

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	ドイツ法における後発的不能論の成立と展開(1): プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで
Author	坂口, 甲
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 63 巻 2 号, p.524-466.
Issue Date	2017-06
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	10.24544/ocu.20180613-001

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

ドイツ法における後発的不能論の 成立と展開（1）

——プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで——

坂 口 甲

目 次

- 第1章 はじめに
 - 第1節 民法（債権関係）の改正と後発的不能論
 - 第2節 問題の所在
 - 第3節 検討の対象と手順
- 第2章 18世紀の自然法とプロイセン一般ラント法
 - 第1節 18世紀の自然法
 - 第2節 プロイセン一般ラント法
 - 第3節 小括
- 第3章 19世紀のパンデクテン法学とドイツ民法典の成立
 - 第1節 19世紀前半の議論状況
 - 第2節 サヴィニーの不能論（以上、本号）
 - 第3節 モムゼンの不能論
 - 第4節 モムゼンの不能論の受容
 - 第5節 ドイツ民法典
- 第4章 ドイツ法のまとめと日本法の検討
 - 第1節 ドイツ法のまとめ
 - 第2節 日本法の検討

第1章 はじめに

第1節 民法（債権関係）の改正と後発的不能論

2009年11月24日から2015年2月10日にかけて、法制審議会民法（債権関係）部会において、民法の債権関係の規定を見直すための審議が行われた¹⁾。この審議では、不能——本稿では、特に断りのない限り、不能とは後発的不能のことを指す——に関わる法制度についても、活発な議論が行われた。以下では、不能と結びついている法制度について審議でどこに対立が生じたのかを簡単に振り返っておこう²⁾。

第1款 履行請求権の限界事由

履行請求権の限界事由については、その規定を設けるべきだとして、主に次の3点が議論された。第1に、履行請求権の限界を画するための概念として不能を用いるべきかどうかである。第2に、不能を用いるとして、その存否をどのような基準で判断すべきかである。具体的には、その基準として持ち出される「契約の趣旨」と「社会通念」がどのような関係に立つのが問題とされた。第3に、履行請求権の限界としての不能と事情変更の原則との関係である。ここでは、第1の問題について議論の対立点をもう少し掘り下げて確認しておこう。

1) 法制審議会総会で「民法（債権関係）の改正に関する要綱」が採択された後、2015年3月31日に、「民法の一部を改正する法律案」（以下では、「改正法案」と呼ぶ）が閣議決定され、同日、国会に提出された。改正法案は、本稿校正中の2017年5月26日に参議院本会議で可決され、成立した。

2) 本稿では、法制審議会民法（債権関係）部会における部会資料および議事録、ならびに、同部会の分科会における議事録は、法務省のホームページに掲載されているPDF版を使用する。部会資料および議事録の一覧は、<http://www.moj.go.jp/content/000108370.pdf> および <http://www.moj.go.jp/content/000104736.pdf> で閲覧することができる（最終アクセス日2017年1月8日）。以下で部会資料および議事録を引用する際には、URLを省略する。

履行請求権の限界を画するための概念として、不能概念を用いることには、当初から大きな異論はなかったように見受けられる。ただし、過分の費用を要する場合、すなわち、債務者が履行障害を克服するのにかかる費用と、債権者が履行から受ける利益とを比較して、前者が過分である場合を「不能」という文言の中に包摂できるかどうかについては、疑問が示された³⁾。この問題は、2012年2月21日に、第3分科会で集中的に審議された。同分科会では、履行請求権の限界事由を不能に一元化し、履行が不能かどうかを判断するには、物理的不能も含めて、規範的評価が必要であるという考え方が支持を集めた⁴⁾。そのうえで、規範的な不能の具体例を法文に挙げることが主張された⁵⁾。これに対して、債務者が履行障害を克服するのに莫大な費用がかかる場合（経済的不能）は、債務者を現実的履行の請求から解放すべきではないという見解が主張された⁶⁾。それと同時に、経済的不能を履行請求権の限界事由から排除すべきではないという立場から、物理的不能や法的不能だけを例示列挙することは好ましくないとする見解が唱えられた⁷⁾。

こうした審議の経過に反して、「中間試案のたたき台（1）」では、不能という概念の使用を回避する提案が行われた。

■ 中間試案のたたき台（1）第7-3（契約による債権の履行請求権の限界）

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げる事由があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること

3) 法制審議会民法（債権関係）部会第37回議事録9頁（山本敬三幹事発言）、同13頁（山本敬三幹事発言）。

4) 法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第2回議事録14頁（松本恒雄分科会長発言、山野目章夫幹事発言）、同15頁（高須順一幹事発言）。

5) 法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第2回議事録15頁（高須順一幹事発言、内田貴委員発言）、同16頁（岡本雅弘委員発言）。

6) 法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第2回議事録15頁（内田貴委員発言）。

7) 法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第2回議事録18頁（中井康之委員発言）。

イ 履行に過分の費用を要すること

ウ その他〔契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる〕当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を求めることが相当でないと認められる事由

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下では「中間試案」と呼ぶ）では、この提案のイに該当する部分の規律が分かりにくいという意見⁸⁾を考慮して、これがより明確な形に改められた。すなわち、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること」である（中間試案第9 2）。

ところが、「要綱案のたたき台（4）」では、パブリックコメントに寄せられた意見に配慮して⁹⁾、中間試案とは異なり、不能概念を復活させるとともに、例示列举を削除した。

■要綱案のたたき台（4）第1 2（履行の不能（履行請求権の限界事由））

（1）債務の履行が不能（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして不能であることをいう。以下同じ。）であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができないものとする。

（2）金銭の給付を目的とする債務については、上記（1）は、適用しないものとする。

部会の審議では、このように履行請求権の限界事由に不能を据える提案に対して、不能概念の範囲が不明確化するという懸念が表明された¹⁰⁾。さらに、過大な費用を不能に含めるとする意見に対しては、「そろばん勘定」だけで履行不能が認められることを警戒する意見が出された¹¹⁾。しかし、法務省民事局付の関係官は、過分の費用が不能に含まれるとする立場を明らかにした¹²⁾。金銭

8) 法制審議会民法（債権関係）部会第64回議事録45頁（潮見佳男幹事発言）。

9) 法制審議会民法（債権関係）部会資料68A・2頁以下。

10) 法制審議会民法（債権関係）部会第78回議事録3頁以下（山本敬三幹事発言）。

11) 法制審議会民法（債権関係）部会第78回議事録4頁以下（岡正晶委員発言）。

12) 法制審議会民法（債権関係）部会第90回議事録45頁（金洪周関係官発言）。

債務の例外を認める規定は、反対意見が主張されたことにより¹³⁾、その後削除されている¹⁴⁾。

以上のように、履行請求権の限界事由は、評価的な不能に統一する方向で議論が進められていたにもかかわらず、中間試案では不能概念が排斥された。しかし、最終的には、改正法案414条の2第1項は、履行請求権の限界事由を不能と規定した。もっとも、不能によって履行請求権の限界事由を覆い尽くせるかどうかについては疑問とする見方も存在する。

第2款 危険負担と解除

危険負担では、解除の要件として債務者の帰責事由が必要かどうか、必要でないとして、危険負担と解除の関係をどのように整序すべきかが問題とされた。この点については、すでに数多くの整理と分析が行われており¹⁵⁾、本稿が屋上屋を架す必要はない。本稿の関心から見て興味深い議論を一点のみ挙げておこう。審議の最終段階で、危険負担の要件から「債務者の責めに帰することができない事由」を取り除くべきかどうかの問題となった。その前提として、要綱仮案の原案（その1）第10「危険負担」は、民法536条を次のように改正する

13) 法制審議会民法（債権関係）部会第78回議事録2頁（潮見佳男幹事発言）。

14) 法制審議会民法（債権関係）部会資料79-3・8頁。

15) 法制審議会民法（債権関係）部会の審議開始後の論考に限っても、半田吉信「危険負担制度廃止論批判」千葉大学法学論集25巻2号1頁（2010年）、森田宏樹『債権法改正を深める——民法理論の基礎理論の深化のために』（有斐閣・2013年・初出2010年）61頁、松井和彦「解除・危険負担」法律時報86巻1号64頁（2014年）、磯村保「解除と危険負担」別冊 NBL 147号『債権法改正の論点とこれからの検討課題』（商事法務・2014年）73頁、山本豊「危険負担」法律時報86巻12号36頁（2014年）、山田創一「危険負担に関する債権法改正」法学新報122巻9＝10号563頁（2016年）、山本敬三「民法改正と要件事実——危険負担と解除を手がかりとして」自由と正義67巻1号33頁（2016年）、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報68巻5号25頁（2016年）、鶴藤倫道「解除と危険負担の改正——法制審議会民法（債権関係）部会の審議から」神奈川大学法学部50周年記念論文集刊行委員会編『神奈川大学法学部50周年記念論文集』（神奈川大学・2016年）297頁、福本忍「危険負担と契約の解除——霧に霞む解除と危険負担の地平」法学セミナー739号31頁（2016年）などがある。

ことを提案していた¹⁶⁾。

■要綱仮案の原案（その1）第10 2（1） 当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。

2014年6月17日に行われた第91回審議では、2つの立場が対立した。一方の見解によれば、解除と危険負担が双務契約において反対給付請求権の帰趨を決めるという共通の目的をもつ制度であるという観点から、解除の要件として債務者の責めに帰することができない事由が要求されていないのに合わせて、危険負担の要件からも債務者の責めに帰することができない事由を排除すべきであると主張された¹⁷⁾。さらに、履行不能により債権者が給付を請求することができない場合に、帰責事由のない債務者が反対給付を請求すると債権者が履行を拒絶することができ、帰責事由のある債務者が反対給付を請求すると債権者が履行を拒絶することができないのはおかしいとして、危険負担の要件から債務者の責めに帰すべき事由がないことを削除することに賛同する意見も出された¹⁸⁾。他方の見解によれば、現行民法536条1項との連続性を考慮すると、債務者の責めに帰すべき事由がある場合には、危険負担の問題とはならないと主張された¹⁹⁾。

この議論から明らかであるように、解除法との調和の観点はひとまず措くとしても、危険負担の要件に債務者の責めに帰することができない事由を要求することがどれほど自明のことであるかが問われなければならないだろう。

第3款 債権者の責めに帰すべき事由による不能

債権者の責めに帰すべき事由による不能について定める現行民法536条2項は、危険負担制度を解除制度に一元化したとしても、その規律の内容を維持す

16) 法制審議会民法（債権関係）部会資料79-1・10頁。

17) 法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録15頁以下（潮見佳男幹事発言）。

18) 法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録29頁（中井康之委員発言）。

19) 法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録21頁（金洪周関係官発言）。

ることでは、意見が一致した。そのうえで、同条の要件および効果をどのように具体化すべきかが激しく争われた。

1. 要件

まずは、現行民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」の意味が問題となる。同536条2項については、その規律の内容を維持する方向が示され²⁰⁾、請負契約や委任契約について、それぞれの契約類型に特則が置かれることが検討された²¹⁾。たとえば、請負契約については、注文者に生じた事由を原因として請負人が仕事を完成することができなくなったときは、既履行給付の割合に応じた報酬を請求することができる旨の提案、また、注文者の義務違反を原因として請負人が仕事を完成することができなくなったときは、報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができる旨の提案が示された²²⁾。委任契約についても、基本的には同じことが当てはまる²³⁾。このような各則の提案が行われたのは、「債権者の責めに帰すべき事由」という概念が多義的であって、これを維持することが必ずしも適当でないことが指摘されたからである²⁴⁾。このような理解によれば、現行民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」は、債務者の反対給付を原則として全部存続させることを正当化するだけの重大な事由（債権者の義務違反）を意味するのであって、既履行給付の割合に応じてのみ反対給付を存続させることを正当化するにすぎない軽微な事由（債権者に生じた事由）ではないということになる。そうすると、現行民法415条における「債務者の責めに帰すべき事由」と同536

20) 法制審議会民法（債権関係）部会資料5-2・102頁。

21) 雇用契約についても同様である（法制審議会民法（債権関係）部会資料17-2・76頁）。

22) 法制審議会民法（債権関係）部会資料17-2・11頁。

23) 法制審議会民法（債権関係）部会資料17-2・42頁。さらに、準委任に代わる役務提供契約の受皿規定についても、基本的に同様である（法制審議会民法（債権関係）部会資料17-2・62頁）。

24) 請負契約について、法制審議会民法（債権関係）部会資料17-2・13頁。さらに、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針V』（商事法務・2010年）30頁以下も参照。

条2項における「債権者の責めに帰すべき事由」が同じなのかという疑問が当然に出てくる²⁵⁾。この点については、両者を同一なものとする見解と²⁶⁾、債権者の責めに帰すべき事由の方が狭いとする見解とが主張された²⁷⁾。また、雇用契約、請負契約、委任契約で提案された「債権者の義務違反」という表現は、現行法における債権者の責めに帰すべき事由よりも狭く、労働者、請負人および受任者の権利を現行法よりも狭めるとの懸念が表明された²⁸⁾。債権者の責めに帰すべき事由の意味が特に活発に議論された第57回の部会審議でも、合意は得られなかった²⁹⁾。

2. 効 果

効果については、2つの点が問題となった。1つは、とりわけ、雇用、請負および委任契約において、「債権者に生じた事由」により債務者の履行が不能になった場合に、全部の報酬が認められるべきなのか、既履行部分の割合に応じた報酬だけが認められるべきなのかという問題である。もう1つは、とりわけ請負契約において、注文者の責めに帰すべき事由によって履行が不能になった場合に、請負人には報酬請求権と損害賠償請求権のいずれが認められるべきなのかという問題である。ここでは、後者の問題に絞って、議論の対立点を確認しておこう。

注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の履行が不能になった場合に、請

25) 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会議事録第3回6頁（山本敬三幹事発言）。

26) 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会議事録第3回8頁（高須順一幹事発言）。

27) 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会第3回議事録9頁（内田貴委員発言）は、債権者の責めに帰すべき事由は、不法行為の過失（注意義務違反）に相当するような事由であるとする。同10頁（内田貴委員発言）も参照。

28) 雇用契約について、法制審議会民法（債権関係）部会第40回議事録（山川隆一幹事発言）、請負契約について、同第16回議事録46頁（新谷信幸委員発言）、委任契約について、同第17回議事録28頁（新谷信幸委員発言）など。

29) 法制審議会民法（債権関係）部会議事録第57回22頁（村上正敏委員発言、中井康之委員発言）、同23頁（中井康之委員発言）、同24頁以下（潮見佳男幹事発言）、同25頁（山川隆一幹事発言、内田貴委員発言）、同26頁（山川隆一幹事発言）、同26頁以下（潮見佳男幹事発言）など。

