

履行不能と危険負担についての比較法的考察

山田 到史子

## Summary

### **A Comparative Study of the Impossibility of Performance and the Risk of Loss**

YAMADA Toshiko

In the Japanese civil law system the impossibility of the performance of the contract prevents the obligor from claiming specific performance (namely, the first right of claim). In order to claim damages (namely, the second right of claim) or cancel the contract, it requires the failure of performance due to the obligee's fault. On the other hand, if no fault is found, then it will matter who bears the counter-performance risk.

While the principle of bearing risk (counter-performance risk) is that the obligee bears it (Japanese Civil Code § 536), the risk in the case of the sales contract of a specific thing passes to the obligor (buyer) at the time of concluding the contract, which means that the obligor bears the risk (§ 534 I). When the object of the sales is not identified at the time of concluding the contract, the risk passes to the obligor after it is identified (§ 534 II).

However, Article 534 is criticized by many jurists, and under the influence of the German civil law, in which the risk passes to the buyer from the time of the delivery of goods, conflicting views have emerged.

In this paper, the system of the risk of loss in Anglo-American laws and French law, all of which have been regarded as quite different from Japanese law, are analyzed. In those systems, the obligee's fault is not required in order to cancel the contract (in France this being the case with the judicial precedent), the systems are in majority in the world. If it stands to reason that also in Japan no fault is required for cancellation of the contract, a study of the Anglo-American and French systems will be of great significance in understanding the relation between the risk of loss and cancellation.

〔Ⅰ〕問題の所在

〔Ⅱ〕履行不能と危険負担

(一) 日本法の現状

(二) 英米法におけるリスクの負担

(1) 危険移転によるリスクの分担

(2) 履行の不能・実現困難性によるリスクの分担

(三) フランス法における危険負担

(四) 小括

〔Ⅲ〕結びにかえて

## 〔Ⅰ〕問題の所在

わが国の民法理論によると、契約の履行不能が発生した場合には、それにより第一次的請求権である本来的履行請求権(特定履行請求権)の貫徹は阻止され、さらに債務者に帰責事由が認められれば、第二次請求権である同価値の金銭的賠償請求権に転化される。あるいはまた、履行不能は解除権を相手方に与え、また担保責任を生ぜしめる。これに対して、履行不能について帰責事由がないとされた場合にはじめて、履行不能により債務者の債務は消滅し、相手方の反対債務の帰趨は危険負担の問題であるとされる。このように、我が国の契約責任は有責性原理に基づき、履行不能は履行障害の一形態、すなわち、債務者にいかなる責任が発生するかという責任要件の一つである(給付義務から損害賠償義務への仲介概念)とともに、帰責事由のない場合には債務者の債務からの

解放を導くとされている。<sup>(1)</sup>

以上のような位置づけがなされる危険負担(対価危険)は、民法五四条乃至五三六条に規定されている。しかし、特に五三四条の定める債権者主義については、現実の取引において妥当性を欠くことがつとに指摘されており、ごく初期の段階から、ドイツ法の採用する引渡主義の影響もあって、これを如何に解するかについて議論が錯綜した状態が続いている。<sup>(2)</sup>

そこで、この危険負担の検討をするにあたり、本稿ではまず、従来の日本の枠組とは異なる枠組を有するとされてきた英米法及びフランス法の危険負担制度について概観することとしたい。その際、何が「危険」なのか、「危険」をどのように捉えるべきなのか、いかなる事情によって危険が分配されるのかについて、特に不能との関係に焦点を当てて検討を行う。英米法の枠組は客観的責任体系を採用しており、<sup>(3)</sup>日本法における解除権発生要件として帰責事由が不要であるという考え方に立った場合には、この点につき同様の枠組を有していることから、危険負担と解除の関係を考える上でも、また、解除制度をも視野に入れた体系を理解する上でも、これらの法制度を検討することは意義を有するものと考ええる。

## 〔Ⅱ〕履行不能と危険負担

(一) 日本法の現状

わが国の民法は、四一五条で「債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行

ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ」と規定し、損害賠償の要件を呈示する。従来の通説はいわゆる三分体系説を採用し、債務不履行としてドイツ民法理論の影響のもとに、履行遅滞、履行不能、不完全履行をあげてきた。しかし、これについては現在では、債務不履行とは「債務の本旨に従わない履行」であって、包括的な意味で用いられており、履行不能についても「履行ヲ為ササルトキ」に履行をなし得ない場合を含めるのは無理があるのではないかとの意図から便宜的に挿入されたものであって、債務不履行の一例として注意的に規定されたものであるとの理解が有力である。このように、わが国の債務不履行の概念は、不履行責任を独立のかつ統一的な履行不能というカテゴリーを中心に構成したドイツ民法理論を継承したものとさえ言えず、むしろ、債務不履行という包括的要件に基づくフランス民法に影響を受けたものだと言いうる。<sup>(4)</sup>

これに対して、危険負担に関しては、五三六条にその原則的規定を有し、「…当事者双方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ反対給付ヲ受クル権利ヲ有セス」と定める。すなわち、危険負担は履行不能を要件とする。ちなみに、ドイツ民法典では履行不能を要件とする危険負担の原則規定を二三三条に持つが、フランス民法典には危険負担の原則規定はなく、本条はドイツ民法の影響を受けたものと言われている。<sup>(5)</sup>

