

F・O・B・契約に於ける

財産権の移轉と危険の負擔

大谷敏治

目次

- 一 緒
- 二 財産権の移轉
- 三 危険の負擔
 - I 給付の危険負擔
 - II 代價の危険負擔
- 四 結

一 緒

迅速性 *rapide* と確實性 *secure* とを一つに併せ盛らんとする商事賣買の契約は、一方にその内容を能ふ限り

F・O・B・契約に於ける財産権の移轉と危険の負擔

詳しく規定しつゝ、他方にその表現を出来るだけ簡潔ならしめんとする。この故に外國貿易の取引に現はるゝ賣買契約は、極めて單純なる用語を以つて表現せられながら、その内容に無限の複雑さを包む。加へて海の内外を連らね、長き距離久しき時に互つて、賣買兩當事者以外に幾多の脇役者を登場せしむる外國貿易の取引にあつては、運送中の物品の滅失毀損の危険・價格變動による危険、頗る大きく、法域を異にするより生ずる紛争・國際慣習乃至慣習法の違へることよりする誤解また容易に解けがたいものがある。

之れ等の困難は、個々の case に於いて、當面の必要から一應は解決しゆかるゝものではあるが、この解決への道程には常に國內法のみならず國際慣習乃至慣習法が、豊かに享け容れられるものであつて、そしてひとたび解決の途到れば、夫れはやがてまた國際慣習への一つの contribution となるもの、この意味に於いて、商取引自體は、徐々にその個性を失つて、商事賣買に關する法制は遙か世界法へと天翻けるものと云はねばならな

56。

本稿は商事賣買に於いてその履行地を船積地に限る契約として C・I・F・契約と俱に最も普遍的であり、最近にはその利用の程度むしろ C・I・F・契約を凌駕しつゝありと云はるゝ⁽²⁾ F・O・B・契約に於いて財産権の移轉と危険の負擔とを、互に相關聯せしめて考察しようとする、意圖するところは、商品交通の直接當事者としての賣買兩者の立場に立つて此の契約の履行を技術的に觀察し、嚮きに筆者の公にせる一篇「F・O・B・契約に於ける費用の負擔」⁽³⁾と相俟つて、此の契約の全貌を描かんとするにある。但し文献に乏しき商事賣買の

實證的理論的研究の分野に於いて、筆者は此の稿を草するに當り、特に教を受くること多かりし若干を除いては唯だ判例に據るの外なかつた。分けて後篇「危険の負擔」を考察するに當つては、専ら吾が法學界の通説に従つたのであるが、その適用に於いて誤つこと多かりしなるべきを、唯だ懼る。

- (1) 田中耕太郎・世界法の理論第一卷昭和七年刊四〇—四一頁、三七一—三七三頁、及び第五章世界經濟の法的規整參照。
- (2) 濱田哲九郎・「貿易契約の新傾向と本邦の課稅主義」自由通商第四卷第十二號所載。此の論文は現代の貿易界の實際が漸次にC・I・F・賣買よりF・O・B・賣買に移りつゝあることを稅關統計によつて實證し、從來C・I・F・價格を標準とせる本邦課稅主義に修正あるべきことを主張せる、示唆深き研究である。
- (3) 拙稿・「F・O・B・契約に於ける費用の負擔」小樽高等商業學校創立二十周年記念論文集昭和六年刊所載。

二 財産權の移轉

抑々F・O・B・契約に於いては、他の商事賣買に於けるとひとしく、契約の當初から特定の物品を約定すること稀れであつて、一般に、見本による賣買(Sale by sample)、標準品による賣買(Sale by standard)、または格或ひは銘柄による賣買(Sale by grade or brand)たることが多く、その法律上の性質は、不特定物に關する財産權の移轉を目的とする雙務契約たるを常とする。従つて「F・O・B・契約に於ける財産權の移轉と危険の負擔」に關する考察は、先づ賣買の目的物の特定の時並びに特定の所に始まる。