負人に報酬請求権ではなく損害賠償請求権を認めるべきだという提案が繰り返され行われた。それによれば、損害賠償請求権を認めるべき理由は、以下の点にあるという。第1に、報酬請求権を認めると、節約された費用の証明責任を注文者が負担することになり不当である。なぜなら、注文者は、仕事にかかる費用や利益率といった請負人側の事情が分からず、節約された費用を証明することが困難だからである³⁰⁾。第2に、請負人と注文者双方の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合に、損害賠償責任を認めることは事態適合的な解決を導くことができる。なぜなら、報酬請求権は過失相殺することができないのに対して、損害賠償請求権は過失相殺することができ、柔軟な解決を実現することができるからである³¹⁾。このような提案に対しては、以下の2つの理由から、請負人に報酬請求権を認めるべきだという意見が出された。第1に、現行法との連続性を重視すれば、全額の報酬請求権を請負人に認めることから出発すべきだからである³²⁾。第2に、契約類型によって報酬請求権が認められたり、損害賠償請求権が認められたりするの、整合的ではないからである³³⁾。

第2節 問題の所在

法制審議会民法（債権関係）部会における議論の一端を紹介したところから明らかであるように、不能という障害類型に結び付けられている制度について、いくつかの基本的な疑問が出てくる。

第1に、履行請求権の限界事由について考えてみよう。部会の審議では、中

30) 法制審議会民法（債権関係）部会第56回議事録27頁以下（中井康之委員発言）、同第1分科会第6回議事録44頁以下（高須順一幹事発言）、同第81回議事録32頁（中井康之委員発言）、同第81回議事録35頁（高須順一幹事発言）、同第94回議事録31頁（高須順一幹事発言）。

31) 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会第6回議事録41頁（中井康之委員発言）、同第81回議事録32頁（中井康之委員発言）。

32) 法制審議会民法（債権関係）部会第81回議事録33頁（笹井朋昭関係官発言）、同34頁（中田裕康委員発言）、同37頁（笹井朋昭関係官発言）。

33) 法制審議会民法（債権関係）部会第81回議事録34頁（中田裕康委員発言）、同36頁（山野目章夫幹事発言）、同37頁（笹井朋昭関係官発言）。

問試案における逸脱を除けば、不能を履行請求権の限界事由と考えることには、緩やかな意見の一致があった。しかし、過分の費用が不能概念に包摂されるかどうかについては争いがあった。過分の費用が不能に含まれるとして、過分の費用を包摂することができる融通無碍な「不能」とはいったい何なのか。不能の範囲はどこまで広がるのか。あるいは、不能という表現を用いることによって、何が限定されるのか。すなわち、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるとき」（改正法案412条の2第1項）というのと、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして履行を請求することが認められないとき」というのは、内容が異なるのか。「不能」という要件が入ることによって、債務者が履行請求権から解放される範囲が絞られるのだろうか。

第2に、危険負担について考えてみよう。現行民法536条1項によれば、債務者主義が適用されるためには、債務者の責めに帰すべき事由があってはならない。そうすると、債務の履行が不能である場合に、有責な債務者は反対給付を請求することができ、無責の債務者は反対給付を請求することができないことになる。危険負担制度は、本当にこのような矛盾した内容を含んでいたのだろうか。なぜ、危険負担制度は、債務者の責めに帰することができない事由による不能を要件としてきたのだろうか。

第3に、債権者の責めに帰すべき事由による不能について考えてみよう。ここでは、債権者の責めに帰すべき事由とは何なのか、現行民法415条後段の債務者の責めに帰すべき事由とそれとは異なるのが問題となる。また、その点とも密接にかかわるものの、債権者の責めに帰すべき事由による不能の効果として、債権者に対する損害賠償請求権ではなく、履行請求権が債務者に認められるのはなぜなのかが明らかにされなければならない。

第3節 検討の対象と手順

第2章および第3章で明らかにするように、後発的不能という履行障害類型を中心とする債務不履行体系が形成されたのは、18世紀から19世紀にかけての

ドイツ法である。そこで、本稿では、本章第2節で示した疑問点を解明するために、その時期のドイツ法を検討の対象とする。20世紀以降のドイツ法の展開は検討しない。それを検討するためにも、まずは、1900年のドイツ民法典の立場を明らかにすることが先決であろう。

以下では、第2章で主として18世紀の議論を取り上げる。18世紀の終わりに誕生したプロイセン一般ラント法の革新的な意義を理解するためには、18世紀における自然法の状況を理解しておく必要があるだろう。そこで、まず18世紀の自然法における議論状況を確認し（第1節）、その後で、プロイセン一般ラント法の内容を概観する（第2節）。第3章では、19世紀の議論を取り上げる。19世紀には、サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）とモムゼン（Friedrich Mommsen）が不能論の展開に重要な貢献をした。サヴィニーとモムゼンの法理論の新規性を浮き彫りにするために、まずは、19世紀初期のパンデクテン法学の議論状況を紹介する（第1節）。それに続いて、サヴィニーの不能論（第2節）とモムゼンの不能論（第3節）を取り上げる。その後、モムゼンの不能論がヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）とドレスデン草案にどのように受容されたのかを確認し（第4節）、最後にドイツ民法典の起草過程を明らかにする（第5節）。第4章では、18世紀から19世紀にかけてのドイツ法の展開をまとめた後で（第1節）、ドイツ法の見直しから得られた示唆を元に、日本法を検討する（第2節）。

第2章 18世紀の自然法とプロイセン一般ラント法

第1節 18世紀の自然法

本節では、プロイセン一般ラント法が成立する時期に当たる18世紀の自然法において、契約に基づく債務の後発的履行不能に相当する問題が、どのように扱われていたかを概観する。18世紀に給付危険と対価危険という区別は存在しないが³⁴⁾、以下では、便宜的に、給付危険と対価危険に分けて議論状況を確認

34) ドイツにおいて給付危険（Leistungsgefahr）と対価危険（Preisgefahr）がおも

しておこう。

第1款 給付危険

債務者の債務が後発的に履行できなくなった場合には、まず、債務者が本来の給付債務から解放されるかどうか、また、解放されるとして、債務者が履行できなくなった給付の代償を給付しなければならないかどうか（いわゆる「給付危険」）が問題となる³⁵⁾。18世紀の自然法（理性法）では、物の滅失や事情変更といった法概念でもってこれらの問題を捉える伝統的な見解（これを「物の滅失構成」と呼ぶ）と、不能概念や事情変更でもってこれらの問題を捉える新しい見解（これを「不能構成」と呼ぶ）との対立が見られる。

↘ほろげに区別され始めるのは19世紀以降のことであり（たとえば、第3章第1節第2款2（1）におけるヴェヒターの見解や第3章第3節第5款3（1）におけるモムゼンの見解を参照）、そのような表現が生まれるのは、20世紀に入ってからのことだと推測される。

35) 給付義務の履行が債務者の責めに帰することができない事由によって不能になったときは、債権者は、債務者に対して、給付もその代償（損害賠償）も請求することができない（1900年のドイツ民法典275条）。この場合を指して、債権者が「給付危険」を負担すると表現する（Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, AT, 14. Aufl., München 1987, S. 308; Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, Tübingen 1999, S. 175）。

もっとも、債務法改正により、1900年のドイツ民法典275条から、「債務者の責めに帰すべき事由」が削除された現在では、やや事情が異なる。2002年のドイツ民法典275条1項は、債務者の帰責事由の存否にかかわらず、給付が不能である場合に給付請求権が排除される旨を定める。この新法下では、単に給付請求権が排除されることをもって「給付危険」と呼ぶ論者が多数現れている（Erman/Harm Peter Westermann, BGB, 14. Aufl., Bd. 1, Köln 2014, § 275 Rn. 1; Soergel/Jens Ekkenga/Thilo Kuntz, BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2014, § 275 Rn. 5; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl., München 2015, Rn. 418）。これに対して、債務法改正前の用語法を現在でも維持する論者も少なくない（Staudinger/Georg Caspers, BGB, Berlin 2014, § 275 Rn. 2; MünchKomm/Wolfgang Ernst, BGB, 7. Aufl., München 2016, § 275 Rn. 25; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., Berlin/Boston 2017, § 6 Rn. 45）。

日本においても、給付危険という用語は、同様に二様に用いられている（森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006年）497頁以下）。

1. 物の滅失構成——伝統理論

(1) ヴォルフの見解

ヴォルフ (Christian Wolff) は、『自然法と万民法の法学提要』の第2部「所有権、権利および債務のうち後天的に生じたもの」、第7主題「自分が他人に債務を負わせる方法、あるいは、約束および合意一般」の中で、次のように述べる³⁶⁾。

「約束された物が事変 (casus) によって滅失し、その事変にあなたの過失が先行 (praecedere) しないときは、滅失をあなたに帰すことはできない。そして、あなたは、利害関係分 (id, quod interest) について債権者 (promissarius) に対し責任を負わず、約束は消滅する (evanescere)。もちろん、故意または過失によって、約束されたあなたの物が滅失するときは、それがあなたに帰せられる。あなたは、利害関係分について債権者に対し責任を負う」。

以上に訳出した部分は、利害関係分の賠償に関する一連の記述の中に位置付けられ、遅滞 (mora) の後に続く。ここでは、次の2点が明らかである。第1に、物を約束した債務者は、物が事変によって滅失すれば債務から解放される。第2に、債務者の故意または過失によって物が滅失したときは、債務者が損害賠償責任を負う。

(2) アヘンヴァルの見解

ピュッター (Johann Stephan Pütter) とアヘンヴァル (Gottfried Achenwall) の共著である『自然法の基礎』では、権利と債務の消滅方法 (modus ius atque obligationem tollendi) について、次のように説明されている³⁷⁾。

自分のもの (suum) には、生得的なもの (connatum) と獲得されたもの (adquisitum) とがある。すべて自分のものには権利 (jus) が付着しており、

36) Christian Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae 1750 (Nachdruck Hildesheim 1969), § 420.

37) Johann Stephan Pütter/Gottfried Achenwall, *Elementa Iuris Naturae*, Göttingen 1750 (Nachdruck (Hrsg. und übersetzt von Jan Schröder) Frankfurt am Main 1995). 引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。シュレーダー (Jan Schröder) によれば、引用箇所の著者は、アヘンヴァルである (Ibid., S. 334).

すべての権利には他者のうちにある債務 (obligatio in altero) が対応する。生得的な権利と債務, 獲得された権利と債務とがある (§ 430)。「獲得された権利の対象は, 無主物 (res nullius) であつたり他人物 (res alienum) であつたりする。無主物を獲得する行為は, 無主物先占 (occupatio) と呼ばれ, 他人物を獲得する行為は, 合意 (pactum) と呼ばれる」 (§ 433)。「同様に, 債務は行為 (factum) によって生じる。この行為は, それが適法と考えられる限り, 合意としてしか存在できない。その合意によって, ある物を与え (dare) またはあることを為す (facere) ように, 一言で言えば, あることを給付する (praestare) ように, 他人を義務づける」 (§ 434)。

「獲得された権利と債務については, 以下の一般的な考えが存在する。特定物 (res singularis) に対する獲得された権利と特定物の給付を目的として生じたあらゆる債務は, 事変による物の滅失 (interitus rei casualis) によって消滅する。1. それ故に, 事変を負担するのは所有者である (casum sentit dominus)」。 「2. しかし, 種類物 (genus rerum) に対する後発的に獲得された権利, そしてまた, 種類物の給付を目的として生じた債務は, この種類に属する何らかの物の滅失によっては消滅しない」 (§ 442)。

「ところで, 特に, 一方で物に対する権利, 他方で人に対する権利が獲得される。物に対する権利は, 事変または行為によって消滅する。死亡または物の偶発的滅失として存在する事変については, すでに確認した。残っているのは, 物に対して獲得された権利を消滅させる行為である。その行為は, 合意を含んでいる場合もあれば, そうでない場合もある」。合意を含んでいる行為としては, 譲渡が挙げられ, 合意を含んでいない行為としては, 物の濫用および破壊 (abusus et destructio rei) と物の放棄 (derelictio rei) が挙げられる (§ 443)。「人に対して獲得された権利は, 為すことまたは与えることを目的とする他人の債務が消滅するときに, 消滅する。生じた債務は, それを生じさせた合意が消滅するのと同時に消滅する」 (§ 444)。「合意は, 事変または行為によって消滅する。事変によって消滅するのは, 1. 当事者の一方が死亡する (deficio) 場合, 2. 与えられるべき物が滅失する場合, 3. 解除条件または停

止条件の下で合意が結ばれ、解除条件が成就し、停止条件が成就せず、または、消滅する場合」である。解除条件には、事情変更（mutatio status）が含まれる。すなわち、「一定の事情を考慮してあることを給付する義務を負うときは、解除条件には、事情の変更も含む。なぜなら、その種の解除条件を明示または少なくとも黙示に含んでいるからである」（§ 445）。さらに、行為によって合意が完全に消滅する場合として、弁済、債務免除、相殺、代物弁済、また、不完全に消滅する場合として、更改、債務引受（delegatio）、債権譲渡が挙げられる（§ 446-§ 457）。

以上のとおり、特定物が事変により滅失することによって、物に対する獲得された権利が消滅することはもちろん、与える債務を目的とする合意も消滅する。その合意が消滅すると同時に、合意から生じている与える債務も消滅する。特定物の滅失は、当事者の死亡、事情変更と並んで、事変による合意の消滅原因の1つとして位置づけられている。

（3）ヘプフナーの見解

ヘプフナー（Ludwig Julius Friedrich Höpfner）は、「契約について」と題する章（§ 60-§ 97）の中で、「履行が不能である（unmöglich sein）ときは、契約は義務づけない」と述べる³⁸⁾。すなわち、「契約の有効性は、物理的または道徳的障害によって妨げられることがある。たとえば、私は、履行が完全にまたは物理的に不能であるときは、契約を遵守する債務を負わない。しかし、この場合に、私は、債権者（Promissar）に対して損害を賠償しなければならないことがある。たとえば、私が約束を遵守できないことを、契約時点で私がすでに知っていた場合がそうである。あるいは、私の過失（Schuld）によって契約の履行が不能になった場合もそうである」（§ 75）。ヘプフナーのこの記述は、基本的には原始的不能を念頭に置いていると考えられる。なぜなら、この記述が、意思の合致や錯誤、詐欺、他人物の約束などの契約の成立と有効性に

38) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker, 4. Aufl., Giessen 1790. 引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。

関する一連の叙述 (§ 60-§ 78) の中に置かれているからである³⁹⁾。

さらに、ヘプフナーは、「獲得した権利の消滅」と題する章 (§ 111-§ 123) の中で、次のように述べる。私が獲得した権利は、権利を消滅させるために行われる行為によって消滅し、また、同種の行為なくしても消滅する。後者の事例に属するのは、1) 契約の譲渡、2) 権利者の死亡、3) 物の滅失、4) 事情の完全な変更、5) 権利の混同、6) 相殺である。前者の事例に属するのは、1) 弁済、2) 債務の免除および和解、3) 更改、4) 三者間合意による債務引受 (Expromission), 5) 二者間合意による債務引受 (Delegation) である (§ 111)。