このように見ると、不能概念をドイツ民法のように広く捉えず狭く捉えるわが国の理論からすると、債務不履行の条文と危険負担の条文との

間に齟齬が存在する可能性が出てくる。日本民法における危険負担は、一方の債務が責めに帰すべき事由なく履行不能となったことよって、債務者は債務の履行から免責されるものの、原則たる債務者主義によると、反対給付については請求し得ないことになり、従って、帰責事由のない履行不能を要件に、まず給付危険が問われ、次に対価危険が問われるという構造を有する。そして、前提となる履行不能については、債務不履行の部分で議論されているのであるが、通説によると「単に物理的に不能であることに限らず、社会通念ないし取引通念に従って、債務者による履行の実現が期待し得ないこと」(社会通念上の不能)と理解される。<sup>(6)</sup>この不能概念はドイツ民法理論を摂取したものであるが、主観的・客観的不能の区別が理論上かつ法典上の根拠に欠けるとして排斥された点、履行遅滞Ⅱ(時に関する)一部不能という広義の不能概念ではなく、対象的な不能概念が導入された点等については、文字通りの模倣ではなかったことが指摘されている。<sup>(7)</sup>

そうすると、危険負担において本来前提とされるべき「不能」は、実は上述のような債務不履行のところと言う狭い意味の「不能」とは異なるのではないかとの疑問が生じる。あるいは、そもそもわが国では、債務不履行のところではそれほど不能概念に有用性がなく、危険負担においてこそ問題となり得るのに、債務不履行の部分で構築されたドイツ理論に由来する不能論自体、問題があるのではないかと思われる。<sup>(8)</sup>さらに、上述の危険負担の構造自体、日本民法理論の債務不履行構造に適合的ではないのではないかとの疑問が生じる。

そこで以下では、債務不履行を包括的に一つのものとして捉える法制

度—英米法とフランス法—の構造の概観を試みる。

(二) 英米法におけるリスクの負担<sup>(9)</sup>

英米法では、契約責任について大陸法諸国とは異なり、厳格責任、保証責任が妥当し、客観的な責任体系を採用している。従って、売買契約の場合、原則的に契約違反があれば、それが危険の移転前であれば責任が発生し、相手方に原則として損害賠償請求権が認められる。しかし、どちらの契約当事者の責めにも帰すことのできない事由によって債務者に損害賠償義務まで認めるのは酷であるとの理由から、一定の場合—履行不能(impossibility)もしくは履行の実行困難性(impracticability)—、契約目的の達成不能(frustration)による免責理論<sup>(10)</sup>があれば、危険の支配可能性の欠如を根拠に損害賠償義務からの免責が認められる。

(1) 危険移転によるリスクの分担

一 物品の売買契約の危険について、アメリカでは統一商法典(以下UCCという)が規律し、本法律は合衆国のほぼ全域で採択されている。物品の売買契約におけるリスク<sup>(12)</sup>の中には、どちらの当事者の責めにも帰すことのできない事由による物品の滅失、毀損に関わるリスクが含まれるが、この場合に適用されるのが危険移転のルールである。このルールは、契約の主たる目的物の物理的完全性に影響を与える後発的事件のみを対象とする(従って、この範囲では、後述の不能による免責理論を排除するものであるが、例えば、履行の方法に関わる不能、あるいは遅滞、

違法といった契約の履行に関わる事件はこの限りではない)。そして、免責理論によると、両当事者が契約上のすべての義務から解放されるのに対して、危険移転のルールに従えば、一方の当事者のみが一もしくはそれ以上の義務から免れ<sup>(13)</sup>、そしてリスクはどちらか一方の当事者だけが負担することになる。そして、リスクを買主が負担することになると、買主は代金を支払わねばならず(危険移転後は契約からは解放されない)、これに対し、売主が負担することになれば、買主にはもちろん代金支払義務はなく、売主は契約不履行の賠償責任を負いあるいは代物を提供する義務を負う。従って、ここでのリスクは結局、売主負担の場合には代金(自らの履行利益)及び相手方の履行利益、買主負担の場合には代金支払(相手方の履行利益)となる。

危険移転のルールは、契約締結とその履行の間に生じた契約の主たる目的物の毀滅の効果を規律する。契約締結前の滅失は、錯誤又は主たる目的物の存在についての一方当事者の明示もしくは黙示の引き受けの問題であるし、逆に、履行後の滅失は全く契約責任を生じさせず、履行した当事者は履行によって免責され、相手方は反対給付義務からの免責のために滅失に依拠することはできない。問題はリスク負担を分ける規準であるが、UCCはいつから危険が移転するか明確性を欠くとして従来の所有者主義を覆し、次のような規定を置く<sup>(14)</sup>。なお、これによると、履行過程のより後の段階で危険が移転することになり、免責理論は危険移転前の滅失に適用しうるので、免責理論の作用する余地が所有者主義に基づくよりも大きくなる。

二一五〇九条が契約違反がない場合のリスクの負担を規定する。以下

要約すると、

① 契約上売主が運送人により物品を積み出すことが要求されるか、またはその権限が認められている場合には、

(a) 特定目的地にて引き渡すことが契約上要求されていないとき、リスクは運送人に物品が適正に引き渡された時に買主に移転する。

(b) 特定目的地にて引き渡すことが契約上要求されているとき、運送人の占有にある物品をその場所で適正に提供すれば、リスクはこのようなにして買主が引渡を受けることを可能にするような提供のあった時に買主に移転する。

