



Title	危険負担の再検討（2・完） 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(6), 215-260
Issue Date	1998-03-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15766">https://hdl.handle.net/2115/15766</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(6)_p215-260.pdf



# 危険負担の再検討（二・完）

——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)
  - 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(下民三三三条一項) 批判
- 第一節 ドイツ民法三三三条一項
- 第二節 給付不能を要件とするリスク分配(Risikoverteilung)の問題点
- 一 下民三三三条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・リンプラー(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(Erkenbarkeit)」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 Opfergrenze)」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
  - 第一節 三つのリスク分配基準
    - 第二節 「抽象的支配可能性」基準 (Das Prinzip abstrakter Beherrschung)
      - 一 「抽象的支配可能性」基準の内容
      - 二 「抽象的支配可能性」基準によるリスク負担者
      - 三 「抽象的支配可能性」基準の適用範囲
    - 第三節 「吸収」基準 (Das Absorptionsprinzip)
      - 一 「吸収」基準の内容
      - 二 「吸収」基準によるリスク負担者

(以上、48巻5号)

三 「抽象的支配可能性」基準と「吸収」基準との関係

四 「吸収」基準の適用範囲

第四節 「分業による誘因」基準 (Das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung)

一 「分業による誘因」基準の内容、リスク負担者及び適用範囲

第五節 小括

第五章 コラーのリスク分配

第一節 コラーの具体的なリスク分配

一 具体的な事案におけるリスク分配

二 社会政策的保護目的が重要な役割を果たさない交換契約

(一) 将来の障害による計算外費用の負担

(二) 現在の障害による計算外費用の負担

(三) 主たる目的障害及び副次的目的障害に関するリスク分配

(ア) 主たる目的障害に関するリスク分配

(イ) 副次的目的障害に関するリスク分配

三 社会政策的保護目的が重要な役割を果たす交換契約

第二節 コラーのリスク分配システムの検討

第六章 日本法の考察

第一節 日本法におけるリスク分配の実質的な公平

一 コラーの分析視角を通して

二 五三六条一項によるリスク分配の公平

三 五三四条によるリスク分配の公平

第二節 今後の課題——まとめに代えて——

一 金銭給付と物給付・行為給付との比較という観点からの考察の必要性

- 二 牽連関係に關して
- 三 債権者主義に關して
- 四 債権者主義の適用範圍の制限に關して
- 五 結語

## 第四章 コラーのリスク分配システム

### 第一節 三つのリスク分配基準

前章まで、下民三三三一条一項によるリスク分配の問題点及びそれを解決するために提唱された諸基準を概観してきた。コラーはそれらの基準では適切なリスク分配を達成できないと批判し、従来の学説・判例をもとにして、自己のリスク分配システムを形成しようとする。その際、彼は重要なくつかの点を指摘する (S. 77ff.)。まず、法的安定性及び社会生活上の安全の要請をみたしながら、実質的に公平なリスク分配システムの形成する必要があるという。そして、そのようなリスク分配システムを形成することができるのは、リスク分配ができるだけ少ない基準でなされるときだけであるという。さらに、そのよう

な基準は、適用範圍が本質的にその基準の機能から画定される基準でなければならないという。そして、これらの要請をみたすリスク分配基準が、「抽象的支配可能性 (abstrakte Beherrschbarkeit)」「基準」、「吸収 (Absorption)」「基準及び「分業による誘因 (arbeitssteigernde Veranlassung)」「基準であるという。本章ではこれらの基準の内容、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圍に関する彼の見解を概観する。

第二節 「抽象的支配可能性」基準 (Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit)

#### 一 「抽象的支配可能性」基準の内容

「抽象的支配可能性」基準はコラーのリスク分配システムにおいて中心的役割を占める。この基準は、リスクを、それが

生ずるまたはまず初めに現実化する領域の当事者に負担させる (S.78ff.)。

コラーは、この基準の内容は交換市場における競争を考慮する場合に明らかになるという。まず、彼は市場における競争の役割を次のように考える。すなわち、交換市場における競争は経済力を結びつけ (binden)、自由な発展を各交換当事者に保障するだけではなく、発明品の開発及び市場参加者に乏しい手段をできるだけ効率的に投入させることにも役立つという。もっとも、彼は、このことは単に競争だけに委ねておいても実現されないという。それが実現されるためには、法制度による補充が必要であるという。市場における競争を法規範で補充することによって、資源の最大の分配及び技術的かつ組織的進歩を促進する刺激が生ずるからである。そこで、彼は競争を補充するための任意規範が必要であるとし、そのための規範が「抽象的支配可能性」基準であるという。「抽象的支配可能性」基準が市場における競争と結びつくことによって、契約の実現と結びついたリスクを、最もよく防止することができる契約当事者に負担させることができ、その結果、リスクを最もよく防止することができる<sup>(3)</sup>という。

ところで、コラーは、通常、損害防止は二つの異なる基準で

なされるといふ (S.79f.)。つまり、「具体的支配可能性 (konkrete Beherrschbarkeit)」基準及び「抽象的支配可能性 (abstrakte Beherrschbarkeit)」基準である。

「具体的支配可能性」基準は、一定の評価をもとにして、<sup>(4)</sup> 防止措置が不十分なときに、リスク負担者がそのために生ずる結果を回避するためになさなければならない負担の程度を定めるという。そして、コラーによれば、この基準は客観的過失基準を意味する。もっとも、コラーは、支配可能性基準が損害を防止するための自動制御システム (Selbststeuerndes System) として働かねばならないという観点から、損害防止の基準として「具体的支配可能性」基準では不十分である<sup>(5)</sup>という。

これに対して、「抽象的支配可能性」基準は自動制御システムとして形成されるという。この基準によってリスク負担者は、リスク防止のために必要な費用が、予期される不利益よりも低くなるように抑えるという。すなわち、リスク負担者は如何なる範囲においてリスクを防止するための努力をなすか (たとえば、リスク防止措置を講じる)、またはリスクから生ずる不利益を我慢 (負担) するか (たとえば、損害賠償をする) を判断することになるという。

ところで、リスク負担者は契約締結の際に自己の主観的等価

性の判断に自己の不利益を考慮することができる。債務者がリスクを負担し、そのようなりリスクを防止すると収益がなくなるときは、債務者はそのリスクを防止するためにより高い対価を請求することもできる。もともと、コラーは、このことは債権者の需要の充足を断念させるか、またはより安い代替商品 (Substitutionsgüter) によって自己の需要を充足する誘因になるという。また、債権者が他の商品では自己の需要を充足することができないときでも、支配 (リスク防止) 能力は利益獲得

の機会 (Gewinnchance) を与えるだけでなく、まだ伝統的技術で満足する競争相手に対して生産コストの点で有利な立場に置く (Produktionskostenvorteil) ので、市場における競争の圧力によってそのような能力が活用されないということはない<sup>(7)</sup>。それ故、リスク負担者は、「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配によって常に給付または目的物の利用を危殆化するリスクを防止する方法を改善し、その方法をより容易にかつコストのかからないように発展させ、かつ、より効率的な新たな防止措置を考案しようとするという。さらに、彼は、それによって生ずる生産コストの優位 (Produktionskostenvorsprung) は模倣競争 (Imitationswettbewerb) を作り出すとし、その競争はリスク支配において技術的かつ組織的に同一の状況に達す

るために、競争するリスク負担者が、自己がなすことのできるすべてのことをなすということをもたらすという。

次に、コラーは、寡占市場または独占市場における「抽象的支配可能性」基準の役割を問題とする (S. 81-83)。そこにおいて競争の圧力は比較的少ないので、交換市場における競争と結びついて機能する「抽象的支配可能性」基準のリスク防止機能が働くかが問題となるからである。

彼はこの点に関して以下のように述べる。すなわち、寡占市場において、寡占者は、価格硬直のために、リスクをよりよく支配することのできる競争相手へ顧客がすぐに移動することを危惧しないときでも、起こりうるかもしれない価格競争に備え、または他の競争のパラメーターで競争の余地を大きくするためにできるだけ収益のある生産に努力するという<sup>(8)</sup>。それ故、彼は、寡占市場においてリスクを最もよく防止するための刺激は失われず、「抽象的支配可能性」基準のリスク防止機能は失われな

いという。  
これに対して、独占市場に関してはさらに問題があるという。独占市場においては、通常、競争は生じないからである。しかし、彼は独占者であってもいつでも自己にふりかかる不利益を簡単には防止できないという。債権者が他の商品で自己の需要

を充足することができるときは、上昇した価格分だけ商品が売れなくなるために、独占者は一定の利益を放棄しなければならぬからである(§82)。そして、そこから生ずる損失は、独占によって上昇した価格によっても填補されないかもしれないからである。もつとも、コラーは、この不利益が個々の事案において独占者にとって最大のリスク防止措置を講ずることへの誘因となるために十分であるか否かを未解決のままにする。純粹な独占はあまり頻繁にみられないからである。それ故、彼は、「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配によってリスクを最もよく防止することができる、という命題の一般的な適切さを、独占は動揺させないという。

もつとも、「抽象的支配可能性」基準のリスク防止効果に関して反論がないわけではない。たとえば、ヴァイヤース(Leo Weyers)は、人間はたえず合目的に行動するわけではないという。それ故、彼は、人間が経済的に自己の行動の効率を最大に高めるといふことも、必ずしも言えないと批判する。しかし、ヴァイヤース自身も、合目的な行動は企業に関しては認められるという<sup>(9)</sup>。企業は合目的に組織されるだけでなく、通常できるだけ防止できる不利益を排除することに努力するからである。

最終消費者(Latzkebraucher)が契約当事者であるときは、コラー自身も、防止効果は疑わしいという。消費者は、リスクの蓋然性を考慮するという観点において、情報の程度や考えうる防止措置の程度が低いからである(§82)<sup>(11)</sup>。しかし、このような観点を考慮してリスクが具体的な個々の事案において実際に防止されるかによってリスク分配を行おうとする見解をコラーは批判する(§83)。というのは、リスクが実際に防止されるかによってリスク分配を行うことよりも、相手方のリスク防止への信頼が保護されねばならないからである。

さらに、「抽象的支配可能性」基準に対する批判として、ポズナー(Richard A. Posner)は、それがリスク防止に役立つことを認める反面、契約相手方がより少ない費用でリスクを防止できる場合にも、この基準によるリスク負担者がリスクを負担させられることになる<sup>(12)</sup>と批判する。これに対して、コラーは、有責性の有無にかかわらずリスク分配は、契約相手方が有責性なしに行爲した、すなわち、相手方が損害をより少ない費用で防止することができるか<sup>(13)</sup>という留保付きでなされるという(§83)。

以上のことから、彼は、「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配がもたらすリスク防止の最大化という利益を捨ててま

で、「具体的支配可能性」基準を援用することは正当化されないといい。

二 「抽象的支配可能性」基準によるリスク負担者

次に、コラーは「抽象的支配可能性」基準によるリスク負担者の問題に関して述べる。まず彼は、この問題に関してカラブレイジ (Guido Calabresi) の議論を持ち出す。<sup>(13)</sup> すなわち、船舶所有者が船舶を契約通りに係留したにもかかわらず、激しい嵐のためにドックで生じた損害を賠償する義務を負うときは、ドックの使用料は下がるという。また、ドックの所有者が責任を負担するときは、ドックの使用料は上がるという。いずれの場合にも、契約当事者が最終的にどの程度損失を負担するかは、相手方がどの程度容易により安価な代替的方法を見つけることができるかというに依るといふ。もしその損失を船舶所有者が負担するならば、船舶所有者は、その損失を負担しても他のドックを利用する場合と同じ位安価になるように、危険なドックの所有者が価格を下げるまで、または十分に安全な措置を講じるまで、より安全に置くことができるドックを利用しようとするという。反対に、ドック所有者が最初にその損失を負担するならば、ドック所有者は、より安全な措置を講ずるよりも

事故の結果を負担する方がより安価となるまで、防止措置を講じることによって損失を軽減することに努力し、また、ドック所有者は、事故費用と防止措置の費用が極めて高額なものとなり、その結果、船舶所有者にとって他のドックを利用した方がより安価となるまで、それらの費用を船舶所有者に負担させるという。

そして、カラブレイジは、結論として市場におけるリスク防止の最も安価なかつ最も効率的な方法が探し出され、いずれの当事者が最初に責任を負担するとしても、最もよくリスクが防止されるための費用及び事故の結果は、常に同じ割合で当事者間で分配されるという。

