基礎 (Wertungsgrundlage)」という概念を用いる。
そして、約定に基づく法律効果が法律上承認されるのは、契約
における評価基礎を両当事者がそれぞれ評価上、正当なものと
して認識しているからであり、またそれは正当性の保障の存す
る所以でもあるという。それ故、契約においてその評価基礎が
不存在または後発的に変更消滅するときは、法律効果は正当な
ものでなくなるといふ⁽⁷⁾。また、取引安全または相手方の信頼保
護との関係に関して、彼は、契約の基礎が両当事者の評価にと

つて決定的 (magendlich) であるときに本来の法律効果の排除
または変更ができる⁽⁸⁾ という。

ところで、シュミット・リンプラーは「評価基礎」という概
念を用いるが、コラーは、「評価基礎」の顧慮は動機の錯誤を
顧慮するものであるとして批判する⁽⁹⁾ (S.21)。すなわち、コラー
は、たとえば、債権者が自己の需要を不適切に予測するとき、
または専門家なら通常計算するであろう費用を十分に考慮しな
かつたときは、このような誤つた計画は主観的等価性判断を動
揺させ、そして、それによつて不利益を被る当事者は契約を解
除することを望むという。この場合に、この願望を無制限に認
めるときは、すべての契約の締結は暫定的なものとなり、契約
の拘束力は無意味になると批判する (S.21)。

第二節 規範的基準の補足によるリスク分配

一 計画ファクターの「認識可能性 (Erkennbarkeit)」によ
るリスク分配

このような心理学的基礎によるリスク分配の問題点から、学
説は心理学的基礎だけでなく、何らかの規範的基準の助けに
よつてリスク分配を行おうとする。コラーは、まず、そのよう

なりリスク分配を行うものとして、契約当事者の計画ファクターの「認識可能性」によるリスク分配をあげる。⁽¹⁰⁾

もっとも、コラーは、この見解は、契約が無条件になされたことを無視していると批判する。さらに、この見解は分業 (Arbeitsteilung) の観念を崩壊させるという (S.22)。すなわち、債務者は専門家として給付と結びついたリスクをよりよく計算できるので、分業による交換 (arbeitsteiligen Austausch) に関与させられたにもかかわらず、債務者は自己の計算を明かすことで、給付困難リスクを債権者に転嫁することができることになると批判する。⁽¹¹⁾

二 誤った表象の「共通性 (Gemeinsamkeit)」によるリスク分配

コラーは、「共通性」基準はリスク分配基準として二つの意味を有するという (S.25)。第一に、「共通性」基準は契約目的に関連づけられるという。すなわち、契約上の給付はたえず何らかの共通の目的に基づくという。⁽¹²⁾ 各当事者は自己の目標を達成するために、相手方の目的をも共に実現することを欲さねばならないからである。それを越えて、たとえば債務者が対価を取決める際に利用目的を考慮するというようなときは、通常、

一方的な債権者の利用目的は当事者の共通の目的となるという。しかし、コラーは、この見解に対し、交換契約において両当事者の目的はたえず対立すると批判する (S.25)。⁽¹³⁾ すなわち、売主は売買目的物の所有権の移転という目的ではなく、売買契約から期待される対価により自己の需要を充足することだけを追求する。⁽¹⁴⁾ 他方、買主は自己の需要の充足だけを追求する。そして、彼は、当事者にとって共通な目的は互いを拘束するということだけであるという。

第二に、コラーは、「共通性」とは、両当事者が同じファクターを自己の主観的等価性判断において利用したということであるという (S.25)。⁽¹⁵⁾

もっとも、彼は、この見解も給付困難リスク及び目的障害リスクの分配にとって不適切であるという (S.26)。⁽¹⁶⁾ というのは、両当事者が同じデータを自己の計算の基礎に置くときでさえ、通常、共通の誤りは両当事者に全く異なる影響を及ぼすからである。たとえば、両当事者が契約締結の際市場価格が一〇〇であるということ前提としたが、実際は一一〇であったというときに、買主は、後に自己が実際の価格より少なく支払ったということを知ったとしても、彼は売買を取消さないだろう。すなわち、誤った表象の「共通性」は必ずしも当事者の一方の等