② 既に倉庫などに預けてある場合には、物品の物理的移動を要しないので、リスクの移転時期は、当該物品に関する流通権限証券を買主が受け取ったときや、買主の占有する権利を受寄者が承認した時などとなる。

③ それ以外の（買主が物品を引き取りに行く）場合には、リスクの移転時期は、売主が商人の場合には買主が物品を受け取った時、それ以外の場合は売主が引渡の提供をした時となる。

さらに二一五〇条が、物品が既に買主のもとにあるが契約不適合等の理由で買主が完全に受領したとは言えない場合、受領を撤回した場合、逆に買主の側に履行拒絶などの契約違反のある場合のリスクの負担を規定する。これによると、前者の場合、売主の側に契約違反があるのでリスク負担の原則は働かずリスクは売主に留まり、後者の場合には買主にリスクが早く移転する。

これらの規定から説明されるリスクの分担の方法は、物品を支配して

いる当事者、物品について保険をかけることが期待できる当事者にリスクを負担させるとの考え方である。すなわち、ここで目的とされていることは、事故による物品の損害に関する費用の最小化であると指摘されている。<sup>(15)</sup>

二 次に、不動産の売買契約についてのリスクの負担について簡単に見てみると、アメリカでは、統一不動産売買契約リスク法 (Uniform Vendor and Purchases Risk Act、一九三五年) によって、危険は契約締結時ではなく、占有か権原のどちらかの移転によりその負担が決められ、どちらかの移転がない場合には買主が代金支払義務を免れないとされた。但し、採択は十数州に留まり、多くの州ではイギリス法の立場を受け継ぎ、契約締結時にリスクが移転すると解されている。<sup>(16)</sup>しかし、これには二つの方向からの批判がある。ルールの前提、すなわち、土地の上の建造物の滅失にも拘わらず契約は特定履行可能で、かかる滅失は不能による免責理論の根拠にはなり得ないという考え方に對するものと、実務上不都合が生じるという批判である。実際、特定履行可能か否かは裁判所の自由裁量に委ねられており、それによって所有権の移転が左右されひいては危険の移転が左右されるのでは危険の移転が全く不確定である。しかしこの点は裁判所の権限と決められているのであればやむを得ないとは言えるものの、実務上は、様々な縮減の方法が探られている。<sup>(17)</sup>

(2) 履行の不能・実現困難性によるリスクの分担

一 前述のように、英米法では嚴格責任が貫かれているため、売主は、

もし危険を負担することになれば、代金及び損害賠償のリスクを負担することになるが、それでは売主に酷にすぎるとの理由から、売主の損害賠償責任を免責する法理、すなわち、売主の負担する損失を物の滅失・毀損に関わる部分だけに制限する法理が形成されてきた。いわゆる履行不能 (impossibility) / 履行困難性 (impracticability) の法理である。

この法理によって売主の損害賠償義務が免責されると、売主の負担する損失は自らの履行利益部分だけとなり、買主もまた、損害賠償請求が認められないので信託利益等の損失を負担することになる。結局、この法理の下ではリスクは両当事者に分担されることになる。

二 イギリスでは、絶対責任の原則が妥当していた一六一一七世紀において、実は、①法の変更の場合、②債務者の死亡または能力喪失(履行が一身専属的な性質のものである場合)、③目的物の滅失の三つの場合には例外として免責を認めていた。有名な Taylor v. Caldwell (1863)<sup>(18)</sup>

判決は、この絶対責任の原則から後発的的事件による免責理論へと変化したターニング・ポイントとなった判決で、右の③の例外を進展させ、以後の不能の法理発展の礎となったと高く評価されている。事案は、原告が四回連続コンサートのため一日一〇〇ポンドで会場を借りる契約をしたが、その日の前に会場が両当事者の責めに帰すことのできない事由(配管上の不注意)によって焼失したというものである。原告(借主)が広告及び準備費用の損害賠償の請求をしたが、裁判所はこれを否定した。その理由として裁判所は、「履行が一定の人又は物の継続的存在を基礎とする契約においては、人又は物の滅失によって履行が不能になった場合に履行は免責されるという黙示的条件がある」と述べた。そして、

