

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

<b>Title</b>	ドイツ法における後発的不能論の成立と展開 (2)：プロイセン一般ラント法からドイツ民法典の成立まで
<b>Author</b>	坂口, 甲
<b>Citation</b>	大阪市立大学法学雑誌. 63 巻 3 号, p.820-768.
<b>Issue Date</b>	2017-09
<b>ISSN</b>	0441-0351
<b>Type</b>	Departmental Bulletin Paper
<b>Textversion</b>	Publisher
<b>Publisher</b>	大阪市立大学法学会
<b>Description</b>	
<b>DOI</b>	10.24544/ocu.20181001-002

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（2）

——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2章 18世紀の自然法とプロイセン一般ラント法
- 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、63巻2号）
  - 第3節 モムゼンの不能論
    - 第1款 真正な不能
    - 第2款 不能概念を用いる理由
    - 第3款 免責事由としての真正な後発的不能
    - 第4款 履行請求権と填補賠償請求権との関係
    - 第5款 真正な後発的不能の効果
    - 第6款 小 括（以上、本号）
  - 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3節 モムゼンの不能論

前二節で概観したように、19世紀中頃までには、後発的不能は、債務者を第

一次的な給付義務から解放する効果を有するにとどまらず、危険負担や債務転形論の中でも中心的あるいは付随的な役割を果たすに至った。もっとも、この時点では、債務——履行請求権——からの解放効は債権の消滅原因として、危険負担は事変の効果として、債務転形論は損害賠償請求権の成立ないしは過失の効果として、さらに、原始的不能は契約の有効性の問題として、それぞれ別の箇所分散して論じられる状況にあった。

デンマークに近いシュレースヴィヒ (Schleswig) で裁判官を務めていたモムゼンは、裁判官というその職業上の視点から、実務的に見て直接に意味がある題材として、給付の不能論を選択した。モムゼンは、不能論のまとまった叙述がそれまでまったく存在しなかったという状況の下で、「給付の不能と債務関係へのその影響」と題する論文の課題を次の点に定めた。すなわち、「給付の不能とその効果に関連する史料中の諸規定を集めて、その内的な関連を論証すること」である<sup>105) 106)</sup>。

## 第1款 真正な不能

### 1. 真正な不能の意味

モムゼンの履行障害類型を図式的に示せば、次のようになる (S. 1 ff., 103)。

#### (1) 不履行の分類

不履行には、真正な不能 (wahre Unmöglichkeit) と意思に基づく不履行 (willkürliche Nichterfüllung) がある。意思に基づく不履行には、不真正な不能と不真正な不能には含まれない意思に基づく不履行 (履行拒絶) とがある。

遅滞は、真正な不能、不真正な不能、履行拒絶のいずれかに当たる。

105) Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), Vorwort III f. 本論文からの引用箇所は、本節内では本文中に頁数で示す。

106) モムゼンの不能論については、磯村哲「Impossibilium nulla obligatio 原則の形成とその批判理論」石田文次郎先生還暦記念『私法学の諸問題(1)』(有斐閣・1955年)421頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣・1963年・初出1960年)16頁以下、山下末人「F・モムゼンの危険負担論(1)(2・完)——ドイツ普通法における危険負担論(1)」法と政治17巻1号41頁以下、17巻3号311頁以下(1966年)、森田修・前掲書(前掲注35)28頁以下も参照。

## （2）不能の分類——真正な不能と不真正な不能

これを不能概念の側から整理すれば、不能は、真正な不能と不真正な不能とに分けられる。両者は、その効果によって区別される。真正な不能と認められる不能は、次の2つの法的効果のいずれかを生じさせる不能である。

第1に、無効である。すなわち、給付が原始的に不能であるときは、債務関係は無効である。ここでは、「不能なことの債務は存在しない（*Impossibilium nulla obligatio*）<sup>107)</sup>」という法格言が妥当する。

第2に、免責である。すなわち、給付が債務者の責めに帰することができない事由により後発的に不能であるときは、債務者は給付義務から解放される。債権者は、不能になった給付の等価物（*Äquivalenz*）を請求することもできない。ここでは、「事変について何人も責めを負わない（*Casus a nullo praestantur*）<sup>108)</sup>」という法格言が妥当する。

この2つの法的効果のいずれも生じさせない不能は、不真正な不能である<sup>109)</sup>。

ただし、モムゼン自身は、「不真正な」という表現は用いず、単に、不能と呼ぶ。また、真正な不能を単に不能と呼ぶこともある。したがって、モムゼンが「不能」と言う表現を用いる場合、それが真正な不能、不真正な不能、その両方を含む不能のいずれであるかを文脈に応じて区別しなければならない。

### 2. 不能の種類——客観的不能と主観的不能の区別

モムゼンは、サヴィニーの不能の分類を取り入れつつ、不能を細かく分類した（S. 3 ff.）。それらの分類のうち「大きな影響を与える」あるいは「非常に重要である」とモムゼンが言うのは、サヴィニーと同様、客観的不能と主観的不能の区別である。この区別は、学説彙纂のウェヌレーユス文に結び付いている（S. 5 f.）<sup>110)</sup>。

---

107) Dig. 50, 17, 185.

108) Dig. 50, 17, 23.

109) 以上の説明は、Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 81 ff., 87, 102 に多くを負っている。

110) ウェヌレーユス文については、前掲注91を参照。

客観的不能とは、債務の内容それ自体 (der Gegenstand der Obligation an sich) に不能の原因がある場合である。これに対して、主観的不能とは、債務者の純粋に個人的な事情 (die rein persönliche Verhältnisse des Schuldners), または、債務の内容と債務者との関係 (dessen Verhältniß zu dem Gegenstande der Obligation) に不能の原因がある場合である。主観的不能の例としては、金銭債務者が金銭を所持しておらず信用も喪失していて金銭を給付できない場合、あるいは、所有者に売却の意思がないために他人物売主が給付できない場合が挙げられる (S. 5 f.)。これらは、ウェヌレーユス文に挙げられている例である。

給付が実現されるためには、通常、債権者の協力——給付の受領——が必要である。債権者がこの協力を拒みまたは協力することができないときも、給付の不能が認められる。この種の不能も同様に、多かれ少なかれ、主観的な性質を有している。しかし、この種の不能は、債務者の事情に起因する不能とは異なる準則によって判断される。したがって、主観的不能という表現を債務者の事情に起因する不能に制限することが目的にかなっていることは、間違いない (S. 6 f.)。

モムゼンは、以上のように述べて、主観的不能と客観的不能というサヴィニーによって生み出された用語法を承継した。しかし、以下で述べるように、主観的不能に与えられた効果は、サヴィニーのそれとはまったく異なるものであった。

### 3. 真正な不能が認められる場合

モムゼンの論文は、第1に、いかなる範囲で給付の真正な不能が認められるかを確定すること、第2に、真正な不能の効果を展開することを課題としている (S. 1)。ここでは、前者の課題を見ていこう。

以下では、不能の原因が債務の内容または債務者の事情にある場合 ((1)), 不能の原因が債権者の事情にある場合 ((2)) の順に、モムゼンの主張の内容を概観する。これは大まかな区別であって、後述するように、後者の内容が前者で論じられている部分がある。

（1）不能の原因が債務の内容または債務者の事情にある場合

ア 物の給付が問題となる場合

物の給付（Sachleistung）が問題となる場合は、特定物の給付の不能と、一定の範囲に属する物の給付の不能に分けられる。ここでいう物（Sache）は、有体物に限られない。

（ア）特定物の給付の不能

特定物の給付の不能に当てはまる準則は、原始的不能と後発的不能で異なる。

① 原始的不能

特定物（individuell bestimmte Sache：Species）<sup>111)</sup>の給付が原始的に不能であるときは、これが客観的不能に当たる限り、真正な不能が常に認められる。たとえば、給付の約束された物が存在しない場合は、給付の真正な不能である。このことは有体物だけでなく、権利または権利の集合が債務の対象である場合にも当てはまる。たとえば、存在しない債権の譲渡や存在しない相続財産の譲渡は、真正な不能であると考えられる（S. 11）。

特定物の給付が原始的に不能である場合には、主観的不能の原因は2つ考えられる。

第1に、給付を実現するのに必要な権利が債務者に欠けていることである。たとえば、問答契約で他人の物を給付することが約束された場合において、物の所有者があらゆる協力を拒むときは、義務者が義務を履行することは事実上不能になる。しかし、この不能は、真正な不能には当たらない。同じことは、売買契約、交換契約、物の賃貸借契約などにも当てはまる。給付の実現に必要な権利が債務者に欠けているという事情は、この種の債務関係の場合にも、真正な不能の原因として考慮されない（S. 12 ff）。

第2に、物と間の事実的関係が債務の履行に必要な前提である場合に、債務者が物との間でこのような事実的関係に立たないことである。すなわち、給

---

111) 個別に特定されたもの（individuell bestimmte Sache）には、有体物以外も含まれる。したがって、特定物という訳語は不正確かもしれない。しかし、読みやすさの観点から、ここでは、特定物という訳語を宛てた。

付の実現に必要な権利が債務者に帰属しているにもかかわらず、物を現実に処分する力 (factische Disposition) が債務者から奪い取られている場合、または、他人物の給付が約束されたにもかかわらず、権利者にも物を現実に処分する力が欠けている場合である。たとえば、給付されるべき物が契約の締結時に所有者から盗取または強奪されていた場合である。事実的障害に起因するこの種の主観的不能は、一時的不能ではあるにせよ、真正な不能と認められる (S. 18 ff.)。

## ② 後発的不能

後発的不能に関しては、真正な不能かどうかを考慮するために、有責性の欠如 (Mangel einer Verschuldung) という第二の要素を付け加えなければならない (S. 27)。

## ⑦ 客観的不能

特定物の給付が客観的に不能であるときは、債務者にとって常に真正な不能が認められる (S. 27)。この定式化の中でモムゼン自身は明示的に述べていないものの、この場合に真正な不能が認められるためには、債務者の有責性の欠如が当然の前提となる点に注意しなければならない。

## ① 主観的不能

特定物の給付が主観的に不能であるときも、一般にこの不能は債務者に有利に働く。主観的不能を基礎づける出来事が連結しうるのは、もっぱら、次の2つである。

第1の連結点は、債務者の病気や債務者が履行地にやむを得ず現れない場合のように、債務者個人である。しかし、債務者が給付を自ら実現することができないという事情だけでは、真正な不能を問題にすることはできない。真正な不能が認められるためには、債務者が代行者 (Vertretung) を用意することができないという事情が必要である。その両方の事情が重なれば、真正な不能を認めることができる。しかし、そのような不能が頻繁に起こることはない。なぜなら、義務者の有責性なく不能が生じなければならないからである。たとえば、債務者が障害の発生を事前に予見することができたのに、代行者を用意

していなかった場合には、有責性なく不能が生じたとは言えない（S. 27 f.）。

第2の連結点は、給付すべき物と債務者との関係である。債務者と物との関係に変化が生じることによって債務者が物を現実に処分する力（*factische Disposition*）を奪われたときは、その変化はすべて真正な不能の原因として考慮される。たとえば、強奪、追出し（*Dejection*）、盗難、敵による略奪、奴隷が給付されるべき場合における奴隷の逃亡である。これらの出来事は、給付の主観的不能を招来するにすぎないにもかかわらず、——債務者の有責性が欠如していれば——真正な不能の原因として認められる（S. 29 ff.）。物と債務者との関係に連結する主観的不能の原因は、給付すべき物を現実に処分する力が債務者から奪われる点だけではなく、債務者が物に対して有する法的な関係が消滅する点にも見出される。すなわち、債務者が給付すべき物の権利を失う場合である。このような場合は、通常は、債務者の自由な行為（*freie Handlung*）の結果として現われるのであって、不能が認められるかどうかはあまり重要でない。不能が認められたとしても、債務者には責めに帰すべき事由が通常あるために、義務からの解放が認められることはほとんどないからである（S. 37 f.）。

（イ）一定の範囲に属する物の給付の不能

特定物に向けられた債務関係が、もっぱら特定の物に結びつけられていたのとは異なり、ここでは、債務関係の通りに給付することができる対象の範囲が実際に給付されるべき物を超えて拡張される。この場合には、原始的不能にも後発的不能にも同じ準則が妥当する。また、不能の原因がもっぱら債務者自身に連結する出来事にある不能には、特定物に向けられた債務関係と同じこと（直前の（ア）②④の第2段落を参照）が当てはまる（S. 45 f.）。

モムゼン自身は、「一定の範囲に属する物の給付」という表現を用いていない。特定物に向けられた債務関係との対比で、以下のように、選択債務、種類債務、金銭債務が並列されるにとどまる。

① 選択債務

選択債務に向けられた個々の給付に関していつ真正な不能が認められるかは、給付の性質に応じて決まる。給付が特定物に向けられているときは、それに開



してすでに述べた原則が適用される。これに対して、給付が種類のみによって特定された物に向けられているときは、以下の原則が適用される (S. 46)。

② 種類債務

債務関係の対象が種類のみによって特定された物 (eine nur der Gattung nach bestimmte Sache: genus) である場合に真正な不能が存在しうるのは、種類が存在しない場合と、すべて流通から遠ざけられている場合のみである。したがって、法学提要や学説彙纂では、ケンタウルスの給付が不能な給付の例として挙げられる (S. 47 ff.)。

③ 金銭債務

債務者が給付する義務を負った金額を倒産や信用力の喪失により支払うことができないという事情は、考慮されない。同様に、事変によって債務者の資産が縮小したとしても、その事変によって、債務者が金銭を給付する義務から解放されることはない。なぜなら、債務者が金銭を保持していなくても、金銭はいつでも存在するからである。それ故に、「火災は債務者から他人の貨幣を奪わない (incendium aere alieno non exuit debitorem)」と言われる (S. 49)。