物の滅失については、次のように説明される。「私の権利の対象 (Objekt) が滅失する場合には、権利もまた失われる。なお、物の滅失について誰かに過失 (Schuld) があるとき、または、その者が滅失について責めを負うと私に約束したときは、その者は私に賠償しなければならない。留意すべきは、この種の債務の消滅方法が当てはまるのは、特定物 (Individuum) が約束された事例のみだということである」 (§ 114)。

このように、ヘプフナーは、契約の無効原因として原始的不能を挙げるのとは対照的に、獲得した権利の消滅原因としては、後発的不能を挙げていない。

39) ただし、「私の過失によって契約の履行が不能になった場合」に損害賠償責任が発生するという記述は、後発的不能に関するものとも考えられる。この限りでは、ヘプフナーは、部分的に不能構成に立っていると見ることもできる。この点について、ヴォルシュレーガーは、ヘプフナーがハイネクツィウスの後を受け、後発的に有責な不能におけるかなり控えめなコメントの中でプーフェンドルフのアプローチに続いていると述べている (Christian Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln/Wien 1970, S. 88)。

なお、ヘプフナーは、『ハイネクツィウスの法学提要に関する理論的実用的注釈書』の中では、「契約の目的が『不能である (unmöglich sein)』ときは、契約は無効である」と述べた上で、その例として、馬の売買契約締結後にその馬が死亡した例を挙げている (Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, Frankfurt am Main 1783 (Nachdruck Goldbach 1997), § 737)。

むしろ、権利者の死亡や事情変更と並んで、特定物の滅失をその消滅原因として挙げている。物の滅失について債務者に過失があるときや、債務者が滅失について責めを負うと約束したときは、債務者に賠償責任が発生する。

2. 不能構成——新しい理論

(1) プーフェンドルフの見解

プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf) は、『自然法と万民法』の第3巻第7章「約束および合意の内容 (De materia promissorum et pactorum)」の中で、原始的不能に関する叙述に続けて、次のように述べている。

「実際、約束または合意が引き受けられた時には物を給付することが可能であり、その後不能になった (*impossibilis facere*) ときは、事変によって、すなわち、過失なく生じたのか、それとも、過失または悪意によって生じたのかが吟味されなければならない。前者の場合において、物がその時点で履行されていないときは、合意は効力を失う (*evanscere*)。何かが相手方によってすでに給付されているときは、それは返還されなければならない、または、同等のものにより回復されなければならない。そのことを決してすることができないときは、相手方が何らかの損害を被らないように、最大限の努力が払われなければならないだろう。なぜなら、合意の中で我々が考慮しているのは、明示的に合致されたことだからである。我々がこのことを達成できないときは、同等のものが返還されるだけで十分である。いずれにせよ、我々が損害で痛い思いをしないように、必ず担保を取っておかなければならない。これに対して、ある者が履行する力 (*vires implendi*) を悪意で自ら奪ったときは、最大限の努力について責めを負う。あたかも補充的に、罰せられることが望まれることもありうる」⁴⁰⁾。

プーフェンドルフによれば、物 (*res*) を給付することが事変によって後発的に不能になった場合において、反対給付が未履行であるときは、合意はその効力を失う。これに対して、反対給付がすでに履行されているときは、それが

40) Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Tom. 1, Frankfurt/Leipzig 1759 (Nachdruck Frankfurt am Main 1967), III 7 § 3.

返還されなければならない。それを返還することができないときは、同等のものが返還されなければならない。こうして、プーフェンドルフは、物の滅失ではなく給付の不能を理由として、物を給付する債務の消滅を導く立場を鮮明にした⁴¹⁾。

しかし、債務の消滅原因について論じる第5巻第11章では、不能は独立の消滅原因としては挙げられていない。そこで論じられているのは、弁済 (§§ 1-4)、相殺 (§§ 5 f.)、免除 (§ 7)、契約解消の合意 (*mutuus dissensus*) (§ 8)、一方当事者の不誠実 (*alterius partis perfidia*) (§ 9)⁴²⁾、事情変更 (§ 10)、期間の経過 (*tempus*) (§ 11)、死亡 (*mors*) (§ 12)、債務引受 (*delegatio*) (§ 13)、混同 (§ 14)、更改 (§ 15) である⁴³⁾。

(2) ハイネクツィウスの見解

ハイネクツィウス (Johann Gottlieb Heineccius) の『自然法と万民法の基礎』では、第1章「自然法」の第14章「合意 (*de pactis*)」において、次のように説明されている⁴⁴⁾。

「さらに、何かを給付することについて合意されたのだから、不能なこと

41) 物の滅失に代えて不能を持ち出すと同時に、プーフェンドルフは、無名契約においてのみ危険負担の債務者主義を貫徹していたドネッルス (Hugo Donellus) の見解を有名契約と無名契約の区別なく一般化した (Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 84 f.)。

42) 一方当事者の不誠実によって、債務は終了する (*abruptere*)。17世紀から18世紀にかけての自然法は、双務契約における牽連性の具体的帰結の1つとして、一方当事者の不誠実を主張した。すなわち、双務契約において当事者の一方が先履行の義務または同時に履行する義務を負っているにもかかわらず、その義務を履行しないときは、相手方も義務を履行する必要がない。不履行当事者が合意の継続を望んでも、相手方はそれを受け入れることを強制されない。不誠実な当事者の不履行が有責なものでなければならないかどうかについては、当時の論者の中で対立がある (Karl Otto Scherner, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung: Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Wiesbaden 1965, S. 92 ff.)。

43) Pufendorf, a.a.O. (Fn. 40), V 11 §§ 1-15.

44) Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halae 1738. 引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。本書のドイツ語訳として、Johann Gottlieb Heineccius (Hrsg. und übersetzt von Christoph Berfeld), *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, Frankfurt am Main/Leipzig, 1994 も参照した。

(impossibilis)は給付できないのが正しい。そして、それを行わないこと自体は、何人の責めにも帰されない。論理的に一貫しているのは、[35] 絶対に不能なことに關する合意に効力がなく (inutilis), そこから債務は生じないということである。ただし、[36] 合意が行われた時に対象 (res) が約束者の支配 (potestas) の中にあり、その後、その者が、行使できる力 (vires, quibus [promittens] pollebat) を自らの過失 (culpa) により減少させた場合、あるいは、[37] ある者が、絶対的に不能であるわけではなくその者自身にとって不能であることを十分に知りつつ悪意で約束した場合は、この限りでない」 (§ 397) ([]内の数字は原文通り。原語中の [] は、筆者が補った。以下も同様とする)。

以上の引用箇所から分かるように、原始的かつ絶対的に不能なことに關する合意の効力が否定される一方で、合意が行われた時点では可能であった債務が、債務者の過失によって後発的に履行できなくなった場合、および、原始的かつ主観的に不能であることを債務者が知悉して悪意で約束が行われた場合には、合意の効力は否定されない。この記述からは、「不能であること」が直接に法的効果（合意の効力の否定）に結び付けられているのは、原始的不能の場合に限られていることが読み取れる。

さらに、第1章「自然法」の第15章「契約および合意に基づく債務から解放される方法」では、冒頭のセクション (§ 406) に続いて、弁済 (§§ 407 f.), 相殺 (§§ 409 f.), 免除 (§ 411), 契約解消の合意 (mutuus dissensus) (§ 412), 一方当事者の不誠実 (alterutrius perfidia) (§ 413), 期間の経過 (§ 414), 条件の不成就 (§ 414), 死亡 (§ 415), 事情変更 (§ 416), 物の滅失 (§ 417), 更改 (§ 418), 債務引受 (§ 418) が論じられている。

冒頭のセクションでは、次のように述べられている。

「[1] 合意の条項に満足が与えられるとき、つまり、言明されたことが行われたときにのみ、両当事者はその目的を達する。[2] これに対して、これが実現されることがなければ、⁽⁴⁵⁾ 哲学的見解によれば、目的は初めに意図へと至

45) 原文には、この丸括弧に対応する閉じ括弧がない。

り、最後に実現へと至る。たとえば、目的が実現できない状態にあるときは (§ 397 [35] を参照)、合意から生じた債務も約束から生じた債務もそれ自体が停止 (cessare) しなければならない (§ 406)。

このように、ハイネクツィウスは、「債務の停止」を導くために、原始的に不能な合意から債務は生じないという記述である § 397 [35] を引用している。つまり、彼は、原始的不能に関する規範から、後発的な履行障害——後述する § 417の表現を使えば、後発的「不能」——による債務の停止を導いている⁴⁶⁾。

以下では、物の滅失について、ハイネクツィウスの記述を少し詳しく確認しておこう。

「さらに、目的を達成することが決してできない状態であるときは、債務は停止する (cessare) のであるから (§ 406 [2] を参照)、特定物 (species) を約束した者は、それが事変によって滅失したときは、解放されざるを得ない。ただし、特定物を金銭評価によって、または、あたかも弁済の代わりに約束した (aestimatio, vel tamquam in solutum promittere) とき、あるいは、最初の債務が更改によって明示的に消滅したときは、この限りでない。さらに、不能 (impossibilitas) は、過失のある者または遅滞にある者を免責しない。すなわち、約束された物の危険 (periculum) を甘受するのが、遅滞にある者または過失のある者であることは、非常に明白である。そして、この限りで、売却された物の危険について上述したことすべてが (§ 353以下)、ここで繰り返されなければならない」 (§ 417)。

この部分の記述から、ハイネクツィウスは、事変による特定物の滅失によって、債務者が債務から解放されるとしつつ、特定物の滅失を不能と見ていることが分かる。不能が債務者の過失によって生じたり、履行遅滞中に生じたりしたときは、債務者は免責されない。

46) Wollschläger, aa.O. (Fn. 39), S. 86; Susanne Würthwein, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts: Grundsätze des Leistungsstörungenrechts im Gemeinen Recht in ihrer Bedeutung für das BGB, Berlin 1990, S. 43.

（3）ヘルフェルトの見解

ヘルフェルト（Johann August Hellfeld）の『パンデクテンの順序に基づく裁判法学』は、次のように論じている⁴⁷⁾。

まず、第1章「正義と法について」の中では、原始的に不能な債務が生じないことが、次のように述べられている。

「債務は、為すべきことの境界を定めている。それ故に、債務は、人の意思に基づいて存在する訴権にのみ及んでいる。これは、意思的な訴権（[actiones] voluntariae）と呼ばれる。したがって、不能なこと（impossibilia）に向けられた債務は生じない。同様に、そのような債務は、一方で、行為の存在それ自体であり、他方で、その存在を実現（reddere）しなければならない者の関係（relatio）の中にあつて、矛盾を内包している。それ故に、このような不能（impossibilitas）は、あるいは絶対的（absoluta）であり、あるいは相対的（secundum quid）である。行為が道徳的に不能である場合、すなわち、禁止的な法律に反する場合にも、同じことが当てはまる」（§ 7）。

次に、第2巻第14章「合意」の中では、次のように述べられている。

「しかし、約定（conventio）に基づく債務は、約束されたことについて責めを負う（praestare）ことにまで及んでいる。このことは、無論、確かである。すなわち、たとえ為す債務が問題となるとしても、意に反して、債権者に対してあることの代わりに別のことを押し付けることはできない。しかし、債務者は、以下の場合には債務から解放される。1) 同意（consensus）が欠けた事情（circumstantiae）が存在する場合。すなわち、約束者が変更をすでに予見していれば、合意しなかつたであろうことが明らかであるほどに、事情（status rei）が変更した場合。2) 約束の履行がまったく（plane）不能である状態に物が至った場合（§ 7を参照）。3) 約束が存続することについて、相手方に何らの利益もないことが明らかである場合」（§ 316）。

47) Johann August Hellfeld, *Iurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem*, Tomus 1, Ienae 1764. ただし、参照したのは、1771年に出版されたものである。引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。

「しかしながら、約束者は、不能なことを義務づけられない (§ 316)。しかし、約束者は、債務から常に完全に解放されるわけではなく、利害関係についても責めを負うように、約束が維持されないことから生じる損害について責めを負う。それ故に、事変、悪意または過失によって与えられた損害について、ここで述べられるべきである」 (§ 317)。

「損害は、意図して (*ex proposito*) 惹き起こされたり、意図せずして惹き起こされたりする。前者は、悪意の損害 ([*damnum*] *dolosum*) と呼ばれる。そして、悪意の損害は、区別なく回復されるべきである」 (§ 319)。「意図せずして惹き起こされる損害は、ある者がそれを回避する債務を負担したり、負担しなかったりする。後者の場合には、債務を負担していない (*defectus obligationis*) がゆえに帰責 (*imputatio*) されない。このように、ある損害を回避しなければならない完成した債務が存在しない場合にその損害を回避しない者は、損害を回復する責任をまったく負わない。これに対して、前者の場合には、損害を回避する債務を負担する者は、諸力を使おうと意欲すれば (*si viribus uti voluisset*) 損害を回避することができたり、そう意欲しても損害を回避できなかつたりする。後者の損害を事変による損害 ([*damnum*] *casuale*)、前者の損害を過失による損害 ([*damnum*] *culposum*) と呼ぶ」 (§ 320)。

「過失 (*culpa*) とは、違反者が負担した注意を意図せずに懈怠すること (*omissio diligentiae debitaе absque proposito laedendi*) である」 (§ 321)。払われるべき注意の程度に応じて、過失は、最軽過失、軽過失、重過失に分かれる (§ 322)。「過失について責めを負うとは、過失によって生じた損害の代わりに満足を与えること (*satisfacere*) である」。個々の約定 (*conventio*) においてどの種類の過失につき責めを負うべきかは、明確に決まっているわけではなく、様々に異なる (§ 324)。

「事変 (*casus*) とは、回避することが我々の支配の内にはない予見されない出来事 (*inopinatus eventus, quem evitare in nostra haud est potestate*) である」 (§ 325)。「我々の意思に依存しない出来事を回避することは、我々には不能である (§ 7 を参照)。そして、事変がそのような出来事であるときは、

事変を回避することに向けて債務が生じず、帰責（imputatio）されないのは、明らかである。それ故に、所有者に物を返還する債務関係において、物がまさに上述のような事変によって滅失するときは、その物は所有者にとって滅失する。為すことまたは所有者から所有者の物が相手方に給付されなければならない債務関係も、上述のような事変によって履行できないときは、停止する（cessare）」（§ 326）。「まさに上述のような事変は、何人にも帰責されない」（§ 327）。