価値判断を破壊するとは限らないという。

三 「矛盾行為」(venire contra factum proprium) の禁止」によるリスク分配

さらに、コラーは、適切なリスク分配を試みる見解として、「矛盾行為の禁止」によるリスク分配をあげる(§§17)。たと

えば、シュミット・リンブラーは、相手方を契約に拘束することによって思いがけず何らの反対給付もなく利益を手に入れようとする者がいるとすれば、その者が自分自身の評価におお忠実であるならば、そのような利益を手に入れることが彼には不当なものと感じられるという。すなわち、契約の文言(Buchstabe)が彼にそうする権利を与えるようにみえるからというだけで、彼自ら正しい価値基準として認識しかつ事実上契約締結に際して承認した「評価基礎」に背いて、今やはるかにより多くの利益を要求しようとするのは、彼が誠実な考え方に立つ者であるとすれば、彼は自分自身に耐えられないという。

しかし、コラーはこの見解を二つの観点から批判する(§§20)。第一に、契約当事者が等価値判断の際に同じファクターを利用したとしても一たとえば、契約当事者が売買目的物の価格が一

〇〇であるということ为基础として、反対給付の額を一一〇と決定する場合(一〇は売主の利益である)一、約束により作られる信頼は、両当事者の等価値判断が共通の基礎に基づくという事情よりもずっと強いので、自己の矛盾行為を非難されるべきは、相手方を契約に拘束しようとする者(買主)ではなく、履行しようとしぬ者(売主)であるという。

第二に、この見解は、契約当事者が同じファクターを利用したとしても、通常、このファクターが両当事者にとって全く異なった意味をもつことを見過しているという。たとえば、先の例で、目的物の価格が一〇〇であるということは、売主にとって自己が請求できる価格(一一〇)で費用(一〇〇)を填補することができるかどうか、あるいは自己の利益を判断するために重要であるという。これに対し、買主にとって目的物の価格は、この目的物の価格によって反対給付の額を下げる事ができるときだけ重要となるという。このように同じファクターを利用したとはいっても、このファクターが契約当事者にとって有する意味は異なるのであり、それ故、契約当事者が等価値判断の際に同じファクターを利用したということから、「買主ができるだけ安く買おうとすることは自己矛盾である」とは必ずしも言えないという。したがって、コラーは、何らか

の取引から契約締結の際に考えていたよりも大きな利益を取得する当事者が必ずしも不誠実であると言ふことはできないといふ。⁽¹⁹⁾

四 給付及び反対給付の均衡によるリスク分配

(一) 「約束の意味 (der Sinn des Versprechen)」によるリスク分配

パーラーシュテット (Kurt Ballerstedt) は、契約上の種類債務に基づく債務者の責任はド民二七九条の抽象的な規定によつてではなく、⁽²⁰⁾ 契約の内容によつてのみ決められるといふ。⁽²¹⁾ つまり、債務者が何に対して責任を負うことを約束したか、あるいは債務者が給付結果の実現に差し迫る如何なるリスクを負担したかということが問題とされねばならないといふ。もちろん、彼は、この問題は債務者の心理的な意思または契約当事者の表象によつてではなく、「法的—概念的な (rechtlich-begrifflichen)」契約の内容によつてのみ答えられるといふ。⁽²²⁾ そして、彼はド民二七九条を債務者の「合理的 (法的)」意思の表現として理解する。そして、債務者の同条に基づく責任は、契約において引き受けられた調達義務に基づくのであり、それに基づいて制限されるという。さらに、具体的な契約において

債務者の意思表示の合理的意味内容は種類売買のさまざまな形式の理想的典型的 (idealtypischen) 考察から導き出されるという。たとえば、市場における種類売買に関して地域外の市場からの商品の調達は、契約内容からあるいは契約当事者により一致して前提とされた諸事情から売主の経済的に重要な給付であるといふ。⁽²³⁾ また、契約当事者は比較的長期間にわたる給付の合意において、価格及びその他の市場関係の起こりうる変更のリスクを自ら負担しなければならないという。

しかし、コラーは、この見解は、如何なる範囲において債務者が調達市場において途方もない (exorbitanter) 価格上昇のリスクを負担しなければならないかという問題の解決のために何ら基準を提供しないと批判する (S.33)。さらに、彼は、この見解は「合理的」意味といふ「空の形式 (Leertonne)」を⁽²⁴⁾ みたす基準を採求する必要があるといふ。