イ 為す給付が問題となる場合

為す給付 (Leistungen, welche in einem Thun bestehen) にも、物の給付に当てはまる準則が適用される一方で、為す給付に独自の準則も現れる (S. 52)。

(ア) 給付を実現するための前提事情の不能

為すことは、債務者の純粋に内的な活動であるはずがない。それは、債権者に財産的価値を得させるために、外部に現れなければならない。そのためには、客体との連結 (Beziehung auf einen Gegenstand) が必要である。この客体は、必然的とは言えないものの、しばしば物である。それ故に、物の給付に当てはまる準則を直接または類推適用するための広い下地がここにはある。したがって、為すことに連結する客体または為すことの実現のための手段として用いられる客体が存在しないときは、その存在が両当事者によって前提事情 (Voraussetzung) とされていた限りで、給付の原始的不能が認められる。これに対して、その客体が種類のみによって特定されているときは、不能の原因である

客体の不存在は容易には生じないだろう（S. 54 f.）。

給付が不能となるために、為すことの前提事情が不能になることは必ずしも必要ではない。場合によっては、前提事情の不発生それ自体が給付の真正な不能を生じさせることがある。すなわち、為す債務の債務者が前提事情の発生を生じさせる義務を負うときに、為すことが不能であると見られるのは、前提事情の発生が不能となったときであって、前提事情が生じないときではない。これに対して、債務者がその義務を負わない場合には、前提事情が生じないときに給付の不能が常に認められる。債務者が義務から解放されるかどうかは、前提事情の不発生について債務者の責めに帰すべき事由があるかどうかによる。債権者がその前提事情の発生を実現する義務を負うときは、前提事情の発生を不能——真正な不能——として考慮することができない限り、債権者は、債務者に対して損害を賠償する義務を負う。賠償されるべき損害とは、前提事情の不発生により給付が不能となって債務者が蒙った損害である。たとえば、反対給付を求める権利を獲得することが妨げられた場合である。債権者が損害賠償義務を負うかどうかは、債権者の責めに帰すべき事由があるかどうかによる（S. 55 f.）。

たとえば、仕事（opus）や労務（operae）といった役務（Arbeit）が債務関係の対象である事例では、次のようになる。

① 役務受領権者の不履行

役務受領権者（Arbeitsherr）が債務関係の内容により役務の内容を指図し、材料を供給し、または、共同役務提供者（Mitarbeiter）を用意しなければならない場合に、役務受領権者がその義務を履行せず、その結果、給付が実現されないときは、給付の不能——真正な不能——が常に認められる。このことは、役務受領権者にとって材料の供給等が不能であるかどうかに関係なく、当てはまる。しかも、役務受領権者は、真正な不能を援用することができなければ、同人が負担する義務の不履行によって役務提供者（Arbeiter）が被った損害を賠償する義務を常に負う。反対給付が約束されているときは、役務提供者の利害関係分（Interesse）は、しばしば反対給付にこそ認められる。たとえば、

特定の日数雇われた日雇労働者の利害関係分は、通常その報酬である。これに対して、請負契約 (locatio operis) の場合には、利害関係分の大きさと反対給付の金額とが合致することは、非常に稀である。なぜなら、請負人が仕事の実現によって得たはずの儲け (Vorteil) は、通常、反対給付よりも少ないからである。しかし、この場合でも、反対給付は意味を有している。なぜなら、反対給付は利害関係分を計算するための基礎となるからである (S. 58 f.)。

役務受領権者によって役務提供者に物が与えられ、その「物を処分する力 (Disposition)」が役務を遂行するのに必要である場合には、役務提供者がそれを処分する力を継続的に有していることも、役務を実現するための前提事情に含まれる。役務提供者に物を与える義務を引き受けた場合において、その物なしでは役務を行うことができず、または、完遂することができないときは、その限りで、その物を役務提供者に継続的に利用させる義務も認められる。役務を遂行するために与えられた目的物を利用することがその滅失その他の事情によって後発的に不能になったときは、役務受領権者にとって真正な不能が認められるかが問われる。そして、役務受領権者が再度の給付——再度の指図や新たな材料・道具等の供給——を義務づけられ、また、それを履行しない場合に損害賠償責任を負うかどうかは、真正な不能が認められるか否かに左右される (S. 60)。

## ② 役務提供者の不履行

加工されるべき材料を債務者が供給したり、自身の能力の他に役務の提供に必要とされる手段を調達したりしなければならぬ場合に、役務の不能——真正な不能——が認められるのは、前提事情の発生に関して真正な不能が存在するときに限られる (S. 62)。

### (イ) 債務者自身による給付の不能

物の給付とは異なり、為す給付が問題となる場合には、その給付が債務者自身によって行われるべき性質を有していることがある。このように債務者自身の活動が債務関係の内容を形成するときは、債務者自身に連結する障害は、単なる主観的不能ではなく、実際には客観的不能である。これは、場合によっては、真正な不能として考慮されなければならない。これに対して、為すことの

給付者が誰であるかが重要でないときは、債務者の個人的事情に原因がある不能は、主観的不能としてのみ考慮することができる。これは、物の給付の場合よりも広範に債務者にとって有利に働くわけではない。すなわち、債務者にとって有利に働くのは、代行者（Vertretung）を用意することが債務者にとって同時に不能である事例に限られる（S. 64 f.）。

## （2）不能の原因が債権者の事情にある場合

不能の原因が債権者の事情にある場合の一部は、すでに、直前で紹介した「為す給付が問題となる場合」でも扱われた。為す給付の前提事情の不発生について、債権者——役務受領権者——が責任を負うべき場合である。ここでは、それ以外の場合が扱われる（S. 91 Fn. 2）。

給付が行われるためには、債権者の協力（Mitwirkung）、すなわち、受領（Annahme）を必要とすることがよくある。そのような場合に債権者が給付を受領しないときは、債務者は、債務を履行することができない。なぜなら、債務者は、債権者の意思によらずしては債権者以外の者に対して有効に給付を得させることができないからである（S. 90 f.）。

給付が受領されない原因は、一方で、債権者の意思にあることもあり、他方で、債権者が給付を受領できないことにあることもある。さらに、受領を妨げている障害には、事実的な障害と法的な障害とがある。給付の受領が給付を得させることの前提となっている限りで、債権者の側の不受領は、常に給付の真正な不能の原因と考えられる（S. 91）。

### ア 給付の不受領の原因が債権者の意思または事実的な障害にある場合

#### （ア）債権者の意思にある場合

給付の不受領の原因が債権者の意思にある場合とは、受領遅滞の場合である（S. 95 Fn. 13）。これに対して、債権者が自ら給付を受領することも、給付を受領するために代理人を立てることも事変によって妨げられているときは、受領遅滞を認めることはできない。受領遅滞責任を免れたい債権者は、ある障害が受領を妨げていることを証明しなければならない<sup>112)</sup>。

112) Mommsen, Mora, a.a.O. (Fn. 103), S. 161. モムゼンは、後述するように履行ノ

## (イ) 事実的な障害にある場合

債権者が受領できない原因として事実的な障害が非常に頻繁に現れるのは、債権者の居所とは異なる履行地が債務関係によって設定されている場合である。たとえば、債権者が履行期に履行地に赴くことが病気や暴風雨によって妨げられる場合である。さらに、事実的な障害に含まれる事例として、債権者の行為無能力 (Handlungsunfähigkeit) によって給付を得させることができず、債務者が債務から解放されない場合が挙げられる。たとえば、債権者が精神に異常を来し、後見人がまだ選任されていない場合、あるいは、行為無能力の債権者のために命じられた後見が行為能力の回復前に中止され、新しい後見人がまだ選任されていない場合がそうである。これらの事例でも、受領が物理的には不能ではなく、債権者が進んで受領しないわけではないにもかかわらず、給付の不能が認められる (S. 91 f.)。

## (ウ) 一時的な不能が生じる場合

給付の不受領の原因が債権者の意思または事実的な障害にある場合に共通しているのは、それによって惹起される不能が後発的不能であるという点である。また、通常は、その不能は一時的な不能である。したがって、ここで問題となっている不能の効果は、履行が行われないことによって債務者に生じるであ

↘可能不能二分論を前提としている (本節第6款3を参照)。モムゼンがそのような前提のもとに債務不履行体系を構築したことも考慮すれば、受領遅滞とは、受領が可能であるにもかかわらず、債権者が受領を拒絶している場合であると考えられる。このように受領遅滞とは債権者がその意思に基づいて受領しない場合なのであるから、債権者の有責性の存否とは無関係に受領遅滞責任が正当化される。なぜなら、受領遅滞は直接に債権者の意思に帰責されるからである。その結果、何らかの障害によって受領を妨げられていることが証明されれば、給付の不受領の原因が債権者の意思にある——債権者が受領を拒絶している——とは言えないから、受領遅滞責任は発生しない (モムゼンの受領遅滞論に関する近時の文献として、北居功『契約履行の動態理論 I 弁済提供論』(慶應義塾大学出版会・2013年・初出2002年) 102頁以下、小林友則「契約の履行過程における債権者の責任 (4) ——合意を基礎におく責任と合意とは異なる原理に基づく負担」名古屋大学法政論集262号282頁以下、296頁以下 (2015年) も参照。ただし、そこでは、モムゼンの受領遅滞論の背後にある履行可能不能二分論は考慮されておらず、受領遅滞が受領拒絶事例に限られていたことも重視されていない)。

ろう不利益な結果を排除する点に特に現れる。それを除けば、債務者を債務から解放するという不能それ自体に特有の効果は通常生じない。なぜなら、多くの債務関係は、事後にもはや履行することができないという形で特定の時期に結びつけられているわけではないからである（S. 91 f.）。

（エ）完全な不能が生じる場合

これに対して、賃貸借契約や雇用契約のように、給付が一定の時期に結びつけられており、その結果、その時期にしか給付を行うことができず、事後には給付を行うことができない場合には、一時的な不能が完全な不能（völlige Unmöglichkeit）の性質を帯び、債務者は債務から解放される。さらに、とりわけ、債権者の死亡によって、給付の完全な不能がもたらされることがある。給付が債権者と人的に連結しており、債権者の意思をもってしても第三者に給付を行うことができない場合——第三者に給付をすれば、債務関係の目的となっている給付とは異なる給付となる場合——がそうである。また、債務関係が純粋に人的な関係の成立を内容としている場合——たとえば、婚姻、組合、委任——も同様である（S. 92 f.）。

（オ）効 果

以上のように、ここで生じる不能は一時的な不能であるのが通常である。そのような不能によって債務者の義務自体が消滅することはない。債権者の意思または事実的な事情に基づく障害によって、債務者の給付が遅延したり、完全に不能になったりする場合には、債務者が責任を追及されることはあり得ない。このことは、特別な理由づけをする必要がないほどに自明である。したがって、給付不能の本来の効果——債務者の免責——に関する問いは、ほとんど完全に背後に退くことになる。むしろ、ここでは別の問いが前面に現れる。すなわち、給付が遅延したり完全に妨げられたりすることによって債務者に生じた損害を債権者が賠償する義務を負うかどうかである。この問いに答えるために重要なのは、債務者の給付が不能——真正な不能——だったかどうかではなく、むしろ、給付の受領が債権者にとって真正な不能だったかどうかである（S. 94 f.）。

給付の不受領の原因が債権者の意思に由来する場合、すなわち、債権者遅滞

の場合には、債務の履行が遅延したり妨げられたりしたことによって生じる利害関係分を請求する権利を債務者は常に有する。債務者が利害関係分を請求できることは、債権者が受領を明示的に拒絶した場合——受領遅滞——だけでなく、給付を受領できなかった場合——受領不能——にも当てはまる<sup>113)</sup>。この際に当然に前提とされるのは、債務者が給付を適切に提供し、または、本来の提供が必要ではない場合には、給付を現実に準備していることを示すことである。なぜなら、債権者の意思という純粹に内的な事実だけでは、損害賠償訴権を基礎づけることができないからである (S. 95 Fn. 13)。

#### イ 給付の不受領の原因が法的な障害にある場合

法的な障害は、具体の事例で義務付けられた給付の性質、または、給付の対象と債権者との関係に基づいてのみ生じうる。この場合には、給付それ自体は不能でないにもかかわらず、債権者が給付を獲得できない状態にある。その原因は2つ考えられる。第1に、具体の事例で約定されている給付の受領に必要とされる人的な権利獲得力 (persönliche Rechtsfähigkeit) が債権者に欠けている場合である。第2に、債務関係が譲渡の目的としている権利を債権者がすでに有している場合である (S. 95)。

債権者の人的な権利獲得力が欠けているために給付の不能が認められるのは、

113) 給付を受領できなかった事例として、Dig. 19, 2, 19, 9 が挙げられている。

■ Dig. 19, 2, 19, 9 (ウルピアーヌス『告示註解』第32巻) ある速記士が自らの労務を賃貸し、その後、労務を賃借した者が死亡したので、アントーニウス帝は、神皇セウェルス帝とともに、以下のように速記士の書面に対して勅答した。すなわち、「アントーニウス・アクィラに賃貸された労務をあなたが給付しなかったことにつき、あなたが自分に責めがないと主張しているので、同じ年にそれ以外の者から報酬を受け取らなかった限りにおいて、契約の信義が満たされることが衡平である。

モムゼンは、本法文の理解として、被用者が使用者に対して損害賠償を請求できると論じる (Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 355 f.)。そのうえで、使用者の帰責事由によって被用者の給付が妨げられたわけでも、給付の不受領が使用者の意思に起因するわけでもないにもかかわらず、使用者個人に生じた事実的な障害により使用者が給付を受領することができず、このような形で被用者の給付を事変によって不能にさせる事例では、使用者に対する損害賠償請求が認められるとする (Ibid., S. 357)。