コラーは、カラブレイジの見解が理論的に適切であることを認めながらも以下の点を指摘する (p. 805ff)。すなわち、契約当事者は第三者にリスクを転嫁する能力を同等に有するわけではなく、また、契約締結においてたえず情報を入手する能力を同等に有するわけでもないという。<sup>(14)</sup> そして、最もよくリスクが防止されるためには、契約当事者が自由に利用できる情報をできるだけ早くかつ十分にリスク防止措置の収益の判断に換えることが必要であるという。それ故、彼は、よりよい情報収集能力を有し、それ故、より早くかつ正確に交換過程及び需要充足

過程と結びついたリスクに反応できる当事者がリスクを負担するのが適切であるという<sup>(15)</sup>。

このような観点から彼は次のように述べる。すなわち、通常、各当事者は、自己の領域から生ずるリスクの蓋然性を最もよく予測することができるという。また、中立の領域から生ずるリスクは、通常、それが実現化する領域の当事者が最もよく評価することができるといふ。その当事者は直接そのリスクにさらされ、かつその潜在的结果もよりよく評価することができるからである。

もつとも、彼は、「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配は、決してこの基準によつてそれをよりよく支配できる契約当事者がたえず障害の全部の結果を負担するということにはならないという (S87)。すなわち、障害が契約両当事者にとつて近づきうる (zuganglich) 領域にある事案においては、「支配可能性の優位 (Beherrschbarkeitsvorsprung)」という概念が用いられる。そして、「抽象的支配可能性の優位」は、当事者の一方が独占的に支配可能性を有する場合のリスク負担よりも、少ないリスク負担を正当化するという。

### 三 「抽象的支配可能性」基準の適用範囲

コラーは、「抽象的支配可能性」基準がリスク防止のための自動制御システムとして働くかぎり、障害を惹起する出来事明らかに支配不可能であるときは、「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配は制限されるという (S88)。

さらに、この他の場合にも、この基準によつてリスク負担者にあらゆるリスクを無制限に負担させることを制限しなければならぬという。将来生ずる障害による損害は、たえず確実に計算されるわけではないので、それを十分に考慮しないことによつて重大な損害が生ずる恐れがあるからである。それ故、リスク負担者のリスクの蓋然性及び程度の予測の能力が顧慮されなければならぬという。そして、リスク負担者に計画の瑕疵の蓋然性及びその結果を適切に計算することが期待される領域を画定する要素が必要であるという。彼は、それを画定するのは、障害の「予見不可能性 (Unvorhersehbarkeit)」であるという<sup>(16)</sup>。もつとも、この場合に、支配可能性の「抽象性」との関係が問題となる。彼は、この問題に対して、支配可能性の「抽象性」はそれによつて影響されないといい。すべての予見可能な障害においてその防止に必要な費用が結果と相当な関係にあるかを調べる必要はないからである。予見可能な障害においてリスク負担者がなすべきことは、リスク防止のためにどの程度

の防止措置が収益があるか、または損害を負担することの方が防止措置を講じるよりも費用が安いかなかを判断することだけであるという。

### 第三節 「吸収」基準 (Das Absorptionsprinzip)

#### 一 「吸収」基準の内容

コラーは、第二のリスク分配基準として「吸収」基準をあげる。そして、彼は、「吸収」基準は予期しなかった障害から生ずる結果を受け止め、かつリスクを分散する契約当事者の能力に結びつけて説かれるものであるという<sup>(17)</sup> (S89ff)。特に、それは、リスクが予見可能であるが、しかし、明らかに支配されないときに役立つという。また、彼は、この基準も競争秩序による資源の効率的な分配という目標から理解されるという。

彼は、望ましい (sinnvolles) 経済は、よりよくリスクが分散される分だけいっそう達成されるという (S89-90)。そして、この分散によってリスクの計算可能性はかなり上昇するという。また、給付のために出捐した費用が無駄になる場合であれ、費用増加または損害賠償の場合であれ、経済的統一 (Wirtschaftseinheit) (たとえば、企業) の存在を動揺させ、

かつそこにおいて生ずる経済的価値を毀損する大きな損害は防止されるという<sup>(19)</sup>。さらに、そのような障害はしばしば直接打撃を受ける当事者のもとで注目されるだけでなく、彼と共に働く他の者にも及ぶことがある。そのため、彼は、「吸収」基準は「経済的弱者の保護」という目標では説明されないという。たしかに、彼は、リスクが、契約当事者が処分できる財産の大きさによって、つまり、「十分な資力 (deep pocket)」基準によって分配されるべきであるという論拠は、「吸収」基準の考え方に近いという<sup>(20)</sup>。当事者の一方が資力を有する分だけ、その者は容易に大きな損害を受け止めることができるからである。しかし、コラーは、場合によっては、同じ損害がそもそも財産を有する当事者にとつてかなりの負担となることがあるという。また、彼は、資力を有する当事者がその資力のみによって負担させられる損害が増加し、そのため全体として「貧乏人 (Armen)」における損害と同じ意味をもつことがありうるという<sup>(22)</sup>。

さらに、コラーは、より資力を有する当事者がより容易にリスクを受け止めることができるときでも、財産は問題にならないという (S90)。とつては、「吸収」基準に契約両当事者の「十分な資力」を顧慮するときは、競争している供給者間において、そもそもより給付能力を有し、それ故、より大きなシエ

アを有する者は、より小さなシェアしか有しない競争相手よりも大きな負担を計算し、かつ負担しなければならなくなるからである。ところで、この大きなシェアを有する者はこの大きな負担を価格に転嫁できるのではないかということが問題となる。しかし、彼は、それはできないというところが問題となる。方の財産状況によって価格を区別しなければならぬが、それは不可能だからである。また、その供給者がすべての契約相手方に高い価格を貫徹することもできないという。というのは、競争において価格はあまりに大きすぎるシグナル効果 (Signalwirkung) を果たし<sup>(23)</sup>、それ故、より大きなシェアを有する者は、需要者がリスクの吸収を軽視し、より安い価格の供給者へと移ることを危惧するからである。

## 二 「吸収」基準によるリスク負担者

コラーは、「吸収」基準によるリスク負担者は、原則として最も組織的なリスク分散のための手段を講じることができ、当事者であるという (Smith)。それに加えて、当事者の一方が予測しなかつた出来事の利益及び不利益を調整するため、一定の事業を変更することができる可能性も考慮されるといふ。もつとも、リスクの最も組織的な分散のための手段は保険である

という。<sup>(24)</sup> それ故、彼は、「吸収」基準によるリスク負担者は、最も少ない費用でリスクに対して付保をできる当事者であるという。

さらに、契約両当事者が、たとえば、目的物の滅失などのリスクを保険によってカバーすることができるときは、各当事者と給付目的物とのそれぞれの関係からリスク惹起の蓋然性の高い当事者が、通常、リスクを負担しなければならないという。これによって「吸収」基準と「抽象的支配可能性」基準との衝突を回避することができ、また、リスクを最もよく防止できる措置を講じることへの圧力も減少しないという。

さらに、そのような組織的なリスク分配の可能性がなく、契約当事者が自己の子備金 (Rückstellung) でリスクをカバーすることを必要とするときは、リスクの程度をより確実に評価し、より容易に十分な予備金を形成できる当事者がリスクを負担するといふ。

## 三 「抽象的支配可能性」基準と「吸収」基準との関係

「吸収」基準においてさらに問題となるのは、「吸収」基準と「抽象的支配可能性」基準との関係である。たとえば、通常、予見可能なかつ防止できるリスクにおいては、「吸収」基準及

び「抽象的支配可能性」基準は重なり合うので、いずれの基準によってリスク負担者が決定されるのかという問題が生ずるのである。この問題に関して、コラーは、通常、両基準はパラレルに適用され、リスクは同じ当事者が負担するという

(S94:95)。しかし、「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準が異なる当事者にそれぞれリスクを分配することもありうるという。コラーは、この場合に、通常、最もよく損害を防止するために、「抽象的支配可能性」を有する当事者がリスクを負担しなければならないという。もつとも、リスクをよりよく

支配できない当事者の「吸収可能性の優位 (Absorptionsvorsprung)」がかなり大きく、かつ「抽象的支配可能性」基準によってリスクをよりよく防止することができ

る当事者が、その他のリスク分配基準<sup>(25)</sup>によると免責されるときは、「吸収可能性の優位」を有する当事者がリスクを負担しなければならぬという。この場合にリスクのスムーズな克服は、損害防止の最大化という目標に優先するからである。

#### 四 「吸収」基準の適用範囲

コラーは、「吸収」基準によるリスク分配は、原則としてリスクが予見不可能な場合には制限されるという(S95)。さらに、

交換契約と結びついたリスクが個々の契約ごとに激しく揺れ動き、それ故、十分な経験則を欠くためにリスクを十分に計算できない場合にも制限されるという。

#### 第四節 「分業による誘因」基準 (Das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung)

一 「分業による誘因」基準の内容、リスク負担者及び適用範囲

ここまで「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準を概観してきた。しかし、これらの基準にはそれぞれ適用において制限がある。たとえば、リスクが予見不可能である場合、または契約当事者が同じ支配可能性及び吸収可能性を有する場合には、契約当事者のいずれにリスクが分配されるのかは、これらの基準によって判断することはできない。そこで、コラーはこの問題に直面して、補足的なりリスク分配基準が必要であるという。

そして、彼は、その補足的なりリスク分配基準とは、「分業による誘因」基準(以下では単に「誘因」基準という)であるという(S94)。「誘因」基準は、当事者の一方(債務者)が相手方(債権者)のためにリスクを冒したのだから、その相手

方（債権者）がリスクを負担しなければならないということに基づくという。ここで、彼は、通常の交換契約における契約当事者のリスク負担の態様を次のように述べる。すなわち、債権者は債務者を自己の需要を充足するために利用する。これによって、債権者は、自身が需要の充足に着手したときに負担しなければならないであろうリスクを、債務者に転嫁することができる。たとえば、債務者（売主・請負人）を利用せずに自ら商品調達しようとする債権者（買主・注文者）は、費用が自己の計画に反して上昇するというリスクを計算しなければならぬ<sup>26)</sup>。しかし、債務者（売主・請負人）を利用して商品を調達するときは、債務者（売主・請負人）が費用上昇のリスクを計算しなければならぬ。そこで、コラーは、「誘因」基準は、需要者（債権者）が需要の充足の過程において生ずるリスクをただちに分業によって第三者（債務者）を利用することによって免れる（転嫁する）ことを阻止するという。それ故、瑕疵ある計画のリスクを交換契約においてまず初めに自己のためにそのようなリスクを冒させる契約当事者が負担しなければならないという。

コラーは、「誘因」基準の適用範囲に関して、競争秩序と一致してたえず資源の最大の分配及び技術的及び組織的進歩の促

進を達成する「抽象的支配可能性」基準または「吸収」基準が適用されるときは、「誘因」基準は適用されないという。

## 第五節 小括

ド民三三三一条一項によるリスク分配の修正に関して、コラーは、自己のリスク分配システムの基準として三つの基準をあげた。すなわち、「抽象的支配可能性」基準、「吸収」基準及び「誘因」基準である。

「抽象的支配可能性」基準は、市場における競争を法規範によって補充することで、リスクあるいは損害を最もよく防止するための刺激を与える。この刺激は、有責性の有無にかかわらずに、この基準によって、防止措置を講じてリスクを排除するか、または上昇した費用若しくは損害賠償の形でその結果を負担するかをリスク負担者に判断させることによって作られる。

それ故、「抽象的支配可能性」基準によるリスク負担者は、最もリスク防止措置の収益を判断できる当事者である。それは、通常、リスクが生ずるまたはまず初めに現実化する領域の契約当事者である。「抽象的支配可能性」基準によるリスク分配は、リスクが支配不可能であるか、または予見不可能である場合に

は制限される。

「吸収」基準は、当事者の一方が場合によっては支配不可能なりリスクを最も少なく受け止め、かつ分散することができるということに基づく。「吸収」基準によるリスク負担者は、この基準によってリスクを計算し、または分散するための最も組織的な手段(たとえば、保険)を講じることができざる当事者である。「吸収」基準によるリスク分配は、リスクが予見不可能な場合には制限される。