(二) 「契約の解釈」によるリスク分配

この見解の論者、たとえば、フルーメ (Werner Flume) は、リスク分配の問題はそれを定めた契約法の規定に従つて考察されなければならないといふ。⁽²⁵⁾ まず、主観的行為基礎に関しては行為基礎の問題ではなく、何が合意の中に含まれるかという契

約の問題であるという。さらに、債権契約において誰が契約と現実の不一致のリスクを負担すべきかという問題は実定法に基づいて答えられねばならないという。さらに、この見解の論者は、債務者が利用目的 (Verwendungszwecke) の実現にまったく影響を及ぼさないときにも、利用目的が契約内容に、それどころか給付内容にさえなりうるという。⁽²⁶⁾ それは「戴冠式行列 (Kronungszug)」事件において明らかになるといえる。⁽²⁷⁾ 事案は以下のとおりである。原告はエドワード七世の戴冠式のパレードが行われるはずの日のために、その途筋にあたるロンドンの住宅を被告に賃貸した。被告はその住居の窓ぎわの場所を転貸しようと考えていた。ところが、戴冠式のパレードは中止になった。そして、原告は被告に約定の賃貸料の支払を求めた。裁判所は、両当事者ともに前記戴冠式の行列を見るところを契約の基礎として考えており、契約の文言が一般的かつ無条件であって、被告が一定期日にその部屋を使用し、それに対して賃料を支払うということを定めているとしても、その文言はその後が発生した出来事の原因の可能性との関連で用いられているのであって、ただちにその契約は無条件、絶対的なものであると考えられるべきではないと述べ、原告の賃料支払請求を棄却した。たとえば、フルーメも以下の理由から裁判所の結論を

肯定する。⁽²⁸⁾ すなわち、契約に従った利用、つまりパレードの見物のために部屋を賃貸することは可能ではなかったのであるから、賃貸人は賃料請求権を有しないという。というのは、賃貸人がこの現実のリスク、つまり、契約に従った賃借物の利用が可能でないというリスクを負担しなければならないからである。コラーは、この見解が一方でより法律に近いという利点を認めながらも、反面、この見解は、債権者が債務者の給付から期待した使用収益ができない事案において、給付及び反対給付の不均衡のために納得のいく基準を提供することができないという (S.305)。そして、彼は、リスク分配にとつて重要な基準は当事者自治により合意された評価にはよらないという。むしろ、信義誠実及び取引慣習の侵入領域 (Einbruchstelle) を越えて相当であると感じられるリスク分配を可能にする他律的な評価が必要であるという。

(三) 「誠実な考え方 (redliche Denkweise)」によるリスク分配

さらに、コラーは、ド民三二三条一項によるリスク分配を修正するものとして「誠実な考え方 (redliche Denkweise)」によるリスク分配をあげる (S.39)。ラーレンツ (Karl Larenz) は、

当事者は第一に自分自身の利益を欲するものであるが、しかし、同時にまた当事者は、誰も自分が「だまされている」とは思わないこと、誰もが悔やんではならぬ「公正な妥協 (in fairer Ausgleich)」の成立することを望むと⁽²⁹⁾いう。

しかし、コラーは、この見解は「適切な解決がみつけれねばならない」ということの言い換えと何ら異ならないと批判する⁽³⁰⁾。

(四) 「重大な等価性障害 (die schwere Äquivalenzstörung)」

によるリスク分配

ラーレンツは、双務契約において各当事者は自己の給付と引き換えに反対給付を受け取るためにだけ、相手方に対する給付義務を負うと⁽³¹⁾いう。そして、反対給付は各当事者の念頭においては、自己の給付の対価として十分価値のあるものであるという。もっとも、その対価は客観的意味において等価である必要はなく、両当事者が信義誠実に従って反対給付つまり等価物を受領し、かつ自己の側ではそれを与えるつもりであるということだけが必要であるという。それ故、彼は、「双務的なもの」として締結された契約は事情変更の結果、等価関係が著しく乱されて、当事者の一方が相手方の給付をほぼほとんど自己の