ある者がある物を与えられる旨の約束を受けたところ、その物について同人に取得権限（*commercium*）が欠けていたために、その物を取得することができない場合<sup>114)</sup>、あるいは、地役権を給付することが約束されたにもかかわらず、要役地が債権者に帰属していない場合である。為す債務の場合にも、そのような不能が同様に現れうる。たとえば、代官の随行者の給付が不能となった場合において、この給付を約束された者が代官ではなく単なる私人であったとき、または、労務給付の相手方である代官がその約束後に公職を失ったときがそうである。代官の死亡も給付の真正な不能を惹き起こす。なぜなら、債権者に対して給付が行われるために債権者が占めなければならない代官という法的地位は、相続人に移転しないからである。いずれの場合にも、給付の受領の真正な不能が同時に存在する（S. 96 f.）。

債権者の法的な事情により生じる不能は、債務関係が権利の移転を目的として

114) *Commercium* は、史料上、様々な意味で用いられている（Theo Mayer-Maly, *Commercium*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* Bd. 71 (2003), S. 1 ff. を参照）。代表的な使用例は、次の2つである。1つは、ローマ人と財産上の取引を行う一種の通商権である。もう1つは、神法上の財、万人に共有の財、公法上の財など私法上の取引の対象とはならない財である（*Commercium*, in: Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hg.), *Der neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Stuttgart/Weimar 1997, Sp. 101 f.）。

モムゼン自身が注で挙げている史料の1つである *Ins. 3, 19, 2* を掲げておこう。

■ *Ins. 3, 19, 2* ある者が人法物に属すると信じて神聖物または宗教物を、広場や劇場など永遠に万人の使用に供される公有物を、奴隷であると信じて自由人を、取得権限（*commercium*）を持たない物を、または、自分自身の物を与えるとき約束を受けるときも、同じ法が妥当する。そして、公有物が私的な領域へ移される可能性があり、自由人の中から奴隷が生まれる可能性があり、債権者（*stipulator*）が取得権限を獲得する可能性があり、物が債権者に属さなくなる可能性があるからと言って、問答契約の効力は、不確定にはならないものとする。むしろ、最初から効力を生じない。さらに、これとは異なり、最初は物が有効に問答契約の中に引き入れられたとしても、その後、債務者（*promissor*）の行為なしに上述の状況に陥ったときは、問答契約は消滅する。「ルキウス・ティティウスが奴隷になった時に与えることをあなたが誓約するか」という問答契約も、最初から直ちに効力がないのだろうか。同様である。なぜなら、それ自身の性質上我々の所有から免れているものを債務関係の中に引き入れることはできないからである。



いる場合において債権者がその権利をすでに有しているときにも、存在する。史料中で特に言及される例は、債権者にすでに帰属している物の所有権を債権者に移転する債務である。債権者に帰属する物に対する用益権を債権者に移転する債務も不能である。同様のことは、債権についても言える。たとえば、同じ物をまずAから買い、次にBから買う場合、一方の売主の側の履行によって買主が物の所有権を獲得したとすれば、他方の売主の側に給付の不能が生じる (S. 97 ff.)。

法的な障害は、後発的不能だけではなく、原始的不能の原因にもなる。さらに、それによって生じる不能は、継続的不能であるのが通常である。これらの点で、法的な障害は、給付の不受領の原因が債権者の意思または事実的な障害にある場合とは区別される (S. 95 f.)。

#### 4. 主観的不能と真正な不能

##### (1) サヴィニーの主観的不能論との異同

サヴィニーは、履行困難である主観的不能が後発的に生じた場合には、客観的不能の場合とは異なり、債務者は債務——現在の用語法で言えば履行請求権——から解放されないと主張した。主観的不能のこのような効果は、すでに述べたように、学説彙纂のウェヌレーユス文から導かれると考えられた (本章第2節第1款を参照)。これに対して、すでに本款3で見たように、サヴィニーから主観的不能という表現を受け継いだモムゼンは、主観的不能の範囲についても、その効果についても、サヴィニーに従わなかった。

##### ア 主観的不能の範囲

###### (ア) 定義の異同

主観的不能の定義は、サヴィニーとモムゼンとで異なる。すなわち、サヴィニーによれば、主観的不能とは、「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のに対して<sup>115)</sup>、モムゼンによれば、「債務者の純粋に個人的な事情 (die rein persönliche Verhältnisse des Schuldners)、または、債務の内容と債務者との関係 (dessen Verhältniß zu dem Gegenstande der

115) Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1, a.a.O. (Fn. 88), S. 384.

Obligation)」に不能の原因がある場合である（S. 5）。すなわち、モムゼンは、「債務の内容と債務者との関係」に不能の原因がある場合を主観的不能の定義に追加している。しかも、モムゼンは、債務の内容と債務者との関係に不能の原因がある場合がより重要であると述べる（S. 29）。なぜなら、これが主観的不能の原因として史料中に特に現れるからであるという（S. 31）。

（イ）主観的不能の範囲の拡張

モムゼンが債務者の個人的な事情により不能が生じる場合として挙げるのは、債務者が病気である場合と債務者が履行地にやむを得ず現れない場合である（S. 28）。

これに対して、債務の内容と債務者との関係により不能が生じるのは、すでに述べたように、強奪、追出し（Dejection）、盗難、敵による略奪、奴隷給付事例における奴隷の逃亡である（S. 29）。これらの例に共通している性質は、債務者が物を現実に処分する力（die factische Disposition über die Sache）を喪失している点にある。処分する力の回復は、容易に見通せる場合もあれば、そうでない場合もある。しかし、このような事情は、不能——真正な不能——が認められるかどうかという問いの答えに影響を与えない。たとえば、賃貸された土地の占有が第三者によって暴力により奪われた場合には、賃貸人は——占有訴権の原型である——不動産占有回復の特示命令（interdictum unde vi）による保護を即時に求めることによって、通常は、その障害を直ちに取り除くことができるにもかかわらず、給付の不能——真正な不能——が認められる。また、鍵の掛けられた倉庫にある寄託物があり、その倉庫を受寄者が開けられない場合にも、受寄者に責めを負うべき有責性がない限りで、同様のことが考慮される（S. 32）。

イ 主観的不能の効果

モムゼンによれば、史料の中で主観的不能が客観的不能と同様に扱われているのは、債務者に有責性（Verschulden）がない場合に限られるという（S. 29 f.）。このことから、主観的不能の場合であっても、債務者に故意も過失もなければ、債務者は債務から解放される。すなわち、債務者は、履行請求権からも

損害賠償請求権からも解放される（この点については、本節第3款を参照）。

その例外となっているのが金銭債務であった<sup>116)</sup>。すなわち、金銭債務については、債務者が事変によって主観的不能に陥ったとしても、債務者を免責しないという態度が示されている。これは、債務者の有責性なく後発的主観的不能が生じた場合に債務者が債務から解放されるという一般原則からは逸脱している。しかし、そのような例外則が金銭債務に当てはまる説得的な理由は挙げられていない。

## (2) ドネッルスの主観的不能論との異同

### ア ドネッルスの主観的不能論

モムゼンが主観的不能の範囲を拡張し、さらに、主観的不能を客観的不能と同様に扱うという考え方の着想を得たと考えられるのが、ドネッルス (Hugo Donellus) の見解である<sup>117) 118)</sup>。ドネッルスは、『ローマ法注解 (Commentarii de iure civili)』第16巻「弁済その他の債務解放原因 (De solutionibus, & omnis generis liberationibus)」の第6章で、「目的物の喪失 (rei debitaе amissio)」を論じている<sup>119)</sup>。

- 
- 116) さらに、モムゼンによれば、種類債務の主観的不能も原則として真正な不能とは認められない。しかし、このことが意味しているのは、物の調達に失敗に関するリスクを債務者が負担しているのが通常であり、調達が困難であるからと言って免責が認められないからだと考えられる。モムゼンは、次のように言う。「他人物〔を給付すること〕が債務の内容となっているとき〔に債務者の主観的不能を認めるために〕は、〔他人物の〕所有者にとっても給付の不能が生じることが必要である。このことを種類債務に当てはめれば、当該種類に属する物について、給付に必要な事実上の処分力 (factische Disposition) を有する所有者がいない場合にのみ、不能を認めることができる。このように、種類債務が対象としている目的物の範囲が広い場合には、不能が生じることはありえないだろう」(Mommsen, Unmöglichkeit, a. a. O. (Fn. 83), S. 47)。以上のように、種類債務の主観的不能が原則として真正な不能と認められないのは、他人物を給付することを約束した債務者がその調達を約束したのと同様に、広範囲にある種類物を調達することを約束したからに他ならない。
- 117) モムゼンは、Mommsen, Unmöglichkeit, a. a. O. (Fn. 83), S. 29 Fn. 5において、ドネッルスを引用している。
- 118) 以下の論述は、Jakobs, a. a. O. (Fn. 83), S. 134 ff. に多くを負っている。
- 119) Hugo Donellus, Commentarii de iure civili, in: Opera omnia, Tom. IV, Lucae 1764, Lib. XVI, Cap. VI, n. 3 f. (Col. 648 f.).

「そして、Dig. 50, 17, 23 において、何人も事変については責めを負わないと一般的に定義されていることが認められる。そこでは、しかし、特に奴隷逃亡が事変に数えられている。この逃亡奴隷が奴隷全体に生じていることは、明白である。もちろん、ウルピアヌスは、このことを誠意契約について述べている。それ故に、その規定、すなわち、この種の契約に属することは、この契約それ自体に関連づけなければならない、また、この種の契約においては事変について何人も責めを負わないと言われてきたように解されなければならない。Cod. 4, 24, 6 で説明されているように、このことはより強く当てはまると解する。その規定は、同様の文言からなる。すなわち、事変によって生じたことについて、誠意訴訟によっては責めを負わない。なぜ、誠意訴訟〔という文言〕が加えられているのだろうか。なぜなら、厳正訴訟では、事変によって生じた全損害について、同じように言うことが許されないからである。物の滅失によって生じる損害については、誠意訴訟によるにせよ、厳正訴訟によるにせよ、責めを負わない。なぜなら、いずれの場合にも、別異の事柄によって妨げられない限りは、債務者は解放されるからである。しかし、無傷の物が盗まれたり強奪されたり、その他の方法で失われたりして、損害が生じるときは、その損害について、債務者は、誠意訴訟では責めを負わない。上述の個所で正しく定義されているとおりである。これに対して、債務者は、問答契約その他の厳正契約により責めを負う。そこでは、生じたことは債務者の不利益に属し、それにもかかわらず、債務者は、まだ存在する物を与えるように債務に拘束され続ける。事物の本性によっても、与えることは可能である。たしかに、盗の下に置かれたり、暴力によって奪われたりした物が、しばらくしてから、盗人や強奪者のもとで消滅することはありうる。しかし、物が滅失したと言って、これにより自らは責めを負わないと主張するだけでは、債務者は何も行動していない。ただし、Dig. 22, 3, 2 の規定に従って、主張することが証明されるときは、この限りでない。すなわち、事変を証明するときは、この限りでない。ある者が〔債務からの〕自分の解放を求めて主張することは、証明しなければならないと思う（Cod. 4, 24,

5<sup>120)</sup>。証明されれば、たしかに、責めを負わないだろうからである。しかし、目的物の喪失については正しくなく、喪失した物の滅失については正しい。

同じことは、誠意契約には当てはまらない。誠意契約では、目的物に何かが生じた場合、債務者は、故意および過失以外のことについては責めを負わない。たしかに、場合によっては、過失についても責めを負わず、さらに、契約において何らかの過失について責めを負うべきときは、すべての過失について責めを負うわけではない。しかし、事変については決して責めを負わない。事変により目的物が滅失するにせよ、損傷するにせよ、無傷の物が失われるにせよ同様である」。

以上の引用箇所から分かるように、ドネッルスは、2つの区別を重視する。1つは、誠意契約と厳正契約の区別であり、もう1つは、物の滅失 (*intertus rei*) ——後の客観的不能の原型——と物の喪失 (*amissio rei*) ——後の主観的不能の原型——の区別である。盗や暴力により債務者の手元から目的物が失われた場合は、物が滅失したわけではないから、債務者が債務を履行することは可能である。さらに、以上の区別を前提として、以下の結論が導かれる。すなわち、事変により物が滅失した場合には、誠意契約でも厳正契約でも債務者は債務から解放されるのに対して、物の喪失では、次の2つが区別される。一方で、誠意契約では、事変により物が失われれば債務者は債務から解放される。他方で、厳正契約では、事変により物が失われても債務者はなお債務に拘束され続ける。

#### イ モムゼンの主観的不能論の特徴

ドネッルスの見解とモムゼンの見解とを比較すれば、次のことが分かる。第1に、両者の間には共通点が見られる。すなわち、ドネッルスは、物の滅失だけでなく、物の喪失についても、それが事変によって生じるときは、債務者が債務から解放されると考えた。この定式は、モムゼンが事変による客観的不能だけでなく、事変による主観的不能についても債務者の債務からの解放を認めたことと一致している。第2に、両者の間には、相違点が見られる。すな

120) 原文では、Cod. 4, 24, 4 が引用されている。

わち、ドネッルスが誠意契約と厳正契約の区別を維持しているのに対して、モムゼンは、その区別を放棄した。この区別を放棄した場合には、誠意契約または厳正契約上の準則のいずれかが一般化されることになる。モムゼンの不能論では、事変について債務者は責めを負わないという誠意契約上の準則が、一般化されることになった<sup>121)</sup>。

## 第2款 不能概念を用いる理由

### 1. 事変概念の不適合性

モムゼンのいう給付の不能 (Unmöglichkeit der Leistung) は、伝統的には事変 (casus) と呼ばれてきたものである。事変とは免責事由に他ならない。その結果、給付の不能は、責めを負うべき有責性の欠如 (Mangel einer zu prästierenden Verschuldung) と結びつけられる (S. 247)。モムゼンは、次のようにも言う。事変という「言葉のローマ以来の不安定な意味から離れて、個別具体の事案において債務者の責めに帰することのできない出来事として、完全に一般的に事変を定義する必要がある」(S. 247)。