「誘因」基準は補足的なりリスク分配基準である。「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準によって契約当事者がリスクを同等に支配でき、若しくは受け止めることができるか、または、リスクが予見不可能であるためにそれをできない場合に初めて利用される。それは、相手方を自己のために活動させる者がその活動と結びついたりリスクに対しても責任を負わなければならぬということに基づく。

注

(1) たとえば、「抽象的支配可能性」基準は、後に述べるように、その機能は抽象的意味においてリスクを支配できる者にリスクを負担させるものであるから、リスク負担

者がリスクを抽象的意味において支配できない場合には、

「抽象的支配可能性」基準によってリスクは分配されない。(2) もっとも、彼は、これらの基準だけで常にリスクが分配されるわけではないという。たとえば、彼は、その他のリスク分配基準として、「利益とリスクの一致 (die Kongruenz von Nutzen und Risiko)」、「契約の変更利益に対する契約の維持の利益の優位 (die Priorität der Beharrungsinteressen vor den Veränderungsinteressen)」、「契約の信頼及び規定の実用性 (die Gedanken der Vertrauensreue und Praktikabilität)」及び「社会的な保護の必要性」(特に、「労働契約において、S.402ff.) をあげる。これらの基準が具体的事案において如何なる場合に利用されるのかに関しては必ずしも明らかにされていないが、コラーは、「利益とリスクの一致」に関して、給付が当初の予定よりも容易に(たとえば、より費用がかからずに)行われるようになった場合及び給付を予定した目的よりも多くのことに利用できるようになった場合の反対給付(金銭給付)との調整に利用されるという (S.375ff.)。

(3) 同趣旨のことを述べるものとして、小林秀之、神田秀樹著『法と経済学』入門(弘文堂、平成六年)三三三頁以下を参照。

(4) 一定の評価の内容に関して詳しくは、Vgl. Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, (Köln, Berlin,

- Bonn, München, 1963), S.360f.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I, 14.Aufl., (München, 1987), S.286; Kötz, "Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für die Gefährdungshaftung", AcP170 (1970), 4f.; Weyers, Unfallschäden·Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, (Frankfurt, 1971), S.391, 393f., 490f., 506.
- (5) 「具体的支配可能性」基準が客観的過失基準を意味するならば (Hermann, "Literatur", ZHR 146 [1982], S.189も同様に理解している。) 第三巻第三節二で述べた有責性基準によるリスク分配に対するコラーの批判がここでも当てはまるだろう (詳しくは同箇所を参照)。
- (6) Vgl.Kliege, Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, (Göttingen, 1966), S.129.
- (7) Vgl.Trimarchi, "Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht", ZHR136 (1972), S.128ff.
- (8) コラーは他の競争パラメーターに関してここでは具体的に述べていない。他の競争パラメーターに関して、Vgl.Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes, (Göttingen, 1966), S.88ff.
- (9) Weyers, a.a.O., S.455ff. 小林＝神田著・前掲書 (注3) 一九三頁。
- (10) Weyers, a.a.O., S.465, 467, 473f., 480; Horn, "Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der Economic Analysis of Law", AcP176 (1976), S.325.
- (11) Vgl.Calabresi, The Costs of Accident, (New Haven and London, 1970), pp.61-62. 小林＝神田著・前掲書 (注3) 一九四頁。
- (12) Posner, "Strict Liability", in: 2 Journal of Legal Studies, (1973), p.207.
- (13) Calabresi, op.cit., p.162.
- (14) Calabresi, op.cit., pp.55-56, 164. 小林＝神田著・前掲書 (注3) 一〇七頁。
- (15) Vgl.Trimarchi, a.a.O., S.129.
- (16) 「予見不可能性」に関して、第五巻注 (2) を参照。
- (17) Vgl.Calabresi, op.cit., p.39ff.
- (18) Vgl.Weyers, a.a.O., S.518.
- (19) Vgl.Trimarchi, a.a.O., S.121; Calabresi, op.cit., p.40.
- (20) 「deep pocket」に関して、Vgl.Calabresi, op.cit., pp.39-41.
- (21) Vgl.Calabresi, op.cit., pp.39-40; Weyers, a.a.O., S.517f. たとえば、コラーは、この例として、より財産を有する当事者がリスク負担により計画された投資を放棄しなければならぬが、その相手方が今のところ使用しない予

備金 (Rückstellung) を利用することができる場合をあげる。

(22) Vgl. Weyers, aaO., S.528; Kruckmann, "Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streik Klausel", AcP 116 (1918), S.358; Rabel, "Anmerkung", JW 1921, S.1598.

(23) シグナル効果に関して、詳しくは、伊藤元重『ミクロ経済学』(日本評論社、平成五年)三三五頁以下参照。たとえば、消費者がある商品を購入しようとしても、彼は、実際にそれを使用してみなければ、その品質をわからないうであろう(情報の非対称性)。ところで、企業が自社の製品に自信があるときは、商品の宣伝等に巨額の宣伝費用を投じようとするだろう。したがって、消費者は広告宣伝等に多くの支出をしている商品を購入しておけば間違いは少ないということになる。このように考えたとき、広告支出を商品の品質に対する「シグナル」という。

(24) 同趣旨のことを述べるものとして、小林・神田著・前掲書(注3)三五―三六頁、広中俊雄『債権各論講義(第三版)』(有斐閣、平成七年)二六九頁、星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及会、昭和六一年)五七頁がある。

(25) コラーは、この基準として承認された社会政策的評価、たとえば、労働契約における労働者保護をあげる。

(26) たとえば、建物を建築する場合に債権者が自ら建物の建築に従事するときに、材料の値段が上昇したときは、

債権者は自らその値段の上昇を負担しなければならないだろう。それに対して、債務者(請負人)に建物を建築させる場合に、すでに契約によって報酬額が決定されているときは、材料の値段の上昇は、債務者がこれを負担しなければならない。

## 第五章 コラーのリスク分配

### 第一節 コラーの具体的なリスク分配

#### 一 具体的な事案におけるリスク分配

前章では、コラーがド民三三三条一項によるリスク分配を修正するために提唱した「抽象的支配可能性」基準、「吸収」基準及び「誘因」基準の内容を概観した。本章では、これらの基準によってどのようにリスクが分配されるのかを概観する。

コラーは具体的なリスク分配を示すに当たり、まず、交換契約を二つに区別する。ひとつは、社会政策的保護目的(sozialpolitischer Zweck)が重要な役割を果たさない交換契約、たとえば、売買契約、請負契約、賃貸借契約である。もうひとつは、社会政策的保護目的が重要な役割を果たす交換契約、た

たとえば、労働契約である。

以下では、順次、各交換契約における彼のリスク分配を概観する。

二 社会政策的保護目的が重要な役割を果たさない交換契約  
 コラーは、社会政策的保護目的が重要な役割を果たさない交換契約における計算外費用のリスクを、さらに将来の障害によって生ずる計算外費用と現在の障害によって生ずる計算外費用とに区別する。

(一) 将来の障害による計算外費用の負担

彼は、将来生ずる障害によって債務者が給付できなくなる場合には、債務者に有責性 (Verschulden) があるときだけ、債務者は損害賠償義務を負担するという (S.236ff.)。したがって、債務者が自己の有責性なしに給付を適時になすことができないときは、ド民二七九条の文言には反するが、債務者は原則として将来生ずる障害による損害賠償のリスクを免れるという<sup>(1)</sup> (S.239)。

債務者の給付の困難が、債務者の組織領域内での増加した投資の形で生ずる場合であれ、債務者が上昇した価格で市場にお

いて調達しなければならぬ場合であれ、このリスクは、通常、債務者が負担しなければならないという (S.211ff.)。このリスクは、通常、債務者の領域から生ずるか、またはそこでまず初めに現れるからである。そして、専門家として給付を引き受けた債務者は、自己の領域に影響を及ぼすリスクをより確実に評価し、それ故、より容易に抽象的意味において支配することができ、かつより確実に吸収することができるという。

しかし、障害が予見不可能なとき、つまり、障害の発生が全く蓋然性がなく、かつ著しい困難をもたらすときは、債務者の「支配可能性の優位」及び「吸収の優位」は原則としてなくなる<sup>(2)</sup> (S.217ff.)。

さらに、障害が予見可能であるにもかかわらず、両当事者の経済的格差が債務者の「支配可能性の優位」及び「吸収の優位」を消滅させるときは、債務者は費用増加リスクを免れるという (S.232)。また、債権者がよりよい支配可能性及び吸収可能性を有するときも、債務者は費用増加リスクを免れるという。

この状況はしばしば請負契約において生ずるといふ (S.235, 246ff.)。たとえば、費用増加が注文者の行動によって、または注文者の供給した材料の瑕疵によって生ずるときに、注文者の「支配可能性の優位」及び「吸収の優位」があるという (ド

民六四五条一項<sup>(3)</sup>。

そして、彼は、債務者が費用増加リスクを負担しないときは、債権者は誘因者としてそのリスクを負担しなければならぬと云う (S240f)。もっとも、彼は、債権者は増加費用の償還を契約の解除 (Rücktritt) によって免れることができるという (S243)。しかし、この場合に、債権者は、債務者がこの時点までに支出した費用を賠償しなければならぬという。

(一) 現在の障害による計算外費用の負担

コラーは、現在すでに存在する障害による計算外費用に関する事案として、原始的主観的不能の事案をあげる<sup>(4)</sup>。そして、この場合に、債務者が自ラリスクを抽象的意味において支配でき、かつ吸収できるときは、債務者は損害賠償義務を負うという (S265ff)。たとえば、売主が出所に関して情報を得ることができる盗品を売却する場合であるという (S263)。しかし、商品が契約締結前に盗まれていたときは、債務者の抽象的支配可能性及び吸収可能性は認められないという。この場合には、買主も現実の物の占有状況に関して知ることができるからである<sup>(5)</sup>。

さらに、債務者は自己にしかできない (hochpersönlichen)

労務給付をなすことができる場合にも責任を負うという (S271)。というのは、債権者は初めからこの給付のために債務者に必要な能力がないかを知ることができず、また、契約締結時に債務者が如何なる精神的状況及び身体的状況にあるかを債務者の私生活 (Intimsphäre)<sup>(7)</sup> に立ち入ることなしに知ることができないのに対して、債務者はそのような給付を危殆化するリスクを十分に評価し、場合によっては、それを容易に取り除くことができるからである。

(二) 主たる目的障害及び副次的目的障害に関するリスク分配

次に、コラーは、主たる目的障害 (Primärzweckstörung) (給付不能) と副次的目的障害 (Sekundärzweckstörung) (給付を予定した目的のために利用できなくなる障害) に関するリスク分配に関して述べる。

(ア) 主たる目的障害に関するリスク分配

コラーは、通常、債務者は、給付のために出捐した費用が給付の不能により無駄になり、かつ填補されないリスク (出捐費用リスク) を負担しなければならないという (S288)。債務者は給付過程を計画し、かつ支配するので、通常、「抽象的支

配可能性の優位」及び「吸収の優位」を有するからである。

しかし、賃貸借契約において賃借物の利用が、賃借人の領域から生ずるか、または外部から生じ、そこにおいてまず初めに現れる障害により不能になるときは、債務者の「抽象的支配可能性の優位」及び「吸収の優位」はなくなるという(S284f. [下民五五二条]<sup>(8)</sup>)。

もっとも、この場合に、障害がすべての他の潜在的賃借人にとって賃借物の利用を不能にするときは、当該賃借人は契約の締結によって賃借人に給付能力を誤って維持させ、給付のために無駄な準備をさせるリスクを何ら増加させていないという。賃借物は、賃借人が潜在的賃借人のだれと合意しても利用されないからである(S197f. 282f.)<sup>(9)</sup>。そして、彼は、この場合には賃借人が対価を支払われないリスクを負担しなければならぬという。

また、彼は、賃借人が「吸収の優位」を有するために明白によりよく障害に関して知ることができるときは、賃借人は対価の支払を免れないという(S283f.)。

請負契約において、請負人は「支配可能性の優位」または「吸収の優位」を有しない場合に、対価を支払われないリスクを免れるという(S289f.)。たとえば、それは予見不可能な障害の

場合である。さらに、障害の原因が注文者の領域にあるときも、原則として注文者は、この障害をよりよくまたは少なくとも請負人と同等に計算することができるという(下民六四四一条一項<sup>(10)</sup>文)。中立の領域から生ずるリスクがまず初めに注文者の領域に属する物またはその主体に現れるときは、注文者はそのリスクを負担しなければならないという(下民六四五一条一項<sup>(11)</sup>)。