その効果として「当事者は、責めに帰すことのできない物の滅失によって履行が不能になった場合には免責される」ことを明らかにした。<sup>(19)</sup>

さて、現在の免責理論にもつながる本判決は、絶対責任の原則よりもよりよい結果をもたらすと評価されている。本判決で基礎とされているリスクの分担方法は次のようである。<sup>(20)</sup> 結果的に両当事者が免責されることから、各当事者は給付危険 (performance risk) と対価危険 (payment risk) もしくは counter-performance risk を各々一つずつ負担する(給付危険は当該給付の債権者⇨借主、対価危険は債務者⇨貸主)。<sup>(21)</sup> この二つのリスクの分割は危険分割の一種として作用しており、二つのリスクを分割する方が一般的によりよい結果をもたらしていると評価される。なお、これと比較されうるのが絶対責任の原則の先例として有名な Parlane v. Jane 事件<sup>(22)</sup> である。これは、二一年の農地賃貸借契約において契約締結から六年後に、軍隊によって二年間占領され使用できなくなった事案であるが、裁判所はそれでもなお厳格責任の原則を適用し、賃料の支払義務を肯定したものである。この事件では、上述の二つの危険を賃借人に負担させており、両リスクを同一人に集中させたものとして、<sup>(24)</sup> 両リスクの分割がなされていない点が批判されている。そして危険負担は、給付危険を、不能となった履行の債権者に、対価危険を債務者に置くのが望ましいとする(逆は、常識からしてまた訴訟経済上望ましくないであろうとする)。すなわち、物やサービスの給付についての債権者はその契約から期待しうべき利益の賠償を請求できないし、一方、債務者は合意した代金を請求することはできない。ところで前者の判決について検討してみると、原告は既に支出していた費用の請求をただけ

で、裁判所はこの種の損害をすべて原告が負担すべき旨を判決した。これは、被告も又その他の費用につき損害を被っているとの理由に基づいているが、両当事者のそれが同等であるとは認められていないし、また、被告は保険によってあるいは配管工に対する損害賠償によって損失を補填しうるであろう。この点は、本判決が既出費用に対する危険の割当について理想的な解決をもたらしたものではないことを明らかにするものである。

その後、本理論は、目的物の滅失以外の理由によって履行が不能になった場合に拡張され、物が収用された場合、不能が履行の方法のみに関わる場合、契約目的が達成不能の場合にも、本理論が適用された。しかし現在は、「契約は守らねばならない」との原則が重視され、理論の適用は制限される傾向を示している。

三 これらの判例法の発展を受け、UCCは次のように規定する。すなわち、

二一六一五条「契約の前提条件喪失という不履行の免責事由」<sup>(26)</sup>

売主が契約上、次に掲げる義務よりも重い義務を引き受けた場合及び前条の代替的手段による履行を行うべき場合は別として、

(a)ある条件が発生しないことを基本的な前提として契約が結ばれていたのに、その条件が発生したため、合意された履行が実行困難なものになった場合

又は、後にその強制が無効とされるか否かを問わず、契約に適用される外国もしくは自国の政府の規制に誠実に従ったために、やはり履行が実行困難なものになった場合には

売主による全部もしくは一部の引渡の遅滞又は不履行は、売主が(b)(c)号に従う限り、売買契約上の売主の義務の違反とならない。

これは契約法第二次リステイメントにも取り入れられた。リステイメント二六一一条は次のように規定する。<sup>(26)</sup>

リステイメント二六一一条

ある出来事が生じないことが契約締結の基本的前提となっている場合に、契約締結後にそれが生じたことにより当事者一方の履行がその過失によらず実行困難となったときは、当該当事者の履行義務は消滅する。但し、契約の文言又は状況から反対の趣旨が示されている場合はこの限りではない。

これらから導きうる法政策的なリスクの分配として、上述の規定は次の要件があれば免責される趣旨と見られている。<sup>(27)</sup>①後発的な事件の発生によって契約の履行が実行困難になったこと、②事件の生じないことが契約の基本的前提とされていたこと、③契約当事者がリスクの負担をしていないこと、④免責を求める当事者に履行が困難になったことについて過失がないこと、である。

ここで、免責の第一の要件として位置づけられる「履行の実行困難性」<sup>(28)</sup>についてその内容を検討しておこう。これは従来の履行不能概念に代えてUCCで用いられたものであるが、これによって新たに要件を緩和したのではなく、単にこれまでの判例の趣旨を正確に表現しようとしたものだ<sup>(29)</sup>とされている。さて、第一次リステイメントは四五四条に不能の定義をし、不能とは「厳格な不能(stRICT impossibility)だけではない、甚だしく不合理な困難、費用、損害又は損失を理由とする実行困難



性 (impracticability) を意味する」と規定した。<sup>(30)</sup> UCC 二一六一五条も基本的に同じことを意味し、例えば、履行コストが上昇した場合にも、コメント 4 によると、履行の本質的性質を変えるような、予見不能な偶発事件による場合に限り免責が認められる。<sup>(31)</sup> ただ、UCC は第一次リステイトメントとは異なり、履行不能 (四五四条以下) とフラストレーション (二八八条) の二つの理論を一つの条文に結合する。そして本条は、偶発事件をすべて摘示しようとはしていない。本条の適用がなされるあらゆる事例において、その基礎となる理由、目的に照らして解決されるべきであるとコメントをする。<sup>(32)</sup> これに対して、第二次リステイトメントは、事件の発生しないことが契約の基本的前提となるような事件として、①死亡、②目的物の毀滅、③政府の規制の変更をあげる。<sup>(33)</sup> また、主観的不能と客観的不能に関して、履行の不能が全く債務者個人の無能力に基づく前者の場合は免責されず、不能が債務の性質による後者の場合にのみ免責されるとするのが第二次リステイトメントの立場である。しかし、UCC 二一六一五条はこの区別を排除してしまつたと解する立場もある。<sup>(34)</sup> そして、次の理由により区別を排除することは正当であるととする。①両者が一致する場合がある (一身専属的契約で、債務者が病気で不能の場合)、②債務者にとって不能なことで、すべての者にとって不能なことを区別する理由がなく、ただ契約中で当事者によってなされる危険の分配に間接的に関連するだけである (個人的な履行能力に関する事件のリスクはほとんど債務者に負担されている)、③両者を区別するのが困難な場合がある、との理由である。