モムゼンは、事変に代えて不能という概念を使用する理由を次のように説明する。事変の主観面と客観面に分けて、モムゼンの主張を確認しておこう。

---

121) ヤコブスは、モムゼンが厳正契約上の準則を一般化したという流布した理解の誤りを強調する (Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 67 f., 135, 139)。そのような理解は、ラーベル (Ernst Rabel) の論文に由来すると考えられる。モムゼンは、事変について何人も責めを負わない (Causa a nullo praestantur) という誠意契約上の準則を後発的不能の中心原理に据えた (本節第1款1を参照)。しかし、ラーベルは、モムゼンが原始的不能だけでなく、後発的不能についても、不能なことの債務は存在しない (Impossibilium nulla obligatio) という厳正契約上の準則を中心に据えたと誤読したために (Ernst Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, in: Festschrift für Bekker, Weimar 1907, S. 200 ff. = Gesammelte Aufsätze Bd. I, Tübingen 1965, S. 24 f.), そのような誤りを生んだと見られる。

モムゼンが厳正契約上の準則を一般化したという理解は、北川善太郎・前掲書 (前掲注106) 2頁, 16頁以下にも見出される。しかし、少なくともモムゼンの後発的不能論に限っては、それを厳正契約にあてはまる準則の一般化と見ることは正しくないだろう。

## (1) 事変の主観面

事変 (casus) という表現は、その主観面に限って言えば、有責性 (Verschulden) との対比において、考察される (S. 244)。

事変という表現は、第一義的には、当事者の意思に原因のない出来事であり、したがって、それは、「意思に基づいて (ex voluntate)」という表現と対立する。この意味で事変という表現が出てくるのは、特に刑法においてである。これに対して、すでに成立した債務関係への事変の影響が問題となる場合には、事変という言葉はより狭い意味で用いられる。すなわち、債務者のあらゆる直接的または間接的な協同 (Mitwirkung) なくして生じた出来事である。この意味での事変は、史料において過失 (culpa) と明示的に対置されることが稀ではない (S. 241 f.)。

しかし、事変の事例は、有責性のない不能の事例と重ならない。一方で、有責性のない不能の事例のうちのいくつかは、事変とは呼ばれていない。たとえば、債務者の意思に原因があるにもかかわらず、債務者の責めに帰することができない出来事がある。同様に、重過失があるものの債務関係の性質上重過失について責めを負わない事例も、狭義の事変から排除される。他方で、有責な不能のうち相当数の事例が、事変という表現に含まれる。というのは、事変を排除する債務者の有責性が結びつけられるのは、有責性と出来事の発生との関係、および、出来事が発生した際における債務者の振舞い (Verhalten) に結びつけられるからである (S. 242 f.)。

おまけに、上述のような狭義における事変という言葉は、一貫しない。とりわけ、事変という言葉は、債務者の意思に原因がある出来事との対比で、外部から生じた出来事のみを指称するのが常である。過失 (culpa) との対比をより鮮明にするために、しばしば事変に何かを追加される。たとえば、予見することができない事変、回避することができない事変という表現が用いられる。さらに、保管責任 (custodia) について責めを負わない場合、あるいは、債務者に帰責事由がない場合に、「事変が解放する」と言われる (S. 243 f., 246)。

事変という表現が有責性と鮮明に対立するものではない理由は、事変という概念が、「有責性の欠如」というように、単に消極的に定義されるわけではない

いという点にある。これを何らかの形で積極的に定義した途端に、想定している対立をこの言葉で正確に表現することは不可能になる。なぜなら、債務者が責めを負うべき注意（die von dem Schuldner zu prästierende Diligenz）は、すべての債務関係に等しい一定の程度に還元されるものではなく、むしろ、債務関係の種々の性質に応じて様々な形で定まるからである。事変という概念を定立することは、出来事の性質を主に重視することにつながらざるを得なかった。たとえば、一方では、様々な無益な区別が行われた。予見可能な事変、予見不可能な事変、通常的事変、通常ではない事変、著しく通常ではない事変といった具合である。また、他方では、特定の出来事が事変として考慮されるべきかどうかの詳細な説明が当てられた（S. 244, 246）。

## （2）事変の客観面

ある出来事が債務者をその義務から解放するためには、その出来事が給付の不能を惹起する必要がある。このような客観面それ自体は、事変という表現の意味の中にはない。たしかに、事変が債務関係に及ぼす影響が問題となる場合には、給付の不能をそれだけで惹起しうる出来事が事変と呼ばれる。しかし、個別の事例で事変という表現が同時に給付の不能も示唆するかどうかは、債務関係の対象に左右される。対象が特定物の場合、事変は、給付を不能にさせる出来事と理解される。金銭のように対象が不特定である場合にも事変という表現は用いられるものの、その場合には、この表現によって給付の不能が示唆されていないことは当然である（S. 244）。

### 2. 不能概念を重視する理由

以上のようなモムゼンの説明は、債務者の免責事由を表現する際に事変概念の使用を避けて、債務者の有責性の欠如という言い回しを用いる理由にはなり得ても、後発的不能概念を免責事由の中に積極的に採り入れる理由にはならない。事変の客観面でも述べられたように、事変によって免責される事例が必ず給付の後発的不能に当たるわけではない。それにもかかわらず、モムゼンは、免責事由として後発的不能概念を特に重視している。その理由がどこにあるかが問題となる。



## (1) ヤコプスの見解

その理由について、ヤコプス（Horst Heinrich Jakobs）は次のように説明する<sup>122)</sup>。

有責性（Verschuldung）の問題は、モムゼンにとっては、不能の原因が債務関係によって拘束された債務者意思（Willens des Schuldners）の内にあるのか外にあるのかという問題である。モムゼンにとっては、給付義務と不履行に基づく賠償義務とが債務の中で分離することなど、思いも寄らないことである。問いとして存在するのは、給付の不能を債務者の意思に帰することができるかどうか、つまり、不能を債務者に帰責できるかどうかのみである。この問いに対する答えは、意思拘束の程度、すなわち、債務関係によって債務者の自由が制限される程度、要するに、債務関係の内容から出てくる<sup>123)</sup>。

債務者に有責性のない出来事が給付の不能を惹起するという事例のほかに、それが給付の不能を惹起しないという事例を想定することができる。しかし、モムゼンは、この事例がまったく考慮されないのかどうかを問題としない。なぜなら、彼にとっては、給付が可能である場合には、有責性が当然に存在するからである。すなわち、この場合には、不履行の原因は、常に債務者意思にあるからである。給付が不能になって初めて、有責性が欠如しているかどうかという問いが出てくる。なぜなら、給付が不能である場合に初めて、債務関係の意思に基づく不履行（willkürliche Nichterfüllung）が生じない可能性があるからである<sup>124)</sup>。すなわち、モムゼンにとって、不能は、無責の不履行であるこ

---

122) Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 123 ff.

123) モムゼンは、次のように述べる。「債務関係の本質は、債務者が債務関係によって拘束され、その自由を債務関係によって定められた方向で相手方のために制限される点にある。したがって、後発的不能について、その発生と債務者の意思との関係が重要な要素として考慮されるべきであることは、自明である。法が債務者に対して要求するのは、債務者が義務付けられた給付の実現を意図的に妨害しないことだけではなく、意思の外にある出来事によって履行が妨げられて不能になることがないように注意（Vorsicht und Sorgfalt）を払うことである」（Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 228)。

124) モムゼンは、次のように述べる。「債務関係の意思に基づく不履行は、債務者

とを示す徴表として、すなわち、債務者の責めに帰すべき事由があるかどうかの証明または反駁が必要であることの徴表として機能している。

### （2）ヴェルトヴァインの見解

さらに、ヴェルトヴァイン（Susanne Würthwein）は、簡潔に次のように述べる。「モムゼンにとっては、損害賠償義務に関して有責性が問題となるのは不能事例においてのみであり、その他の不履行事例では、債務者は有責性とは無関係に給付について責任を負わなければならなかった」<sup>125)</sup>。

### （3）検 討

以上のように、ヤコプスやヴェルトヴァインに共通する視点は、後発的不能において初めて故意（dolus）および過失（culpa）という有責性の存否が問題となるという点にある。故意も過失も認められないために、後発的不能を債務者の意思に帰することができない場合に初めて、債務者は債務から解放され、損害賠償責任を免れる。したがって、免責事由である事変に代わる「有責性の欠如」は、後発的不能に必然的に連結されることになる。

それでは、債務の履行が後発的に不能とは言えない場合、すなわち、履行が可能である場合には、なぜ、有責性の存否とは関係なく、債務者が責任を負わなければならないのだろうか。

---

↳ にとっていくつかの不利な効果を伴う。……給付の不能が存在する場合には、債務関係の意思に基づく不履行が問題とならない可能性がある。このことは、そのような事例で不履行の原因が債務者の意思に帰せられない場合があることから当然に出てくる」（Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 2)。

125) Würthwein, aa.O. (Fn. 46), S. 108. その根拠として、ヴェルトヴァインは、以下の2点を挙げる。

1つは、『遅滞論』におけるモムゼンの記述である。すなわち、「債務の不履行が問題となる場合に過失（Culpa）論が意味を持つのは、給付の真正な不能事例のみである。より正しく言えば、真正な不能に基づく不履行事例のみである。なぜなら、権利侵害は、債務の不履行にあるからである」（Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 19)。

もう1つは、『不能論』におけるモムゼンの記述である。すなわち、「給付の不能が認められない場合には、有責性の存否を吟味することは全くの無駄である」（Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 29)。「給付の不能が生じない場合には、有責性があるかどうかを詳しく吟味する必要がない」（Ibid., S. 232 f.）。

この点について、ヤコプスは、前述したように履行が可能である場合には、債務者には当然に有責性があるからだと説明する。

しかし、モムゼンは、『遅滞論』の中で、次のように述べる<sup>126)</sup>。「不履行の原因は、債務者が履行できない点か債務者に履行する意思がない点にある」。「履行することができるにもかかわらず、債務者に履行する意思がないときは、不履行は債務者の意思に起因する。しかし、債務者に有責性（Verschuldung）があるという結論は、このことから必然的には出てこない。……それにもかかわらず、この場合には、債務者には債務の履行を命ずる敗訴判決が下されなければならない。なぜなら、債務関係が表している価値を債務者が不法にその支配力（Gewalt）の中に置いているからである。債務者に対して行使される強制は、もっぱら違法な保持（rechtswidriges Haben）に基づけられる。それ故に、この事例では、帰責は重要ではない」。「債務者が敗訴判決後に依然として履行を拒絶する場合にのみ、事情によっては損害賠償が承認されなければならないことがある。……この場合には、常に故意（Dolus）が存在する。したがって、債務者が利害関係分を給付しなければならないかどうかについて疑いが生じるはずがない」。

以上のことから分かるように、モムゼンは、債務の履行が可能である場合の債務者の責任を二段階に分けて説明している。第1に、債務の履行が可能である場合に債務者の債務不履行に直面した債権者は、債務者に対して債務の現実的履行を請求することができる。このことは、債権者が保持すべきものを債務者が違法に保持していることによって正当化される。第2に、債務の履行を命ずる敗訴判決を受けた債務者が債務を履行しない場合には、債権者は、損害賠償を請求することができる。このことは、債務者に履行拒絶の故意が当然に認められることによって正当化される。なぜなら、債務者は、履行が可能であるにもかかわらず、債務を履行していないからである<sup>127)</sup>。

126) Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 17.

127) この点は、すでに、北川善太郎・前掲書(前掲注106)16頁で簡潔に述べられている。

### 第3款 免責事由としての真正な後発的不能

#### 1. 事変から無責の不能へ

モムゼンは、免責事由として事変という概念が不適格であることから、事変に代えて有責性の欠如に着目するとともに、有責性の存否が問題となるのが給付の不能事例に限られることから、有責性の欠如を後発的不能に結びつけた。

「事変によっては何人も責めを負わない」という法格言が妥当するのは、有責性のない後発的不能である。当時の事変が債務者の免責事由であったことから明らかであるように、それに代わる無責の後発的不能も免責事由に位置づけられる。すなわち、「後発的不能事例の特別な意義は、当時、責任要件としての不能にあったのではなく、むしろ、債務者が……金銭賠償を給付する必要がないという点にあった」<sup>128)</sup>。

モムゼンは、次のように述べる。「債務者は、故意 (dolus) だけではなく、過失 (culpa) についても責めを負わなければならない。……債務者の有責性によって給付の不能がもたらされたときは、債務者はその義務から解放されない。それどころか、債務の対象それ自体がそのような不能によって直ちに転形する (verändern) わけではない。たしかに、債務が履行されるためには、不能になった給付は、可能な給付である等価物 (利害関係分 (Interesse)) へ転形 (verwandeln) することが必要である。しかし、債務者は、債務が利害関係分の給付その他の方法により消滅するまで、債務の本来の対象へと引き続き義務づけられると見られる。この見解の実際上の意義は、特に以下の点にある。給付の不能が生じた場合、債権者は、利害関係分を訴求する必要がなく、むしろ、依然として、訴えの照準を債務の本来の対象へ向けることができる。債務者は、履行の不能を援用してもこの訴えを免れることができない。履行の不能それ自体は、義務に影響を与えないからである。むしろ、債務者は、免訴を受けたいのであれば、給付が自らの有責性なく不能になったことを証明しなければならない」(S. 228 ff.) (強調は原文通り)。すなわち、債務者は、その有責

128) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 76. さらに, Helge Dedek, Negative Haftung aus Vertrag, Tübingen 2007, S. 150 f.