以上のように、ヘルフェルトは、明確に、後発的不能を債務者の債務解放原因に位置付けている。そして、その法命題を記述する際に、ハイネクツイウスと同様に、原始的に不能な債務は生じないという法命題を参照するように指示している。もっとも、不能によって、債務者が債務から必ず解放されるわけではない。債務から解放されるのは、事変によって不能が生じた場合だけである。事変は、免責事由として機能している。

3. 「物の滅失」から「不能」へ

後発的に債務者の債務の履行が障害を受けた場合、伝統的な見解では、物の滅失または事変による物の滅失が債務解放原因の一つとされた。物の滅失を債務解放原因とする立場においても、債務者が損害賠償義務から解放されるためには、事変によって物が滅失しなければならない。また、債務者の故意または過失によって物が滅失したときは、債務者は損害賠償責任を負う。これに対して、遅くとも17世紀には、事変による物の滅失ではなく事変による後発的不能によって物を給付する債務が消滅するという見解が登場した。そして、18世紀には、原始的不能に関する準則を後発的な履行障害事例にも転用するという形で、後発的不能を債務解放原因とする見解が有力に主張された⁴⁸⁾。この見解による場合にも、債務の履行が単に不能になるだけでは、債務者が損害賠償責任を免れるには至らない。ヘルフェルトの言葉を借りれば、債務の履行が不能に

48) 16世紀から17世紀にかけて全盛期を迎えた事情変更の原則と18世紀以降に債務者の債務解放原因として重要な役割を担うようになった後発的不能論とがどのように関係するのかは、興味深い問題であるが、本稿では扱うことができない。

なっても、債務者が「債務から常に完全に解放されるわけではない (ab obligatione non semper in totum liberare)」。事変によって債務の履行が不能になって初めて、債務者は損害賠償責任を免れる。

債務解放原因として(事変による)物の滅失に代えて(事変による)不能が据えられるべきだと主張されたのは、なぜだろうか。この点については、特に18世紀以降、ドイツでは、与える債務だけでなく、為す債務の現実的履行の強制可能性が認められるに至った点が重要であると考えられている⁴⁹⁾⁵⁰⁾。古代ローマ法や現代の英米法のように現実的履行の強制が例外とされている法体系においては、一般的な債務解放原因としての不能は必要ない。現実的履行の強制が認められる法体系が生まれたことによって、いつ債務者が本来の履行義務から解放されるのかという問題が出てくることになる。18世紀の自然法、そして、後述するプロイセン一般ラント法で債務者を債務から解放するための一般的準則として履行不能が選択されたのは、債務者に対する現実的履行の請求とその執行可能性が一般的に承認されるに至ったが故である⁵¹⁾。

49) 17世紀以降、ドイツの自然法において、与える債務だけでなく、為す債務の強制履行が徐々に認められるに至った過程については、第3章第3節第4款1(1)イのほか、森田修『強制履行の法学的構造』(東京大学出版会・1995年・初出1992年～1993年)125頁以下を参照。

50) 為す債務の現実的履行の強制可能性が認められるに至ったこととは別に、スコラ哲学における道徳神学の影響も指摘されている。すなわち、人間の罪業が非難——帰責——されるのは、その人間が意思および精神的・肉体的な力を使えば回避できたはずなのに、回避しなかったことである。これに対して、回避できなかったことについては、その人間に責任はない。つまり、できないことについては、何人も責めを負わない (ultra posse nemo tenetur)。この道徳神学上の理論とローマ債務法が自然法において初めて結合し、あらゆる履行挫折事例に適用される一般的な準則を生み出した。それが、不能なことを給付する必要はないという準則である (Martin Schermaier, „Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth ...“, *Geschichtliche Rechtswissenschaft als Therapie für den Patienten BGB?*, JZ 2006, S. 334)。

51) Joachim Rückert, *Leistungsstörungen und Juristenideologie heute und gestern – ein problemgeschichtlicher Beitrag zum Privatrecht in Europa*, in: *Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2004, S. 731 ff. すでに Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 110 が簡潔に同様の指摘をしている。

第2款 対価危険

双務契約においては、債務の履行が後発的に不能となって債務者が給付義務から解放される場合に、反対給付の履行義務が存続するかどうかの問題となる（対価危険）。もっとも、以下で見るように、18世紀の終わりには、危険負担の問題はまだ双務契約上の問題として扱われていないし、給付危険と対価危険の区別もない。むしろ、問われているのは、事変によって発生した損害を負担するのは誰かである。

1. ヘプフナーの見解

ヘプフナーは、『ハイネクツィウスの法学提要に関する理論的実用的注釈書』の第3巻第14章「債務（De Obligationibus）」の中で、次のように述べている⁵²⁾。

「事変に関しては、2つの問題を区別しなければならないだろう。1.) 誰が事変を負担するのか。事変は誰の上を横切るのか。2.) 誰が事変を賠償するのか。つまり、私は、いつ、事変によって相手方に生じた損害を賠償する義務を負うのか」。本稿の関心の対象となるのは、第1の問題である。

(1) 為す債務

「ある者が為すこと（factum）を約束し、事変が生じたときは、事変が自らに生じた者が事変を負担する（Casus trifft denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt）。すなわち、a) 私が為すことを約束し、事変によってその給付が妨げられたときは、私は、約定された報酬の支払いを請求することができない。たとえば、下男、下女が病気になったときは、病気の間、食事と賃金は停止する（aufhören）。b) 私が為すことを約束し、その準備をした場合において、相手方が事変によって給付を受けることを妨げられたときは、私は、約定された報酬の支払いを請求することができる。たとえば、御者、従者、理容師には、主人が病気のために彼らの役務を必要としない場合、食事と賃金が支払われるべきである」。

52) Höpfner, a.a.O. (Fn. 39), § 761.

(2) 与える債務

「私が物を与える義務を負うときに、物が事変によって滅失したときは、相手方が事変を負担する。私が蔵書を売り、引渡し前に私の過失 (Schuld) によらずにそれが焼失したときは、買主が事変を負担する。このことは、次の準則によって表現される。すなわち、特定物の債務者は、物の滅失によって解放される (debitor speciei liberatur interitu rei)」。

(3) その他の債務

「そして、この事例のほか、以下の場合に、所有者は事変を負担しなければならない。a) 私が契約によって物の返還義務を負う場合において、その物が事変によって滅失する場合。たとえば、私がある者から馬を借りていた場合に、契約によって私が使用後に馬を返還しなければならなかったところ、私の過失なく馬が死んだときは、所有者が事変を負担する。b) 私が与えるべきでも返還すべきでもない物が事変によって滅失する場合。たとえば、私が土地を借りていたところ、雹によって果実が駄目になったときは、私が事変を負担する。私は果実の所有者だからである。ただし、私は、衡平に基づき賃料の減額を請求することができる」。

2. グリュックの見解

次に、グリュックの見解に移ろう。グリュックは、事変論をかなり詳細に論じている⁵³⁾。

「事変の責任論においては、2つの疑問が問題となる。I) 事変によって惹起された損害を誰が負担するのか (誰が事変を負担するのか (quis casum sentit))。II) 誰がこの損害を賠償する義務を負うのか (誰が事変について責任を負わなければならないか (quis casum praestare tenetur))」 (S. 368)。本稿の主題と関連するのは、前者の疑問である。グリュックは、「為すこと (Factum) が約束された」場合と「物 (Sache) が約束された」場合を分けて、以下のように論じる (S. 368) (以下の表題と段落は、筆者が付したもの

53) Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4 Abt. 2, Erlangen 1797. 引用箇所は、本文中に頁数で示す。

である）。

（1） 為すこと（Factum）が約束された場合

為すことを給付する債務は、脱落する。このことのみによっては、誰が本来この事例で事変を負担するのかという問題に決着をつけることができない。このことは、事変が自らに生じた者が事変を負担すると他の論者が述べる場合にそれに決着をつけることができないのと、同様である。なぜなら、私が一定の為すことを相手方に無償で給付する債務を負っていたところ、病気により私が約束を履行することを妨げられたという事例が想定されるからである。この場合に、私自身に生じた事変は、むしろ、債務から解放される私ではなく、為すことが約束された相手方が負担するのだろうか。つまり、次のように準則をまとめるのがより正しいだろう。為すことが約束された場合に、その給付が事変によって妨げられたときは、各当事者が損害を負担しなければならない。各当事者は、これによって、契約に基づき至極正当に期待することができた利益を失う（S. 368 f.）。

ア 常に損害を負担する者——債権者

この準則によれば、為すことの給付を受ける者は、常に損害を被る。事変は、債権者自身に生じることもあれば、為すことを約束していた債務者個人に生じることもある。債権者が常に損害を被るのは、事変によって、為すことを給付する債務が消滅するからである。したがって、この場合、債権者（promissar）は、正当に期待することができた利益を奪われる。おまけに、債権者自身に生じた事変によって被用者が労務の履行を妨げられたときは、債権者は、為すことの給付を受ける代わりに約束した報酬をすべて支払わなければならないだろう（S. 369 f.）。

イ 場合によっては損害を負担する者——債務者

為すことを給付する債務を負った者に関しては、その者が契約に基づき無償で為すことを給付するように拘束されているのか、そうでないのかが重要である（S. 370）。

(ア) 無償で債務を負担した場合

無償で拘束されている場合には、事変によって債務の履行から解放される債務者 (Promittent) は、引き受けた事務の処理によって何らの利益も期待していなかったという意味で、まったく損害を被らない。代理権授与の場合も、事情は同じである (S. 370 f.)。

(イ) 有償で債務を負担した場合

これに対して、為すことの給付を受ける者が双務的に給付の義務を負うときは、さらに2つが区別されなければならない。為すことを給付する債務が有名契約、たとえば、労務の賃貸借 (locatio conductio operarum) によって引き受けられたのか、それとも、無名契約によって引き受けられたのかである (S. 371)。

i 有名契約の場合

有名契約の場合には、事変が自らに生じる者が事変を負担しなければならない (casum sentire debet is, in cuius persona ille contingit) という準則は、約束された労務の代わりに支払われるべき報酬に関して、争う余地がないほど正しい。すなわち、自らの労務を賃貸した者は、病気その他の事変 (Unglücksfall) によって、約束した労務を給付することが妨げられたときは、その者が働いた割合に応じてのみ約定の賃金を請求することができ、また、まったく労務を給付しなかったときは、約束の賃金を支払う債務は、賃借人の側で完全に脱落する (S. 371)。

ii 無名契約の場合

(i) 報酬既払いの場合

① 後悔権の現行法における消滅とその帰結

無名契約の場合には、労務を給付する債務は無名契約から生じているのだから、たしかに、事変によってその債務の給付が妨げられたときは、ローマ法によれば、後悔を理由として (ex capite poenitentiae)、既払いの報酬の返還を請求することができる。しかし、今日では、無名契約においてそのような後悔権 (Reurecht) はもはや存在しない。したがって、ローマ人自身は様々な事

例で衡平に基づく返還を承認していたけれども、そのような返還は、現行法では脱落していると考えられる。実際、今日の複数の法律家もこのように主張している。したがって、この見解によれば、事変が債務者個人に生じたとしても、為す給付を受ける債権者が損害を負担することになるだろう（S. 371 f.）。

② 衡平と双務契約の牽連性の考慮

しかし、この見解が、果たして、衡平と双務契約の性質に合致しているかは、一個の問題である。この問題に否と答える他の論者に理由がないわけではない。自然的衡平は、他人の損害でもって利得することを許さない。一定の目的で金銭を与えた者が、この目的が達成されないにもかかわらずその金銭を失う場合に、このことが生じないだろうか。さらに、双務契約の性質が教えるところによれば、約束は各当事者によって条件づけられるにすぎない。その結果、ある者がある物をその種の契約に基づいて与えるときは、同様に相手方が何かを与えたり為したりするということが条件になる点に争いはない。この場合に、相手方がこれを行わないときは、与えることの条件が脱落する。したがって、相手方は、受領したものを今や原因なしに占有しており、条件が成就するかしないかについて相手方に過失（Schuld）がある。労務の賃貸の場合に賃金が前払いされ、事変によって賃貸人による労務の給付が妨げられたときは、前払いされた賃金を返還請求できることが衡平である。賃貸人が契約の条件を成就しなかったのと異ならないのだから、確実にそうである。したがって、その種の為す給付を受ける代わりに私が相手方に金銭を与える場合において、それに関し、賃貸借契約ではなく無名契約が締結されたとしても、賃貸借契約に基づく場合と同様に直接の収益を私が期待したときは、同じ理由が当てはまらないだろうか（S. 372 ff.）。

(ii) 報酬未払いの場合

為すことの給付の対価として約束された報酬が前払いされなかった場合において、為す給付を義務づけられた者が事変（Unglücksfall）によってそれを妨げられたときは、その報酬を獲得するための訴権も生じないことに、何らの疑いもない。なぜなら、報酬を請求する原告に対しては、請求者不履行の抗弁

(*exceptio implementi non secuti*) が提出されるだろうからである (S. 375)。

(2) 物 (Sache) が約束された場合

事変を負担するのは所有者である (*casum sentit dominus*) とされる。たしかに、物の所有者は、所有権を失う。しかし、物に質権の設定を受けた債権者は損害を負わないのだろうか。使用貸借の借主は損害を負わないのだろうか。それ故に、この準則は、本来、物が事変によって滅失した場合に誰が損害を負担するかを決めるものではない。むしろ、この点を決める準則は、次の通りである。「物が事変によって滅失した場合に、これによって生じた損害を負担するのは、滅失によってこの物に関する権利の行使が不能または無益になる限りにおいて、この物に関して権利が帰属する者である」(S. 376 f.)。

そこで、次の2つが区別される。1つは、所有者以外の者には滅失した物の権利がない場合、もう1つは、所有者以外の者にもこの物に関して権利が帰属する場合である。

ア 所有者以外の者には滅失した物の権利がない場合

この場合には、所有者が損害をもっぱら負担する。ここでは、事変を負担するのは所有者である (*casum sentit dominus*) という準則が特に適用される。

イ 所有者以外の者にも滅失した物の権利がある場合

この場合には、第三者にも物権が帰属していたのか、債権のみが帰属していたのかを区別されなければならない (S. 377 f.)。

(ア) 第三者にも物権が帰属していた場合

第三者にも物権が帰属していた場合には、この第三者は所有者と同様に事変を負担する。たとえば、第三者が永借地権、質権または用益権を有していた場合が考えられる。

(イ) 第三者に債権のみが帰属していた場合

これに対して、第三者に債権のみが帰属していた場合には、債務の目的が特定物である場合とそうでない場合とを区別しなければならない (S. 378)。

i 特定物の場合

特定物が債務の目的となっている場合には、その債務が契約から生じる場合

と、それ以外の法的原因から生じる場合とがある。契約から生じる場合には、有名契約と無形契約がある。

(i) 有名契約の場合

有名契約の場合には、当事者双方が債務を負う場合と、一方当事者のみが債務を負う場合とがある⁵⁴⁾。当事者双方が債務を負う場合には、物の所有権を相手方に移転する (tradiieren) 債務が生じる場合と、物を所有者に将来返還する債務が生じる場合とがある (S. 378)。