次に、第二の要件「事件が発生しないことが契約の基本的前提とされ

ていたこと」について、第二次リステイトメントでは、<sup>(35)</sup> この要件の判断にはどちらの当事者が危険を負担したかについての判断を含み、またこれには、契約条項や予見可能性等あらゆる事情を考慮することが含まれていると説明されている。実際、判例も第四のリスクの負担の要件と厳密に区別して判断していないようであり、両者は混然と考慮されていると指摘される。<sup>(36)</sup>

では、第三の要件であるリスクの負担をいかに判断しているのだろうか。まず、合意、契約条項もしくは契約の性質が考慮され、それで判断できない場合に問題にされるのが予見可能性である。<sup>(37)</sup> もし予見し得たならば、本来なら契約条項に免責条項を置くはずであるのに、それがないことはリスクを負担したものと多くは考えられるであろうから、予見可能性があれば免責されないとの方向に傾く。しかし、この予見可能性のテストをリスクの負担の判断に直結させることに對しては疑問が呈されており、これによれば予見可能性は、あくまでも当事者がリスクを負担したか否かの判断をする際の一つのファクターとして考慮されるべきものと捉えられる。実際の裁判例においても、裁判所は契約にまつわる事情 (すなわち予見可能性) からリスクの負担を決めるのではなく、取引上の慣行や政策を基礎にリスクを分配していると指摘されている。<sup>(38)</sup> 判例は、不能による免責について厳格で否定的な態度をとっていることが多いが、これに対しては、現実の影響を顧慮する方向からの批判があり、二一六一五条の適用に際しては商的要素を考慮して検討していくべきで、すなわち、衡平と信義誠実の原則を重視して判断すべきことになろう。<sup>(39)</sup> リスクの負担は、従って予見可能性の他、契約の明示の条項、取引

慣行や従前の取引、上昇コスト、当事者の相対的取引力、契約の目的、交渉における周囲の事情、危険を分散する能力等のファクターを総合的に判断することによってなされるべきであろう。<sup>(40)</sup>

四 ところで、債務者の免責が認められるか、すなわち、リスクは誰が負担するのか、そしてそれはいかにして判断・決定されるのかについて、学説にも様々な見解がある。<sup>(41)</sup> 主なものだけをあげると、①遺漏事項説 (Casus Omissus)、②経済分析説、③関係理論がある。①は、契約に関する紛争は「表示についての紛争」と「遺漏事項についての紛争」とがあり、契約締結を、当事者の期待を文言にしていくなプロセスであると捉えらると、次の二段階で遺漏が生じると考える。すなわち、まず、注意は限られた状況にしか払えず、次に、たとえ注意が払われてもそれを契約文言にすることは限らないのである。こうして生じ得る遺漏は、まず、契約の解釈によってそれが遺漏か否かを決め、遺漏であるとされれば推定の段階に進み、当事者の現実の期待―契約の文言、交渉、以前の取引過程、取引慣習から抽出する―や公平と正義の基本原則という方法によってその間隙が埋められるとする。<sup>(42)</sup>

②は、誰が損失を負うべきかという問題に対して、それは特定の事情の下で最も効率的なリスクの負担者であるとする。不能による債務者の免責は、債権者が「優位リスク負担者 (superior risk person)」、すなわち、特定のリスクのより効率的な負担者である場合のみ認められる。そして、誰が優位リスク負担者であるかを決めるには、まず、危険の現実化を防止するのに有利な立場にあるのはどちらかを考慮する。他方、「優位保険者 (superior insurer)」、つまり当事者のうちでより安価に保険

をかけられるかという点も考慮される。<sup>(43)</sup>

③は、Macneilの関係理論に基礎を置く。それによると、短期契約では効率性分析を評価するものの、効率性分析では交渉・調整を拒否できないため、長期の供給契約で予想しなかった変化が著しく契約関係を危険にさらすような状況に対処できない故に、利益を受けた当事者には価格修正について誠実に交渉する法的義務があり、最高限、不利益を受けた当事者により誠実に提案された衡平な調整を受け入れる法的義務を負っている」と主張する。このような義務に違反することは事後的な取引状況における不適切な行為であるとし、裁判所の課する価格調整を含む適当な救済が正当化されると考える。<sup>(44)</sup>

五 さて、このように実行困難性によって免責が認められた場合には、その結果、債務者は契約責任を免れる。<sup>(45)</sup> 一方、相手方も免責されるかどうかについては、免責されることについては問題ないにしても、その方法、理由づけについては議論がある。<sup>(46)</sup> Taylor v. Caldwell判決にはその理由づけについて言及がないが、その後の判例によって次のように説明された。不能によって達成されなかったのは両当事者の共通の目的であり、一方が契約から得た個人的な利益ではない。ゆえに、この共通の契約目的の不成による共通の解放が認められるべきで、不能によって将来の履行義務は即時に消滅する。