性なく給付が不能になったときは、給付の義務から解放される (S. 232)。

また、モムゼンは、次のようにも述べる。給付の不能が真正な不能として認められないときは、「債務者は給付できるものと法的には扱われるのだから、……常に債務者には有責判決が下されなければならない、給付が実現されないときは、債務者に過失が帰せられるかどうかを何らかの形で問題とすることなしに、債務者には損害賠償義務が生じる」<sup>129)</sup>。「債権者は、債務が現実に成立していることを証明すればよい。これによって、故意や過失の効果を発生させるための客観的要件は証明される。なぜなら、周知のように債務の履行は常に被告の証明の対象である以上、債権者は、不履行それ自体を証明する必要は何らないからである。同様に、債権者は、故意または責めを負うべき過失が債務者にあることを証明する必要はない。給付の不能はもっぱら債務の消滅原因である以上、給付が不能になったことを債務者が証明するだけでは、免訴されるのに十分ではない。債務者は、それと同時に、この不能が債務者の有責性なしに生じたことを証明しなければならない」<sup>130)</sup>。

## 2. 履行遅滞の免責事由

無責の不能が免責事由であるとするならば、履行遅滞の免責事由も無責の不能なのだろうか。モムゼンが遅滞と不能の峻別論を採っていたとすれば、履行遅滞が同時に無責の不能に当たることは考えられないはずである。以下では、この点について、モムゼンがどのように考えていたかを検討しよう。

### (1) 遅滞と不能の関係

無責の不能が履行遅滞の免責事由として位置づけられるのであれば、その前提として、遅滞と不能が両立しなければならないはずである。まずは、この点を確認しておこう。原始的不能を論じる第2章第19節「給付の一部不能——履行期との関連において」の冒頭で、モムゼンは、次のように述べている。「給付それ自体は可能である。しかし、債務関係により定められたところに従って給付されなければならない時に給付が行われないことがある……。この不能

129) Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 18.

130) Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 20.

も<sup>131)</sup>、通常は、一部不能としてのみ扱われるべきであり、一部不能に適用される原則により判断されなければならない」(S. 212)。このことからすでに明らかであるように、遅滞とは一部不能 (teilweise Unmöglichkeit) であり、遅滞と不能は両立する<sup>132)</sup>。

## (2) 遅滞の免責事由

モムゼンは、遅滞の免責事由について、以下のように論じている。「その免責事由は、2つに分けられる。1つは、債務者の意識 (Bewußtsein) に連結し、もう1つは、債務者が給付することができないということに連結する。後者は、厳密に言えば、債務それ自体を消滅させるわけではない一時的不能 (zeitweilige Unmöglichkeit) に連結する限りで、ここに属すべき問題である」<sup>133)</sup>。さらに、債務者が給付することができないことに連結した免責事由については、次のように述べられている。「……一般的には、給付の法的に承認された真正な不能によってのみ債務者に免責事由を認めることができる。しかし、ここでも、無責の不能と有責の不能とが区別されなければならない。無責の不能が継続的不能である場合には、これにより債務は消滅し、その結果、遅滞は消滅する」

131) ここで、この不能「も」と言っているのは、すでに第2章第18節で、給付すべき物の質的不履行が一部不能として扱われているからである (Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 193)。

132) この点で、北川善太郎・前掲書(前掲注106)17頁に賛同することができる。これに対して、森田修・前掲書(前掲注35)33頁は、遅滞は不能(文言上の不能)に含まれていないという。同論文は、モムゼンの『遅滞論』の記述 (Mommsen, Mora, a. a.O. (Fn. 103), S. 17) をその根拠として挙げる。すなわち、「我々はこの二つの類型……を立ち入って考察しなければならないが、その際給付の時に関わる不履行は度外視する」(原文では Wir müssen diese beiden Fälle etwas näher betrachten, sehen dabei aber noch von derjenigen Nichterfüllung ab, welche sich nur auf die Zeit der Leistung bezieht.)。「この二つの類型」とは、「債務者が履行しようとしなかったこと」と「債務者が履行しえないこと」であるという。しかし、引用された箇所は、次のような趣旨だと考えられ、不能から遅滞が除かれていることの決定的な根拠にはならないだろう。すなわち、債務者の不履行の原因はその意または不能のいずれかにあるところ、この二つの事例をいくぶん詳細に考察しなければならないが、既発表の『不能論』および『利益論』に関する論文の中では、履行期にのみ結びついた不履行(遅滞)はまだ検討されていない。

133) Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 56.

滞を問題とすることはできない。事変による一時的不能が生じた場合には、もちろん、債務それ自体は消滅しない。しかし、それによって延期的抗弁権が成立する。したがって、その抗弁によって債務者への遅滞の非難が阻止されるという点で、その抗弁は債務者に有利に働く<sup>134)</sup>。

以上のように、無責の不能は遅滞の免責事由の1つである<sup>135)</sup>。無責の不能が続いている限りは、債務者の遅滞は停止する。それが継続的あるいは永続的である場合には、債務自体が消滅する<sup>136)</sup>。

#### 第4款 履行請求権と填補賠償請求権との関係

以上で紹介してきたモムゼンの不能論には、なお不明な点が残されている。特に疑問が生じると考えられるのは、債権者が不能になった給付それ自体ではなく、それに代わる損害賠償を、債務者に対して初めから請求することができないのかどうかである。これをより一般化して言えば、モムゼンの不能論の中で、履行請求権と填補賠償請求権との関係がどのように整序されているのかが問題となる。

以下では、現実的履行とそれに代わる損害賠償との関係について、実体法的側面と手続法的側面とに分けて、当時の法状況を概観したうえで、モムゼンの不能論における両者の関係を明らかにしたい。

134) Mommsen, Mora, a.a.O. (Fn. 103), S. 62. なお, Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 28 Fn. 3 において, 無責の不能が遅滞の免責事由であることはすでに示唆されている。

135) もう1つの免責事由は, 正当な錯誤 (justus error) である。すなわち, 債務者が債務を負っていないと信じることにについて, 正当な理由がある場合である (Mommsen, Mora, a.a.O. (Fn. 103), S. 57 ff.)。

136) たとえば, 債務者のみが履行できる債務が債務者の個人的な事情により履行できない場合, あるいは, 債務者以外の者も履行できる債務が債務者自身によっては履行できなくなり, かつ, その履行不能を生じさせた事情により, 代わりに履行すべき人を指定することもできない場合などが債務自体を消滅させる不能の例として挙げられる (Mommsen, Mora, a.a.O. (Fn. 103), S. 63)。もちろん, 債務者が免責されるためには, ここでの不能が無責の不能でなければならない。

## 1. 19世紀前半の議論状況

### (1) 実体法的側面

まず確認しておかなければならないことは、19世紀のドイツ法の下では、債権の対象が履行の対象も決定づけたということである。すなわち、債権の対象と履行の対象が同一視された<sup>137)</sup>。このことは、次の2つの点に関わる。

#### ア 債務者の拘束

17世紀には、債務者は、債権者の意思に反しても、利害関係分を給付することによって、現実的履行を行う義務を免れることができると考えられていた<sup>138)</sup>。しかし、すでに19世紀には、債務者は現実的履行の義務を負担し、これが債務者との関係で填補賠償に優先すると考えられた。これにより、債務者は、現実的履行の代わりに金銭賠償を債権者に押し付けることがもはやできなくなった。すなわち、債務者は、債権者から現実的履行の請求を受ければこれを拒むことができず、これを拒めば、現実的履行を裁判によって命じられる可能性が生じた<sup>139)</sup>。

たとえば、プフタは、次のように述べる。「履行の対象は、債権の対象を通じて与えられる。債務者は、それを分割したり、変更したりすることはできない。すなわち、債権者にその意思に反してあるものの代わりに別のものを弁済することはできない (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*)」<sup>140)</sup>。

また、ヴェツェルは、次のように論じる。古代においては、方式書訴訟では有責判決が常に金銭に向けられたのに対して、特別訴訟手続では本来の訴権対象の実現を命ずることができた。それ故に、ユースティーニアヌス帝法（市民法大全）では、可能な限りで特定の金額または物について判決を下すことが

---

137) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 66.

138) Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 16. Abt. 1, Erlangen 1814, S. 113 f.; Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 41 f.

139) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 66; Seong, a.a.O. (Fn. 71), S. 46 f.; Dedek, a.a.O. (Fn. 128), S. 139.

140) Puchta, a.a.O. (Fn. 85), § 239.



裁判官に命じられた。ただし、為すことは金銭で評価しなければならなかった。そして、現在では、この観点がさらに推し進められ、「請求と敗訴判決は、原則として、個別の事例で債務とした負担したものに向けられなければならない。為す債務も例外扱いされない」<sup>141)</sup>。

## イ 債権者の拘束

### (ア) 債権者の選択権を肯定する見解

18世紀終わりから19世紀初めにかけては、債務不履行の場合に、債権者は、給付それ自体の請求と給付に代わる損害賠償の請求とを選択することができるとする見解が唱えられていた<sup>142)</sup>。

141) Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, Leipzig 1854, § 46 (S. 404 f.).

さらに、ヴェヒターは、次のように述べる。ユースティーニアヌス帝法（以下、「ユ帝法」という）より前の時代には、利害関係分は、本来債務として負担したことではなかった。もともと原告には利害関係分を求める権利はなく、通常は、本来債務として負担した給付を訴求することしかできなかった。それ故にこそ、また、それ故にのみ、被告は、訴訟の間に、自己の債務を給付することによって利害関係分の敗訴判決を免れることができた。しかし、ユ帝法では、敗訴判決が金銭有責判決に限られるという前提はなくなった。今や有責判決は、物それ自体に向けられる。裁判官は、物それ自体に向けた有責判決を下すことが許されるというだけではなく、常にそうしなければならない (Carl Georg Wächter, *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte*, 2. Heft, Stuttgart 1846, S. 24)。

142) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 32 ff. ヴェルトヴァインは、このような見解が当時に広く定着していたものと主張するもの (Ibid., S. 35)、本文中に掲げたジントニス以外にその立場を明確にしている文献は見当たらず、その結論は留保せざるを得ない (なお、Janwillem Oosterhuis, *Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century: Remedies in an age of fundamental rights industrisation*, Leiden 2011, S. 95 によれば、当時の裁判実務の立場を調査することは困難であるという)。

ヴェルトヴァインが挙げるダペロウ (Christoph Christian Dabelow) の記述からは、債権者の選択権を認めていることは読み取れない。すなわち、「契約においては、次のことも合意の必然的な効果である。引き受けた債務を履行しない者は、履行できないにせよ履行する意思がないにせよ、いずれかが然るべく証明されるのに応じて、相手方に対してすべての損害および利害関係分の賠償を義務付けられる」

(Christoph Christian Dabelow, *Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-* ➤

① 為す債務について債権者の選択権を肯定する見解

たとえば、ヘプフナーは、為す債務について現実的履行を請求することができないという見解には賛同しない旨を述べたうえで、次のように述べる。「ローマ法（die Gesetze）が言っているのは、為すことを給付しない者が利害関係分について責めを負うべきであるということだけであり、債権者（Promissarius）がそれで満足しなければならないということではない。ところで、このことは、債務者（Promittent）が為すことの履行を拒む場合に、為すことの強制を求めるよりも、利害関係分を請求するほうが多くの事例でより賢明であるということを否定するものではない。なぜなら、強制を必要とする場合に、債務者が債務の内容通りに為すことは困難だろうからである」<sup>143)</sup>。

さらに、ヴェニング＝インゲンハイムは、次のように述べる。「為す債務が問題となる場合においても、債権者が賠償によって満足しないとき……は、債務者が利害関係分を給付することによって……債権者の履行を求める訴権を害することはできず、その限りで、現実的履行の原則（die Regel genauer

---

↘Deutschen Privat-Recht, Teil 1-2, Halle 1803, § 191)。

もっとも、18世紀の終わりから19世紀の初めにかけて、債権者との関係で、現実的履行の請求がそれに代わる損害賠償に優先していたことを明確に示す文献は、ほとんど見当たらない（その例外として、Hellfeld, a.a.O. (Fn. 47), § 316（第2章第1節第1款2(3)を参照）。したがって、両者の選択を肯定する見解が少数説であったとまで断定することもできない。

もちろん、債権者に現実的履行と填補賠償を求める権利の併存および選択を認める考え方それ自体は、法発展の中における1つの有力な立場であり、必ずしもこの時代に特有なものではない。たとえば、それは、特に為す債務について、アーズ（Azo）やアックルシウス（Accursius）の見解に見出される（Hermann Dilcher, Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie, ZRG RA Bd. 78 (1961), S. 283 Fn. 30, S. 284 ff.; Karin Nehlsen-von Stryk, Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung, AcP Bd. 193 (1993), S. 542; Martin Schermaier, Rezeption zu Tilman Reppen, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, ZRG RA Bd. 115 (1998), S. 643; Harry Dondorp, Specific performance: A historical perspective, in: Jan Smith et al. (Eds.), Specific performance in contract law: National and other perspectives, Antwerp 2008, pp. 270-271)。

143) Höpfner, a.a.O. (Fn. 39), § 743; ders., a.a.O. (Fn. 80), § 743.