凡そ不特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於いて、給付の目的の特定の時は、吾が

國に於いては、債務者が物ノ給付ヲナスニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其ノ給付スベキ物ヲ指定シタルトキなること、民法四〇一條第二項の定むるところ、而して債務履行に必要な行爲の完了が何事なるかは、債務の本旨によつて定まる⁽¹⁾。英法に於いても、當事者の合意によつて、又は賣手の選擇の決定によつて定まる⁽²⁾、故に商事賣買に於いて賣手の如何なる行爲ありたる時に、賣手が債務者として履行すべき一切の行爲をなしたりと云ふべきかは、明示的に默示的に、取り極めおきたる契約の内容によつて之れを決すべきであり、就中最も重要なるは引渡の場所に關する取り極めである。

それF・O・B・賣買とは、普通に、賣手は約定品を賣手の費用に於いて本船上に置かさるべからず、賣手の契約上の義務は茲に終る、引渡は完全に履行せられ、約定品の財産権と危険とは、當該契約に於いて特殊の取り極めあつて既に移轉しおらぬ限り、此の時を以つて買手に移轉し、買手は運賃並びに爾後の一切の費用を負擔すべきもの、と解せらるゝ賣買契約を云ふ⁽³⁾。F・O・B・賣買が、本來海上賣買の性質を有つかまた貿易契約の性質を有つかに就いては、尙ほ疑ひあるにもせよ⁽⁴⁾、斯く解せられたるF・O・B・契約に於いて、引渡の場所 Place of delivery が本船甲板たることに就いては疑ひがな⁽⁵⁾。判事 Bailhache は之れを簡潔に表現して云ふ、
f. o. b. contract is a contract for delivery on board ship and not otherwise. 之⁽⁶⁾。即ち此の契約に於いては一般に、物品特定の時は、賣手がその船積義務を完了した時であり、特定の所は、本船甲板上であると云はねばならな

- (1) 末弘嚴太郎・債權總論（現代法學全集第五卷收錄）三六頁。
- (2) Blackburn, A Treatise on the effect of the Contract of Sale (以下タツン On Sale と呼ぶ), 3rd ed., London, 1910, Pt. II, Chap. I, p. 136.
- (3) A. R. Kennedy, Contract of Sale, C. I. F., 2nd ed., London, 1928, p. 9; 拙稿・前掲書六三九頁。
- (4) 上坂西三・「貿易契約に關する最近の文獻」(早稻田商學第七卷第四號所載)二〇三頁。早稻田大學教授上坂西三氏は、上の一文に於いて他の好論文を紹介批評せらるゝ機會に、筆者の前掲小論文をも取りあげられ、且つ有益なる助言を與へられた。此處に引用の句は、教授が F・O・B・契約に於ける賣買兩者の費用負擔問題を究明せんとする場合に重要な二つのものとして提言せられたものである。筆者は近い機會に此の點に關して教を乞ひたいと冀ふ。
- (5) Main Spinning Co. v. Sutcliffe, 34 T. L. R. 154; A. D. Gibb, Sale of Goods on C. I. F. and F. O. B., London, 1924, p. 53.
- (6) 賣手の船積義務の意味並びに本船甲板と云ふことの意味に就いては、拙稿(前掲書收載)參照。

偕て、種類物を賣買の目的物としたる場合に、其の物の所有權は―特約なき限り―特定と同時に買手に移轉することは吾が民法の定むるところ⁽¹⁾、各國法令また概ね一致するところである。例へば英法に於いては、賣主又は買主が夫れぞれ對手方の同意を得て、目的物を特定したる時は、其の所有權買主に移轉するものと推定する⁽²⁾。従つて F・O・B・賣買に於いても、約定品の財産權は、約定品が free on board に引渡されたる時に、賣手より買手に移轉するを原則とする⁽³⁾。此の場合に賣手が約定品を船積すべき船舶は、普通に買手によつて指定さるゝものであるから⁽⁴⁾、買手がこの指定をなさざる限り、物品は特定せず、従つて約定品の財産權が移轉