しかし、この理由づけは、他のコモンロー諸国から批判を受けた。コーピンは、契約当事者各々が契約に入った目的を持っており、「共通の目的」などというものはなく、契約当事者各々の目的があるだけだと指摘した。<sup>(47)</sup> そこで主張されたのが、いわゆる「約因」の不存在 (failure of

consideration)による債権者の免責である。第二次リステイトメントの二二七条は、「先に履行する義務の治癒されない実質的不履行が相手方にないという約束の下で履行をなすことが、各当事者が義務を履行する条件である」と規定する。また、UCCは、二一五〇七条(一)と二一六〇一条(a)によって、不履行や遅滞があったことだけで買主の免責を認める。すなわち不履行が重大であればほとんどの場合そうなるように契約を終了させる権利が与えられ、これによって相手方の義務も消滅する。この方法だと、一部滅失の場合に相手方に選択権が与えられることになり、より柔軟な解決が可能になる。信頼利益の損害については、各々が負担することになり、契約当事者双方が多かれ少なかれリスクを負担する。これに対して免責が認められない場合には、債務者は契約違反の責任を負い、原則として履行利益の賠償が認められ、従って履行義務も含めてリスクのすべてを負担することになる。なお、判例では、実行困難性の効果として、コスト上昇事例において契約条項を修正した上で契約関係を維持したものの存在する。

六 さらに、履行の実行困難性の他に、契約不履行の免責事由として契約目的の達成不能(Trustution)<sup>48</sup>がある。本法理は、コロネーションケースと呼ばれる有名な判決に端を発するものである。<sup>49</sup>事案は、エドワード七世の戴冠式に伴いパレードが計画され、その見物のためにアパートの一室の賃貸借契約がなされたというものである。代金は七五ポンドであったが、式典がエドワード七世の病気のため延期されたにも拘わらず、貸主が賃料を請求した。判決では、この請求は否定されている。

この類型と実行困難性との違いは、契約目的は達成されないものの、

履行そのものが不能もしくは実行困難になった訳ではない点、また救済されるのは、実行困難性では当該義務を有する当事者であるが、本法理では代金支払義務を負う相手方当事者である点である。アメリカ法では、要件・効果ともに、実行困難性の要件①(後発的な事件の発生によって契約の履行が実行困難になったこと)が当事者の主要な契約目的達成を不能にしたこととなる以外、実行困難性とほとんど同じ扱いがなされる。

### (三) フランス法における危険負担制度

一 有責性原理を採るフランス法では、偶然の事故又は不可抗力による義務の不履行の場合に危険負担が問題となる。危険負担理論の原則は債務者主義であるが、フランス民法典にはその旨の規定はない。学説によって、双務契約における債務の牽連関係を理由にそれが認められている。但し、判例はこの場合に解除(一一八四条)によって債権者を解放するとの構成をとり、その根拠を条文中に求める。<sup>50</sup>危険負担の効果について、学説によると牽連関係にある一方の義務の消滅によって契約の全部消滅に至るが、一方判例によると解除によって契約そのものの運命を問題にし、右と同様の結果に至る。なお、この判例の考え方に対しては、学説の中にも好意的なものがあり、①二八四条の損害賠償への言及は請求しうる可能性を示したものであり、②裁判による解除も契約の運命を決することによって双方の債務の内容を調整するもので両者は内容的に同じものを目指すものである。③一時的不履行・一部不履行の場合に裁判上の解除は特に意味がある、ことをその理由に挙げる。<sup>51</sup>そして、不能

が部分的・部分的である場合には、裁判所の判断により、それが契約における経済情況を一変させてしまうようなものでなければ、割合的消滅という効果が認められる。<sup>(52)</sup> これとは異なり、所有権移転型の双務契約では、所有者主義が妥当し（一一三八条）、契約締結時に危険は移転する。これには以下のような説明がなされる。<sup>(53)</sup> ①売主の主たる義務は財産権の移転であり、引渡は付随的義務でしかないので、後者では買主を解放するのに十分でない。②所有者である限りすべての利得を得るのであるから、物の毀滅の危険も負担する。③衡平による。すなわち、買主が第三者に預けてあった物の引渡を受けた場合と、しばらく買主の手に置いておいた場合は区別できない。しかし、これらの説明はすべて不十分であると評価される。というのは、②の論拠は、一一三八条の適用と所有権の実効的移転の間を切り離して考えることにより意義を失うだろう。③については、引渡のための期限を設けた場合には、契約締結時から本条の適用はないだろう。また、①については説明としては整合的であるが、果たして引渡義務を付随義務と言えるのかが問題である。

このようにフランス法の危険負担は二元的構成をとっているといわれ、所有権の移転を目的とする契約における所有者主義は、原則と異なり所有権から説明され、牽連関係による説明とは区別されていると指摘されている。<sup>(54)</sup>

二 さて、危険負担は義務の不履行が不可抗力による場合に問題となるが、不可抗力による不履行によって、債務者は義務から解放され、あらゆる責任が免除される（一一四八条）。不可抗力とは、①抵抗不能性（irrésistabilité）②不可予見性（imprévisibilité）③外在性（extérieurité）

を内容とし、イギリスのフラストレーションが合理人に言及しているのと同様、フランス法においても合理的に不可避で不可予見で外在的であることをもって定義づけられる。なお、今日では、不可抗力の特徴的要素は不可逆性（irreversibilité）であると考えられる傾向がある。<sup>(55)</sup>