Erfüllung) が当てはまるだろう」<sup>143-1)</sup>。この記述からは、為す債務の債権者は、損害賠償で満足する場合には、現実的履行の請求ではなく、利害関係分の給付を請求できたと理解することができる。

18世紀には、為す債務について、利害関係分の訴求可能性に加えて、現実的履行の訴求可能性および強制可能性が徐々に認められていった<sup>144)</sup>。そのよう

143-1) Wening-Ingenheim, a.a.O. (Fn. 73), § 195. ヴェニング＝インゲンハイムは、同書の第3版では、債務者が利害関係分の給付を債権者に押し付けることはできないとしたうえで、次のように述べていた。「これに対して、債権者には、為すことの代わりに利害関係分を請求する権利が帰属するだろう。それは、為すことが適時に履行されない場合、または、債務者が責めを負うべき過失によって為すことが不能になった場合である」(Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, Bd. 1, 3. Aufl., München 1827, § 195)。

144) 為す債務について、債権者による現実的履行の請求が認められること、したがってまた、原告が履行を請求している場合に裁判所が履行を命じなければならないことは、註釈学派の中でアーツによって有力に主張された。履行の強制方法については詳しく論じられなかったものの、履行を拒む債務者には原告によって利害関係分として宣誓された金額の支払いが命じられていたと考えられている (Harry Dondorp, precise cogi: Enforcing specific performance in medieval legal scholarship, in: Jan Hallebeek (Ed.), The right to specific performance, Antwerp 2010, pp. 24-26, 44-50, 53 (以下では本論文を „Dondorp, 2010“ と略称する)。アーツによれば、売主が目的物を引き渡す債務 (obligationes tradendi) も為す債務に含まれるものの、これには為す債務の原則は当てはまらず、現実に履行するか、損害を賠償するかを売主が選択することができた (Harry Dondorp, Einflüsse des kanonischen Rechts auf die Lehre des Erfüllungszwangs, ZRG KA Bd. 95 (2009), S. 133 f. (以下では本論文を „Dondorp, 2009“ と略称する) ; Dondorp, 2010, pp. 35, 38)。

註解学派の下では、バルトールス (Bartolus de Saxoferrato) によって、法令または遺言により生じる債務と合意 (conventio) により生じる債務とが区別され、後者については、原則として、為す債務 (バルトールスの分類によれば、単純な為す債務 (mere faciendi, merum factum) であり、引渡し (tradere) や返還 (restituere) 債務を含まない) の履行を強制することはできず、債務者は利害関係分を給付することによって解放されると主張された。14世紀の通説によれば、この原則は、当事者の合意によって覆すことができなかった。これに対して、バルドゥス (Baldus de Ubaldis) は、債務者が宣誓によって現実的履行を約束した場合には現実的履行の強制が認められると主張した。このような例外は、後期の註解学派によって受け入れられた (Nehlsen-von Stryk, a.a.O. (Fn. 142), S. 543 f.; Dondorp, 2009, S. 138 ff.; Dondortp 2010, pp. 50-51, 53)。

さらに、16世紀に入ると、人文主義法学者のドネッルスらによって、売買契約ノ

な変化の末に、18世紀の終わり以降、為す債務について、利害関係分を請求することと並んで、現実的履行を請求することが債権者に選択的に認められていたと推測することができる<sup>145)</sup>。

② 売主の引渡債務について債権者の選択権を肯定する見解

また、売買契約における売主の引渡債務について、グリュックは買主の選択権を認めていると考えられる。すなわち、「引渡しが行われない場合において、買主が損害賠償で満足するつもりであったり、目的物がもはや手に入らなかったりするであろうときは、利害関係分の支払いを訴求するか、または、その旨の判決を手にすることができる」<sup>146)</sup>。この記述からは、為す債務に分類される

---

ゝ上の引渡債務を含む為す債務の訴求可能性と強制可能性は明確に否定された。しかし、17世紀末以降、オランダのフーバー（Ulrik Huber）とその影響を受けたトマジウス（Christian Thomasius）らによって、あらゆる債務の訴求可能性と現実的履行の強制を原則として肯定する見解が主張され始めた。為す債務の強制方法としては、金銭罰または拘禁罰が利用された。この考え方は、なかなかドイツで受け入れられず、ようやく18世紀の末ごろになって、浸透し始めたと思われる（Nehlsen-von Stryk, a.a.O. (Fn. 142), S. 544 ff.; Oosterhuis, a.a.O. (Fn. 142), pp. 27-43, 78-85）（邦語文献では、註釈学派および註解学派について、森田修・前掲書（前掲注49）25頁以下で、ディルヒャー（Hermann Dilcher）の見解が詳細に紹介および検討されている。さらに、ドネッルスの見解については、同43頁以下、ドイツにおけるパンデクテンの現代的慣用以降の議論については、同125頁以下を参照）。

145) 1834年に出版された訴訟法のハンドブックでも、為す債務の現実的履行を特別扱いする記述が見られる。すなわち、「為す債務の場合には、以前と同様に、裁判官は、履行しようとする被告に対して、利害関係分の有責判決を命じるのが一般的である。しかし、その理由は、私的自由の保護にあるわけではなく、むしろ、為すことがなお可能であったとしても、為すことを強制することが原告にとって重要ではないだろうからである」（Augst Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses, Bd. 1, Bonn 1834, S. 338）。

146) Glück, a.a.O. (Fn. 138), S. 115. 為す債務一般について論じる箇所では、債権者が利害関係分を給付して解放されることは許されないものの、為す債務の給付をしていない債権者が利害関係分の給付を命じられることはあると述べたうえで、次のように言う。「債権者が利害関係分を請求することができるのは、たとえば、債務者の遅滞のために、為すことの給付にもはや有用性（Nutzen）がない場合、債務者が過失によって為すことを給付することができなくなった場合、または、為すことの現実的給付を強制するために強制執行（richterliche Zwangsmittel）が用いられたものの、それが奏功しなかった場合である」（Glück, a.a.O. (Fn. 53), S. 306 f.）。

引渡しが行われない事例で<sup>147)</sup>、買主に利害関係分の支払いを請求する選択肢が認められているように理解することができる。

③ 一般的に債権者の選択権を肯定する見解

債務の種類に限らず、これをより一般的に論じるのは、ゾイフェルト (Johann Adam Seuffert) とジントニス (Carl Friedrich Ferdinand Sintenis) である。

まず、ゾイフェルトは、次のように述べる。「債務者が履行を怠るときは、債権者は、本来の対象の代わりにその価値を請求することができる」。「利害関係分を給付する債務は、債務者が本来の給付を不能にしたり、拒んだり、遅らせたりした時に直ちに生じる。ただし、債務者に対して追及が行われる (belangen) までは、債務者は、それまでの遅滞について損害賠償を提供する限りで、主給付 (Hauptleistung) をなお追履行することができる」<sup>148)</sup>。この記述からは、債務不履行の場合には、債権者が債権の本来の対象と並んで、その価値の請求をすることができたと理解することも可能である。

さらに、ジントニスによれば、債務者が債務不履行に陥った場合、債権者は、選択的に、為すこと、引き渡すこと、与えることを求めて訴えを提起するか、あるいは、為すことまたは引き渡すことの利害関係分、与える債務の場合には物の価格を求めて訴えを提起することができるという<sup>149)</sup>。

(イ) 債権者の選択権の否定

しかし、以上で見てきた債権者の選択権は、債権の対象と履行の対象が同一視されると、もはや基礎づけることができなくなった。すなわち、債権者の履

147) 売主の引渡し債務は、為す債務に分類されている (Glück, a.a.O. (Fn. 138), S. 116)。

148) Johann Adam Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts, Bd. 2, Würzburg 1825, § 240 Fn. 5.

149) Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio emti im Besondern, d. i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 11, 1838, S. 72.

行請求権は、給付、つまり、現実的履行に制限されなければならなかった<sup>150)</sup>。プフタは、前述の引用箇所が続けて言う。「同様に、当然のことながら、債権者は、債務関係の対象とは異なるものを請求することができない」<sup>151)</sup>。また、ヴェヒターは、次のように主張する。すなわち、債務者が債務不履行に陥った場合、債権者は、常に本来の給付を訴求しなければならない。訴えに理由があるときは、裁判官は、常に本来の給付を直ちに命じなければならない、その価値および利害関係分を命じてはならない。ただし、訴えの対象をもはや給付することができず、被告がそのことについて責任を負わなければならないとき、または、原告がその他の理由から訴求の対象の代わりに損害賠償を金銭で請求できるときは、この限りでない。この場合には、まさにこの金銭債権が本来の給付の代わりとなり、今度はこの金銭債権が本当に債務として負担した給付となる<sup>152)</sup>。

## （2）手続法的側面

直前で紹介したヴェヒターの見解から明らかであるように、債権の対象と履行の対象との同一視は、債権者だけでなく、裁判所も拘束した。原則として、債権者は、本来の給付を訴求しなければならない、裁判所も本来の給付を命ずる判決を債務者に下さなければならない。そして、「金銭価値自体が直接に債権の対象ではない場合において、いつ金銭価値の形で有責判決が下されるかは、手続上の問題である」とされた<sup>153)</sup>。この手続は、金銭評価手続（Liquida-

150) Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 66; Seong, a.a.O. (Fn. 71), S. 47.

151) Puchta, a.a.O. (Fn. 85), § 239.

152) Wächter, a.a.O. (Fn. 141), S. 26 f.

153) Puchta, a.a.O. (Fn. 85), § 239. プフタによれば、故意または過失による債務不履行によって既存の債務関係に転形が生じる（本章第2節第2款2を参照）。したがって、いつ金銭価値の形で有責判決が下されるかは、手続法上の問題ではなく、実体法上の問題に他ならないはずである。引用箇所は、一見するとこのことと矛盾するように見えるが、そうではないだろう。すなわち、プフタは、引用個所で、「金銭価値自体が直接に債権の対象ではない場合」を念頭に置いている。填補賠償請求権への転形が生じる場合には、金銭価値自体が直接に債権の対象であるから、いつ金銭価値の形で有責判決が下されるかは、手続法上の問題ではなく、債務転形という実体法上の問題である。

tionsverfahren) と呼ばれる特殊な執行手続である<sup>154)</sup>。

金銭評価手続について、当時の普通訴訟法の教科書は、次のように説明する。すなわち、本来の給付を命ずる判決が確定したとしても、その判決が現実の執行に適さない場合や執行が挫折する場合もある。この場合には、勝訴当事者である債権者の申立てに基づき、裁判所は、債務額を計算して、債務者にその支払いを命じることができる。債務者がこの命令に従わなければ、債権者の申立てに基づいて強制執行手続へと進む。債務額を計算する場合において、訴訟資料から直ちに金銭評価をすることができないときは、略式とは言え書面または口頭で被告の意見が聴取されなければならない。被告が関連事実の正確さを争う場合には、それについて初めて準備手続が開かれる。そこでは、争点が決定された後に証明と反証が認定され、「対象、種類、金額 (quid quale quantum)」が確定される。以上の手続を金銭評価手続と呼ぶ<sup>155)</sup>。また、不法行為に基づく訴訟や不能な給付について債務不履行を理由に訴訟が提起された場合のように、最初から判決が金銭評価額 (Schätzungssumme) に向けられている場合には、金銭評価の前提事実が訴状中に表れていない場合でも、利害関係分または損害賠償それ自体を判決することが許される。そして、金銭評価額の確定は、金銭評価手続に留保される<sup>156)</sup>。いずれにしても、金銭評価手続を含む執行手続に入るためには、判決が確定していなければならない<sup>157)</sup>。

154) 金銭評価手続の概要について、Wollschläger, a.a.O. (Fn. 39), S. 147; Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 70 f.; Dedek, a.a.O. (Fn. 128), S. 140 ff. を参照。金銭評価手続に類似する制度は、プロイセン一般裁判所法 (AGO) にもある。

■プロイセン一般裁判所法第1部24章56条 物を義務者の自宅または支配下で見つけることができないために、前条までに定めるように判決に従わせることができないときは、執行債権者は、相手方に対して、宣誓を求めるか、または、物を支配することができないことにより自らに生じた利害関係分をただちに金銭評価し、かつ、その取立てを申し立てることができる。

155) Christoph Martin, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Bd. 2, Leipzig 1857, § 138 (S. 107 f.).

156) Wetzell, a.a.O. (Fn. 141), § 46 (S. 405 f.).

157) Justin Timotheus Balthaser von Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civil-processes, 7. Aufl., Bonn 1850, § 366.