給付と引き換えの等価物とみなしえない程になる場合には、その本来の意味と性格とを失い、契約全体の「基礎 (Grundlage)」が消失するという。そして、彼は自己の見解を正当化するためにいくつかの判例をあげる。ここでは、彼が最初にあげる「リューベン酒 (Rübenspiritus)」事件を見ることにしよう⁽³²⁾。事案は以下の通りである。原告はリューベン酒を買い、八月一〇日まで供給されるはずであった。ところが、一八八七年一〇月一日に施行されたライヒ法令 (Reichsgesetz) によって極めて高率のブランデー税が実施された。そして、売主は一〇月の給付において税務署の封印済みの樽のまま原告に供給した。そのため、原告はそれに課せられた税金を支払わねばならなくなったので、この提供を契約に従ったものとは考えず、他から買い入れ、損害賠償を請求したのである。この事案においてライヒ裁判所は、普通法三七八条一項五号の法律要件が充足されているとして、原告の訴えを退けた。この規定は、行為の性質上明らかな両当事者の究極目的の達成が不可能となる場合には、いずれの当事者も契約から離脱することができる旨を定める。そして、ライヒ裁判所は、一般論として「両当事者の究極目的」とは「行為のそれぞれの本質に応じて履行が実現されること」であると⁽³³⁾し、この事案においては、「等価物の支払と引換に品

物が引渡されること」であるという。そして、売主が約定された代金よりも高い税金を支払わなければならないとしたら、売主はもはや等価物を受領することにはならないという。さらに、この事案において等価関係の事後の変動は、それによつて共通の「究極目的」の達成、つまり、相互にはほぼ等価と認めえた給付の交換の実現を不可能にしなければた程のものであるという。

ラーレンツは、「当事者の一方が相手方の給付をほとんどもはや自己の等価物と認めることはできない」⁽³⁴⁾ときには、契約全体の基礎を失うというが、コラーは、この見解に対し、等価性破壊に関する判断は、不利益を受ける当事者が自己の相手方の給付をなお等価と考えることができるか (Kann) か否かに依拠するが、ラーレンツはこのための基準を發展させることを放棄していると批判する (S41)。

ヴァッカー (Franz Wacker) はこの判断のために価格を基準とする⁽³⁵⁾。彼は、反対給付の価値が五〇%以上減少したときに等価性破壊が肯定されるという。

しかし、コラーはこの見解に対し以下のような批判をする。すなわち、契約締結後商品の価格の変動は多くの事情に依存するが、それらの事情の中には被害者がたえず自ら負担しなければならぬ多数の要素もあるという。そして、突然の価格の上

昇が、被害者が負担すべきでない責任ファクターと負担すべき責任ファクターとによつて生ずるときは、個々のファクターの価格上昇への影響がどのように数量化 (quantifizieren) されるべきかという問題が生ずるといふ。しかし、この数量化はできないという。というのは、契約当事者の一方が合意された対価と市場価格との差異の如何なる部分を負担しなければならないかが確認されて初めて、残りの部分が合意を修正しなければならないほど重要か否かが判断されるからである。

(五) 包括的な利益衡量によるリスク分配

給付及び反対給付の均衡の変動を測る一般的な基準を形成することの困難に直面して、判例及び学説の一部は客観的等価性を判断する基準の形成を放棄する。そして、個々の事案における利益衡量により適切なリスク分配を達成しようとする。

たとえば、BGH, BB, 1956, 254 は、事案の詳細は不明であるが、双務契約において債務者が自己の支配領域及び危険領域外の事情によつて有責性なしに、信義誠実の原則によれば債務者に義務の履行がもはや期待できないという窮乏状態 (Notlage) に陥るときは、経済的な「期待不可能性 (Unzumutbarkeit)」の観点から、債務者はもはや義務に拘束

されないとし、契約の解除を認めた。また、BGH, NJW 1967, 721は、土地の売買において契約両当事者が、被告が近い将来その土地に賃貸家屋を建築すると考えていたが、後にこのような推測が誤っていたとわかった事案で、原審がド民三〇六条により契約を無効としたのに対し、連邦通常裁判所は、このような事案においては法律効果はド民三〇六条によってではなく、行為基礎の消滅(ド民二四二条)⁽³⁸⁾の観点から事案に適合するよう⁽³⁹⁾に決められねばならないとした。