①の要件は、不能には何人も拘束されないということから、事件が克服し得ないものであるならば、債務者が全ての責任から免れることを認めたものであるが、どの時点で抵抗不能性があるのかの判断は困難である。結局、すべて相対的にしか決められない。現実には、合理人を規準とするか（抽象的評価）、債務者の個人的事情を考慮しうるか（具体的評価）は問題である。②では、契約締結時、当該事件が予見不可能であることを要求する。もし予見可能であれば、必要な措置をとらなかつたというフォート（債務者が犯したことになる。ここでもまた、判断は相対的にしかなしえず、抽象的・具体的評価の問題がある。最後に、③により事件は債務者にとって外在的でなくてはならない。なお、債務者は自分以外にも履行のために用いた者・物についても責任を負わねばならない。

#### （四）小括

英米法は、厳格責任原則を採用するため、有責性原理に基づく大陸法諸国の危険負担制度とは構造的に異なるが、以上の検討をもとにして、簡単に整理を試みる。英米法では、危険は物・サービス（給付危険）、代金（対価危険）、履行利益賠償、信頼利益賠償を内容とするものと捉えられる。そしてまず全てのリスクについて、危険の移転時期を規準にどち

らか一方に負担され、さらに債務者がリスクを負担する場合に、履行不能・履行の実行困難性の存在をまっぴら履行利益賠償リスクからの債務者の免責が認められ、その際信頼利益の損害についてはリスクの分担がなされる。そしてこれらのリスク分配のなされる根拠に支配可能性、経済的効率性が挙げられる。なおここでは、不能（実行困難性）か否かの判断は、免責の可能性という効果の考慮を介在させて、履行利益賠償のリスクの負担を決する。かかる不能判断は、不能を惹起せしめた事件に対する予見可能性を含め、様々なファクターを総合的に考慮し、特に商的要素を重視し、公平と信義則を重視してリスクの負担を判定してなされる。

これに対し、フランス法では有責性原理に基づくので、有責性がない場合にのみ危険負担が問題となる。つまり、危険負担は不可抗力による義務の不履行を前提とし、不可抗力によらない義務の不履行は損害賠償責任を生ぜしめる。対価危険・給付危険については一所有者主義と牽連関係との二元的に捉えられるが一前者が、損害賠償については後者が規律することになる。不可抗力概念は、抵抗不可能性・不予見性・外在性のファクターによって、ここでも英米法の不能と同様に合理人を標準として決定される。

### 「Ⅲ」結びにかえて

以上、従来の日本法の枠組の理解とは異なる英米法、及びフランス法の枠組を概観した。従来、日本の危険負担の議論では、英米法という危

険移転の問題だけを扱ってきた。しかし、以上の検討の結果、危険の問題はそれに限られず、英米法でいう不能による免責、フランス法でいう不可抗力による免責の問題も含まれるのではないかと思われる。今までは、日本では、債務者主義が原則であると説明されるにも拘わらず、それについての説明が十分になされてこなかったが、以上の点との関係で、より立ち入った検討が必要となると思われる。

これらの検討を踏まえた上で、今後は、英米法と大陸法との調和を図ったウィーン条約（一九八〇年国際動産売買に関する国連条約）を検討する必要がある。というのも、本条約は両法系の良い部分だけを抽出したものと高く評価されているが、大きく異なる制度同士がどのように融合されていたかを見ることは、日本の危険負担制度を再検討するにあたり、本稿での検討がその解釈論にいかんにか反映し得るかを考える場合には、非常に参考になると思われるからである。この点を含み、日本の解釈論への反映についての詳しい検討は別稿に譲り、ひとまず筆をおくこととする。

#### 注

- (1) 潮見佳男「誰も不能の債務に拘束されることはない」法教一五二号二八頁。
- (2) 様々な見解が表明されている。参照、小野秀誠『反対給付論の展開』四四六頁以下（一九九六年）、半田正夫「危険負担」民法講座五七五頁（一九八五年）など。
- (3) 英米法の契約責任は厳格責任、保障責任と捉えられる。一方フランス法では、日本（ドイツ）と同様、有責性概念に立脚した責任体系にはなっていないものの、結果債務については、フォート不履行があれば認められるとき

れており、外来の原因(一一四八条…不可抗力又は偶発事故)によってのみ免責されると解されているので、この限りにおいて、英米法によく似た枠組を有していると言いうる。

- (4) 北川善太郎『日本法の歴史と理論』三四頁(一九六八年)、小野・前掲注2四四八頁。
- (5) 小野・前掲注2四五〇頁。
- (6) 奥田昌道編『注釈民法(10)』三三三頁(北川善太郎)(一九八七年)。
- (7) 北川・前掲注4四四頁。
- (8) 潮見・前掲注1二八頁参照。ここでは、従来不能概念は社会通念上の不能と簡単に定義づけられており、「不能は対象に関する不能に尽きるのか。債務者の給付能力・給付態様に関する不能も取り込まれるのか。対象の不能において、どこまで物質的理解から離脱をはかるべきか」などについての分析の必要性が説かれている。
- (9) 以下の記述は、G. H. TREITEL, FRUSTRATION AND FORCE MAJEURE, 1994に負うところが大きい。また、邦文の参考文献としては、樋口『アメリカ契約法』二二三頁以下(一九九四年)、小野秀誠『危険負担の研究』(一九九五年)、同・前掲注2。他に、安藤次男『アメリカ動産売買法における目的物滅失の危険負担』法学四二巻一号、四八巻一号など。
- (10) 後述(2)参照。
- (11) なお、イギリス法では、動産売買法(一八九三年)が規律し、所有者主義を採用する(二〇条一項)。この場合、危険負担は、契約一般と売買契約と二元的に捉えられると指摘されている(小野・前掲注9三六六頁)。なお、危険移転前であれば、物の滅失・毀損によって売主の目的物引渡義務と所有権移転義務は不能となり(買主の代金支払義務が不能となるわけではないが)、免責理論によって買主に免責される。Treitel, *supra* note 9 at 75.
- (12) イギリス法では、リスクを危険の移転の場面のみ用いるが、アメリカ法では、危険の移転の場面、および後述する実行困難性による免責の範囲を決めるためにどちらの当事者が偶発事件のリスクを負うかという形で論じられる。See, Treitel, *supra* note 9 at 69. なお、日本法の危険負担との違いについては、久保宏之『経済変動と契約理論』一四頁(注93)(一九九二年)参照