しないことは勿論⁽⁵⁾、縦令ひ買手が船舶を指定したる場合に於いても、右の物品特定の効果は、原則として約定品が甲板上に置かれたる時に發生するものであつて、夫れまでは其の財産権の移轉は起らないこと、また云ふまでもない⁽⁶⁾。尙ほ既に筆者が別の機會に述べたる如く、F・O・B・賣買は、買手が積出地又は輸出國內に支店または代理店を有するか、或ひは夫れ等を有せずとも、運送契約保險契約等を自から締結するをむしろ有利とする場合に多く行はるゝものであり、その物品運送に就いては、自己所有の船舶によるか或ひは全部または一部の備船契約によること頗る多いものである⁽⁷⁾。而して此の最後の場合—買手が自から本船を charter したる場合には、財産権は、積荷が本船上に置かれたる時に、賣手より買手に移ること當然である⁽⁸⁾。

- (1) 末弘嚴太郎・前掲書三七頁。
- (2) Sale of Goods Act (56 and 57 vict. c. 71) 1893, S. 18 (1), Rule 5.
- (3) Brown v. Hare, 4 H. & N. 822 (Erle, J.).
- (4) Stock v. Inglis, 10 A. C. 263 (Blackburn, 271); Brandt v. Morris, [1917] 2 K. B. 784 (C. A. 795).
- (5) Colley v. Overseas Exporters, [1921] 3 K. B. 302 (McCardie, J., 307).
- (6) 前掲事件。尙ほ之れに關しては特殊の慣習あり、詳しくは拙稿・前掲書六四六—六四七頁參照。
- (7) 拙稿・前掲書六四九—六五〇頁。
- (8) Colonial Insurance Co. v. Adelaide Marine Insurance Co., 12 A. C. 128 (P. C.); Anderson v. Morris, L. R. 10 C. P. 609.

F・O・B・賣買に於いて、賣手がその船積義務を完了し物品が特定したることの財産権に及ぼす効果は、以

上の如くであるが、然しながら此の原則は常に必ず行はるゝとは限らない。詳言すれば、約定品が本船甲板上に於いて船積引渡されたらばとて、常に必ず財産権の移轉ありとは限らない。

F・O・B・賣手の船積義務履行の形式は如何なるものであるか、に就いては、既に筆者の吟味したところに屬する。即ち判事 Blackburn が Stock v. Inglis 事件に於いて、本船への引渡 to deliver f. o. b. と相並んで、船積証券の入手 to take a bill of lading を賣手の義務として擧ぐるにも拘はらず⁽¹⁾、賣手は單純に現實に甲板上にて引渡すを以つて充分なりとする⁽²⁾。

然しながら、金融資本が支配的となれる現代の經濟組織に離れがたく織り込まれたる商業機構のなかに、絶えず戦争乃至國際紛争の危險に曝されつゝ、自からは非武裝的抗争に従はざるをえない外國貿易經營の實際としては、當事者は能ふ限り早い機會に、一應は一切の取引關係から離脱せんことを希ふ。即ち先づ信用狀の開始に始つて、その嚴密なる規定に據る船積書類の作成は、やがて引渡の態様を現實的引渡 Actual delivery から象徴的引渡 Symbolical delivery に轉化せしめ、従つて船荷証券は所謂 Shipping documents の缺くべからざる構成成分として發生し來る。國際商業會議所の Trade Terms に關する委員會 (The Committee of Trade Terms) へ寄せたる參加三十五ヶ國の商業團體の回答が、孰れも、賣手は船荷証券又は之れに代はるものを取寄せざるべからず、少くも契約によつて要求せらるゝ時は、賣手船荷証券を取寄せざるべからず、となしたるは⁽³⁾此の事實の報告である。