物の所有権を相手方に移転する債務が生じる場合には、たしかに、特定物の債務者は物の所有権を失う。債務者には引渡し (Übergabe) 前にはまだその所有権が帰属していた。しかし、その物が引き渡される (tradiert werden) 相手方も事変を負担する。なぜなら、相手方は、所有者にその物を要求する権利を失い、だからといって、利害関係分 (Interesse) を訴求することもできないからである。これに対して、相手方が債務から解放されるのか、それとも、物が引き渡されない (nicht liefert werden) にもかかわらず約束を履行しなければならないのかは、不確かである。しかし、理性法によるならば、相手方は免訴されるべきだろう (S. 378 f.)。

物を将来返還する債務が生じる場合には、たしかに、所有者が事変を負担する。しかし、返還を義務づけられた者もまた、事変を負担する。なぜなら、その者は、物の消滅によって、権利または契約から得ることのできた利益を失い、だからといって、利害関係分の賠償を請求することもできないからである。しかしながら、返還義務者は、事変によって債務から解放される。返還義務者が物を使用する代わりに所有者に賃料の支払いを約束したときは、使用できない期間については賃料を支払う必要がない。賃料をすでに支払っていた場合には、割合に応じて返還を請求することができる (S. 381 f.)。

54) 片務契約の場合については、誰が損害を負担するかを決める上述の準則が片務契約の場合にも「判断規範 (Entscheidungsnorm) を与える」と述べられているのみである (Glück, aa.O. (Fn. 53), S. 382)。

(ii) 無名契約の場合

最後に、無名契約については、両当事者未履行の場合と一方当事者既履行の場合が区別される。

① 両当事者未履行の場合

双方当事者未履行の場合には、特定物の債務者は、債務から解放されるとともに、相手方に対して約束の履行を請求することができない。その理由は、2点ある。第1に、ローマ法によれば、無名契約の拘束力は、一方当事者が履行をして初めて生じる。したがって、履行がなければ、訴権も生じるはずがない。第2に、今日でも、相手方に対する訴えは、請求者不履行の抗弁 (*exceptio non secuti implementi*) によって退けられるだろう。

② 一方当事者既履行の場合

一方当事者既履行の場合には、無名契約の履行が為すこと (*factum*) の給付によってすでに行われたのか、それとも、物 (*Sache*) を与えることによってすでに行われたのかを、ここでも区別しなければならない。前者の場合に、為すことの給付と引き換えに約束された物が債務者の過失 (*Schuld*) なく単なる事変によって滅失したときは、債権者が事変を負担しなければならないことに疑問はない。なぜなら、この場合には、「為したことを為さなかったことにすることはできない (*quod factum infectum fieri nequeat*)」という有名な定式が当てはまり、また、債務から解放された債務者に対する利害関係分の訴権も生じ得ないからである。これに対して、無名契約の履行が与えること (*datio*) にある場合には、すでに与えられた物が事変によって滅失したのか、それとも、与えることを債務として負担する物が事変によって滅失したのかが区別される。まず、すでに与えられた物が事変によって滅失したときは、受領者は、所有者として、事変を負担する。物を与えることによってすでに契約を履行した相手方は、受領者に対して、前書訴権で反対約束の履行を訴求することができる。次に、債権者に与えることを債務として負担する物が事変によって滅失した場合に、債務者の責めなく事変によって契約を履行することができなくなっているときは、利害関係分の支払いを求める訴権は生じない。この限

りて、債権者が事変を負担する。しかし、特定物の債務者は、債権者から契約に基づき獲得した物でもって利益を得ることは許されない。むしろ、債権者は、契約の不履行を理由に、原因によって与えられたが原因が続かないことによる不当利得返還請求訴権（*condictione causa data, causa non secuta*）によって、すでに与えた物の返還を請求することができる（S. 383 f.）。

相手方に特定物を与える債務が契約以外の法的原因から生じることがある。たとえば、片約（*Pollicitation*）、贈与、遺産の相続などがこれに当たる。この場合に、与えるべき物が事変によって滅失したときは、物を要求する権利を有する者が損害を負担する。この者は、「特定物の債務者は事変による物の滅失によって解放される（*debitor speciei liberatur rei interitu casuali*）」という準則に基づき、もはや何も請求することができない（S. 385 f.）。

ii 種類物の場合

最後に残っているのは、特定物ではなく、種類物（*genus*）または一定量の物（*quantitas*）が債務の目的となっている場合である。この場合には、債務者が損害を負担しなければならない。債務として負担した一定量の物が喪失しても、債務として負担した種類に属する物が存在しなくなっても、債務者は債務から解放されない。すでに特定されていたときは、債務者の債務は消滅する（S. 386 f.）。

3. 小 括

18世紀の終わりには、対価危険に相当する問題は、事変によって惹起された損害を誰が負担するのかという問題枠組のなかで論じられた。そこから明らかになる点を列挙しておこう。

第1に、現在の対価危険に対応する効果は、履行不能の効果としてではなく、事変の効果として扱われた。すなわち、危険負担は、債務者の責めに帰ることができない事由によって発生した損害の負担者を決める制度として位置づけられていたと言うことができる。

第2に、有名契約における対価危険の準則を取り出せば、次のようになる。まず、為す債務として具体的に論じられたのは、雇用契約である。そこでは、

事変が自らに生じた者が事変を負担するという準則が承認されていた。これは、事変が生じた領域を支配する者が対価危険を負担するという趣旨に近いと考えられる。これに対して、特定物の売買契約では、所有者が事変を負担するという準則を尊重し、買主が対価危険を負担するという見解と、その準則と無関係に売主が対価危険を負担するという見解とが対立していた。

第3に、無名契約における対価危険の準則は、次のようにまとめられる。為す債務では、双務契約の牽連性に相当する考え方を基礎にして、対価危険の債務者主義が主張されていた。特定物を与える債務でも、結論としては、債務者が対価危険を負担した。すなわち、両当事者ともに未履行のときは、債務者は請求者不履行の抗弁により反対給付を請求することができず、債権者が反対給付をすでに履行しているときは、原因によって与えられたが原因が続かないことによる不当利得返還請求訴権により債権者は既履行の反対給付の返還を請求することができた。この不当利得返還請求訴権は、現在の危険負担制度の大枠を形作った重要な源流の1つである。この点は、後述する（本章第2節第4款を参照）。

第2節 プロイセン一般ラント法

債務者の債務解放原因の1つとして形成された後発的不能法のその後の展開にとって重要な意義を有するのが、プロイセン一般ラント法（1794年成立）である。本節では、後発的不能に関する同ラント法の規律内容を、18世紀の自然法との異同に注意しながら確認したうえで、19世紀のパンデクテン法学が形成した解釈論を一瞥する。

まず、関連規定を挙げておこう。これらの規定は、第1部第5章「契約」の中に定められている（筆者が原文を補った個所は、〔 〕で表す。以下も同様とする⁵⁵⁾）。

55) プロイセン一般ラント法の規定は、Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 Textausgabe, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, Frankfurt am Main/Berlin 1970 による。

■276条 為すこと（Handlung）を給付する債務を負う者は、執行法の規定に従い、裁判上の強制手段によって、それを強制されうる。

■277条 契約の履行に際して重大な過失につき責めを負う者は、すべての事例で損害賠償債務を負う。

■278条 両当事者が直接に契約それ自体から利益を期待すべきときは、軽過失（mäßiges Versehen）から〔生じる損害について〕も相互に〔賠償〕義務を負う。

■279条 契約それ自体から利益を期待すべき者が一方当事者のみであるときは、その者は、最軽過失（geringes Versehen）についても責めを負う。

■280条 契約から直接的な収益を期待すべきでない者は、重大な過失（grobes Versehen）についてのみ責任を負う。

■285条 契約の締結または履行の際に故意または重大な過失（grobes Versehen）によりその義務に違反した者は、相手方に対してすべての利害関係分（Interesse）を補償（vergüten）しなければならない。

■286条 相手方が義務を遵守しなかったことから生じるすべての不利益が、利害関係分に含まれる。

■287条 利害関係分を確定する際には、現実の損害（wirklicher Schaden）だけでなく、契約の不履行によって逸失した利益（entgangener Vortheil）が考慮される。

■288条 軽過失または最軽過失（mäßiges oder geringes Versehen）の事例では、原則として、現実の損害のみを賠償すればよい。

■360条 約束者が、自らの過失（Schuld）により、相手方に、約束した物を与えることができず、または、約束したことを為すこと（leisten）⁵⁶⁾ができないときは、過失（Verschuldung）の程度に応じて責任を負わなければならない（277条以下）。

■361条 相手方が約束者に対して約束の履行を自ら不能にさせたときは、約束者は、債務から解放され、損害賠償を請求することができる。

■362条 不能の発生について両当事者に同程度の過失（Verschuldung）の責めがあるときは、各当事者は、相手方に対して、それにより直接生じた損害を

56) プロイセン一般ラント法では、facere というラテン語が leisten というドイツ語に翻訳されている（Wollschläger, aa.O. (Fn. 39), S. 110 Fn. 89）。

賠償しなければならない。

■363条 間接的な損害については、請求する権利が双方に生じない。

■364条 締結された契約を履行することが、事変、または、回避できない力および巨大な力 (unabwendbare Gewalt und Übermacht) によって不能であるときは、契約は解消されたものとする。

■365条 前条の場合、各当事者は、双務的な履行を期待して相手方から与えられまたは為されたものを返還しまたは補償 (vergüten) しなければならない。

第1款 債務からの解放

事変によって契約の履行が後発的に不能になったときは⁵⁷⁾、債務者は、債務から解放される (364条)。条文では、「契約は解消されたものとする (der Vertrag wird für aufgehoben angesehen)」と表現されている。プロイセン一般ラント法が、物の滅失ではなく、不能を債務解放原因——現在の用語法で言えば、履行請求権の限界事由——とする立場に与していることは、明らかである⁵⁷⁻¹⁾。同法は、伝統的な見解から離れて、為す債務の履行強制を認める立場に転じた (276条)⁵⁸⁾。それ故に、不能が債務解放原因に選ばれたと考えられる (本章第1節第1款3を参照)。

57) 19世紀半ばの注釈書によれば、360条以下の規定は、契約締結後に不能が生じた場合を想定しているという (Wilhelm Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1842 (Nachdruck Frankfurt am Main 1987), S. 320 Fn. 1)。

57-1) 履行請求権の限界事由が不能なのか、あるいは、事変による不能なのか、という問題は残る。ボルネマン (Wilhelm Bornemann) によれば、履行を求める訴えが提起された場合、原則として、証明責任は次のようになるという。すなわち、履行を求める訴えを受けた義務者は、履行が初めから不能であったこと、または、履行が契約締結後に不能になったことのみを抗弁として、自らを防御することができる。これに対して、原告が被告の過失について証明責任を負う (Bornemann, a.a.O. (Fn. 57), S. 320)。この記述が過失 (culpa) あるいは損害賠償に関する叙述の中に置かれていることも考慮すれば、債務者は不能を証明することによって履行の請求を免れ、債権者は相手方の過失を証明することによって損害賠償を請求することができると考えられる。コッホの見解については、第3章第2節第3款を参照。

58) プロイセン一般ラント法が為す債務の履行強制を認めるに至った点については、森田修・前掲書(前掲注49)144頁以下を参照。

第2款 損害賠償と免責事由

債務者が故意または重大な過失により契約上の義務に違反したときは、債権者に対して損害賠償義務を負う（285条）。故意と過失⁵⁹⁾を中心的な成立要件とする277条以下の一般的な損害賠償準則とは別に、後発的不能に限定された損害賠償準則が360条以下に置かれている。すなわち、債務者の過失によって不能が生じたときは、債務者は、損害賠償責任を負う（360条）。

事変によって履行が不能になったときは、債務者は、損害賠償責任を負わない。明文の規定はないものの、このことが前提とされていると見てよい。ただし、事変の証明責任を誰が負うかは規定されておらず、その意味で事変が免責事由かどうかは明らかでない。事変と故意・過失との関係も規定上は明瞭であるとは言い難い⁶⁰⁾。プロイセン一般ラント法の教科書では、遅くとも1830年代には、事変は、故意・過失と並列されるに至り、事変と故意との間に過失がはっきりと位置づけられる⁶¹⁾。故意と過失が、人の意思に結びつけられる帰責事由（imputatio）であるとされるのに対して、事変は人の意思に結びつけられない⁶²⁾。19世紀の半ばを過ぎると、事変は、明確に有責性（Verschulden）と対置される⁶³⁾。有責性とは、故意（Vorsatz）と過失（Versehen）のことを指す⁶⁴⁾。

59) 市民生活上の取引では誰でも法律に従って行動するように注意を払う義務を負う（第1部第3章「行為およびそこから生じる権利」16条）。この注意をせずに法律に反して行動する者は、過失を犯している（同17条）。

60) ヘプフナーの図解によれば、後発的な不能が事変による場合と故意・過失による場合とに二分される。その限りでは、故意も過失もない場合が、事変であると言える。しかし、ヘプフナー自身が事変を「回避できない事件（Begebenheit, die man nicht abwenden kann）」と定義しているように（Höpfner, aa.O. (Fn. 39). § 754）、18世紀の自然法学者は、必ずしも事変を故意や過失と関連付けて定義しているわけではない。

61) Christian Friedrich Koch, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, Bd. 1, Prausnitz 1836, S. 238.

62) Koch, aa.O. (Fn. 61), S. 233 ff.

63) Franz Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 1, Berlin 1865, S. 719.

64) Förster, aa.O. (Fn. 63), S. 137.