コラーは、この場合の法律効果に関して、注文者がリスクを負担するときは、下民三三四一条一項の法律効果が実質的に公平であるという(S294f.)。下民六四五一条一項では請負人が自己の給付能力を注文者のために、かつ注文者の誘因で維持したということがほとんど考慮されないからである。そして、彼は、下民六四五一条一項の適用は、給付が新たな材料の供給によってまだなされる事案に制限されるべきであるという。そうでない場合には、注文者は下民三三四一条一項によってリスクを負担しなければならないという。

さらに、売買契約における給付不能に関して、下民三三三一条一項によるリスク分配を修正する必要性はほとんどないという(S302f.)。売買契約において、通常、売主は、引渡若しくは送付の時まで、よりよくリスクを支配でき、または少なくとも吸収することができるからである(下民四四六条、四四七条<sup>(13)</sup>)。

そして、売買契約においては、下民三二四条の場合と予見不可能な障害においてのみ、買主は給付不能のリスクを負担するという。前者の事案において買主は支配可能性及び吸収可能性を有し、また後者の事案において売主はそのようなリスクを支配することができず、かつ吸収することができないからである。

この場合に、買主は誘因者としてそのリスクを負担しなければならぬという。ところで、ここでコラーは、下民四四六条二項において買主に給付不能のリスクを負担させることが正当化されるのかを問題とする。この場合に、買主は厳密な意味において目的物を支配しているわけではないからである。コラーは、この問題に関して、この場合によりよい支配可能性は明らかに売主または土地の占有者のもとにあるが、よりよい付保可能性は明らかに買主のもとにあるという。所有者の交替で取得者への保険の移転が行われるからである。(保険契約法六九条)<sup>(14)</sup>。それ故、彼は、この場合に目的物の引渡がなくても、買主は対価の支払を免れないという。

(イ) 副次的目的障害に関するリスク分配

コラーは、債権者は、通常、給付を予定した目的のために利用できなくする障害に関するリスクを負担しなければならぬ

という(S306ff)。債権者は「自」の目的物の利用に関するリスクを債務者よりもよく支配でき、または吸収することができる。もつとも、彼はこれに関して二つの例外を認める。第一に、債務者が債権者によって計画された目的物の利用を認識し、それ故、そのような利用を妨げるリスクをよりよく支配でき、または吸収できる場合であるという(S338ff)〔下民四五九条一項〕<sup>(15)</sup>。この債務者の優位はしばしば債務者のよりよい情報能力から生ずるといふ。たとえば、地上権売買における土地の品質<sup>(16)</sup>、土地の譲渡における公権に基づく建築禁止の存在<sup>(17)</sup>、及び一人有限会社の持分の売却における会社の性質<sup>(18)</sup>に関して債務者の情報能力の優位が認められるといふ。<sup>(19)</sup>

第二に、債権者も債務者も「支配可能性の優位」及び「吸収の優位」を有しない場合に、債権者が債務者に給付能力を誤って維持させ、給付のために無駄な準備をさせていないときは、債務者は対価を支払われないリスクを負担しなければならないという(S321)。この場合には、債務者が需要者のだれと合意したとしても、債務者は給付をなすことができないからである。もつとも、その際、さらにその障害が予見不可能であることを要するといふ(S328)。

## 三 社会政策的保護目的が重要な役割を果たす交換契約

コラーは、次に社会政策的保護目的が重要な役割を果たす交換契約におけるリスク分配に関して述べる。彼は具体的な交換契約として労働契約をあげる。すなわち、労働関係における損害賠償・目的障害のリスク分配において「労働者保護の必要性」が考慮されると言う (S.403ff.)。この「労働者保護の必要性」

は労働者の経済的依存性から生ずると言う。そして、労働者の経済的依存性は、労働者が交換と結びついたリスク、さらに労働不能または失業リスクを報酬によって自ら填補することをできなくするという。そこで、コラーは、この賃金の不等価性 (Inäquivalenz) は、労働者がよりよい「支配可能性」によってリスクを負担しなければならぬ場合にも、そのリスクを負担しないということをもたらすという。というのは、報酬は労働者にとってリスク吸収のために必要な予備金 (Rücklage) を形成するのに十分ではないし、また、使用者にリスクを防止するために必要な圧力を加えないからである (S.393ff.)。そこで、コラーは、この不等価性はリスク分配において調整されなければならないとし、この場合にコラーのリスク分配システムは、社会政策的保護目的が影響する分だけ修正されると言う。

まず、労働者の注意義務違反から生ずる損害は、活動に特有

なりリスクの誘因と契約当事者の支配可能性及び吸収可能性との具体的比較衡量によって負担されるべきであるという (S.410)。もっとも、この衡量の結論として必然的に使用者または労働者が完全なりリスクを負担するのではなく、このリスクは割合に応じて分配されると言う。

損害が通常でなく (ungewöhnlich) 場合に、労働者が労務給付のために利用する物に損害が生ずるときは、使用者がこの損害を負担しなければならないという (S.420)。労働者にそのような損害に対して有責性があるときは、損害は契約当事者に割合に応じて分配されると言う (下民二五四条の類推適用<sup>(2)</sup>)。

さらに、経営上の障害のうち労働争議によらない障害においては、使用者は年功労働者 (älteren Arbeitnehmer)、重度身体障害者 (schwerbehinderten) 及び妊産婦 (schwangeren Mütter) に対する告知を制限されるということも考慮されねばならないという (S.391ff.)。そして、彼は、使用者がこのように告知を制限されるときは、使用者は、労務給付・物給付の債務者と同様に扱われるべきであるという (S.425ff.)。使用者は、告知制限期間中、労働者の社会生活の保障に対して責めを負うからである。

また、使用者は予見可能な経営上の障害を完全に負担しなけ

ればならないという (S.425ff.)。それに対して、外部から生ずる予見不可能な障害は、そのような障害がすべての潜在的需要者に向けられるかぎりにおいて、使用者に賃金の支払いをただちに停止する (suspendieren) 権利を与えるという (S.424)。そのような障害がすべての潜在的需要者に向けられなかったときは、使用者は労働者の労働力の誤った維持及び給付のための無駄な準備の誘因を有するという (S.423)。その場合に、使用者は労働関係を労働者の告知に適用される期間でもつてのみ停止できるという。このリスク分配が会社の存在を危うくする場合に、労働者の多数が職場維持のために、賃金請求の一時的中断 (vorübergehenden Suspendierung) に利益を有するときは、労働者は連帯 (Solidarität) のために自己の請求の一時的中断 (eine zeitweise Aussetzung) を我慢しなければならないという (S.430ff.)。

## 第二節 コラーのリスク分配システムの検討

これまでコラーのリスク分配システムを概観してきたが、このリスク分配システムの妥当性及びそれがわが国の法秩序に適合するのかわという問題がある。まず、この問題を考える上で重

要なのは、ドイツにおいてド民三三三条一項によるリスク分配を修正する必要があるとしても、なぜ法律の規定によらない、一般的なリスク分配の修正が法的に認められるのかということである。この点に関して、信義則 (ド民二四二条) または平均的正義 (ausgleichenden Gerechtigkeit) に根拠を求めるものがある。<sup>(22)</sup> コラーは、このような修正を、従来の学説・判例がド民三三三条一項によるリスク分配の修正を認めていることを根拠として、慣習法 (Gewohnheitsrecht) 上認められるという (S.18)。ところで、わが国において現行法の危険負担制度によらずに、一般的にこれと異なる基準によってリスク分配を行う必要があるのだろうか。学説は、債権者主義 (五三四条) の修正の必要性を認めるが、判例は、従来五三四条の適用が問題となった事案において同条を形式的に適用している (第一章第二節一参照<sup>(23)</sup>)。また、債務者主義 (五三六条一項) に関して、学説・判例においては若干の修正の必要性を認めるものはあるが、それが慣習法となっていることができるかは疑問である (第一章第三節四参照)。このような状況からすると、わが国では少なくとも現在、このように、一般的に現行の危険負担制度と異なる基準によってリスク分配を行う必要があるとは言うことはできないと思われる。したがって、わが国では、現在のところ、一般

的にコラーのリスク分配システムによってリスク分配を行うべきであると言え、状況にもないであろう。また、このような状況のもとでもなお現行法の危険負担制度と異なる基準によってリスク分配を行うためには、それを正当化する他の正当化根拠が必要になると思われるが、そのような正当化根拠の探求はなお今後の課題であると言えよう。

もっとも、現行法の規定と異なるリスク分配を一般的に行う必要性は認められないとしても、現行法の規定の要件を彼のリスク分配基準で判断するということは考えられる。たとえば、帰責事由（四一五条、五三四条―五三六条）を、「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準で判断するということが考えられる。

しかし、この場合にも問題がある。まず、コラーのリスク分配システムそれ自体に関する問題がある。彼は自己のリスク分配システムの基準として三つの基準をあげる。しかし、彼自身認めるようにそれだけの基準に限られない(512)。また、社会政策的保護目的等の事情によってその三つの基準によるリスク分配が制限されるということも認める（本章第一節三参照）。そうすると、結局、いかなる場合に、他の基準が利用され、かついかなる基準が利用されるのか、また、いかなる場合に三つ

の基準によるリスク分配が制限されるのかについて不明な部分が残されている。したがって、コラーは法的安定性を強調するが、結局、彼のリスク分配システムによっても法的安定性が維持されるかはなお疑問が残るのである<sup>(24)</sup>。また、彼は経済的な観点からリスク分配を考えるが、はたしてリスク分配が経済的な観点のみからなされるのかも疑問である<sup>(25)</sup>。

さらに、個々の基準に関しては次のように言うことができるのではないだろうか。第一に、「誘因」基準に関しては、リスクの誘因をもたらす者は、リスクの発生がその者自身から生ずると言えるので、通常は「抽象的支配可能性」を有する。したがって、「誘因」基準は「抽象的支配可能性」基準に組み込まれることになり、その独自の存在意義を失うのではないかと<sup>(26)</sup>いふ疑問が残る。

第二に、「抽象的支配可能性」基準に関しては、従来の「領域説」との差異が必ずしも明らかではない。コラーは、「領域説」は「抽象的支配可能性」の判定の一要素にすぎないというが、実際の適用をみてみると、結局、「抽象的支配可能性」基準は、「領域説」と異なるところがほとんどないと言えよう<sup>(27)</sup>。また、コラーは、「抽象的支配可能性」基準とは、リスクが生ずるまたはまず初めに現実化する領域の当事者にそのリスクを負担さ

せるものであるというが、この場合に、具体的にいかなる範囲が各当事者の領域となるのかは不明なままである。さらに、コラーは、「抽象的支配可能性」基準によってリスクを最もよく防止することが可能となるというが、実際にリスクが最もよく防止されるのかは疑問である<sup>(28)</sup>。

第三に、「吸収」基準に関しては、債権者主義が現在それほど訴訟において問題とならない理由のひとつとして、保険制度の発達があげられるが、この場合にも、保険制度は、あくまで現行法制度を補充するものに過ぎず、保険制度それ自体によるリスク分配が正当化されるかどうかについては争いがあり、今後なお検討されるべき問題である<sup>(29)</sup>。

第四に、現行法の要件をコラーのリスク分配基準で判断する場合には、それによって判断される要件の範囲が問題となる。たとえば、「帰責事由」について考えてみると、コラーのリスク分配基準による判断の範囲が、危険負担の規定にとどまるのか(五三四条一五三六条)、あるいは、それを越えて債務不履行の規定(四一五条)にも及ぶのか。さらに、従来、帰責事由は故意・過失またはそれと同視しうる事由と解されているが<sup>(31)</sup>、一般的に故意・過失をも「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準で判断するのか、あるいはそれとは別に帰責事由だけをそ

これらの基準によって判断するのかなどさらに検討されるべき問題が残る。

ところで、最近五三六条二項の帰責事由と四一五条の帰責事由を同じものとしてとらえるのではなく、前者の帰責事由をより緩和して理解する学説がある<sup>(32)</sup>。さらに、判例においても厳密な意味で帰責事由がない事案において五三六条二項の帰責事由を肯定したものが<sup>(33)</sup>ある。そうすると、このような考え方は、なお検討されるべき点を残しているが、このような考え方のもとで五三六条二項の帰責事由の有無の判断基準として、「抽象的支配可能性」基準あるいは「領域説」——「吸収」基準に関してはさらに後述の問題がある。——の利用が考えられるのではなからうか。