斯くの如くに、事實上船荷證券が發行せられ、且つ約定品は船荷證券によつて賣手の指圖人または其の代理人に引渡さるべき時は、賣手は *Prima facie* に其の處分權 (*right of disposal*) を保留したるものと考へらるゝこと、各國法令の一致するところ⁽⁴⁾、而して契約に於いて、賣手が買手の指圖に従つて買入れたる貨物の船荷證券を買手に引渡すことを約す時は、賣手は船荷證券を取得せる日より相當期間内に、當該船荷證券を買手に引渡すべきものではあるが⁽⁵⁾、F・O・B・賣買に於いて若し船荷證券が、賣手の指圖式 *to the seller's order* にて發行せられて尙ほ裏書されず、或ひはまた裏書せられても賣手または其の代理人の手中に留め置かるゝ時は、縦令ひ約定品は本船甲板にて引渡されても、其の財産権は移轉しないものである⁽⁶⁾。

右は必らずしも船荷證券の發行ある場合のみに限らない。縦令ひ約定品が *free on board* の契約にて買手に引渡さるゝ場合と雖も、若し賣手が引渡に際し其の *Receipt* を賣手自身の名に於いて取得するか⁽⁷⁾、または要求する時は⁽⁸⁾、賣手は右約定品の上にある留置權 (*lien*) を放棄したるものではない。換言すれば、縦令ひ約定品は甲板上に置かれても、財産権は其のまゝに買手に移轉するものではない、何となれば、*Receipt* を自己の名に於いて取得し之れを保有することは、此の約定品に就き船荷證券を自己の手に取得する権利を保有することであり、此の證券によつて表彰せらるゝ約定品は、此の船荷證券を處分することによつてのみ、賣手の支配から逃れざるものであるからである。

然しながら此の場合にも、若し代價が支拂はるゝならば、此の賣手の留置權は拋棄せられたるものと見做さ

れ、財産権は完全に買手に移轉する⁽⁹⁾。また本船が買手自身のものであり、嚮きに賣手が取得したる Receipt は、後に船荷證券に引換へられて、代金を支拂ひたる買手の手に渡り、以つて賣手が貨物の上に有する支配を制限する何等の事情なき場合には—之れを要するに本船が買手自身のものであり、且つ引渡を抑制する何等の事情も存せざる場合には—引渡は茲に完全となり、賣手の有する一切の留置権は消滅するものである⁽¹⁰⁾。

- (1) *Stock v. Inglis*, 10 A. C. 263 at pp. 271—273 (Lord Blackburn); 拙稿・前掲書六五四頁。
- (2) 拙稿・前掲書六五四頁。
- (3) 素より各國ともに若干の相異あり、詳しくは International Chamber of Commerce 編 Trade Terms, 2nd ed., International Headquarters, Paris, 1929, 及び拙稿・前掲書六五四—六五五頁参照。
- (4) *Sale of Goods Act*, S. 19 (2), 日本商法六二九條及び三三四條第二項並びに三三五條。田中誠二・海商法提要大正十五年刊三〇二頁。
- (5) Benjamin, *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property* (即ち *On Sale of Goods*), 7th ed., London, 1931, BK. IV. Pt. II. p. 774.
- (6) *Wait v. Barker*, 17 L. J. Ex. 307 (Parke, B.); *Gabarron v. Kreeft*, L. R. 10 Ex. 274.
- (7) *Cravan v. Ryder* (1816) 6 Taunt. 433; 16 R. R. 644.
- (8) *Ruck v. Hatfield* (1822), 5 B & Ald. 632; 24 R. R. 507; Benjamin, *ibid.*, BK. V. Pt. I. p. 884.
- (9) *Cowasjee v. Thompson*, 5 Moo. P. C. 165; 70 R. R. 27.
- (10) 前掲事件 Benjamin, *ibid.*, BK. V. Pt. I. p. 884.