コッホ (Christian Friedrich Koch) によれば、債務者が損害賠償を免れるためには、免責事由 (Schuldlosigkeit) を債務者が証明しなければならない。すなわち、最軽過失を含むあらゆる過失について損害賠償をしなければならない債務者は、事変を証明しなければならない。これに対して、そうでない債務者、すなわち、重過失のみまたは重過失と軽過失について責めを負うべき債務者は、ある事実によって履行が不能になったことを抗弁とすることで足りる。この場合、債権者は、取引の性質上債務者が責めを負うべき過失が競合したことを再抗弁として主張立証しなければならない。また、自己の財産に対するのと同じの注意 (diligentia rebus suis consueta) は、債務者の抗弁に位置づけられる⁶⁵⁾。このように、プロイセン一般ラント法では、契約不履行の損害賠償責任において、債務者ではなく債権者が債務者の帰責事由の存在について証明責任を負う場合が認められていた⁶⁶⁾。

第3款 危険負担および債権者の責めに帰すべき事由による不能

364条および365条からは、事変または不可抗力による後発的不能の事例において、対価危険を債務者が負担するという準則を読み取ることができる⁶⁷⁾。すなわち、未履行債務については、事変によって「契約は解消されたものとみな

65) Koch, aa.O. (Fn. 61), S. 297 f. 前掲注 57-1 も参照。

66) コッホの説明とは異なり、その教科書の初版から約30年後に出版されたフェルスター (Franz Förster) の教科書の初版では、帰責事由がないことの証明責任は、一貫して債務者に課されている。すなわち、債務者が損害賠償義務を免れるためには、事変によって損害が生じたこと (Zufälligkeit der Beschädigung) を債務者が証明しなければならない。より具体的に言えば、債務者が証明しなければならないのは、当該の債務関係が要求する程度の注意を債務者が払っていたにもかかわらず、損害が生じたことである (Förster, aa.O. (Fn. 63), S. 705)。

67) プロイセン一般ラント法の危険負担規定については、浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』(立命館出版部・1942年) 358頁以下、半田吉信「ドイツ普通法における危険負担——買主危険負担主義から売主危険負担主義へ」千葉大法経論集10号33頁以下(1981年)、小野秀誠『危険負担の研究——双務契約と危険負担』(日本評論社・1995年) 26頁以下に紹介がある。さらに、債権者の責めに帰すべき事由による不能については、小野秀誠「遅滞の危険・不能の危険——債権者に帰責事由がある場合」一橋論叢107巻1号61頁(1992年)も参照。

される」から（364条）、未履行債務も消滅する。つまり、債務者は、反対給付を請求することができない。既履行債務については、各当事者はそれを返還しなければならない（365条）。これに対して、債権者の過失によって不能が生じたときは、債務者は、債務から解放されるとともに、債権者に対して損害賠償を請求することができる（361条）。

こうして、当時の自然法とはまったく異なる危険負担の規律がプロイセン一般ラント法に現れた。その特徴は、以下の点に見出される。第1に、危険負担が事変ではなく、事変による不能に結びつけられた。第2に、債務者の過失による不能（360条）、事変による不能（364条・365条）、債権者の過失による不能（361条）、両当事者の過失による不能（362条）という区別を明瞭に読み取ることができる。第3に、債権者の過失による不能の効果として、反対給付の帰趨という問題の立て方はされておらず、債権者に対する損害賠償請求権が認められている。

第4款 不当利得法の影響

ヴォルシュレーガー（Christian Wollschläger）が指摘するところによれば、18世紀の終わりに、事変による場合、債務者の過失による場合、債権者の過失による場合の3つに後発的不能を分けて不能法を図式化したのは、ヘプフナーであるという⁶⁸⁾。すなわち、合意の対象（*Obiectum pacti*）は、「合意の開始の時に不能が存在した（*impossibile fuit tempore pacti initi*）」場合と「その後不能が生じた（*postea impossibile factum est*）」場合に分けられる。後者の後発的不能が事変（*casus*）によるときは、債務は消滅し（*expirare*）、債務者の過失または故意（*culpa aut dolus promittentis*）によるときは、債務者が利害関係分について責めを負う。債権者の過失または故意（*culpa aut dolus promissarii*）によるときは、債務は消滅する（*expirare*）⁶⁹⁾。

68) Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 106.

69) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1798, Tab. 47 zu § 737; ↗

さらに、ヘプフナーが示すこの図式の構成要件部分は、17世紀のシュトルーヴェ (Georg Adam Struve) やラウターバハ (Wolfgang Adam Lauterbach) にその範型を見出すことができるという。その範型は、無名契約について、原因が与えられたが原因が続かなかつたことを理由とする不当利得返還請求訴権 (condictio causa data causa non secuta) の問題として形成された。すなわち、無名契約で、債務者の給付が妨げられた場合に、債権者が同訴権で既履行の反対給付の返還を請求できるかという問題である。ラウターバハによれば、無名契約上の債務が履行されない場合は、履行「しようとしなない (non velle)」場合と履行「できない (non posse)」場合とに二分され、「できない」場合は、「原始的にできない」場合と「後発的にできない」場合とに二分される。「後発的にできない」場合は、事変による場合と過失による場合とに二分され、過失による場合は、与える者 (dans) に過失がある場合と受領する者 (accipiens) に過失がある場合とに分かれる。たとえば、原因が「与えること」にある場合に、事変によって「与えること」が後発的にできなくなったときは、上記の不当利得返還請求訴権は停止する。つまり、債権者は、債務者からの給付を受けられないばかりか、既履行の反対給付の返還を請求できず、債権者が危険を負担する⁷⁰⁾。結論こそ異なるものの、プロイセン一般ラント法第1部第5章365条の規定は、この不当利得返還請求訴権と同じ規律の仕方をしていいる。このことは、後発的不能に関するプロイセン一般ラント法の規律が、この不当利得返還請求訴権に由来していることを示唆している。

第5款 小 括

プロイセン一般ラント法は、過失 (culpa) による義務違反を中心的な構成要件とする損害賠償準則とは別に、不能を構成要件に含む一連の履行障害準則を置いた⁷¹⁾。具体的には、債務からの解放に関する準則のほか、義務違反を理

↘ Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 90 f.

70) Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 67 ff.

71) 一般ラント法が不能要件を給付障害法の中心的地位に置いたとする見方もある ↗

由とする損害賠償請求権に関する準則、危険負担に関する準則にも、不能が構成要件として持ち出された。これらの法準則には、事変による不能、債務者の過失による不能、債権者の過失による不能という履行障害類型が見出される。

プロイセン一般ラント法の規定の文言を見るだけでは、事変の位置づけは必ずしもはっきりとしない。しかし、19世紀の前半には、事変が故意および過失と対置され、故意および過失のないことが事変であると説明されるに至った。

第3節 小 括

後発的不能または事変による後発的不能は、17世紀から18世紀にかけて、特に原始的不能に関する法準則を転用する形で、法的効果と結びつけられるに至った。当初は、その役割は、債務者を現実的履行の義務から解放することに限られていた。不能よりも重要な役割を果たしていたのは、事変——故意も過失もないこと——である。事変は、損害賠償責任の免責事由であったし、危険負担は、事変により生じた損害の負担者を決める制度として理解された。

ところが、18世紀の終わりに成立したプロイセン一般ラント法は、後発的不能の役割を飛躍的に拡大した。原因が与えられたが原因が続かなかったことを理由とする不当利得返還請求訴権に由来する分類を基礎として、不能の原因を事変と過失に二分し、過失を債務者による過失と債権者による過失に二分した。その結果、事変による不能、債務者の過失による不能、債権者の過失による不能という分類が立法化された。しかも、事変による不能で危険負担が論じられ、債務者の過失による不能により債務者の損害賠償責任が基礎づけられた。この

↘ (Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 106)。しかし、同法は、過失 (culpa) による義務違反を基軸とする契約責任規範を有しており (285条)、不能中心の体系を形作っているわけではない。成升鉉教授は、一般ラント法が遅滞に関する規定を有していることも理由に挙げて、このように述べる (Seunghyeon Seong, Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt am Main 2004, S. 64 Fn. 106, S. 66)。もっとも、後述する19世紀の法展開が示すように、遅滞に関する規定を有していることは、不能を中心とする体系と必ずしも矛盾するものではない。遅滞自体を不能の一類型と見ることもできるからである。

ようにして、後発的不能は、履行請求権の限界事由のほかに、危険負担、損害賠償責任の構成要件としても重要な役割を演じるようになった。

第3章 19世紀のパンデクテン法学とドイツ民法典の成立

本章では、17世紀から18世紀に胎動しプロイセン一般ラント法で大きく進展した後発的不能に関する法理論が、どのような過程をたどってドイツ民法典に流れ込んだのかを明らかにする。第2節では、サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）の不能論、第3節では、モムゼン（Friedrich Mommsen）の不能論を採り上げる。これらの見解の特徴を浮かび上がらせるために、第1節において、当時の普通法学における不能論の動向を確認する。第4節では、モムゼンの不能論がどのように当時の学説および立法に受容されたのかについて、ヴィントシャイトの見解およびドレスデン草案を素材に検証する。第5節でドイツ民法典の起草過程を検証し、同民法典が成立した当時の規律内容を明らかにしたい。

第1節 19世紀前半の議論状況

第1款 履行請求権の限界事由・免責事由

第2章で述べたように、後発的不能は、まずは債務者の債務解放原因あるいは債務消滅原因として現れた。これは、現在の用語法では、履行請求権の限界事由に相当する。しかし、債務からの解放に関する不能構成が直ちに支配的な見解になったわけではない。むしろ、19世紀に入っても、代表的な教科書で、物の滅失構成はなお有力に主張され続けた⁷²⁾。19世紀の前半には、不能構成が優勢になりつつあったとはいえ、両方の構成がなお並立していたと考えられる⁷³⁾。

72) Gustav von Hugo, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 7. Aufl., Berlin 1826, S. 237, 303; Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 7. Aufl., Jena 1828, § 172.

73) Georg Arnold Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807, S. 39 f.; Johann Nepomuk Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen

また、履行障害法で重要な役割を果たしてきた事変は、依然として債務者の免責事由に位置づけられた。すなわち、不能を債務消滅原因とする論者は、「事変によって生じた履行不能」を原因として、債権が消滅するとし⁷⁴⁾、債務関係に基づいて債務者が努力および注意に責めを負うべき場合には、債務者が事変の証明責任を負う⁷⁵⁾。物の滅失を債務解放原因とする論者も、事変によって生じた損害は、原則として賠償する必要がないとする⁷⁶⁾。

第2款 危険負担と不能論との関係

1. 伝統的見解——ティボーの見解

危険負担は、事変による不履行により損害が生じた場合の効果として議論されるのが伝統的な立場である。ここでは、ティボーのパンデクテン教科書で、この点を確認しておこう⁷⁷⁾。

(1) 概 要

事変 (casus) とは、一般的には、期待または回避できないあらゆる出来事である。事変から場合によっては生じる不利益な結果を狭義の危険 (periculum)

↘ Civil-Rechtes, Bd. 2, 4. Aufl., München 1831, § 256; Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 2, 2. Aufl., Halle 1838, § 479; Karl August Dominikus Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, Leipzig 1840, Rn. 241 (S. 511 ff.) は、不能構成を支持した。ただし、ミューレンブルフは、より以前に出版された Christianus Fridericus Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum, Vol. 2, Halis Saxonum 1831, § 479 では、「事変によって生じる給付障害 (praestandi impedimentum, quod casu contingit)」を原因として、債務関係が消滅すると述べていた。

74) Mühlenbruch, Lehrbuch, a.a.O. (Fn. 73), § 479. Ibid., § 365も参照。Unterholzner, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 138 (S. 284), Rn. 242 (S. 515 f.)も同様だと考えられる。また、Wening-Ingenheim, a.a.O. (Fn. 73), § 256 は、「義務者の過失 (Schuld) などによって損害賠償債権が生じるのではない場合」には、履行不能によって債務関係が終了するとする。

75) Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 3. Aufl., Halle 1839, § 147. 物の保管義務の不履行について、Unterholzner, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 137 (S. 283 f.)も同趣旨だろう。

76) Thibaut, a.a.O. (Fn. 72), § 176.

77) Thibaut, a.a.O. (Fn. 72). 引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。

と呼ぶ (§ 173)。事変論 (die Lehre vom Zufall) で問題とされるのは、次の2点である。第1に、事変によって生じた損害を原則として誰が負担するかが問題となる。quis casum sentitと呼ばれる。第2に、この原則に基づけばある者が損害を負担すべきである場合に、その損害を例外的に別の者が引き受けなければならないのはいかなる場合かが問題となる。quis casum praestatと呼ばれる (§ 174)。ここでは、第1の問題のみを取り上げる。

事変によって権利の対象が無に帰するときは、この対象について権利を有する者が、事変によってこの権利を失う。その者がまだ契約関係に立たないときも、同様である。契約が実際に締結されたときは、次の2つが区別される。

ア 反対給付既履行の場合

第1に、一方当事者が事変によって契約の履行を妨げられると同時に、相手方からすでに反対給付を受領していた場合である。この場合には、その者は、約束したものを給付する義務を事変によって免れる。すでに受領したものを返還する必要はない。ただし、取引の性質上その者が完全に給付した後で受領すべきであったときは、この限りでない⁷⁸⁾ (§ 175)。

イ 反対給付未履行の場合

第2に、事情がそうではない場合である。これは、2つに分かれる。

(ア) 為す債務の場合

1つは、事変によって履行を妨げられた給付が、為すこと (Thun) に向けられていた場合である。為すことの給付を受ける債権者自身に事変が生じたときは、債務者は為すことを給付する必要がない。しかし、約束された報酬の支払いを求めることはできる。これに対して、債務者自身に事変が生じたときは、債務者は、為すことの給付から解放される。法律に基づき勤仕 (Deservitum) が特別の理由から債務者に許されない場合であっても、債務者は、為すことを給付することができなかつた分に応じて、報酬を請求することができない。

78) たとえば、集合住宅の一室が1年の期間付きで賃貸され、賃料が前払いされた後で、集合住宅が倒壊したときは、借主は、残りの期間の賃料の返還を請求することができる (Dig. 19, 2, 19, 6)。

もっとも、小さな障害を理由として、報酬を直ちに縮減することは許されない（§ 175）。

（イ）与える債務の場合

もう1つは、事変によって履行を妨げられた給付が、与えること（geben）に向けられていた場合である。これは、2つに分かれる。

目的物が特定されているときは、債務者は事変によって解放され、債権者が危険を負担しなければならない。もっとも、債権者だけが損害を負担するのではなく、各当事者が物に対する権利を失う。売買の場合は特殊である。事変によって解放された売主は、買主に報酬の支払いまでも求めることができる。このことは、売買以外の取引に拡張することができない（§ 175）。

目的物が特定されていないときは、さらに、4つに分かれる。条件付きで約束された場合、種類で約束された場合、選択債務の場合、試味することが約定された場合である。このうち、種類で約束された場合は、次のようになる。種類の中から引き渡される前に個物が損害を被ったときは、債権者は損害を負担しない。ただし、すべての種類が滅失または損傷したときは、この限りでない。この場合、債権者は、約束された反対給付を履行する必要がない（§ 175）。

（2）特 徴

ティボーの見解の特徴は、以下の3点に見出される。

第1に、ティボーは、危険負担を論ずる際に、不能概念に一切言及していない。つまり、危険負担は、給付が不能になった場合の効果としては捉えられていない。

第2に、ティボーが危険負担として論じる領域は、第2章第1節第2款で見た18世紀の終わりにおける危険負担論と同様に、現在危険負担として論じられている領域とは完全には一致しない。たとえば、目的物が特定されている場合に、与える債務の履行が事変によって妨げられたときは、両当事者が危険を負担するという。なぜなら、与えられる側は、目的物を手にできず、与える側は、物を失うからである。特に売買において目的物が特定されているときは、買主の報酬支払義務が残る。現在の用語法であれば、買主が対価危険を負担すると