## 2. 当時の議論状況とモムゼンの不能論との関係

モムゼンによれば、債務者が債務不履行に陥った場合、債権者は、現実的履行を求めて訴えを提起し、債務関係の成立を証明すれば足りる。これに対して、債務者が免訴されるためには、債務者の故意も過失もなく給付が不能になったこと——真正な後発的不能——を債務者が証明しなければならない。この証明に債務者が失敗すれば、債務者には敗訴判決が下される。このような意味で、無責の後発的不能は、債務者の免責事由に位置づけられる。

### (1) 手続法との関係

当時の普通法によれば、ここでの敗訴判決は、現実的履行を命ずる敗訴判決である<sup>158)</sup>。この判決が確定し、その執行が挫折すれば、裁判所は、債権者の申立てに基づき、執行手続の中で現実的履行に代わる金銭評価額を確定することができる。また、債権者が最初から利害関係分の支払いを求めて訴えを提起して、これに理由があると認められれば、金銭評価を留保しつつ敗訴判決が下される。もっとも、債権者が最初から利害関係分の支払いを求めて提訴することは、実際的ではない<sup>159)</sup>。なぜなら、債務者が主観的または客観的に履行できないのか、それとも、そもそも履行する意思がないのかを債権者が知ることは、通常はできないはずだからである。そうだからこそ、債務者が履行不能に陥っているという事実を債権者が主張・立証する必要がないという点に、モムゼン理論の実際の意義の1つがある。債務不履行を理由とする損害賠償は、執行手続の中で実現される。このように、無責の後発的不能を免責事由に据えるモムゼンの見解は、当時の普通民事訴訟制度と結び付くときに初めて、その実際の意義を発揮すると言える。

158) 不能であることが証明されたとしても、無責であることが証明されなければ、現実的履行を命ずる敗訴判決が下される（Dedek, a.a.O. (Fn. 128), S. 151）。

159) たしかに、モムゼンは、次のように述べている。有責な不能の事例では、「債権者は直ちに履行を訴求し、場合によっては（eventuell）、損害賠償を請求することができる」（Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 294 Fn. 8）。しかし、普通民事訴訟法を前提として考えれば、この「場合によっては」という表現は、履行を命ずる敗訴判決の執行が挫折した場合を指していると解すべきだろう。



## (2) 実体法との関係

## ア 債権の本来的内容の実現の優先

モムゼンの不能論が登場する前の19世紀前半には、債務者が債務の内容を現実に行うかその利害関係分を履行するかを選択権が債権者にはもはやまったく認められていなかったのに対して、現実的履行の請求とその利害関係分の請求との選択権が債権者には認められるとする見解が主張されていた。その時点では、債権の本来的内容の実現がその価値的実現よりも優先するという思考がまだ完全には定着していなかったとすることができる。しかし、債権者のそのような選択権を明示的に否定する見解が、遅くとも1840年代には当時の著作の中にはっきりと現れた。選択権の否定は、サヴィニーによって主張された債務転形論の広がりからも伺うことができる（本章第2節第2款）。債務転形論によれば、故意・過失・遅滞などの転形事由によって債権の本来的内容が消滅することなしに損害賠償などの他の内容へと転形する。したがって、そこでは、債権の本来的内容の優先によって債権者が現実的履行の請求に拘束されることが前提とされている。

## イ モムゼンの見解

それでは、モムゼンは、履行請求権と填補賠償請求権との関係についてどのように考えていたのだろうか。モムゼンの不能論によれば、債権者は、債務の履行が債務者の責めに帰すべき事由によって履行できなくなっている場合でも、債務の履行を請求することができ、裁判所も履行を命じる有責判決を出すことができる。モムゼンにとっては、「真正な不能」が認められない限りは、履行は可能だと判断されるから、裁判所が不可能なことを命じていることにはならない。しかし、同時に、モムゼンは、債務者が「真正な不能」を主張立証できず、したがって、免責されない場合には、債務の本来の対象は等価物（利害関係分）へ転形すると明確に述べている<sup>160)</sup>。モムゼンの説明を額面通りに受け

160) Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 230; Mommsen, Mora, a.a.O. (Fn. 103), S. 19 f.; Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 70.

取れば、一方で、現実的な履行の請求を内容とする債務は存続し、他方で、その債務の本来的内容が填補賠償請求権へ転形するようになる。両者の関係は、どのように理解したらよいだろうか。この点を次に検討しよう。

### 3. 債務転形論

#### (1) 履行請求権の存続

まずは、債務者有責不能の場合に、履行請求権が存続することを改めて確認しておこう。モムゼンは、次のように述べる。「有責な不能については、継続的不能と一時的不能を区別することの意味はない。いずれの場合にも、債権者は、直ちに履行を訴求することができ、場合によっては（eventuell）、損害賠償を請求することができる。いずれの場合にも、……不能が事後的に取り除かれ、かつ、債務者が利害関係分を給付することによってまだ解放されていないときは、債務者は、債権の本来的内容を給付しなければならない。そして、現行法では、債権の本来的内容を強制執行できることに疑いはない。このことは、有責な不能が義務に影響を与えないことの結果として生じる」<sup>161)</sup>。モムゼンのこの叙述からも分かるように、債権の本来的内容を求める権利は、債務が債務者有責で不能になった場合には、何らの影響も受けずに存続する。

#### (2) 債務転形

##### ア モムゼンの債務転形論の特徴

次に、債務転形について述べられている個所を見てみよう。「……損害賠償が給付されなければならないかどうかは、債務者に有責性があるのかないのかに左右されるのだから、債権者が債務者の過失を証明しなければならないという考え方は容易に出てくるかもしれない。給付の不能が存在するだけで債務が消滅し、有責な侵害によって新たな独立の損害賠償請求権が基礎づけられるのだとするならば、そのような考え方にもなるだろう。しかし、ローマの法律家は、そのようには考えなかった。彼らによれば、給付の無責の不能のみが債務の消滅原因である。この見解によれば、有責な不能は、債務の存続に影響を与えない。それが初めて債務の存続に影響するのは、履行されなければならない

161) Mommsen, Unmöglichkeit, a.a.O. (Fn. 83), S. 294 Fn. 8.

時である。その時には、債務の本来の対象は等価物（利害関係分）へ転形する<sup>162)</sup>。

この引用箇所から、次の3点が明らかである。

第1に、有責な後発的不能によって、債務の本来的内容が填補賠償請求権へ転形する。

第2に、モムゼンが債務転形論を採用する理由は、債務者に免責事由の証明責任を課すためである。すなわち、債務転形論を採らず、填補賠償請求権が本来の債権とは独立に成立するとすれば、次のような結果となる。債務者に対して現実的履行を命じる敗訴判決が出された後に、執行手続で同判決の執行ができないことが明らかとなった場合、債務者は、改めて債権者に対して填補賠償請求の訴えを提起しなければならない。しかも、本来の債務とは独立に填補賠償請求権が成立するかどうかは、債務者に過失があるかどうかによって決まるのだから、この場合には、債務者に過失があることを債権者が証明しなければならない。

第3に、転形する時期は、「履行されなければならない時（wenn erfüllt werden soll）」であって、給付が有責に不能になった時ではない<sup>163) 164)</sup>。給付

162) Mommsen, Mora, aa.O. (Fn. 103), S. 19 f.

163) 原文の „wenn erfüllt werden soll“ は、「履行するつもりがある場合に」とも読める。したがって、債務者が給付を価値的に履行する意思を示した時に債務転形すると解することもできる。しかし、そのように解すると、債権者が現実的履行を請求する可能性を債務者の意思で奪うことができることになる。このような理解は、不能が生じた後も債権者が現実的履行を請求できることを重視するモムゼンの見解とは相容れないだろう。そこで、債権者と債務者が填補賠償による履行に合意した時に填補賠償請求権への転形が生じると理解する見方も主張されている（Albers, aa.O. (Fn. 92), 2. Kap. II 2 b)。

164) 債務転形時に関するこのような理解は、モムゼンの他の記述とも平仄が合う。

1つは、債務者有責不能の場合に、債務が利害関係分の賠償請求権に「直ちに転形するわけではない（nicht unmittelbar verändern）」と述べている箇所である（Mommsen, Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 229）。

もう1つは、すでに引用した箇所（本節第3款1）である。すなわち、「債務が履行されるためには、不能になった給付は、可能な給付である等価物（利害関係分（Interesse））へ転形（verwandeln）することが必要である」（Ibid., S. 229）。不

が有責に不能になっただけでは債務が転形しない理由は、次のように推測することができる。すなわち、給付が有責に不能になっただけで債務の本来的内容が填補賠償請求権に転形してしまえば、債権者が本来の履行を求めて訴えを提起し、債務者が無責の不能を証明できない場合であっても、単に不能であることを証明しさえすれば、履行請求権が存在しないことが明らかとなり、訴えは棄却されてしまう。その結果、債務者が免責事由を証明できなかったにもかかわらず、債務者有責の判決が出されず、金銭評価手続に入ることもできない。これでは、金銭評価手続を用意していた当時の執行手続がその機能を十分に発揮できないことになるだろう。

#### イ 債務転形が生じる時期

モムゼンによれば、給付が債務者の故意または過失によって後発的に不能になった場合には、「履行されなければならない時」に債務の本来的内容が損害賠償へ転形する。「履行されなければならない時」とは、より正確には、執行手続である金銭評価手続に入る時、すなわち、債権者が金銭賠償による履行の申立てを裁判所に対して行った時と言い換えることができるだろう。したがって、給付が不能になった後も金銭評価手続に入るまでは、債権の内容に変化が生じることはなく、債権者に履行請求権が帰属する。

#### ウ 債権者の選択権

以上のように、モムゼンの理論は、金銭評価手続を含む当時の訴訟手続に強く規定されている。もちろん、それにもかかわらず、債権者が債務者に対して現実的履行の請求ではなく、直ちに填補賠償を請求することもできたと推測される<sup>165)</sup>。少なくともそのことは明示的には否定されていない。しかし、その

---

、能な給付が履行されるためには、その内容が金銭的給付に変わる必要があるのだから、転形時を不能時ではなく、履行時と解するのが合理的である。

165) フーバー (Ulrich Huber) は、これとは異なる読み方をする。すなわち、モムゼンの見解によれば、債権者は、執行手続の中でのみ、填補賠償へ請求を切り替えなければならなかった (Ulrich Huber, Zur Auslegung des § 275 BGB, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997, S. 222)。このような理解によれば、給付が債務者の責めに帰すべき事由により不能であっても、債権者は、直ちには填補賠償を請求することができないことになる。

場合には、債権者は、債務者の有責な不能について証明責任を負うことになったであろう。要するに、モムゼンの不能論では、有責な不能が生じた場合、債権者には、現実的履行を請求するかその等価物を請求するかの選択権があったとすることができる。そして、初めに現実的履行の請求が選択されて、その旨を命じる敗訴判決が出されたものの、現実的履行の実現が強制執行に馴染まず、あるいは、挫折したために、債権者が金銭賠償の形での強制執行の開始を申し立てた時、または、当初から填補賠償の請求が選択された時に、債務転形が生じたと理解することができる<sup>166)</sup>。

モムゼンは、債権者が初めから填補賠償を請求した場合には、何も述べていない。たとえば、一時的不能の場合や主観的不能の場合にも、債権者が債務者の有責性を証明すれば填補賠償を請求できたかどうかは、明らかでない。唯一はっきりとしているのは、不能が損害賠償責任を基礎づける責任要件ではなく、免責要件であったことから明らかであるように、いかなる場合に填補賠償を請求できるかという問いの答えは、履行が不能かどうかとは関係しないということである。したがって、モムゼンが填補賠償請求権の成立要件を不能論の中で論じていないのは、当然のことである。

## 第5款 真正な後発的不能の効果

最後に、真正な後発的不能の効果を紹介しておこう。

### 1. 給付義務からの解放

モムゼンは、真正な後発的不能の効果として、債務者が事変によって不能に

七七七

166) これに対して、モムゼンが債務転形論そのものを否定したという見方もある。すなわち、モムゼンによれば、給付が不能になっても、「債務者は、債務が利害関係分の給付その他の方法により消滅するまで、債務関係の本来の対象へと引き続き義務づけられる」からである。モムゼンが債務転形論を否定したのは、債務転形論の決定的な弱点を回避するためである。その弱点とは、債権者が損害賠償を請求するために、債務者が履行しておらず、かつ不能について債務者が有責であることを証明しなければならないことである (HKK/Schermaier, a.a.O. (Fn. 93), § 275 Rn. 33)。しかし、このような見方は、債務転形を明示的に肯定するモムゼンの記述と明らかに矛盾しており、賛同できない。

なった給付義務から解放されると言う（S. 286）。その結果、債務者が損害賠償責任を免れること、また、債務者が現実的履行の義務から解放されることは、すでに述べてきたとおりである。債務者が給付義務から完全に解放されるには、完全な不能（völlige Unmöglichkeit）が現実には生じなければならない。単なる一部不能の事例では、債務者は損害賠償義務を負わないものの、まだ不能ではない部分の給付を実現しなければならない（S. 286）。

一時的不能が完全な不能となるのは、給付が一定の時間と結びついている場合である。そうでない場合には、一時的な不能によって債務者が給付義務から解放されることはない。もちろん、一時的不能が債務者の有責性なしに生じたときは、債務者は、履行の遅延を理由に損害を賠償する必要がない。不能が除去される前に債権者が履行を求めて訴えを提起したときは、債務者は、延期的抗弁（dilatatorische Einrede）で対抗することができる（S. 295）。

## 2. 代償の引渡し

さらに、債務者が債務から解放されたとしても、債務者は、不能を惹起した出来事（Ereignis）によって債務者の財産に帰属するに至った利益（commodum）を債権者に給付する義務を負う。利益は、危険を負担する者に帰さなければならない（commodum ejus esse debet, cujus periculum est）。たとえば、受寄者は、帰責事由なく寄託物を売却したときは、返還義務から解放される。しかし、寄託者が占有者に対して寄託物の取戻しを請求（vindicare）しない限りにおいて、寄託者は、受寄者が獲得した売買代金、または、売買代金に向けられた売主訴権の移転（cessio）を請求することができる（S. 297 f.）。

## 3. 危険負担と解除権

双務契約では、危険負担と契約の解除が問題となる。

### (1) 危険負担

第1に、事変による不能が生じた場合には、反対給付の帰趨が問題となる。これは、現在の用語法で言えば、対価危険の問題にあたる。モムゼンは、対価危険の一般論を展開するのではなく、契約類型ごとにローマ法文を検討し、そこから反対給付に関する準則を抽出している（S. 329 ff.）。売買と賃約（loca-

tio conductio) における結論のみを示せば、次のとおりである。

売買契約では、売主は、買主に対して、反対給付を請求することができる。つまり、売主が契約で引き受けた義務を履行したのとまったく同じ効果が生じる (S. 330 f.)。

賃貸借契約——物の賃貸借 (locatio conductio rei) ——は、売買契約とは別異に扱われる。すなわち、売買契約とは異なり、賃貸借契約では、賃貸人の不能になった給付は履行されたものとは扱われない。したがって、賃貸人は、賃借人に使用収益させた期間についてしか賃料を請求することができない。賃借人が賃料をすでに支払っていたときは、支払い過ぎた分の返還を請求することができる (S. 343)。

雇用契約——労務の賃貸借 (locatio conductio operarum) ——では、給付が被用者の有責性なく不能になった場合、被用者は、給付しなかった労務について反対給付を請求することができない。ただし、被用者は、以下の場合には、労務の給付について有する利害関係分の支払いを使用者に請求することができる。第1に、使用者の帰責事由により、または、使用者の意思に基づいて給付が受領されないことにより、履行が妨げられた場合、第2に、使用者が自身の事実的な障害によって給付を受領することができない場合である (S. 362)。