しかし、コラーは、これらの衡平な判例(Billigkeitsrechtsprechung)には問題があるという(S47)。まずリスク分配基準として法的安定性及び規定の実用性が保たれるという保証はないという。さらに、裁判官は視点の豊かさを必要とされるという。最後に、この見解では契約当事者はリスク分配を確実に予め確かめることはできず、紛争が生じて初めて自己のリスク負担の範囲を知るといふ事態が生ずると批判する。

第三節 リスク考察に基づくリスク分配

一 「犠牲の限界(die Opfergrenze)」によるリスク分配
「犠牲の限界」基準によれば、給付の履行は、それがなお可

能であっても、債務者に何らかの犠牲を払わせることになることは、債務者による履行は期待することはできない⁽⁴⁰⁾。そして、そのような犠牲とは、債務者が自己の支配領域及び危険領域外で生じた諸事情によって窮乏状態(Notlage)に陥ったとか、給付を履行すれば窮乏状態に陥るであろうという事情がある場合、たとえ債権者は履行の利益を正当に享受しようとする立場にあるとしても、そのような事情を斟酌すべきであるという法の命ずるところに従って債務者に期待することのできない程度の犠牲であるという⁽⁴¹⁾。そして、債務者に給付の履行をもちや期待できないときは、債権者の権利の行使は許されないという。

しかし、コラーは、この見解に対し、履行を請求できる「犠牲の限界」の範囲が不明確であると批判する(S51)⁽⁴²⁾。

二 「有責任」基準によるリスク分配(verschuldensabhängige Risikozurechnung)

ヤロプス(Horst Heinrich Jakobs)は、「取引上必要な注意義務」基準が重要であるという⁽⁴³⁾。そして、ド民二七六条の基準に従って債務者がそもそも給付義務を負うか否かが判断されるという⁽⁴⁴⁾。したがって、債務者は決して履行にとつて必要なすべ

義務に従って行動しなければならぬだけであるという。この見解によれば、ド民二七九条は種類債務にとつてもはや独自の意味はなくなる。そして、特定債務及び種類債務との唯一の差異は事実の領域に存在するという。つまり、種類債務においては給付障害が当該種類に属するすべての物に存在しなければならぬ⁴⁵⁾。

レンペナオ (Jochim Lempenau) も類似の結論に至る。彼は、債務者がすでに有する目的物の引渡にかかわる取引と目的物が債務者によつてまず調達されねばならない取引を区別する⁴⁶⁾。そして、調達債務においては債権者にとつて債務者の給付目的物を調達する資格 (Qualifikation) 及び能力が重要であるとし、債務者の特別な知識及び能力に基づいて、債権者はその調達を専門の供給者へ委ねるのであり、この信頼を十分に保護するために、客観的過失基準によつてリスク分配がなされなければならないという。そこから彼は、給付障害が債務者の領域に起因するか、またはそれが債務者の領域外で債務者の行動に影響を及ぼすかにかわららずに、リスクが分配されなければならないという。

もっとも、ここでコラーは、実際には競争の圧力は有責性によらないリスク分配の導入を放棄できるほど強くないという

(S60)。というのは、需要者はしばしば供給者との交換において生じうる損害の蓋然性に関して十分な情報をもたず、それ故、さまざまな供給と結びついたリスクを正確に評価することはできないからである。したがって、需要者が需要充足の判断においてたえずリスクが最も少なくなるように決定するだろうということは期待できないという。

また、彼は、差し迫つたリスクが必要な設備の投資より大きいと思われるときに、企業が常に防止措置を講じることは期待できないという (S60a)。というのは、企業はたえず特定の措置を経済的に講じることができるとしても、有責性基準のもとではその企業は、裁判所が「そのような措置を講じることはその企業の注意義務の範囲を越える」と判断するのではないかという希望を抱くからである。そして、需要者が最大のリスク防止措置を講じた供給者の給付能力を適切に評価できないために、より低い価格で給付する供給者を優先するというリスクが存在する分だけ、企業はより容易に防止措置を講じることが放棄する⁴⁷⁾という。

以上のことから、コラーは、最大限の防止措置を講じる企業への経済的圧力は有責性基準のもとではかなり小さいという (S61)。そこで、彼は、有責性基準によつてリスクを分配す