ころ、ティボーは、このことを明示的には危険と呼んでいない。

第3に、ティボーは、事変によって生じた損害の負担者に関する叙述の冒頭で、「事変によって権利の対象が無に帰するときは、この対象について権利を有する者が、事変によってこの権利を失う」と述べている通り、所有者が事変を負担する（*casum sentit dominus*）という法準則を危険負担に関する規律の中心に置いている。

2. 危険負担論と不能概念の連結

しかし、19世紀が進むにつれて、伝統的な見解とは異なり、後発的不能が危険負担で重要な地位を占めるようになっていく。このような変化が生じた原因は、2つに分けることができる。1つは、ヴェヒターの見解の影響であり、もう1つは、サヴィニーの見解の影響である。

(1) ヴェヒターの見解の影響

19世紀前半に危険負担について詳細に論じたのがヴェヒター（Carl Georg von Wächter）である⁷⁹⁾。

ア 危険概念の緻密化

まず、彼は、危険という用語について、次のように述べる。物の給付を目的とする債務関係で、所有者が所有権を失うこと、債権者が目的物やその代償を給付するように債務者に請求できないことは、ローマ法における危険（*periculum*）ではない（S. 103 ff.）。むしろ、ローマ法において、物の給付に向けられた債務関係における危険に結びつけられているのは、物の給付を喪失し、その代償を得ることさえできないにもかかわらず、代金支払（*Zahlen*）を義務づけられることである。片務的な債務関係において、債務者が危険を負担すると言われるのは、物が滅失したにもかかわらず、給付（*zahlen*）をしなければならず、解放されない場合である。つまり、金銭で代償を与えるか、あるいは、別の物を給付（*zahlen*）しなければならない場合である。同様に片務的な債務関係において、債権者が危険を負担すると言われるのは、債権者が代

79) Carl Georg Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?, AcP 15 (1832), S. 97. 引用箇所は本文中に頁数のみで示す。

償なしに債権を失う場合である（S. 107）。双務的な債務関係において、債務者が危険を負担すると言われるのは、債務者が代償なしに物を失う場合である。つまり、債務者が反対給付を得られないか、あるいは、滅失した物の代わりに別の物を与えなければならない場合である。同様に双務的な債務関係において、債権者が危険を負担すると言われるのは、債権者が反対給付から解放されない場合である（S. 112 f.）。

イ 危険負担の一般原理

次に、以上の用語法を前提として、ヴェヒターは、債務関係においてどの当事者が危険を負担するかを決める一般原理について論じる。彼は、誰が所有権を喪失したかは史料の中で危険に結びつけられていないと主張し、一般原理として当時支配的であった「所有者が事変を負担する（Casum sentit dominus）」という法格言に代えて⁸⁰⁾、「不能なことの債務は存在しない（Impossibilium nulla obligatio）⁸¹⁾」, 「事変について何人も責めを負わない（Causa a nullo praestantur）⁸²⁾」という2つの法格言をその一般原理に据えた（S. 115 ff.）。たとえば、片務的な債務関係において、特定物について債務を負担する債務者は、事変によって債務から解放される。なぜなら、一方で、約束したことを給付することが債務者にとって不能だからであり、他方で、事変について何人も責めを負わないからである。したがって、債務者は事変について責任を負わず、債権者が事変を負担する（S. 120）。さらに、債務者が反対給付と引き換えに物を給付する義務を負う場合に、給付すべき物が事変によって滅失または損傷したときは、債務者は、何も給付しないか、損傷したものを給付すれば足りる

80) ヴェヒターが引用するのは、ヘプフナーのコンメンタール（当時の最新版であれば、Ludwig Julius Friedrich Höpfner/Adolf Dietrich Weber, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1818, § 761）である（Wächter, a.a.O. (Fn. 79), S. 116 Fn. 36）。また、ミュンブレフは、1831年の時点で、「事変の危険は、一般的には、事変が生じた物または権利が帰属する者が負担する」と述べる（Mühlenbruch, Doctrina pandectarum, a.a.O. (Fn. 73), § 362）。

81) Dig. 50, 17, 185.

82) Dig. 50, 17, 23.

(*Impossibilium nulla obligatio*)。債務者は、相手方に対して、代償を与える義務を負わない (*Casus a nemine praestantur*)。これに対して、相手方は、反対給付を全部履行しなければならない。なぜなら、債権者には、上記の2つの一般原理が適用されないからである。債権者はまだ給付することができ、その債務について不能は生じていない。したがって、債権者は、何も受け取らないにもかかわらず、給付しなければならない (S. 189 f.)。

ウ 小 括

以上のように、ヴェヒターは、危険負担を事変が生じた場合の効果として論じるという伝統的立場を崩していないものの、危険という用語の意味を史料に忠実に厳密化したうえで、所有者が危険を負担するという従来の見解を批判し、「不能なことの債務は存在しない」と「事変について何人も責めを負わない」という2つの原理を危険負担の一般原理とした。特に、ヴェヒターが *impossibilium nulla obligatio* 法理を危険負担の第一原理に据えたことは、危険負担と不能法の連結を生じさせる1つの重要な契機となったと考えられる。そして、後に述べるモムゼンの不能論がヴェヒターの見解を受け継いでいることは、明らかである⁸³⁾。

(2) サヴィニーの見解の影響

ヴェヒターの見解は、当時の危険負担論に大きな影響を与えたものの、危険負担と不能法の連結という点では、間接的な影響を与えたにすぎない。むしろ、両者の連結を明確に打ち出したのは、サヴィニーであると指摘されている。サヴィニーは、ベルリン大学の講義において、後発的不能に関する説明の体系的

83) モムゼンは、次のように言う。「最近になってようやく、特に、ヴェヒター以来、従来受け入れられてきた原則が正しくないことが説得力のある形で証明され、事変論は正しい基礎の上に戻された」(Friedrich Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung im ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, Vorwort IX (以下では、本書を „Mommsen, Unmöglichkeit“ と略称する)。ただし、ヴェヒターの主張のうち、不能が債務からの解放——現在の用語法で言えば履行請求権からの解放——をもたらし、事変——現在の用語法で言えば免責事由——が損害賠償責任からの解放をもたらすという考え方は、モムゼンには受け継がれなかった (Horst Heinrich Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, S. 122)。

位置を「債務の消滅（Aufhebung der Obligation）」から「危険と利益に関する債務者の義務（Verpflichtungen des Schuldners in Ansehung der Gefahr und Vorteile）」という見出しの元へと移したとされる⁸⁴⁾。これは、危険負担論が事変による後発的不能の問題とされたことを意味する⁸⁵⁾。サヴィニーの講義を受けた学生の講義記録には、次のように記されている。「不履行および違反が債務者の意思の内にある場合がある。これは、故意論および過失論である。この不履行の原因が債務者の意思の外にある場合もある。原因が自然にある場合である。これは、事変論である」。「単に自然を原因として生じた履行不能の効果は何であろうか。……事変は、〔主観的不能には適用されず、〕客観的不法にのみ適用される」⁸⁶⁾。

第2節 サヴィニーの不能論

サヴィニーが後発的不能論に与えた影響は大きい。彼が危険負担の中心的要件に後発的不能を持ち込んだことは、すでに直前で確認した（本章第1節第2款2（2））。ここでは、それ以外の点を概観する。1つは、不能の分類であり、もう1つは、債務転形論である⁸⁷⁾。

第1款 不能の分類——主観的不能と客観的不能

1. 主観的不能と客観的不能の区別

サヴィニーは、給付の不能を細かく分類した。そのうち、サヴィニー自身が

84) Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 121 f.

85) Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 122. 危険負担論と後発的不能のこのような連結は、プフタ（Georg Friedrich Puchta）のパンデクテン教科書にも表れている（Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 3. Aufl., Berlin 1845, § 302）。ただし、プフタは、危険負担論を「……債務関係の消滅」という見出しの下に置いている。

86) Friedrich Carl von Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25 (Hg. Horst Hammen), Frankfurt am Main 1993, S. 219 f. 以下では、本書を „Pandektenvorlesung“ と表記する。

87) 19世紀ドイツにおける債務転形論の展開については、森田修・前掲書（前掲注35）24頁以下も参照。

特に重要だと指摘するのが、客観的不能と主観的不能の区別である⁸⁸⁾⁸⁹⁾。客観的不能は、債務者の行為それ自体の性質 (die Natur der Handlung an sich) のうちに不能を基礎づけることができる場合であり、主観的不能は、債務者の特別な個人的事情 (die besondere persönliche Verhältnisse des Schuldners) のうちに不能を基礎づけることができる場合である。客観的不能のみが、不能と認められる。主観的不能は、まったく不能とは認められず、債務者の役には立たない。つまり、主観的不能は、意思に基づいて (willkürlich) 履行されない状態に置かれた債務と連結しうる不利な効果から債務者を解放しない。疑いなく主観的不能だとされるのは、債務者自身が金銭をもっておらず、資金の融通を受けることもできず、手許不如意である場合である。なぜなら、金銭はどこにでも存在するのであって、債務者が支払債務を負った金銭を取得させることができないのは、債務者の個人的事情にのみその原因があるからである⁹⁰⁾。

2. 区別の原型

サヴィニーによれば、客観的不能と主観的不能の区別は、学説彙纂のウエヌレーユス (Venuleius) 文に由来する⁹¹⁾。サヴィニーは、同法文を次のように

88) Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1851, S. 384. 以下では、本書を „Das Obligationenrecht, Bd. 1“ と表記する。さらに, ders., Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, Berlin 1853, S. 285 も参照。以下では、本書を „Das Obligationenrecht, Bd. 2“ と表記する。

主観的不能と客観的不能の区別に関する第1款の記述は、特に、Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 129 ff. に多くを負っている。

89) この他に、物理的不能 (natürliche oder physische Unmöglichkeit) と法的不能 (juristische Unmöglichkeit), 絶対的不能 (absolute Unmöglichkeit) と相対的不能 (relative Unmöglichkeit), 継続的不能と一時的不能 (Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, § 121; Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 383) が区別された。

90) Savigny, Das Obligationenrecht Bd. 1, a. a. O. (Fn. 88), S. 384 f.; ders., Pandektenvorlesung, a.a.O. (Fn. 86), S. 219 f.

91) Dig. 45, 1, 137, 4-5。本法文 (ウエヌレーユス『問答契約論』第1巻) の内容は、以下のとおりである。 ↗

説明した。現在エフェソスにいる奴隷スティフスを握取行為によって譲渡することがローマで問答契約により約束された場合において、その問答契約が与えること（dare）を内容としているときは、債務者は、ローマへの輸送の労力と費用を負担しなければならない。なぜなら、奴隷が現在まだローマにいないのは、債務者の能力と履行困難（difficultas）に属することにすぎないからである。これに対して、問答契約の文言が「エフェソスで自ら与える」となっている場合には、債務者はエフェソスで握取行為を行えば、それで足りる。ウェヌレウスが言うには、与える能力（facultas dandi）と自然の障害（impedimentum naturale）の区別を認めようとしなければ、いま述べた2つの問答契約に同一の効力（Wirkung）を与えざるを得なくなってしまう。そのようなことは、馬鹿げているだろう⁹²⁾。

-
- ㄨ ■第4項「100金を与えることを約束した者は直ちに責めを負うのか、それとも、金銭を調達できる時まで債務が停止するのかについて、吟味しよう。すなわち、その者の家に金銭がなく、資金提供者も見つからない場合に、どうなるだろうか。しかし、このことは、自然の障害（impedimentum naturale）にはあたらず、与える能力（facultas dandi）に関わる。そして、好都合（commodum）であつたり不都合（incommodum）であつたりするのは、〔約束した〕人の能力であつて、約束されている物〔の能力〕ではない。さらに、ある者がスティフスを与えると誓約した場合には、どこにスティフスがいるかが問われるだろう。しかし、あまり重要ではないと見られるのは、自分自身が現にローマにいるときに、「エフェソスで自ら与える」と誓約したのか、それとも、エフェソスにあるものを与えるかである。なぜなら、このことも、与える能力に関係しているからである。というのは、金銭〔の事例〕でもスティフス〔の事例〕でも、諸約者〔債務者〕が現在与えることができないということは、共通しているからである。そして、一般に、〔履行〕困難（difficultas）の原因は、諸約者〔債務者〕の不都合にあるのであつて、要約者〔債権者〕の障害にあるわけではない。他人の奴隷を与えることが約束され、その奴隷を主人が売らない場合における諸約者〔債務者〕も与えることができないのである、と主張され始めることがないように」。

■第5項「為すことができない者から私が諸約を受けた場合において、それが第三者にとっては可能であるときは、債務は適法に成立すると、サビーヌスは記している」。

92) Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 385 f.

ローマにいる債務者がエフェソスにいる奴隷について「エフェソスで自ら与

自然の障害 (impedimentum naturale) と、与える能力 (facultas dandi) あるいは履行困難 (difficultas) との区別それ自体は、突然生まれたものではなく、すでにクーヤキウス (Jacobus Cujacius) の『学説彙纂註釈』にも見出される⁹³⁾。すなわち、「履行困難 (difficile) と不可能 (impossibile) の間には、違いが存在する……。不可能は、物それ自体のうちにある。履行困難は、人の

ゝえる」という文言の問答契約をした場合と、単に「与える」という文言の問答契約をした場合とを区別せずに両者に同一の効力を与えることが、なぜ馬鹿げていると考えられるのかについては、次のように説明することができる。すなわち、サヴィニーは、単に「与える」という文言の問答契約が行われた場合には、債務者が「ローマへの輸送の労力と費用を負担しなければならない」と解釈するのに対して、「エフェソスで自ら与える」という文言の問答契約が行われた場合には、「債務者はエフェソスで握取行為を行えば、それで足りる」と解釈する。すなわち、サヴィニーは、2つの問答契約を履行地の異なる問答契約と見た (Torsten Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, Paderborn 1988, S. 73)。このような理解を前提とすると、次のように推論することが許されるだろう。すなわち、履行地がローマと解釈される場合には、債務者が輸送の労力と費用を負担しなければならないという点で、履行困難 (主観的不能) が生じている。履行困難と自然の障害 (客観的不能) を区別せずに、履行困難の場合にも自然の障害と同じ効果を認めれば、債務者は輸送の労力と費用を負担する債務から解放され、奴隷をエフェソスで履行すれば足りる結果になる。そのようなことを認めれば、履行地の異なる2つの問答契約は、いずれも「奴隷をエフェソスで履行する」という同一の内容 (効力) に帰着してしまう (Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 216 Fn. 9 も参照)。このような帰結が馬鹿げていると考えられたと推測される。

しかし、以上のような理解の仕方は、ウェヌレーユス文の他の記述と齟齬を来すことになる。なぜなら、ウェヌレーユス文 (Dig. 45, 1, 137, 4) によれば、「エフェソスで自ら与える」という文言と「与える」という文言の違いは、「あまり重要ではないと見られる」うえに、ローマにいる債務者がエフェソスにいる奴隷を契約締結時点で与えることができないという意味で債務者が履行困難にあることは、いずれの間答契約にも共通しているからである (前掲注91を参照)。現在では、古典期ローマ法の理解として、サヴィニーの法文解釈は誤りではないかと指摘されている (Arp, op. cit., S. 74f.; Gregor Albers, perpetuatio obligationis: Quod Paulus constituit, Dissertation an der Universität Bonn, 2017, 5. Kap. III 1. この博士論文は、2018年以降に公刊される予定である)。

93) Jacobus Cujacius, Commentarius ad D. 45. 1. 137, in: Commentarius ad Titulum De verborum obligationibus, in: Opera omnia, T. I, Paris 1658, Col. 1284.