次に、「吸収」基準に関しては、帰責事由は危険負担においては給付不能、目的物の滅失・毀損について要求されるが、付保していないということは、それによって代償請求権等によって債権者が何らかの給付を受けられなくなるということには関連するが、給付不能、目的物の滅失・毀損とは直接関連しないのである。それ故、少なくとも帰責事由を「吸収」基準によって判断することも、第三の問題と合わせて今後検討を要すると言えるであろう。

さらに、コラーのリスク分配基準を利用できる可能性のある場面として次の場合が考えられる。すなわち、請負契約において請負人に出来高払い報酬を認めるために、信義則がしばしば用いられることは既に述べたが（第一章第三節四）、このような信義則の内容をより具体化するものとして、「抽象的支配可能性」基準及び「吸収」基準を用いるということが考えられる。たとえば、注文者が抽象的支配可能性及び吸収可能性を有する場合に、信義則上出来高払いの支払義務を肯定するというように、これらの基準を利用することが考えられる。単に信義則によるリスク負担の正当化よりも、より具体的な基準がある分だけ、より明確で納得のいくリスク分配を達成することができるのではなからうか。<sup>(34)</sup>

## 注

(1) たとえば、ド民二七九条は、種類債務者が病氣のために、第三者に給付を委任できないか、または市場での商品の調達ができない場合には適用されないという（ド民二七九条の適用の問題に関して、椿寿夫『右近健男編『ドイツ債権法総論』〔日本評論社、昭和六三年〕一四〇頁（今西康人執筆）を参照。）。なお、ド民二七九条に関しては、第二章注（9）を参照。

(2) コラーは障害の予見不可能性について以下のように述べる。まず、債務者の同業者たちが障害の発生・発展の可能性をそもそも顧慮しないときに初めて債務者は計画の瑕疵から保護されるという（S.222）。そして、障害が債務者の組織領域から生ずるときは、通常、予見可能性は肯定されるという（S.223）。さらに、中立の領域から生ずる障害は三つに分類される。「通常の障害（übliche Störung）」は予見可能であるという（S.225）。「普通でない障害（ungewöhnliche Störung）」は、短期間に清算される契約においてのみ、債務者を免責するという。「蓋然性のない障害（unwahrscheinlichen Störung）」は予見不可能であるという。

(3) たとえば、コラーは、BGH, NJW 1963, 1824（納屋 [Scheunen] 事件〔注文者が建築途中の納屋に干し草を入れていたが、それが発火し納屋が焼失した事案〕）及びBGH, NJW 1970, 38（銅箔 [Kopierfolien] 事件〔設備の設置において、ある請負人の瑕疵ある行動によって、それが毀損したため、他の請負人が仕事をやり直さなければならなくなった事案〕）は、請負人の出来高払いの報酬請求権または他の請負人への損害賠償請求権の譲渡請求権を認めることによって、請負人を給付困難から解放したという。

ド民六四五条一項「注文者の提供した材料の瑕疵により、

または実行につき注文者が与えた指図により仕事が引取前に滅失し、毀損し、または実行することができなくなった場合において、請負人の責めに帰すべき事由が共働しなかったときは、請負人はすでに完了した労務に相当する報酬の部分及び報酬に含まれない費用の償還を請求することができ、契約が六三四条により消滅するときも同様である。」

(4) 原始的主観的不能が契約に及ぼす影響に関して、樞<sub>II</sub>右近編・前掲書(注1)一八五頁参照。主観的不能及び客観的不能の区別に疑問を投げかけるものとして、Vgl. Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 34. Aufl. (München, 1986), S.167.

(5) コラーは、第二委員会もド民三〇七条に関して類似の見解をとっている(参照) (Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, [Berlin, 1898], S.453.)

ド民三〇七条一項「不能な給付を目的とする契約の締結に際して給付の不能を知り、または知らねばならない者は、相手方がその契約が有効であると信じたために被る損害を賠償する義務を負う。ただし、相手方が契約が有効であることにつき有した利益の額を越えない。相手方が不能を知り、または知らねばならないときは、賠償義務は生じない。」

(6) この場合には、本来ならばド民三〇六条が適用されるはずであるが、コラーは、ここではド民三〇六条の適用は制限されるという。なお、ド民三〇六条に関しては、第二章注(9)を参照。

(7) Vgl. Staudinger-Werner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10/11. Aufl. (Berlin, 1967), vor §275, Anm. 21, S.280.

(8) 使用賃借人の一身上の事由とされるのは、たとえば、病氣、兵役、転勤、旅行、賃借人の家族の死亡、自由刑の受刑、さらに、法律で新しい支店の設立が禁止される場合及び契約目的に照らして不能となる場合などである(右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、平成七年)一〇九頁(鳥谷部茂執筆))。

ド民五五二条「使用賃借人は、その一身上の事由により自己の有する使用権を行使することができないことにより、賃料の支払を免れない。ただし、使用賃借人は、節約した費用及び他の方法による使用の換価により取得した利益の価値を控除しなければならない。使用賃借人が、第三者に使用を委ねることにより使用賃借人に使用を供与することができる間は、使用賃借人は、賃料の支払義務を負わない。」

(9) たとえば、コラーは、このような場合として、RöG 98, 101 (猟場の賃貸借事件〔占領当局による狩猟権行

使の禁止のために、狩猟が不可能となった事案」をあげ  
る。

(10) ド民六四四條一項二文「注文者の提供した材料の偶発  
の滅失及び毀損に対して、請負人は責任を負わない。」

(11) たとえば、コラーは、例として、BGHZ 60, 14 (天然  
痘事件〔家族旅行において、旅行目的国が天然痘の予防  
接種を入国者に義務づけたが、家族の一人が気管支炎の  
ために、予防接種を受けることができず、旅行が不可能  
になった事案〕をあげる。

(12) もっとも、BGHZ 60, 14 は、ド民六四五條一項によっ  
てすでになされた給付の割合に応じて報酬を請求するこ  
とができるという。

ド民三二四條一項「双務契約に基づいて当事者の一方  
に義務づけられた給付が、相手方の責めに帰すべき事由  
によって不能となるときは、その当事者は、反対給付請  
求権を失わない。ただし、その当事者が給付を免れたこ  
とによって節約し、もしくは他に労働力を用いることに  
よって取得し、または悪意で取得することを怠ったもの  
を控除することを要する。」

(13) ド民四四六條一項「売買目的物の引渡と同時に、その  
偶発の滅失及び毀損の危険は、買主に移転する。その引  
渡の時から収益は、買主に移転し、買主は物の負担を負  
う。」

二項「土地または登記された船舶もしくは建造中の船  
舶の買主が、引渡前に所有者として土地登記簿、船舶登  
記簿、建造中船舶登記簿に登記したときは、前項の効力は、  
登記の時から生ずる。」

ド民四四七條一項「売主が買主の請求により売買目的  
物を履行地以外の場所に送付した場合には、売主が、運  
送取扱人、運送人またはその他運送の実行につき定めら  
れた者もしくは機関に、その物を引き渡した時から、危  
険は買主に移転する。」

(14) 保険契約法六九條一項「保険契約者が保険の目的物を  
譲渡したときは、取得者は、その所有の間に保険関係よ  
り生ずる保険契約者の権利義務につき、譲渡人に代位す  
る。」

(15) ド民四五九條一項「物の売主は、買主に対し、危険が  
買主に移転した時に、物にその価値または通常の使用も  
しくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅  
または減少させる欠点がないことに対して責めを負う。  
価値または適性の顯著でない減少は考慮されない。」

(16) BGH, NJW 1965, 532f.; BGH, WM 1971, 125f.

(17) RGZ 69, 356; BGH, NJW 1973, 1234.

(18) Vgl. BGH, NJW 1976, 236f.; RG, JW 1936, 1886.

(19) この点に関して、椿Ⅱ右近編・前掲書(注4)四六頁  
以下参照。

(20) ここで、コラーは、例として、RGZ87, 277 (ダンスホルの営業禁止事件) [ダンスホルを営むために場屋の賃借がなされた後に、戦争の勃発によりそれらの営業が禁止された事案]、*Krell v. Henry*, 1903 LR 2 KB, S.740 (戴冠式行列事件 [第三章第二節四 (一) 参照]) をあげる。

(21) ド民二五四条一項「損害の発生につき被害者の有責性が共働したときは、損害賠償義務及び賠償の範囲は、事情特に損害がいかなる範囲において主としていずれの当事者によって惹起されたかに依る。」

(22) Vgl. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (GG), 2Aufl., (München und Berlin, 1957), S.56.

(23) ここで、興味深いのは、債権者の支払義務を認めた最判昭和二四年五月三一日民集三巻六号二二六頁の事案に關して、学説も、当該事案の事実關係から(簡易の引渡が認められるとして)、この判決の結論に賛成しているということである(浅井清信「特定物売買目的物の滅失と代金支拂のために振出された手形債権の効力」『民商』二六巻五号 [昭和二六年] 三一一頁、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、内田貴「民法Ⅱ債権各論」 [東京大学出版会、平成九年] 六七頁、鈴木祿弥「債権法講義(三訂版)」 [創文社、平成七年] 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拂のために振出された手形債務の効力、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』一六巻四号 [昭和二七年] 五二六頁)。

ただし、これらの見解は五三四条の合理性を認めたわけではなく、(簡易の)引渡があったので、そもそも危険負担の問題は生じないとして、判決の結論に賛成している。

(24) コラーのリスク分配システムに対する同趣旨の批判として、Vgl. Günter, "Literatur", AcP181 (1981), S.145; Hermann, "Literatur", ZHR 146 (1982), S.193; Wolf, "Buchbesprechungen", NJW 1980, S.983.

(25) Vgl. Günter, aa.O., S.148.

(26) Vgl. Wolf, aa.O., S.983.

(27) この点を指摘するものとして、Günter, aa.O., S.146がある。

(28) Vgl. Günter, aa.O., S.148; Wolf, aa.O., S.983.

(29) 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、林良三編「注解判例民法債権法Ⅰ」 (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。ドイツにおいて同趣旨のことを指摘するものとして、Vgl. Rabel, Das Recht des Warenkaufs 2Band, (Tübingen, 1958), S.292.

- (30) 半田吉信「危険負担」『民法講座 第五卷 契約』(有斐閣、昭和六〇年)八二頁参照。類似する見解として、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)一七頁を参照。保険を危険負担の基準とするものとして、広中俊雄「債権各論講義(第六版)」(有斐閣、平成七年)二六九頁、星野・前掲書(注29)五七頁がある。

- (31) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』(東京大学出版会、平成八年)一三頁、星野英一『民法概論Ⅲ』(良書普及会、昭和六三年)五六頁。

- (32) たとえば、請負契約において五三六条二項と四一五条との「責ニ帰スヘキ事由」を同一のものではなく、異なつた意味をもたせることができるものとして、笠井・前掲論文(注30)八九頁、能見善久「注文者の責に帰すべき事由により仕事の完成が不能となつた場合における請負人の報酬請求権と利得償還義務」『法協』九五巻九号(昭和五三年)一五九四頁がある。

- (33) 最判昭和五二年二月三日民集三一巻一号七九頁。なお、この点を指摘するものとして、能見・前掲論文(注30)一五九五頁がある。

- (34) ここでは、コラーのリスク分配システム及び分配基準に關しての検討を行つてきたが、リスク分配という観点から危険負担の問題点を考えることの当否に關しては検討しなかつた。この点に關して、たしかに、リスク負担(出捐費用リスク・増加費用リスク等)の問題は危険負担の問題(反対請求権の有無の問題)とは直接關係がないので(たとえば、これは、請負契約において仕事完成前に目的物が滅失した場合に明らかである。この場合には、目的物が完成〔引渡〕されていないので報酬請求権は生じない〔六三三条〕。それ故、危険負担の問題は生じない。しかし、この場合に請負人が材料の購入等で費用を支出しているときは出捐費用リスクは生じている。)、両問題は全く別個の問題であり、リスク分配の観点から危険負担の問題点を考察するのは適切ではないと言ふこともできる。