- (13) Treitel, *supra* note 9, at 69.
- (14) 条文訳については、アメリカ統一商法典研究会「アメリカ統一商法典の翻訳」法協八二巻四号乃至六号(一九六六年)。
- (15) ALAN SCHWARTZ & ROBERT E. SCOTT, COMMERCIAL TRANSACTIONS at 86 (2nd ed. 1991), 樋口・前掲注9三三二頁。
- (16) イギリスでは特別法はなく、所有者主義を採用し、契約締結時に所有権が移転すると解されている。
- (17) Treitel, *supra* note 9 at 89.
- (18) 122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863)
- (19) 後に判例に「両当事者は免責される」と解されてきた。Treitel, *supra* note 9 at 36.
- (20) See Treitel, *supra* note 9, at 39.
- (21) これらの概念は英米法では用いられないが、トライトルが分析のために大陸法学者に耳慣れたこの用語を用いているものである。Treitel *supra* note 9 at 34.
- (22) なお、本件では債権者の損害賠償請求は否定されたが、債務者の代金請求は—現実には判決されていないが—認められないと思われる。
- (23) 82 Eng. Rep. 897 (K. B. 1681)
- (24) 実際は給付危険(所有者が賃借人が所有できなくなったことにつき責任があるかという点)は問題になっていないが、裁判所がこれを判断するならば、その否定の理由として所有者がそのような約束をしていなかったからであり、履行すべき義務を免除されたからではないと説明する。
- (25) U. C. C. § 2-615.
- (26) RESTATEMENT (SECOND OF CONTRACTS) § 261.
- (27) E. FARNSWORTH, CONTRACTS at 708, 1990.
- (28) 「実行困難性」はアメリカで発展した議論であるが、イギリス法の学者も「不能」概念の相対性を考慮し、アメリカ法の導入を示唆する。Treitel, *supra* note 9, at 237.
- (29) 樋口・前掲注9三三二頁。
- (30) RESTATEMENT § 454.
- (31) U. C. C. § 2-615, Comment 4. その他、原料の不足、供給者の戦争、禁輸、

その地域の作物の不作による減少、供給元の予期し得ない閉鎖が挙げられること。

- (32) U. C. C. § 2-615, Comment 2.
- (33) RESTATEMENT 2d, § 261-.
- (34) Hurst, *Freedom of Contract in an Unstable Economy: Judicial Reallocation of Contractual Risks under U. C. C. Section 2-615*, 54 N. C. L. REV. 545 (1976).
- (35) RESTATEMENT 2d, ch. 11 Introductory Note.
- (36) 久保・前掲注11101頁。
- (37) RESTATEMANT § 457.
- (38) 久保・前掲注11109頁。
- (39) 久保・前掲注11133頁。
- (40) U. C. C. § 2-615: *Excusing the Impracticable*, 60 B. U. L. REV. at 594.
- (41) 久保・前掲注11134頁以下参照。
- (42) Farnsworth, *Disputes over Omission in Contract*, 68 COLUM. L. REV. 860 (1979).
- (43) Posner & Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83 (1977).
- (44) Spiedel, *Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts*, 76 NW. U. L. REV.
- (45) イギリス法では、不能が認められれば、両当事者は自動的に、かつ、全体として契約責任が免除される。この all or nothing の効果については批判が多い。
- (46) Treitel, *supra* note 9, at 52-.
- (47) CORBIN, CONTRACTS § 1322-.
- (48) イギリスでは、現在は広義のフラストレーションを、契約締結後の予期せざる事態の出現により履行が困難もしくは無意味になった場合の総称として用いる。
- (49) Krell v. Henry, 2 K. B. 740
- (50) この点については論議が働かざるをに指摘がある。Mazeaud, *Leçons de Droit Civil* t. 2, 1991, n° 1111

- (15) Weille et Terré, *Les Obligations*, 1993, n° 640.
- (16) *Répertoire de Droit Civil (2e éd)*, n° 269 et s.
- (17) *op. cit.* (*supra* note 49), n° 274 et s.
- (18) 小崎・前掲注11111頁。
- (19) Malaurie et Aynès, *Cours de Droit Civil Tome VI*, 1994 n° 827.
- (19) G. Viney, J. C. P., 1994. I 3773, n° 6.

(原稿受理一九九六年九月二十日)