請負契約——仕事の賃貸借 (locatio conductio operis) ——に関する準則は、注文者による仕事の性状承認 (adprobatio) が必要な場合とそうでない場合に分かれる。まず、性状承認が必要な場合には、承認後は注文者が危険を負担する。これに対して、性状承認前に事変によって不能が生じたときは、請負人が危険を負担する (S. 377)。性状承認が不要である場合は、請負人が仕事終了 (Beendigung) 時まで危険を負担する (S. 381 f., 384)。給付が可分であるときは、雇用契約と同様の準則が適用される (S. 385 f.)。

## (2) 解 除

第2に、一時的不能を含む一部不能では、債権者が契約を解除できるかどうか問題とされている<sup>167)</sup>。事変による給付の一部不能によって給付が履行さ

167) 一時的不能における契約解除権は、Dig. 18, 1, 57 から導かれている (Mommsen, *■*

れたものとして扱われる場合——現在の用語法で言えば、債権者が対価危険を負担する場合——には、債権者は、契約を解除することができない（S. 290）。これに対して、事変による給付の一部不能によって給付が履行されたものとして扱われない場合——現在の用語法で言えば、債務者が対価危険を負担する場合——には、債権者は契約を解除することができる（S. 297）。このような解除権に意味があると考えられているのは、反対給付の一部縮減による契約の一部存続では債権者にとって契約を締結した意味がない場合である（S. 182 を参照）。

## 第6款 小 括

### 1. 真正な不能

モムゼンは、債務不履行の一類型として不能を取り出す。もっとも、不能はそれ自体が法的効果に結びつけられているわけではない。他の債務不履行とは異なる特別な効果を伴う不能だけが真正な不能と呼ばれる。特別な効果とは、原始的不能については債務関係の無効であり、後発的不能については債務者の免責である。真正な不能とこれらの効果は結びつけられている。しかし、ある債務不履行が真正な不能に当たるから、これらの効果が生じるというわけではない。むしろ、これらの効果を生じる不能が真正な不能と呼ばれているにすぎない。したがって、重要なことは、債務不履行において、いかなる場合に債務関係の無効や債務者の免責が認められるべきかである。モムゼンがその論文で詳細に論じるのは、まさにこの点である。

### 2. 免責事由としての不能

モムゼンが真正な後発的不能として扱っているのは、伝統的には事変

---

↘Unmöglichkeit, aa.O. (Fn. 83), S. 164 f.)。また、同じく一部不能に含まれる質的不能については、瑕疵担保解除訴権 (actio redhibitoria) が問題となる (Ibid., S. 202)。モムゼンが、債務者の責めに帰すべき事由による一時的不能 (遅滞) の事例で、債権者の解除権をどのように扱っていたかについては、杉本好央「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察 (2) ——解除制度の基礎的研究 (その1)」都法42巻1号172頁以下 (2001年) を参照。



(casus) と呼ばれてきた法概念である。原則として、事変によって生じた損害については、誰も損害賠償を義務づけられない。すなわち、何人も事変については責めを負わない (casus a nullo praestantur)。しかし、モムゼンは、債務者の有責性なく生じた不能の効果論を叙述するための基礎として事変という概念を利用することは適切でないとして、事変を不能——正確に言えば、真正な後発的不能——に置き換えた。なぜなら、事変という概念は、一方で狭すぎるからである。史料の中には、有責性がないにもかかわらず、事変という表現が用いられない法文が存在する。他方で、事変という概念は、広すぎるからである。史料の中には、有責性があるにもかかわらず、事変という表現が用いられる法文が存在する。このように、有責性がないことと事変とが一致しない理由をモムゼンは次のように分析する。すなわち、有責性があるかどうかは、債務関係の性質に応じて様々な形で判断される上に、有責性が連結するのは、有責性と出来事の発生との関係や債務者の振舞いに限られる。これに対して、事変とは外部から生じた出来事であり、事変論で主として重視されるのは出来事の性質である。たとえば、その出来事が予見可能だったかどうか、通常だったかどうかである。

### 3. 不能概念が重視される理由

このようなモムゼンの説明が事変概念に対する正当な批判と言えるかどうかは別として、少なくとも、その説明は、不履行体系の中で不能という障害類型を重視する理由にはなっていない。むしろ、モムゼン自身は必ずしも明示しているわけではないものの、不能概念が重視されるに至った理由は、彼の不履行体系あるいは帰責構造にこそあると考えられる。

#### (1) 履行可能な場合

彼の不履行体系によれば、債務者が債務を履行できるにもかかわらず履行しない場合——債務者が履行を拒絶する場合——には、債務者に有責性があるかどうかを問題とするまでもなく、債務者の違法な保持 (rechtswidriges Haben) を理由として、債権者は債務者に債務の本来的履行を請求することができる。敗訴判決を受けた債務者が債務を履行しない場合には、債務者は故意

で履行をしていないと見られるのだから、債務者は当然に損害賠償責任を負う。

## （2）履行不能な場合

債務者が債務を履行できる場合とは異なり、債務者が債務を履行できない場合には、債務者に不履行を帰責できるかどうかは明らかではない。当時の執行手続である金銭評価手続を前提とすれば、債務者に債務の本来的履行を命ずる判決が出される時点で、債務者に帰責できるかどうかは確定していなければならないはずである。なぜなら、本来的履行について敗訴判決を受けた後に債務者が債務を履行できない場合には、債務者は、金銭評価手続の中で、金銭賠償によりその履行の強制を直ちに命じられうるからである。

これは、次のように説明することもできる。すなわち、履行が可能な場合には、すでに述べたように、債務者が免責される余地はない。これに対して、履行が不能な場合には、債務者が免責の証明に成功すれば、債務者は損害賠償請求権のみならず、履行請求権からも解放される。したがって、不履行に直面した債権者が債務者に対して本来的履行を請求する場合には、その不履行が履行不能であるときに初めて、故意または過失の存否が吟味されなければならない。この点にこそ、不能が有責性の欠如（免責事由）と結びつく理由、したがってまた、不能が特別視される理由がある。

以上のように帰責の観点から履行可能（履行拒絶）と履行不能を区別する立場を、以下では、「履行可能不能二分論」と呼ぶことにする。

## 4. 履行可能と履行不能

### （1）履行可能と履行不能の意味

履行可能と履行不能を言葉通りに「履行できる」場合と「履行できない」場合と理解することは、誤りである。モムゼンの不履行体系では、履行可能とは履行拒絶を意味しており、履行不能とは履行拒絶以外の場合、要するに、債務者に履行する意思があるにもかかわらず履行が妨げられている場合である。すなわち、モムゼンの履行不能概念には、客観的不能のみならず、主観的不能も含まれている。主観的不能とは、履行困難のことを意味する。履行が困難である場合とは、とりもなおさず、履行が可能な場合である。すなわち、「履行不

能」にはもともと「履行可能」な場合が含まれている。しかも、履行困難を債務者が容易に克服できるかどうかは、主観的不能かどうかの判断に影響を与えない。したがって、履行困難（主観的不能）自体が極めて柔軟かつ広範な概念として用いられている点に注意しなければならない。その結果、真正な不能による免責が認められるかどうかの決め手となるのは、有責性の存否にあると言ってよい<sup>168)</sup>。

## (2) 証明責任

このようなモムゼンの不履行体系は、証明責任の視点から観察すれば、次のように説明することができる。すなわち、債務不履行に直面した債権者は、債務の成立を主張して現実的履行を請求すればよい。不能について証明責任を負うのは、債務者である。債務者が主観的不能を含めて履行不能を証明できなければ、履行は可能であると判断され、前述のとおり、故意・過失を問題とするまでもなく、債務者には本来的履行を内容とする有責判決が下される。これに対して、債務者が主観的不能を含めて履行不能を証明できた場合には、故意・過失の存否が問題となる。債務者は、故意・過失の不存在についても証明責任を負うから、この証明に失敗すれば、債務者には、現実的履行を命ずる有責判決が下される。

## (3) 履行遅滞と履行不能

モムゼンの不履行体系では、履行遅滞と履行不能が両立する点にも注意しなければならない。このことは、モムゼンが一時的不能という表現を使っていることから直ちに想起されるだけでなく、次のように説明することもできる。すなわち、履行遅滞の原因は、債務者が履行を拒絶しているか、履行が困難であ

168) Jakobs, a.a.O (Fn. 83), S. 113; Würthwein, a.a.O. (Fn. 46), S. 100.

ヤコプスは、モムゼンが履行請求権から債務者を解放し、損害賠償請求権を免れさせるための要件に無責の不能を用いたこと、換言すれば、債務の履行が可能である場合には必ずその原因を債務者の意思に帰することができると考えたことは誤りであったと述べる。しかし、同時に、ヤコプスは、不履行について債務者の責めに帰すべき事由がない場合に債務者が給付義務から解放される——したがって、損害賠償義務からも解放される——という準則を、モムゼンは不能の境界線を拡張することによって実現したという (Jakobs, a.a.O. (Fn. 83), S. 163 f.)。

るかのいずれかである。後者の場合、すなわち、債務者が履行困難に陥って履行遅滞にある場合には、履行遅滞であると同時に履行不能（主観的不能）である。

債権者が現実的履行を請求した場合に、債務者が事変による一時的不能（事変による履行遅滞）を主張立証すれば、債務者は延期的抗弁を提出できる。すなわち、不能が継続している間は、債務者の給付義務は停止し、債務者は損害賠償責任も負わない。

以上のことから明らかであるように、モムゼンは、遅滞と不能の二分論をとっているわけではない。二分論に着目するのであれば、上述した意味で、帰責の観点から履行可能（履行拒絶）と履行不能（履行拒絶以外）の二分論が重視されていると言うべきである。

#### 5. サヴィニーの不能論との関係

モムゼンは、履行障害法の中核部分——履行請求権の限界論、損害賠償論、危険負担論——に不能要件を据えたという点では、サヴィニーの不能論の承継者であると見ることができる。しかし、モムゼンの後発的不能論は、その重要な部分において、サヴィニーのそれとはまったく異なる点に注意しなければならない。

##### (1) 主観的不能

第1に、後発的主観的不能の取扱いである。たしかに、モムゼンは、サヴィニーから主観的不能という用語法を受け継いだ。しかし、モムゼンによって主観的不能の意味は拡張され、あらゆる程度の履行困難がその範疇に含められた。すなわち、債務者に履行する意思があるにもかかわらず、何らかの原因で履行が妨げられていれば、履行困難があると言ってよい。それに加えて、主観的不能による債務者の解放を否定したサヴィニーとは異なり、モムゼンは、主観的不能に陥った債務者の解放を認めた。これは、物の喪失事例において事変による債務からの解放を肯定するドネッルススの誠意契約上の準則を厳正契約と誠意契約の区別なく一般化したものである。債務者の履行が主観的不能であるときは、債務者に有責性がなければ、同人は債務から解放される。すなわち、第一

次的な請求権からも損害賠償請求権からも解放される。

## (2) 債務転形論

第2に、債務転形論である。19世紀の前半に、債務不履行の場合における現実的履行の請求と填補賠償請求との選択権が債権者から完全に奪われ、現実的履行の請求が優先すると考えられるに至った結果、債権者がいつまで現実的履行の請求に拘束され、いつから填補賠償を請求できるかという問題が生じた。

サヴィニーによれば、給付が債務者の故意または過失によって後発的に不能となった場合には、契約の本来の内容は損害賠償へ転形する。したがって、不能発生時が両者を分かち基準時となり、債権者に履行請求権と填補賠償請求権とが併存することはなく、その選択権も生じない。

これに対して、モムゼンによれば、有責な不能が生じた場合、「履行されなければならない時」が両者を分かち基準時となる。その結果、有責な後発的不能が生じた場合、履行請求権と填補賠償請求権との併存こそ生じないものの、債権者にはその選択権が認められた。すなわち、一方で、債権者が履行請求権を選択すれば、さしあたっては転形が生じることはない。しかし、債権者が債務の現実的履行を受けられなければ、債権者の申立てにより金銭評価手続に入る。その時に初めて転形が生じる。他方で、債権者が最初から填補賠償請求権を選択すれば、直ちに転形が生じる。初めから債権者が填補賠償を請求した場合において、その請求が認められるために、債権者が填補賠償を請求する確定的な意思と債務者の有責性のほかに、どのような要件が必要とされたかについては、明らかでない。モムゼンが現実的履行をどの程度優先していたかは、この要件がどのように設定されていたかに左右される。

### 6. 債権者の責めに帰すべき事由による不能

モムゼンは、債務者による債務の履行不能の原因が債権者にある場合を3つに区分する。この区別は、債務者による不履行の区別（履行可能不能二分論）に対応している。

#### (1) 受領が可能な場合

債権者による受領が可能であるにもかかわらず、債権者がそれを拒絶する場

合が受領遅滞である。これは、債権者の意思に基づく履行障害に他ならないから、その結果は債権者の意思に直ちに帰責される。

（2）受領が不能な場合

債権者による受領が不能な場合は、債権者が免責事由の証明に成功するかどうかによって、2つに分かれる。ここでは、債権者が債務を負っている場合が前提とされる。

第1に、債権者が無責の不能を証明することができないときは、債権者は損害賠償責任を負わなければならない。これが、債権者の責めに帰すべき事由による不能である。

第2に、債権者が無責の不能を証明することができるときは、債権者は損害賠償責任を負わない。これが、債権者の責めに帰することができない事由による不能である。これと異なる準則が雇用契約では見られる。すなわち、使用者が免責される場合であっても、使用者の個人に生じた事変によって給付を受領することができないときは、使用者は被用者に対して損害賠償責任を負う。仕事が多量な請負契約についても同様である。

\* 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。