此處に財産権の移轉と關聯して述ぶるを便とするは、英法に所謂引渡差止權のことである。

引渡差止權 (Right of Stoppage in Transitu) とは、賣主の發送したる賣買の目的物が買主または代理人の占有に歸せざるうちに買主が無資力となりたる場合に、賣主が一旦喪失したる目的物の占有を回復して代金全額の支拂を受くるまで之れを維持する權利であつて、賣主の留置權 (Vendor's lien) 目的物の賣却權 (Right of Re-sale) と共に英法が代金の支拂を受けざる賣主を保護せんが爲に認めたる權利である。

前にも述べたる如く不特定物の賣買に於ける所有權移轉の時は、別段の意志表示のない限り、其の特定の時なること、各國法制の一致するところである。従つて F・O・B・賣買に於いて賣手が契約に従ひ約定品を本船甲板上に船積するに至れば、買手は代金を支拂はざりし場合に於いても尙ほ其の所有權を取得する。故に後日買手が無資力となる時は、賣却物は總債權者の一般擔保として取扱はれ、賣手と雖も他の債權者と同一の地位に立つて代金の辨濟を求めなければならない。然しながら買手が代金を支拂はずして取得したる物品を以つて、其の債務の辨濟に充當せしむるは、他人の物を以つて自己の債務の辨濟に充てしむるに外ならず、且つ賣手の發送したる目的物は現に運送の途中にあつて未だ買手の現實占有に歸せざるにも拘らず、尙ほ買手をして其の物の支配者たらしめ、而かも賣手をして一般債權者と同一の地位に立たしむるは不衡平と云はねばならない。之れ英法が賣手の此の權利を認めて一定の條件の下に賣手をして一旦喪失したる目的物の占有を回復せしめ、且つ代金の支拂を受くるまで之れを維持せしめ、以つて正義衡平の念を守らんとした所以である。

此の引渡差止権は一定の要件具備する時は、法律の規定によつて直接に發生するものであるが、其のうち F・O・B・賣買と關聯して特に重要なは、目的物が運送の途中に (in transitu) あることを要する一事であつて、その運送の途中とは、賣主が買主に引渡すがため目的物を運送業者其他の受托者に交付したる時より、賣主又は買主に代つて引渡を受くる權限ある代理人が運送業者其他の受托者より其の引渡を受くるまで、を指すこと Sale of Goods Act, S. 45 (1) の定むるところである。

いま原則として、約定品が *free on board* に引渡されたる時に其の財産權が賣手より買手に移轉すると云ふは、此の場合に於ける船長が運送契約者たると同時に荷主たる買手の受托者たりと解するによる⁽³⁾。然し之れはあくまで受托者 *balee* たるに止まり、本船が買手の所有に屬して船長が其の使用人たるか又は船長が運送契約者たると同時に買手の代理人たらざる限り、船長は單純なる仲介者 *a mere intermediary* として引渡を受くるものである。故に約定品の引渡と同時に—賣手の留置權なき限り—運送業者は此の貨物につき直接占有 *immediate possession* を取得し、買手は運送業者の此の直接占有を通じて目的物の間接占有 *mediate possession* を取得するに過ぎない。而して買手の此の間接占有は未だ確定的のものでなく可動的のものであつて、此の状態にある場合に目的物は運送中にありと云ひ、若し此の時に買手が無資力となれば未だ代金全部の支拂を受けざる賣手は目的物の占有者たる運送業者に買主への引渡を差止むる旨の通知をなし、以つて差止権を行使するものである。

- (1) Blackburn, On Sale, p. 361.
- (2) 宮本英雄・英法研究大正十三年刊三七九—三八〇頁。
- (3) Wait v. Baker, 17 L. J. Ex. 307 (Perke, B.); Gabarron v. Kreeft, L. R. 10 Ex. 274 (Bramwell, B., 281); 拙稿・前掲書六四二頁。

(4) Right of stoppage in transitu は賣主の取戻權として吾が國破産法にも認めらるゝ(破産法八九條)。但し英法は買主の無資力 (insolvency) を以つて此の權利の發生に充分なりとし、吾が破産法は狭く破産宣告ありたる時に限る。詳しくは加藤正治・破産法 (現代法學全集二〇卷) 第七章取戻權特に第二節隔地取引に於ける賣主の取戻權の項及び同博士・破産法研究第五卷昭和五年刊一四九頁以下參照。