る以前に、有責性に依拠しないリスク分配によって適切なリスク分配がなされないか否かを調べるべきであるという。

三 「影響」(Auswirkung) 基準によるリスク分配

コラーは、有責性によらないリスク分配基準として、まず、「影響」基準をあげる。この基準によれば、債権者は自己の法領域において現れ、給付をなすことを妨げる克服できない給付障害を完全または部分的に負担しなければならない(S62)。もっとも、この基準の論者はこの基準の適用範囲を一定の事案に制限する。たとえば、債権者自身が直接その障害により打撃を受ける場合に制限する。すなわち、休みの間家庭教師を頼んだ生徒が休みの間中病気になる場合である。あるいは、債権者が用意しなければならぬ、かつそれで給付がなされるべき給付基礎に障害が現れる事案に制限する。⁽⁴⁷⁾たとえば、修理すべき絵画が戦争により滅失する場合である。⁽⁴⁸⁾

しかし、コラーは、この基準については、なぜ債権者がまさに自己の領域において現れたリスクを負担しなければならないかを説明する必要があるという(S63)。また、彼は、債権者の領域においてまず初めにリスクが現れるときに、債権者がひよっとすると支配可能性の優位を有するかもしれないというこ

とだけでは正当化されないという。というのは、この基準によれば債権者はまず初めに自己の領域において現れるリスクが全く子見不可能でかつ支配不可能だったときにもそのリスクを負担しなければならないからである。さらに、「影響」基準の欠点は、それがせいぜい給付不能の枠内においてしかリスク分配基準として利用されないということにあるという(S65)。すなわち、給付困難リスクの分配において、債務者が単に障害に「より近い」(näher dran)ということを顧慮する場合には、費用がまったく異常な外部から生ずる出来事によって増加するときにも、債務者は自己の約束に拘束されねばならなくなるといふ。それにもかかわらず、債務者を約束から解放しようとするときは、それは障害に「より近い」(näher dran)ということによってだけでは説明されないという。それ故、なぜ給付不能において「影響」基準は重要であるのに、給付困難においてはそうではないのかということの説明が必要があるという。

四 「源泉」(Ursprung) 基準によるリスク分配

コラーは、有責性によらないリスク分配基準として、次に、「源泉」基準をあげる(S66)。すなわち、「源泉」基準によれば、契約当事者は自己の人的または経営上の組織領域に源泉を

有する障害を負担しなければならない。たとえば、債務者は原始的・主観的不能において自己の行為領域に対して責任を負うが、しかし、そこに源泉を有しない事由に対しては責任を負わない。⁽⁴⁹⁾たとえば、戦争、官庁の介入、自然災害のような事由は債務者の経済的な給付能力と関係がないからである。さらに、中立の領域に源泉を有する給付困難リスク、損害賠償リスク及び目的障害リスクは「源泉」基準によって契約当事者に分配されるといふ。

もっとも、コラーは、主観的不能に関する障害が債務者の行為領域外にあるときに債務者は免責されるということに対して、⁽⁵⁰⁾給付履行契約締結前に差し迫りかつ契約締結時に債務者の給付を不能にした障害の防止可能性にかんがみて、支配可能性が重要であるか否かはまさに疑わしいという(§68)。そして、彼は、原始的・主観的不能において交換のスムーズな清算にとって、そもそも契約締結以前に債務者が自己の給付能力を保証するということは重要ではなく、むしろ債権者にとって重要なのは、債務者が契約締結時に自己の給付能力の現実の状況に関して情報を与えるということだけであるという(§68)。というのは、債務者の給付能力が不可抗力により奪われるときでさえ、「当時の給付能力」という計画データが不適切になったことを知る

債務者は、すぐ契約締結を断念することができるからである。それ故、彼は、「源泉」基準及びリスクの支配可能性は契約締結時にすでに存在する給付の危殆化の認識可能性と関連するといふ。

さらに、支配可能性基準及び吸収基準で作られる「源泉」基準の適用範囲が未解決であると批判する(§69)。すなわち、給付困難リスクの分配のために導入されるのか、または給付不能もしくは債権者が債務者の給付から期待した使用収益ができない事案におけるリスク分配にも適用されるかが答えられなければならないという(§69)。

また、彼は「源泉」基準を補完する追加的基準(zusätzlichen Wertungen)が必要であるという。これらの追加的基準の内容及び重要さが確かめられて初めて、「源泉」基準の実質的な正当化がなされるといふ。