しかし、本稿であげたようなリスクは、通常、現行の危険負担制度と関連して生ずることが多く、両問題を全く別個の問題として扱うのは妥当なのだろうか。たとえば、出捐費用リスクは、債務者主義によつて債務者が報酬を支払われないために生ずるものであるし(現に労務給付ではこの点が問題とされている)、債務者の増加費用リスクや債権者が給付を予定した目的のために利用できないにもかかわらず対価を支払わねばならないリスクは、

危険負担が給付不能を要件としていることから生ずるものである。このようにリスク負担が現行の危険負担制度と関連して生ずるものであるならば、危険負担の問題点を考える上で、リスク負担という観点をも考慮した解釈を行う必要があるのではなからうか(同趣旨のことを指摘するものとして、瀬川信久「危険・リスク―総論」『ジュリスト』一一二六号〔平成一〇年〕一四四頁がある)。

さらに、リスク分配という観点からの研究で以下の点の問題となる。すなわち、コラーの見解によれば、債権者が他の商品で自己の需要を充足できないときは、債権者は需要を充足できない結果を負担し、債務者は出捐費用リスクを負担することになるので、契約両当事者はリスクを均等に負担しているかのようにみえる(第二章第二節一、二参照)。しかし、この場合に、まさにこのよう各当事者のリスクの中心に着目して、契約両当事者がリスクを均等に負担しているのか、あるいはそもそもこれらのリスクを比較することができるのかという問題が生ずる(ちなみに、この他の場合には、当事者の一方がリスクを負担することになる)。

もともと、コラーは、このような場合に、契約両当事者がリスクを均等に負担しているとは述べていない。また、彼が述べるように、債権者が他の商品で自己の需要を充足できないということは非常に稀であり(S.10)、仮にこ

の場合に契約当事者がリスクを均等に負担しているとしても、他の多くの事案においてリスク負担の不均衡の問題は生ずるので、コラーのリスク分配という観点からの研究の価値が大きく損なわれるのではないと思われる。

## 第六章 日本法の考察

### 第一節 日本法におけるリスク分配の実質的な公平

#### 一 コラーの分析視角を通して

ここまで、コラーによるド民三三三一条一項によるリスク分配の問題点の指摘及びその修正の試みを概観してきた。しかし、本稿が日本法を考察の対象とする以上、日本法に立ち返る必要がある。そこで、以上見てきたコラーの所説とその検討を踏まえて、本章では日本法を考察する。まず、日本法によるリスク分配において実質的な公平が如何なる程度考慮されているかを検討する。日本法がドイツ民法と異なりリスク分配において形式的にだけではなく、実質的にも公平であるならば、ドイツで言われているようなリスク分配の問題は、そもそもわが国では生じないということもあるからである。

## 二 五三六条一項によるリスク分配の公平

ド民三三三一条と類似する五三六条一項は、リスク分配のために双方の「責ニ帰スヘカラサル事由」つまり「帰責事由」及び「債務ヲ履行スルコト能ハサル」こと、つまり「履行不能」を中心的必要要件としている。そして、この「履行不能」を要件としていることから、コラーがド民三三三一条一項によるリスク分配の問題点を指摘しているところの議論がここにも当てはまる。<sup>(1)</sup>債務者は、自己の給付が不能にならない限り、給付困難リスクまたは費用増加リスクを負担しなければならない。他方、給付が不能になるときは、債務者はそれらのリスクを免れる反面、債権者から反対給付を受けられないために、自己が給付のために出捐した費用が無駄になるリスクを負担しなければならない。これに対し、債権者は履行不能にならない限り、自己にとつてもはや債務者の給付が無益になつた場合でも、その給付に対して対価を支払うリスクを負担しなければならない。他方、給付が不能になるときは、債権者はそのリスクを免れる反面、自己の需要が充足されないリスクを負担しなければならない。そうすると、ド民三三三一条一項と同様に、五三六条一項もリスクを契約当事者に「均等」に分配しているかのように見える。しかし、ド民三三三一条一項の場合と同様に、この場合にも債務

者の給付が不能になつたとしても、それは必ずしも債権者が自己の需要の充足を断念しなければならないということを意味しない。すなわち、債権者が他の商品で自己の需要を充足できるときは、債権者は債務者に支払うはずであつた金銭で他からそれを調達することができる。その結果、債権者は自己の需要を充足できないというリスクを負担しないのである。たとえば、家屋の賃貸借契約において両当事者の責めに帰すべからざる事由によつて賃貸人の義務の履行（家屋の賃貸）が不能になつたときは、五三六条一項によつて、賃借人は賃料の支払義務を免れることになるが、この場合に、賃借人は必ずしも家屋の賃借を断念する必要はなく、他の者から家屋を賃借することもできる。また、家屋建築の請負契約において請負人がけがをして建築ができなくなつたとしても、注文者はこの場合に他の請負人に仕事を発注し、家屋を建築させることもできる。

それ故、五三六条一項に従うときは、ド民三三三一条一項に関してコラーが指摘するように、日本法においても契約当事者がリスクが現実化したときの結果を均等に負担するということは必ずしも言えないであらう。<sup>(2)</sup>

ところで、債務者主義による契約当事者のこのようなりリスク負担の不均衡の問題に関して直接触れる学説・判例は、わが国

ではほとんど見られない。むしろ、この点に関して、学説は双務契約における両債務の対価的牽連関係を問題としており、リスク分配の観点から考察を行うものはほとんど見られない<sup>(4)</sup>。もつとも、第一章において述べたように学説・判例には労働契約及び請負契約において五三六条一項の形式的な適用による結論の不合理さを是正しようとする試みが見られる<sup>(5)</sup>。

ところで、この問題を考える上で、起草者の法典調査会での議論は注目に値する。ここでは債務者の出捐費用の負担に関する議論がなされているからである。

債務者の出捐費用の問題に関して、旧民法は、「債務者カ履行ノ不能ニ因リテ義務ヲ免カレタルトキハ其債務者ハ己レノ受取ル可キ対価ニ付テハ其履行ノ為ノ既ニ出捐シタル限度ニ於テノミ権利ヲ有ス」(財産編第五四二条)と規定していた。ところが、この規定は現行法には受け継がれなかった。この点に関して、富井博士は、原案第五三三条(現行五三六条)の議論において、日本民法において債務者に出捐の限度における請求権を認めないことの説明として以下のように述べている<sup>(6)</sup>。すなわち、債務者に出捐の限度における請求権を認めるといふ規定は公平な規定のようであるけれども、よく考ええると余程困ることが多いという。そして、債務者が費用を費やした場合に、「一

文モ償ヒカ取レヌト云フヤウナコトハむ<sup>(7)</sup>こいヤウテハアリマスケレトモ先ツ多クノ場合ニ於イテハ丸損ニハ為ラヌ」とし、反対に、そのような費用の計算は余程煩わしいという。それ故、「然ウ云フ事ハ初メカラ法律ノ規定トシテ債務者カ諦メルト云フコトニシタ方カ宜シイト思ヒマス即チ履行ノ不能カ生シタトキハ反対給付ヲ失ツテ仕舞フ夫レカ為メニ錢ヲ掛ケタト云フ事カアレハ夫レハ夫レ丈ケノ損ニ為ルト云フコトニ切ツバリ極メテ仕舞ツタ方カ宜クハナイカ」と述べている。

この説明に対し、井上博士は、費用の計算はそれほど困難ではなく、その返還を認めた方が公平ではないかと述べたが、富井博士は、そのように費用が計算できるのはわずかであり、むしろ計算が困難な場合が多く、しかも、建築のために材木を買い置く請負人は、それを他に売ることができるので丸損にはならず、さらに、その材木が焼けた場合には、債務者は実に気の毒であると述べながらも、履行の責めのある者に全部責任を負わせた方がよいとし、「何ウシテモ隅カラ隅マテ満足ヲ与エルコトハ到底出来ナイ」と述べている<sup>(8)</sup>。さらに、この点に関して、梅博士は、材料が焼失した事案に関して、その材木が当該注文者の建築のために用いられるかどうかはまだわからないときに、その滅失の危険を当該注文者に負わせることはないという<sup>(9)</sup>。さ

らに、完成したが引渡がまだなされていないときに焼失した場合の問題に関して、梅博士は、「成程実際ニ於テ現ニ建テ掛ケタ材木ヲ引抜テ外ニ持ツテ往クト云フヤウナ事モアリマスマイガ乍併材木ガ若シ非常ニ高ク為ツタナラハ夫レヲ脇ニ持ツテ往ツテ売ルト云フヤウナ事モアリ得ル」と述べている。<sup>(10)</sup>

以上の起草者の議論から、起草者は、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を意識していなかったわけではなく、富井博士はリスクと利益との一致及びコラーが言うところの規定の実用性を重視し、リスクを債務者に負担させたことがわかる。また、梅博士はリスクと利益との一致から債務者にリスクを負担させたということがわかる。もつとも、ここで指摘しておきたいのは、起草者は、債務者主義の形式的な適用があらゆる事案において妥当な解決をもたらすものではないということを確認していたということである。しかし、その形式的な適用から生ずる結論の不合理さを是正する見解は、規定の実用性を重視したために採用されなかったということがわかる。それ故、コラーが指摘するド民三三三一条一項によるリスク分配の問題点である、実質的な公平よりも規定の実用性を重視するという傾向は、わが国の五三六一条一項によるリスク分配にも当てはまるということが出来る。

もつとも、このことから五三六一条一項による危険負担及びリスク分配がただちに不合理であるということはできないと解される。というのは、たとえば、コラーのリスク分配基準によるリスク分配の結果は別としても、<sup>(11)</sup>通常、債務者は目的物に差し迫るリスクを債権者よりもよく計算することができ、そのリスクに対処することができるであろうし、<sup>(12)</sup>起草者（梅博士）の見解からもわかるように目的物の特定以前には給付目的物が確定しておらず、それが当該債権者に給付されるかわからないのに、給付不能から生ずるリスクを当該債権者に負担させるのは妥当ではないからである。

結局、ここで問題となるのは、学説があげる債務者主義の理由づけ、すなわち、債務者主義が当事者意思に適い、公平で妥当であるということが、果たして債務者主義の理由づけとして適切なものであるかを改めて考える必要があるのではないかということである。さらに、それと関連して、債務者主義の形式的な適用が常に適切なリスク分配をもたらすかどうかもお検討を要するのではないだろうか。<sup>(13)</sup>

### 三 五三四条によるリスク分配の公平

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。ここで注意すべきなのは、債務者主義の検討によって、物給付・労務給付の債務者は、反対給付として金銭の支払義務を負う債権者よりも多くのリスクを負担すると言えるところでも、それによつてただちに債権者主義が正当化されるわけではないことである。たしかに、物給付・労務給付の債務者が、債権者よりも多くのリスクを負担するのであれば、債権者に反対給付義務を履行させて契約当事者間のリスク負担のバランスを調整するということは考えられる。しかし、この方法でも契約当事者はリスクを均等に負担するわけではないことがわかる。すなわち、債権者主義をとる場合に、たとえば、目的物が債務者の責めに帰すべからざる事由によつて滅失するときは、債権者は目的物を利用できないにもかかわらず、つまり、自己の需要を充足できないにもかかわらず、常に対価を支払わねばならない。それに対し、債務者は、この場合には対価が支払われるために、債務者主義の場合と異なり、対価が支払われないために出捐した費用が無駄になるというリスクを負担せず、かつ自己の需要も充足することができる。したがって、債権者主義に従うときは、債権者はより多くのリスクを負担することになる。もっとも、この場合にも債権者が他の商品で自己の需要を充足

することができるときは、債権者は他からそれを調達するということが考えられる。しかし、債務者主義の場合と異なり、この場合には給付目的物が滅失しても、債権者は自己の反対給付義務を果たさなければならない。したがって、債権者が他から同種の目的物を調達するときに支払う金銭は、債務者主義の場合と異なり、債務者に支払うはずであった金銭ではないのである。

以上のことから、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関して債権者主義をとったとしても、契約当事者はリスクを均等に負担することにはならないということがわかる。

ところで、この場合に通説が述べるように危険負担の移転時期をずらすときは、この結論はどのように変わるだろうか。まず、この問題を考える上で重要となると思われるのは、通説がいうところの目的物の「実質的支配」とは何を意味するか、ということである。この点に関して学説は必ずしも明らかにしていないので不明な点が残るが、債権者主義の批判における「観念的な所有権の移転では足りない」という批判からすると、占有面に着目した現実の管理可能性の債権者への移転の事実でもって判断すべきであると解され、金銭支払時や登記移転時では