三 危険の負擔

凡そ賣買契約の對象たる「商品に關する危険」とは、當該商品に就いて起ることありうべき部分的なる或ひは全部的なる毀損及び滅失をさす。而して此の滅失及び毀損には、内部的腐蝕に基くものあるべく、また火災・水難・衝突・壓迫等の外的影響によるものもあらう。更にはまた、戰時禁制品の沒收・税關の沒收・海賊・盜難等所謂第三者の侵害によるものもあらう。近代の商品交通に於いては、之れ等の内容に加へて、商品の保存または財産権の維持に必要な非常的支出—例へば船舶に事故あつて商品を荷卸すべき場合避難港に於いて發生すべき荷役費・滯船料・荷造修繕費または商品保存上必要なもろもろの費用—をも包含すべく、商標保護

法違反・關稅規則違反等による罰金等をも此のうちに算ふべきである⁽¹⁾。

貿易經營に伴ふ危險は素より右のみには止らない。「近代的な大規模生産並びに配給が必然的に先物の大量賣買と長期の信用取引とを内外の商業界に普及せしめた結果、時間の經過に起因する價格並びに信用の變動による危險が、最近特に頻繁となり」、それは上述のものにもまして貿易經營の脅威となりつゝあるは疑ひない⁽²⁾。また商品交通に於ける危險とは、障害の發生それ自身を意味するに非ず、經營經濟的給付を阻害する障害が發生する可能性があること、を意味するとする Oberparlater の見解を採り入るゝならば⁽³⁾、かゝる可能性は、經營經濟の内外を通じて到るところに―即ちその場所的職能に於いて、その時間的職能に於いて、量的及び質的職能に於いて、信用的職能に於いて、而して購買心喚起の職能に於いてさへも存在しうる。

然しながら、その後の場合に云ふ危險概念は、前記諸職能が經濟交通に於いて Aktivität たるに對して、その Antithese としての Passivität を意味し⁽⁴⁾、既に個々の取引に於ける貿易契約履行上の技術的考察としての本稿の範圍外に屬する。その前の場合に云へる、時間の關係に於いて發生する取引の價格及び信用に係る危險に就いても、その價格の變動に就いては取引所制度の利用、信用の危險に關しては信用保險若しくは國家補償制度の採用等が考慮さるべく、問題は「F・O・B・契約に於ける財産權の移轉と危險の負擔」の埒内を超へて、廣く貿易經營一般の技術的考察に委ねらるべきである⁽⁵⁾。

いま一個の貿易契約を結ぶに當つて、取り極めらるべき terms and conditions は、取引内容の多様と共に多岐

ではあるが、之れを整理して、品質に關する條件・數量に關する條件・價格に關する條件・引渡に關する條件並びに代金決済に關する條件となすが普通である。右のうち契約の履行に伴ふ危険の負擔乃至移轉と云ふ時に、賣買兩當事者が取りあぐるは、主としてその品質並びに數量に關する條件が完全に履行せられたりや否やであり、國家がある商品の輸出入を禁じ、戰爭動亂等の政治的原因、地震・火災・水害・凶作等の不可抗力なる天然的事故のため、或ひは同盟罷業・工場閉鎖・消極的抵抗等のために、積込の遅延若しくは不可能が發生したる場合に於ける危険をも包含せしめて、茲に云ふ危険とは、あくまでも貿易經營の内部に立つて、契約不履行によつて生ずる一切の危険—Erfüllungsrisko—並びに運送中の危険を意味する(6)。

然らばF・O・B・契約に於ける危険は賣買兩當事者によつて、如何に負擔せらるゝか。

此處に所謂危険負擔には二つの意味がある。賣買に於いて何等かの事情によつて物品が滅失毀損した場合に、賣手が代金請求權を失ふ時、「危険は賣手負擔す」と云ひ、また買手が何等商品引渡の履行を受けないにも拘はらず代金を支拂ふべき時に、「買手が危険を負擔す」と云ふは、凡て代金に關する危険(Preisgefahr)を意味する。