五 「誘因(Veranlassung)」基準によるリスク分配

コラーは、「源泉」基準を補完する追加的基準は「誘因」基準であるという(§70)。

彼は、「誘因」基準は、債権者が債務者に契約締結によって自ら需要を充足しようとしたときに冒したであろうリスクの誘

因を与えたということに基づく⁽⁵²⁾。

しかし、コラーはここでこの基準の適用範囲を問題とする (S.70-71)。彼は「誘因」基準の適用範囲を制限する必要があるという。彼は、「誘因」基準を給付受領者が需要を自ら充足しようとしたときに自己が確実に冒すであろう費用リスクの誘因に制限するときでさえ、限定的にのみ利用されるべきであるという。そこで、彼は補助的リスク分配基準 (zusätzlicher Risikozurechnungselemente) の助けで、その適用範囲を狭めねばならないという。さらに、この「誘因」基準及び他のリスク分配基準との調和の問題、それと共に他のリスク分配基準として如何なる基準が導入されるべきかという問題も指摘する。

第四節 小括

本章では、ド民三二三条一項によるリスク分配の修正に関する学説・判例を概観してきた。ここでは、同条によるリスク分配の問題点を明示的に示しているかは別として、ドイツの学説・判例は形式的な同条によるリスク分配に問題を感じているということができないのではないかと、このことを指摘しておく。したがって、同条がいかなる点で問題があるかということは別

として、形式的な同条によるリスク分配に問題があるというコラーの指摘自体はドイツにおいても受け入れられるのではない⁽⁵³⁾かと思われる。しかし、コラーは、これらの見解では同条によるリスク分配の修正のために十分な解決をもたらすことができないと批判する。そして、彼はこれらの見解をもとにして自己のリスク分配システムを形成しようとするのである。

注

(1) 従来の研究に関して、五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、昭和四四年)、岩田新『経済事情の変動と債権の効力』(同文館、大正一五年)、奥田昌道『ヴェイントシャイトの『アクチオ論』について』、『論叢』六三卷三号(昭和三二年)一頁以下、小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社、平成七年)一九七頁以下、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』(有斐閣書房、大正一五年)、北川善太郎『瑕疵担保責任について』(二完)、『論叢』六八卷三号(昭和三五年)一〇一頁以下、小町谷操三『貨幣価値の変動と契約』(有斐閣、昭和二二年)、高橋三知雄『Fremdeの法律行為論』、『関大法学』一六卷四〇五〇六号(昭和四一年)四三三頁以下、高森八四郎『法律行為の研究』(関西大学出版部、平成三年)三頁以下、玉田弘毅『シユミットリンプラー教授の行為基礎論について』、『法律論叢』

- 三〇巻三号(昭和三年)七九頁以下等を参照。
- (2) なお以下の学説及びその順序に関しては、コラー(S.19ff.)に従った。
- (3) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, (Leipzig-Erlangen, 1921), S.37.
- (4) Oertmann, a.a.O., S.155ff.
- (5) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2Aufl., (zit.GG) (München u Berlin, 1957), S.9f.; Locher, "Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck", AcP121 (1923), 14ff.
- (6) Schmidt-Rimpler, "Zum Problem der Geschäftsgrundlage", in: Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag, (München u Berlin, 1955), S.5-9.
- (7) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.9-11.
- (8) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.12.
- (9) シュミット・リンブラー自身もそれを認める(Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.11.)。Larenz, GG, S.164.もコラーと同様の批判をする。
- (10) ここで、コラーは、このようなりスク分配基準に属するものとして、ヴァイントシャイト(Bernhard Windscheid)の「前提(Voraussetzung)」理論をあげる(Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bdl, 5Aufl. [Frankfurt, 1882], S.287.)。
- (11) 判例も、買主が価格の計算を誤った事案において、そのような買主の計算の瑕疵は動機の錯誤であるとし、買主の行為基礎の消滅の主張を認めなかった(BGH, DB, 1967, 1172)。
- (12) Vgl. Larenz, GG, S.104f.
- (13) Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, (München, 1971), S.9.
- (14) 賃貸借契約、請負契約に関して、Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, BdII, Das Rechtsgeschäft, 4Aufl, (Berlin-Heidelberg-New York, 1992), S.513, 515.
- (15) Vgl. Oertmann, a.a.O., S.37.
- (16) Vgl. Esser, "Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz", JZ 1958, 115.なお、給付困難リスクと費用増加リスクとの関係に関しては、費用の増加が給付困難をもたらす場合には、前者は後者を含むものであるが、費用が増加しなくとも給付が困難になる場合には、両者は異なる。たとえば、給付目的物が非常に少ないために価格は同じでも調達が難しい場合である。また、目的障害リスクに関しては、第二章注(7)を参照。
- (17) 「venir contra factum proprium」に関して、Vgl. Esser-