普通法における自然の障害と履行困難の区別については、HKK/Martin Schermaier, BGB, Bd. II/1, Tübingen 2007, § 275 Rn. 22, 62 も参照。

うちにあり、……最大の労力または時間を伴うものであると定義される。不可能は、問答契約が成立するのを妨げる。履行困難はそれを妨げない。履行困難は問答契約の効力を妨げない。」

3. サヴィニーの見解の特徴

以上で述べたように、サヴィニーによって、主観的不能と客観的不能の区別が行われた。その特徴は、以下の3点にある。第1に、伝統的には問答契約上の原始的な履行障害に位置づけられていた不能と履行困難の区別が、後発的な履行障害の領域へ持ち込まれた。しかも、その区別は、もはや厳正契約である問答契約には限られず、一般化されている。第2に、債務の履行困難という障害類型に新たに「主観的不能」という名称が与えられ、不能概念が拡張された。伝統的には物の滅失という物理的な不能から展開を始めた後発的不能概念は、これにより明白に柔軟化された。第3に、客観的不能は、債務者を債務——現在の用語法で言えば履行請求権——から解放するのに対して、履行困難である主観的不能は、債務者を債務から解放しないと考えられた。

第2款 債務転形論

19世紀の初期には、債務者有責の場合に、債権者が現実的履行を請求することもそれに代わる損害賠償を請求することも可能であるという法状態から、現実的履行の請求が優先するという法状態へと移行した（詳しくは、本章第3節第4款1（1）を参照）。このように履行請求権が優位する法体系においては、債権者がいつの時点から現実的履行ではなく填補賠償を請求できるのかという新たな問題が出てくる。同時に、裁判所がいつの時点まで履行を命じることができ、いつの時点から填補賠償を命じることができるのかという問題も出てくる。債務転形論は、この問題を実体法的に把握したものを見ることができ⁹⁴⁾。このことは、実体法により裁判官を拘束するという思考に連なる。

94) Schermaier, a.a.O (Fn. 50), S. 335; HKK/Schermaier, a.a.O. (Fn. 93), § 275 Rn. 32. 森田修・前掲書（前掲注35）21頁以下は、不法行為による損害賠償と債務不履行による損害賠償の要件論が体系上区別して論じられるようになったことにより、

1. サヴィニーの債務転形論

サヴィニーは、その著書の中で、次のように述べる⁹⁵⁾。債務関係は、2つの異なる形態で発生する。1つは、本来の発生であり、もう1つは、転形 (Umwandlung)、つまり、変態 (Metamorphose) である。転形事例では、形態が変容しつつも、同一の債務関係が存続することが前提とされる (S. 1)。債務の転形 (Umwandlung der Obligation) は、債務関係の中にある人の変動 (Veränderung)、または、債務の目的 (Gegenstand)、つまり、その内容の変動によって生じることがある。内容の変動には、債務の目的が縮小 (または消滅) する場合と、それが拡張する場合とがある。縮小する場合は、故意、過失、事変、利害関係分、遅滞の理論に関わる (S. 5)。故意、過失、遅滞によって、契約の本来の内容には転形が生じる (S. 294)。不能と債務転形論の関係については、次のように述べられている。すなわち、不能が契約の成立後に初めて生じる場合には、その不能は、債務の転形論に位置づけられる (S. 286)。

さらに、ベルリン大学においてサヴィニーの講義を受講した学生の講義記録によれば、次のことが分かる⁹⁶⁾。まず、「債務関係」の中の「債務の成立原因」では、次のように述べられる。義務者の一方的行為によって債務が発生する場合は、許された行為 (erlaubte Handlung)⁹⁷⁾ と許されない行為 (unerlaubte Handlung)⁹⁸⁾ とに分かれる。別の原因によってすでに生じていた債務関係が、許されない行為によって転形する (modifizieren) ことがある。これは、故意

▼「債権の効力として現実履行請求権と債務不履行に基づく損害賠償請求権とがいかなる関係に立つのかという理論上の問題が成立」したという見方を示す。

95) Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 2, a.a.O. (Fn. 90). 引用箇所は、本文中に頁数で示す。

96) Savigny, Pandektenvorlesung, a.a.O. (Fn. 86). 引用箇所は、本文中に頁数で示す。

97) たとえば、相手方の承諾なしに、一方的に何かを約束する行為がこれに当たる。その例として、片約 (pollicitatio) が挙げられる。

98) 許されない行為には、既存の債務の転形ではなく、新たな独立の債務を生じさせる場合として、不法行為 (delictum) が含まれる (Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 2, a.a.O. (Fn.88), S. 294 も参照)。

および過失のもっとも重要な法理である。以下の場合がそうである。ある者が給付する債務を負っている場合に、この給付が行われず、もはや行うこともできなくなった。給付は、全部または一部不能になるだろうか。そうだとすると、その者は代償を給付しなければならないだろうか。この不能を義務者の意思に結びつけることができる場合には、代償を給付しなければならないが、そうでない場合には、給付する必要がない（S. 255）。そして、債務転形事由となる「許されない行為」として、故意、過失、遅滞が縷々説明される（S. 255 ff.）。次に、「債務関係」の中の「債務の内容」では、損害賠償について次のように述べられる。債務が履行されない場合には、債権者は、債務者に対して裁判でそれを強制することができる。不履行を除去することが不能であるときは、債権者は、債務が履行されない状態を甘受するか、不能になったものの代償を受領するかの選択権を有する。後者が損害賠償および利害関係分である（S. 212）。

以上のように、契約の本来的内容は、故意、過失、遅滞という許されない行為によって、転形する。たとえば、故意または過失によって給付が不能となった場合には、契約の本来の内容がその代償の給付、つまり、損害賠償へと転形する。たしかに、後発的不能それ自体は債務転形事由とはされていない。しかし、後発的不能は、債務転形論と結びつくことにより、債務不履行法の中でますます重要な役割を担うに至った。

2. 債務転形論の受容

サヴィニーの債務転形論は、その大枠において、パンデクテン教科書に受容された。たとえば、プフタは、次のように述べる⁹⁹⁾。

債務関係は、それが存続している間、つまり、それが解消されることなく、変更を被ることがある。その結果、債権は、その本来の意図に従って照準を合わせたのとは異なるものへと向けられる（§ 263）。許されない行為（unerlaubte Handlung）である作為または不作為は、個別の債務関係により行為者が負担する債務の不履行として現れることがある（§ 264）。債務関係のこのような転形（Modification）の原因となるのは、当事者の意思、侵害

99) Puchta, a. a. O. (Fn. 85). 引用箇所は、本文中にセクションの番号で示す。

(Verletzung), 事変 (Zufall) である。侵害には、故意 (dolus) または過失 (culpa) による債務不履行, 遅滞 (mora), 債務の否認または履行の拒絶が含まれる (§§ 264-271)。

債務不履行 (Verletzung einer Verbindlichkeit) によって既存の債務関係の転形が生じるための要件は、2つある。1つは、客観的要件である。債務関係から生じた債務の不履行がこれに当たる。もう1つは、主観的要件、帰責要件である。故意 (dolus) または過失 (culpa) がこれに当たる (§ 264)。次に、事変によって債務関係が転形するのは、事変によって給付が全部または一部不能となる場合である。この場合には、債務関係は、消滅または縮減する。逆に、事変によって債務関係が拡張されることもある。債務の対象の代償 (commodum rei) がそれである (§ 272)。

サヴィニーの債務転形論とは異なり、プフタのそれでは、新たに事変が債務転形事由に加えられ¹⁰⁰⁾、転形事由としての事変に不能が結び付けられている。これに対して、故意または過失による転形の場面では、不能ではなく債務不履行が故意・過失に連結されている¹⁰¹⁾。

以上のように、モムゼンの不能論が登場する前から、パンデクテン法学においては、後発的不能が、債務転形論の中に取り込まれる形で、故意、過失およ

100) Georg Friedrich Puchta, System des gemein Civilrechts, München 1832 (Nachdruck Goldbach 1997), S. 147 ff. では、サヴィニーと同様に、債務転形事由として、故意、過失、遅滞が明示的に挙げられていた。

101) これに対して、プフタと同様に債務転形論を受容したアルンツやヴィントシャイトは、サヴィニーに忠実に、故意または過失によって不能が生じた場合に、債務転形が生じるとする (Ludwig Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 1. Aufl., München 1852, § 250; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2/1, 1. Aufl., Düsseldorf 1865, § 264, § 327 (以下では、本書を „Windscheid, Pandektenrecht 1865“ と略称する))。ただし、アルンツは、プフタと同様に、事変を明確に債務転形事由に位置づける (Arndts, op. cit., § 253)。ヴィントシャイトの債務転形論については、本章第4節第1款も参照。

なお、ウンターホルツナーも、債務者の帰責事由によって不能が生じた場合には、転形 (Umwandlung) により債務は存続するとする (Unterholzner, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 241 (S. 511), Rn. 242 (S. 516))。

び事変と接続されるに至った。このことがより明確に現れるのは、プロイセン一般ラント法の教科書である。このことを次に確認してみよう。

第3款 コッホによる不能中心の体系

サヴィニーの不能論は、コッホにも受容された。コッホは、不能に関するモムゼンの論文が発表される15年以上前に、不能要件を中心とする不履行法の体系を描き出した。すでに第2章第2節で確認したように、プロイセン一般ラント法は、履行障害法の一部に後発的不能を中心とする体系を取り入れた。コッホは、不能に関するサヴィニーの不能論に依拠しながら、同ラント法における不履行法の体系を不能要件を中心に組み立てたと考えられる。その概要は、次の通りである¹⁰²⁾。

損害賠償論が対象とする主たる事例は、権利侵害 (Rechtsverletzung) から初めて債務が生じる事例と、既存の債務に損害が生じる事例に分けられる。既存の債務の本来の内容が給付できるときは、その内容が強制の対象となる。それができないときは、2つに分かれる。本来の履行の不能が自然現象によって生じるときは、債務を消滅 (fallen) させなければならない。これに対して、それが債務者の意思と行為によって生じるときは、利害関係分がその代償 (Surrogat) とならなければならない (S. 188 f., 192)。給付や債務の履行が不能であると言われるのは、それが誰にとっても不能である場合 (客観的不能) に限られる。それが個人的にのみ不能であるとき (主観的不能) は、不能ではない (S. 190 f.)。

不能が自然現象によって生じることが、事変と呼ばれる。事変によって生じる損害は、危険である。しかし、危険は事変と同じ意味で使われることがしばしばである。事変は、人間の関与なく生じることの総称である (S. 189)。不能によって債務が消滅する場合は、2つに分かれる。1つは、債務が履行されたものとして扱われる場合であり、もう1つは、債務が存在しなかったものとして扱われる場合である。この区別は、重要である。なぜなら、前者の場合に

102) Koch, aa.O. (Fn. 61). 引用箇所は、同書の頁数を本文中に示す。

は、相手方は履行しなければならないのに対して、後者の場合には、相手方も何ら拘束されないからである (S. 192)。

権利侵害の中には、それだけでは債務を生じさせない種類のもので、既存の債務にのみ転形を生じさせる種類のものがある。ここに位置づけられるのが、故意論と過失論である。給付の不能の原因は、債務者の意思にある場合がある。この場合には、既存の債務がどのように転形するかが問題となる。ここでは、以下の2点が前提となる。第1に、債務の履行が不能であること、第2に、不能が債務者の意思とそれに結びつけられた行為によって生じたことである。後者は、帰責と呼ばれる (S. 232 f.)。

以上のように、危険負担と損害賠償法の体系は、コッホによって、不能を中心を描き出された¹⁰³⁾。もちろん、それはコッホの独創によるものではなく、サヴィニーの不能論を再現したものと見ることができるだろう。モムゼンは、以上でその概要を紹介したコッホの著作を「巧みで優れており明晰である (geschickt, tüchtig und klar)」として受講学生に推薦しており、コッホの体系が後に見るモムゼンの不能体系の1つの範型であったと推測されている¹⁰⁴⁾。

付記 校正時にサヴィニーの不能論に関する最新の論考 (Joachim Rückert, *Pandektistische Leistungsstörungen?*, in: *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*

103) コッホは、損害賠償法の中で、不能以外に遅滞を主要な履行障害類型としている (Koch, a.a.O. (Fn. 61), §§ 31 ff.)。もっとも、遅滞は、伝統的に特殊な履行障害類型であり (Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, München 1989, S. 463 f.; HKK/Schermair, a.a.O. (Fn. 93), vor § 275 Rn. 43), 故意・過失を理由とする責任とは別の責任発生原因であると考えられていた。19世紀には、遅滞も過失を理由とする責任かどうか争われた (HKK/Sebastian Lohsse, *BGB*, Bd. II/1, Tübingen 2007, §§ 286-292, Rn. 38)。プフタによれば、「本来の遅滞は、権利侵害 (Rechtsverletzung) である。その特徴は過失 (culpa) を要求しない点にある」という (Puchta, a.a.O. (Fn. 85), § 269)。これに対して、マーダイは、遅滞が成立するために必ず過失 (culpa) を要求した (Carl Otto von Madai, *Die Lehre von der Mora*, Halle 1837, S. 12, 15)。モムゼンは、債務者遅滞に限って、同様に主張した (Friedrich Mommsen, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig 1855, S. 13 (以下では、本書を „Mora” と略記する))。

104) Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 123.

ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（1）（坂口）

Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig (Hg. Hans-Peter Haferkamp und Tilman Repgen), Tübingen 2017, S. 205; Martin Schermaier, „…nicht mit Willkür ersonnen, sondern seit Jahrhunderten bereit“: Die Auslegung römischer Quellen bei Savigny, ebendort, S. 257) に接したが、それを本稿に反映させることはできなかった。

*本研究は、科学研究費補助金（課題番号 26780063）の成果の一部である。