雙務契約に基づく債權關係のうち、一方について履行不能を生じた場合に、その不能が債務者の責に歸すべからざる事由によるものであるならば、その債權關係は消滅して債務者は債務を免るゝのであるが、他方の債權關係がどうなるかと云ふことは、論理的必然性を以つて決定されることは出來ぬ。そして、買手が物品を受

取りたるや否やに關係なく約定の代金を支拂ふべきか否かは、當事者にとつては最大の關心事であるから、普通に「危険を何人が負擔するか」と云ふ表現が用ゐられる場合に、此の Preisgefahr が意味せられ、そしてそれが法律上の所謂危険負擔の問題をなすのであるが、商事賣買に於いては、商品の危険を、代價の危険 (Preisgefahr) と給付の危険 (Leistungsefahr) に分つて、その雙方を取りあげねばならないこと、獨乙系諸學者特に經營經濟學諸學者の高調するところである⁽⁸⁾。

(1) J. Hellauer, System der Welthandelslehre, Berlin, 1928, 3-8. Auf. S. 329.

(2) 上坂西三・「貿易經營に關する危険の實證的考察」經營經濟研究第十二冊五九頁。

(3) K. Oberparleiter, Funktions- und Risikolehre des Warenhandels, Berlin u. Wien, 1930, S. 214.

(4) K. Oberparleiter, a. a. O. S. 95.

(5) 此の點に關しては上坂西三・前掲論文參照。

(6) 所謂商品交通論に於いては嚴重に區別せらるゝ荷造及び技裝 (packing and making-up) に關する瑕疵も、此の意味に於いて品質に關する條件の中に含まれて、履行危険に算へらるゝ。蓋し荷造の如何が内部商品の品質に影響を與へ、運送中の火災・漏洩等の原因をなし、また Making-up の契約違反によつて第三者への轉賣に支障を來たす等の場合あつて、契約上約したる荷造及び技裝は契約目的の構成部分をなすからである。向井梅次・「品質違約の危険と其の商慣習」研究論集第四卷第二號所載八一―九頁。

(7) 向井教授は此の意味に於ける危険を「狹義に於ける危険」と呼び「廣義に於ける危険」と對せしめらる (向井梅次・「賣買上の危険負擔に關する商慣習的考察」經營經濟研究第十一冊八三―八四頁)。貿易經營に關する危険概念に就いては更

に機會を得て考察したい。

- (8) 本邦で最初に此の點に觸れられたるは、小町谷操三博士であらう（同博士・海商法研究第二卷昭和六年刊一二六頁、及び一二七頁註一）。但しそのシフ契約への適用に於いて此の提言が如何に取扱はれたかは別である。因に小町谷博士は *Preisgefahr* を反對給付の危険と譯出せられた（前掲書一二六頁）。向井教授は前掲論文に於いて價格危険なる譯語を用ゐて此の點に言及せられ（同教授前掲論文一〇八一—一〇九頁）、民法上で雙務契約に於ける危険負擔と云ふ場合は反對給付の請求權に係り價格危険を問題とする、となし、また、混亂を避けるために給付危険の移轉を集中又は特定と稱する方が簡明であらうとせられた（前掲論文同所、傍點筆者）。

I 給付の危険負擔

一般に種類賣買に於いては債務者が履行に充當する考の物品が滅失しても債務は消滅しない⁽¹⁾。故に普通に契約の當初見本又は標準品・格・銘柄等によつて種類品質を示し、引渡の時期を定め、やがて買手によつて指定さるべき本船の甲板上に物品を船積すべきことを約する F・O・B・賣買にあつては、賣手が給付不能の危険を負擔せねばならぬ。即ち本船甲板上に於ける船積義務が完了するまでは物品特定せず、縱令ひ賣手が引渡の目的を以つて物品を分離し送致したりとしても、未だ此の船積義務を了せざるうちは其の滅失毀損によつて引渡義務は消滅しない⁽²⁾。たと契約せられたる種類物が盡く滅失し若しくは其の他の事由により之れを得るの途なきに至りたる場合——換言すれば約定品の引渡が客觀的に不能となりたる場合に於いてのみ、賣手は此の債