- Schmidt, Schuldrecht, BdI, Allgemeiner Teil, TeilbandI, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 5Auffl., (Karlsruhe, 1975), S.49f.; Köhler, a.a.O., S.147.
- (18) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.15; Vgl. Larenz, GG, S.164.
- (19) Vgl. RGZ123, 93f.
- (20) ド民法「二七九条「債務の目的が種類のみによって定められたときは、債務者は、種類による給付が可能であるかぎり、債務者に有責性がなくとも、給付の主観的不能に対して責めを負わなければならない。」
- (21) Ballerstedt, “Zur Lehre vom Gattungskauf”, in: Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag, (München u Berlin, 1955), S.270; ähnlich, Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BdI, 11Auffl., (München, 1976), S.260; Esser-Schmidt, Sch RI a.a.O., S.129, 241f., 251.
- (22) Ballerstedt, a.a.O., S.271f.
- (23) Ballerstedt, a.a.O., S.264.
- (24) Vgl. Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, (Berlin, 1972), S.97; Flume, a.a.O., S.500.
- (25) Flume, a.a.O., S.507.
- (26) Flume, a.a.O., S.510ff.; Locher, AcP121, S.20, 66; RGZ94, 267.
- (27) Krell vs Henry 1903 LR 2 KB 740.
- (28) Flume, a.a.O., S.512, 499.
- (29) Larenz, GG, S.163.
- (30) Vgl. Flume, a.a.O., S.500.
- (31) Larenz, GG, S.78ff.
- (32) RGZ22, 81; 100, 130; 103, 179; 106, 7; 107, 127; 107, 160; 107, 217; 112, 329; 141, 212; JW1921, 833. なお、詳細に関しては、Vgl. Larenz, GG, S.78ff.
- (33) RGZ22, 81.
- (34) Larenz, GG, S.79.
- (35) Wiacker, “Gemeinschaftlicher Irrtum des Vertragspartners und Clausula rebussic stantibus”, in: Festschrift Wilburg, (Leykan Verlag graz, 1965), S.248.
- (36) BGH, BB, 1956, 254; NJW1967, 721.
- (37) Soergel-Siebert/Knopp, Bürgerliches Gesetzbuch, 10Auffl., (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967), §242, Anm.416f., S.118; Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 35Auffl., (München, 1976), §242, Anm.6cd, S.216.
- (38) ド民法「二四二条「債務者は、取引慣習を考慮して信義誠実に適うように、給付をなす義務を負う。」
- (39) Vgl. Larenz, GG, S.119ff.; Ulmer, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung”, AcP174 (1974), 180f.
- (40) Vgl. Larenz, GG, S.117f.
- (41) 同趣旨の事とを述べる判例として、たとえば、前掲注

- (36) ○ BGH, BB, 1956, 254 がある。
- (42) Vgl. Larenz, GG, S.117f.
- (43) Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, (Bonn, 1969), S.209.
- (44) ド民二七六条一項「債務者は、別段の定めのないかぎり、故意及び過失に対して責めを負う。取引上必要な注意義務を怠る者は、過失で行動する。」
 二項「債務者は故意に基づき責任から予め免責されない。」
- (45) Jakobs, a.a.O., S.159.
- (46) Lemppenau, a.a.O., S.71ff.
- (47) Oertmann, "Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug", AcP116 (1918), 29ff.
- (48) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, BdII., (Tübingen und Leipzig, 1902), S.149.
- (49) Vgl. Larenz, SchRI., 90f.
- (50) Vgl. Larenz, SchRI., S.259; Ballerstedt, a.a.O., S.274.
- (51) Larenz, SchRI., S.90f.
- (52) たとえば、Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, (Tübingen, 1958), S.307 は、「誘因」基準をド民一二二条・六六七条・六八三条の類推に基づかせる。
- (53) コラー自身もド民三三三一条によるリスク分配の修

正が慣習法になっているという (S.18)。

(未完)