十分ではないと考えられる。というのは、金銭支払時・登記移転時と観念的所有権が移転した場合とでは債権者が目的物を利用できないにもかかわらず反対給付をなさなければならぬという状況は異なるからである。そこで、次に、危険負担の移転時期を目的物の引渡時とする見解によるときに状況がどう変わるかを検討する。目的物が引渡以前に滅失するときは、債権者は対価の支払義務を免れる。しかし、目的物の滅失によって、債権者は自己の需要を充足できないリスクを負担する。これを債務者の側から考察すると、この場合に、債務者は自己の給付義務を免れる。しかし、対価が支払われないために自己のこれまで給付のために出捐した費用が無駄になるリスクを負担する。そうすると、この場合、一見すると債務者主義をとる場合と類似した状況が生じ、契約当事者はリスクを均等に負担しているかのように見える。しかし、この場合にも問題が生ずる。たとえば、特定物売買において給付目的物が滅失したとしても、そのことはただちに、債権者が自己の需要の充足を断念しなければならぬ、ということの意味しない。すなわち、目的物が滅失したとしても、他の同種の目的物が存在するときは、債権者は他からそれを調達することができる。したがって、この見解によれば、債権者は債務者に支払うはずだった金銭を他から

の目的物の調達に使用することができるということになる。それに対し、この場合に債務者は、対価が支払われないために自己がこれまでに出捐した費用が無駄になるリスクを負担する。このような結論は債務者主義の検討において得られた結論とは同様である。そうすると、この場合にもこのような見解をとることが適切であるのかはさらに検討を要するのではなからうか。しかも、五三六条一項においては、法律の規定があるので、債務者に出捐費用が無駄になるリスクを負担させることが是認できるとしても、このような規定がない場合にも債務者にこのようなリスクを負担させてよいかはさらに検討を要するし、またそれを肯定するとしても、なぜ債務者にそれを負担させることができるのかということの理由づけが必要となると解される。<sup>15)</sup>

## 第二節 今後の課題——まともに代えて——

一 金銭給付と物給付・行為給付との比較という観点からの考察の必要性

従来危険負担の問題を考える場合に、物給付に対する行為給付の特殊性が危険負担の問題へ与える影響を扱った学説はあるが、<sup>16)</sup>通常の交換契約においては物給付・行為給付に対して、金

金銭給付がなされるのが通常であるにもかかわらず、それらを直接比較するものはほとんど見られない。<sup>(18)</sup> それ故、当事者の一方が物給付または労務給付の義務を負い、相手方が金銭給付の義務を負うということが、危険負担の問題あるいは解釈においてどのような影響を与えるのかということは必ずしも明らかにされていなかっただよように思われる。この点に関して、本稿の考察において、金銭は他に容易に投入することができるために、反対給付として金銭給付義務を負う債権者は、比較的自己的需要を充足できないリスクを負担することが少ないなどの理由から、債務者主義のもとでは、物給付・行為給付の債務者は反対給付として金銭給付の義務を負う債権者よりも通常多くのリスクを負担することがわかつた。<sup>(19)</sup> そうであるならば、従来の学説は、債務者主義（五三六条一項）が公平で妥当であるというが、果たして債務者主義を適用することが公平で妥当であるのかを改めて検討する必要があるのではないだろうか。

また、債務者主義が当事者意思に適用するという点に関しては、たしかに、債権者は債務者の給付を受けることを目的としており、それが得られない以上、自己も給付をしたくないと思うこともあろうから、その限りでは債務者主義は当事者意思に適用ということができるかもしれない。しかし、債務者は、自己の

給付をなさなくても相手方の給付を受け取ることができるならば——たとえば、債権者主義をとった場合のように——そうしたかと思ふこともあるだろう。というのは、債務者の目的は自己の給付をなすことではなく、反対給付（金銭給付）を得ることだからである。<sup>(20)</sup> このように考えると、債務者主義が債務者の意思に適用かどうかは疑問であり、それ故、債務者主義の根拠を当事者意思に求めることが適切であるかどうかを改めて検討すべきではなからうか。

以上のことから、債務者主義を形式的に適用することが、当事者意思に適用かどうか、また公平で妥当であるかどうかは改めて検討する必要があると解される。さらに、このような検討を通して、債務者主義によるリスク分配がある事案においては、妥当な解決をもたらさないとということになれば、そのような事案においてどのような解決がなされるべきかということを検討することも必要となるだろう。<sup>(21)</sup>

## 二 牽連関係に関して

さらに、学説は、債務者主義の他の理由づけとして、双務契約における両債務の牽連関係をあげるので、本稿では直接牽連関係に関しては検討していないが、ここで簡単にその問題点に

ついで触れておく。すなわち、債務者主義の理由づけを両債務の牽連関係に求める場合には、双務契約において両債務が牽連関係を有するということが法的にどのような意味を持つのかという(22)ことが問題となる。しかし、双務契約における両債務が牽連関係を有するということが、法的に如何なる意味を持つのかという(23)ことに關してはほとんど検討されていないように思われる。牽連関係に關して、学説は、双務契約の各当事者の負担する債務は互いに対価的な意義のあるものだから、各債務の間には特殊な牽連関係を認める必要があるとする。さらに、牽連関係を認める根拠として、民法が履行上の牽連関係(同時履行の抗弁)と存続上の牽連関係(危険負担)について規定しているという(24)ことをあげる。もつとも、五三六条一項の事案においては、他方の債務の消滅の効果は直接五三六条一項から導きうるので、牽連関係がいかなるものかを明らかにしなくともそれほど問題とならないだろう。むしろ、この問題は五三四条の批判を牽連関係に求めるときに明らかにする。たとえば、五三四条の批判を牽連関係に求めるときは、双務契約における両債務には牽連関係を認める必要がある(25)ので、それを認めない五三四条は不適切であるということになるのである(26)。しかし、五三四条の文言からは、少なくとも同条は牽連関係を認めなかったと

解されるので、五三四条の適用される事案において牽連関係を認めようとする考えが、五三四条の「解釈論」として成り立つかは疑問であるし、また、牽連関係という不明確な概念にもとづいて五三四条の問題点を検討することが適当であるかはなお疑問が残る。それ故、牽連関係の検討によって牽連関係が法的に如何なる意味を持つのか(27)が確かめられないうちは、我々がすべきことは、牽連関係の有無を前提とせず、五三四条ないし五三六条の規定に従って解釈を行っていくことではないだろうか。法律の規定によらずに、牽連関係のみによって解釈をすることは、「解釈論」としては問題があるのではなからうか。

### 三 債権者主義に關して

債権者主義に關しては、本稿の考察によってもその結論の合理性は証明されなかつた。しかし、そのことからただちに危険の移転時期をずらすという解決がなされるべきなのだろうか。この点に關して、本稿の考察から危険の移転時期をずらすという解決はなお検討されるべき問題点を含んでいることがわかつた(本章第一節三参照)。そうすると、このような危険の移転時期をずらすという解決が適切な解決をもたらすかもなお疑問が残ると言えよう。また、特に、判例の状況にかんがみて、第

五章第二節で述べたように、このような債権者主義の一般的、修正の必要性を認めるべきかどうかに関しても現在のところ疑問が残る。さらに、個別的な事案に目を向けると、第五章第二節で述べたように、五三四条の適用によって債権者の反対給付義務を認めた判決の事案において、学説は簡易の引渡を認めることによって債権者主義の適用を制限しようとする。そうすると、このような試みは、一般的に債権者主義の適用を制限しなくとも、個々の具体的な事案の事実関係を考慮して解釈することと債権者主義の適用を制限することが可能であるということを示すものであるということができるといえる。

以上のような状況からすると、今後は、債権者主義による危険負担か、あるいは債務者主義による危険負担かという個別事案を離れた一般的・抽象的な解決の方法を考えるのではなく、このことは債権者主義の適用を制限しようとする見解にも当てはまる、まず初めに個別具体的な事案ごとに、当該事案の事実関係のもとで、危険負担の問題を考えていくことが必要ではないかと解される。<sup>(26)</sup>

#### 四 債権者主義の適用範囲の制限に関して

さらに、債権者主義の適用範囲を制限しようとする見解に關

しては、債務者主義の検討でわかった問題がほぼ当てはまる。すなわち、特に債務者の出捐費用の問題を中心として、そのような債権者主義の適用範囲を制限しようとする見解による解決が、はたして公平で妥当な結論をもたらすかは改めて検討する必要があるのではないだろうか。それに加えて、この場合には、五三六条一項の場合と異なり、債務者に出捐費用リスク等のリスクを負担させることを正当化する法律の規定も存在しない。それ故、このような見解によって債務者にそのようなリスクを負担させることが、なぜ正当化されるのかということの説明する必要があるだろう。<sup>(27)</sup> さらに、ここで、これらの見解が契約当事者の黙示の意思表示に根拠を求める場合は別として、そうでない場合にはこれらの見解が五三四条の解釈論として提案されているものであるにもかかわらず、同条を無視することにも成りかねず、同条の解釈論として成り立ちうるのかどうか問題となる。<sup>(28)</sup> 立法論ではなく、解釈論としてこれらの見解が提唱されているときに、そういった解釈が許されるか疑問が残る。

#### 五 結語

具体的な解釈に関しては、今だ模索中であるために、本稿では危険負担に関する学説・判例の問題点を指摘し、さらに、そ

れをもとにして今後解釈を展開すべき方向性を示したにとどまった。もつとも、このような方向性の指摘から言えることは、今後は、一般的に債権者主義が妥当であるか、または債務者主義が妥当であるかという問題の立て方をするのではなく、個別具体的な事案ごとの検討が必要になると思われる<sup>(29)</sup>。しかも、解釈論としてなされるかぎり、法律の規定を無視することはできない。そうであるならば、考えられる方向性は、法律の規定の個々の要件及び契約の内容(当事者意思)を個別具体的な事実関係に依拠して解釈することである。たとえば、取引主体、取引物などの諸事実を考慮に入れた検討が必要となる。より具体的に言えば、これらの事実を考慮することによって債務者に要求される注意義務の程度が高くなれば(たとえば、商人の場合)、その分だけ債務者の「帰責事由」は認められやすくなり、その結果として五三四条の適用を制限することも可能となるだろう。さらに、「特定」概念を厳格に解釈することによっても、同条の適用を制限することが可能となるだろう。また、労務契約における労務者の出捐費用または報酬の問題に関しても、契約(当事者意思)の解釈あるいは法律の要件の個別具体的な事実関係に依じた解釈によってこれらの問題に対処していくべきではな<sup>(30)</sup>かろうか。さらに、給付困難リスクに関しても、「不能」概念(五

三六条一項)の解釈によって債務者を義務から解放するという方向性が考えられるのではないだろうか。結局のところ、今後の課題として、我々がまずなすべきことは、一般的・抽象的に危険負担規定の合理性の問題を考えるのではなく、法律の規定の個別的要件及び契約(当事者意思)の解釈を通して、危険負担の問題を検討することではな<sup>(31)</sup>かろうか。

## 注

(1) この点に関する詳しい説明は第二章第二節を参照。なお、危険負担の問題点を考える上でリスク負担の問題を考慮することの妥当性に関しては、第五章注(34)を参照。

(2) ところで、ここでは契約当事者の給付内容(物・労務給付及び金銭給付)に着目しての経済的な観点からリスクの不均衡の問題に関しては触れなかった(この点に関しては、第二章第二節二参照)。この問題に関しては、第二章注(12)でも述べたようにコラー自身が具体的にいかなる点においてリスクが均等でないのかを明示していないので不明な点が残るが、ここで、コラーのこの見解を正当化するために、どのようなことが考えられるかをわが国における理論をもとに考えてみたいと思う。まず第一に、貨幣の生成史及び機能ということがあげられるのではな<sup>(30)</sup>か(貨幣の生成史及び機能に関して詳し

くは、小林威雄『貨幣の基礎理論』(青林書院、昭和五二年)一二二頁以下、山中隆次他編『マルクス資本論入門』(有斐閣、平成三年)五八頁以下を参照)。貨幣は、交換において物による交換よりも貨幣による交換の方が、リスクが少なくなるように生成され、あるいは、そのように機能するものである。通常、金銭給付と物給付とはリスクが異なり、また、金銭給付の方が、リスクが少なく、減失・腐敗の可能性の低さ、他への投入の可能性の高さ)。第二に、特約のある場合を除き、物・行為給付の債務者は事実上の先履行義務を負っているのと同じ状態に置かれているということが考えられる。たとえば、物給付においては履行期以前に給付目的物を調達・保管する必要がある。もちろん、これは金銭給付に関しても当てはまるが、貨幣の機能から金銭の方が、通常、調達・保管が容易である。また、行為給付については債務者は給付後でなければ報酬を請求することができない(六二四条・六三三条。なお、賃貸借契約に関して、六一四条を参照)。それ故、債務者の給付後または準備後に債権者に資力がないときは、債務者は債権者の無資力を負担するおそれがある。このような点からも物・行為給付者の方が金銭給付者よりもリスクにさらされる可能性が高いと言えることができる。

そして、以上の考察はドイツにおいても当てはまるので(行為給付における報酬の後払いに関して、ド民六一四条・六四一条一項を参照。なお、使用賃貸借契約に関して、五五一条参照)、このような考察によって先に指摘したコラーの見解を正当化することができるのではないだろうか(もつとも、第二の考えは、経済的な考察というよりも、法的な考察であるので、コラーの見解の正当化根拠の可能性としては、第一の考えの可能性の方が高いと考えられる)。

(3) 林良三編『注解判例民法債権法Ⅰ』(青林書院、昭和六二年)四一八頁(今西康人執筆)、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』(有斐閣、平成五年)一九頁、水本浩『債権各論(民法セミナー5)』(一粒社、昭和五四年)三〇頁、山本進一『契約法大系Ⅰ(契約総論)』(有斐閣、昭和五一年)二五七頁。

(4) もつとも、学説が、両債務の対価的牽連関係による債務の消滅によって契約当事者が均等にリスクも負担していると考えているかどうかは明らかではない。

(5) 詳しくは、第一章第三節三、四を参照。もつとも、これらの試みは債務者主義そのものの問題点からではなく、物給付に対する行為給付の特殊性から(小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社、平成七年)一二六頁)、あるいは請負契約の特殊性から(笠井修『請負契約と危険負担』)

域の確定」『成城法学』五一卷二号（平成八年）七一八頁）なされているように思われる。それ故、これらの見解が債務者主義それ自体の問題点を解決するために提唱されているかは明らかではない。

(6) 法典調査会『民法議事速記録九』（第七三回―第八一回）（法務図書館、昭和五六年）二二九頁。

(7) 法典調査会・前掲書（注6）二二三頁。

(8) 法典調査会・前掲書（注6）二二三―二三四頁。

(9) 法典調査会・前掲書（注6）二二三―二三四頁。

(10) 法典調査会・前掲書（注6）二三五頁。

(11) コラーのリスク分配基準によっても、通常、債務者主義によるリスク分配と同様の結論となる（詳しくは、第五章第一節参照）。

(12) 同趣旨のことを述べるものとして、我妻栄『契約各論（中）（二）』（岩波書店、昭和五四年）六三〇頁がある。

(13) 本稿と同様に債務者主義それ自体の問題点を指摘して、債務者主義とは別の評価による処理を試みるものとして、近藤英吉「所謂『危険負担』に関する疑問―藝妓の前借金返還の要否―」『論叢』一七巻五号（昭和二年）八〇二―八一〇―八一二頁、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）一二七―一二八頁がある。

(14) 潮見佳男『債権総論』（信山社、平成四年）五六頁、半田吉信『売買契約における危険負担』奥田昌道（編）『林良三還暦記念・現代私法学の課題と展望（下）』（有斐閣、昭和五七年）一一三頁以下。

(15) この理由づけとして、売主が目的物の引渡まで果実収取権を有するというのが考えられる（五七五条一項）。

しかし、この売主の果実収取権が売主に出捐費用等のリスクを負担させるのに十分であるのか、また、目的物が必ずしも果実を生ずるとは限らないのでこのような理由づけが妥当であるかはなお検討されねばならないだろう。

(16) 小野・前掲書（注5）一二六頁以下参照。さらに、この点に関しては、従来、受領不能と履行不能のいずれになるかで問題とされることが多い（第一章第三節三参照）。

(17) 星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、昭和六三年）一七頁。

(18) 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）一一三頁は、「危険負担は、モノの供給者とカネの供給者のどちらに危険を負担させるのが適切か、という問題に帰する」と述べていることから、物給付と金銭給付とを直接比較して危険負担の問題を考えているということができると解される。さらに、従来、四一九条二項と関連して金銭債権の特殊性が言われている（於保不二雄『債権総論（新版）』

〔有斐閣、昭和五九年〕四四頁、能見善久「金銭債務の不履行について」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(東京大学出版会、昭和五七年)一九一以下、我妻栄「新訂債権総論」(岩波書店、平成三年)三五頁等を参照。また、金銭債権一般に関する最近の研究として、吉岡幹夫「金銭債権の基本構造」(法律文化社、平成九年)がある。しかし、これらの見解は、このような特殊性が危険負担にいかなる影響を与えるかという点に関して必ずしも明らかではないように思われる。

(19) この点に関しては、第二章第二節二・三、及び本章第一節二・注(2)を参照。

(20) この点に関しては、第三章第二節二「誤った表象の『共通性』によるリスク分配」に対するコラーの批判を参照。なお、このように考えた場合、債務者の側からみると、債権者主義の方が債務者の意思に適うということも可能ではなからうか。

(21) このような事案において債権者主義以外の解決方法がなされるべきことを指摘するものとして、本章注(13)を参照。

(22) 最近の論稿において牽連関係に関して論じるものとして、小野・前掲書(注5)一六一―一八頁がある。

(23) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、昭和三七年)八二頁参照。これに反対する見解として、近藤・前掲論文・

注(13) 八〇四頁がある。

(24) 石坂音四郎『日本民法債権編第六卷』(有斐閣書房、大正五年)二〇九三頁参照。

(25) 星野英一「民法概論Ⅳ(契約)」(良書普及会、昭和六一年)五三頁、山本・前掲書(注3)二五二頁参照。ここで、注目すべきなのは、梅博士の見解である。従来の研究によれば、起草者は債権者主義の理由づけとして利益説をとってきたと言われてきた(鳩山秀夫「日本債権法各論上巻」(岩波書店、昭和十一年)一四〇―一四一頁参照)。しかし、梅謙次郎『民法要義第三卷債権編』(有斐閣書房、明治三三年)四三〇頁は、「雙務契約ニ於テハ同時ニ雙方ニ義務ヲ生スルト雖モ其義務カ一旦生シタル以上各々獨立ノ存在ヲ有シ必スシモ相牽連スルモノニ非サルコトハ既ニ第五百三十四条ノ規定ニ依リテ明ラカナリ」と述べていることから、梅博士は双務契約における両債務の獨立(債務獨立説)をすでに前提としていたのではないかと解される。

(26) 同趣旨のことを述べるものとして、多治川・前掲論文(注13)一四二頁がある。さらに、危険負担の問題を一般的にはなく、具体的な事案に応じて考える上で、興味深い見解がある。すなわち、ラーベル(Ernst Rabel)は、ローマ法においても、一定の物(たとえば、奴隷)に関してのみ買主危険負担主義が採られていたことを指

摘する (Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd.II, [Berlin u. Leipzig, 1936], S.300; der, "Gefahrtragung beim Kauf", Zeitschrift des Savigny-Stiftung, Rom Abt. 42 [1921], S.543)。また、先に指摘したように、わが国の学説においても債権者主義の適用を一定の範囲で認めていこうとするものもある(第一章第一節一参照)。さらに、まだ検討されるべき点が多いが、判例により代償請求権が認められたことよって(最判昭和四一年二月二三日民集二〇卷一〇号二二二頁)、より債権者主義の適用を肯定する余地も広がったのでなからうか(同趣旨の可能性を指摘するものとして、潮見・前掲書〔注14〕五九頁、前田達明『口述債権総論〔第二版〕』〔成文堂、平成二年〕二二〇頁がある)。

(27) ここで債務者主義における起草者(特に、梅博士)の債務者に出捐費用リスクを負担させる根拠がそのまま当てはまるわけではない。起草者は、債務者主義においては、債務者は、目的物が特定する以前は、その目的物を他に処分することが可能であり、実際にその物が当該債権者に給付されるかわからないときに、その目的物の滅失のリスクを当該債権者に負担させるのは妥当ではないという理由から、債務者に出捐費用リスクを負担させている。しかし、ここでは特定物が問題となっていないので、給付目的物は確定しており、その限りでは債務者主義におけ

る理由づけをただちにここで用いることはできない。したがって、ここでは債務者のリスク負担を正当化する新たな根拠を探求する必要がある。

(28) 同趣旨のことを述べるものとして、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・前掲書(注3)三六一―三七頁参照。

(29) ところで、誤解のないように指摘しておく、本稿では、契約当事者間のリスク負担の不均衡ということを重視して述べたが、筆者もコラーも同様であるが、このことは必ずしも「契約当事者がリスクを均等に負担するような解決方法が探求されるべきである」ということを主張するものではない。契約当事者間のリスク負担の不均衡という指摘は、債務者主義が必ずしも公平で妥当なものではないということもありうるのではないかと論拠のひとつとして持ち出したものであり(この指摘は、特に、五三四条の適用を制限しようとする見解の問題点を明確にする点で最も意味を持つと考えられる)、この問題を今後どのように解決していくべきかという課題はあるが、本稿はこの不均衡を是正し、契約当事者がリスクを均等に負担するような解決を考えるべきであるということに主張するものではない。

(30) ここで指摘しておきたいのは、五三六条の事案におい

では、先にも述べたように、給付目的物はまだ確定しておらず、当該債権者にその物が給付されるかわからないので、必ずしも一般的に債務者に出捐費用の償還を認めることあるいは出捐費用の償還を認めるとしても、出捐費用の中には債務者が自ら負担しなければならぬ費用も含まれるので、必ずしも出捐費用全額の償還を認めることが妥当な結論をもたらすわけではないということも顧慮して解釈をする必要があるだろうということである。

ところで、五三六条二項の帰責事由を緩和して解釈しようとする見解も(第五章第二節)このような報酬請求の問題に対処する考え方に属すると言えるであろう。しかし、このような解釈は次の点で問題がある。すなわち、五三六条二項によれば、債務者は割合的な報酬請求権ではなく、全額の報酬請求権を有する(最判昭和五二年二月二三日民集三一巻一七九頁)。ただ、このような解決が常に妥当な結論であるかは疑問が残る。また、この問題に対処するために厳密な意味で帰責事由があるときは全額報酬、そうでないときは、割合的報酬を請求できるとする見解がある(第五章注〔32〕参照)。ただ、この見解は、割合的報酬請求を認める根拠が五三六条二項から導きうるのかという点に関して疑問が残る。

このような状況からすると、解釈論によって労務者の割合的報酬請求権の問題に対処することは非常に困難で

あり、判例が信義則を根拠として請負人に割合的な報酬請求権を認めていることはあながち不当であるとは言えないかもしれない。もつとも、ここで問題となるのは、いかなる場合に信義則による割合的報酬が認められるかが不明確だということである。そこで、このような問題を解決するものとしてまだ検討されるべき点はあるが、コラーのリスク分配基準は参考になるのではないだろうか。たとえば、注文者が抽象的支配可能性あるいは吸収可能性を有するときに、信義則上、請負人に割合的報酬を認めるということが考えられるのではなからうか(もつとも、コラー自身は割合的報酬を認めることに必ずしも賛成していない。第五章第一節二(三)(ア)を参照)。また、このような方法によれば、実質的に公平な解決をめざすリスク分配基準の導入と既成法典の制度との衝突も避けることも可能となる。

(31) ドイツにおいて同趣旨のことを述べるものとして、第三章第二節四(二)にあげた文献のほか、Medicus, "Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage", in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, (Köln, 1978), S.630-633がある。なお、このような法律の解釈を越えてなお公平なリスク分配がなされる必要がある事案が生ずることは否定し得ないし、本稿もそれを否定する趣旨ではない。しかし、第五章で述べたように、危険負担に

関する学説・判例からは、現行法の規定と異なる危険負担が一般的になされる必要性があるかどうかは疑問である。さらに、本稿は危険負担の問題を現行法の解釈論としてどう解決していくべきかという方向性を探ることを考察の対象とするので、そのような解釈論を越えてなお公平なりスク分配のなされるべき事案の解決に関しては、本稿においては触れない。

(完)