務を免るゝものである。

然し賣手が一旦買手の指定せる船舶に物品を船積する時は、給付の目的物は茲に特定し、従つて其の後に當該物品が賣手の責に歸すべからざる事由により滅失又は毀損しても、賣手は更に他の物品を給付する要はない⁽³⁾。此の點は世界各國の例外なく一致するところであつて、國際商業會議所編「Trade Terms」によるも參加三十五ヶ國ひとしく *seller must be responsible for all loss and/or damage until goods are placed on board vessel.* とある。而して若し賣手の責に歸すべき事由により滅失毀損する時は、再び給付する義務はないが損害賠償の責に任せねばならない⁽⁴⁾。

但し以上の給付の目的物の特定を生ずる爲には、債務の本旨に従つた履行をなしたることを要するが故に、賣手は契約に合致したる物品の船積を正當になしたることを立證せねばならない。然らざれば賣手は物品の内部的瑕疵並びに外部的瑕疵に就き賣手としての瑕疵擔保の責に問はるゝ。此のことは買手の物品検査義務 (Right of Inspection) と關聯するが故に其の項に譲る。

また F・O・B・賣買にあつては縦令ひ船荷證券其の他の證券が作成授受さるゝにせよ、履行すべきは物品の現實の引渡であつて證券の引渡ではないから⁽⁵⁾、例へば約定品は Dock に於て receiving clerk に受取られ、物品を表彰するものとして受取船荷證券が發行せられ、之れが他の書類と共に船積書類を構成して銀行に渡りたる場合と雖も、若し約定品が現實に本船甲板上に船積せられざる間に、當該貨物が何等かの事情により滅失毀

損する時は、夫れを惹き起したる事情が賣手自からの責に歸すべき場合たと然からざる場合たとを問はず、賣手は再び代物辨濟をせねばならない。

- (1) 末弘嚴太郎・債權總論前掲書三六頁。
- (2) 種々なる特殊の慣例あり、拙稿・前掲書六四六—六四七頁參照。
- (3) *Stock v. Inglis*, 12 Q. B. D. 564 (C.A.) in H. L., 10 A. C. 263; 民法五三四條第一項。
- (4) 民法四一五條後段、後出。
- (5) 其の事情が、賣手自からの責に歸すべき場合と然からざる場合とにて、反對給付の危険負擔は異なる、後出。

II 代價の危険負擔

以上述べたる如くにF・O・B・契約に於いては、本船甲板上の船積義務履行までは、賣手は給付不能の危険を負擔し、右義務履行後は物品の滅失毀損が自からの責に歸すべき事由による場合たと、然からざる場合たとを問はず、再び給付の責任を負はざるものであるが、之れ等の場合に賣手の代金請求權は如何なるか、また若し契約と同時に代金の一部が前拂せられある時は如何、などの問題が残る。換言すれば給付不能の危険は賣手の側にあること前述の如しとして、之れと關聯して代價の危険は誰が負擔するかの問題は別に考察されねばならない。

給付の不能及び目的物特定後の滅失並びに毀損が、賣手の責に歸すべき事由により起る時は、債務者たる賣

手の本來の債務は損害賠償債務に代ること前述の如くである(四一五條後段)。但し右は本來の債務が内容を異にして延長されたのであつて前債務が消滅したものであるから、對手方の債務即ち買手に對する反對給付請求權に直接影響を及ぼすことなく、唯だ不履行の場合に契約の解除權を發生せしむるに止まる⁽¹⁾。

然るに若し債務者たる賣手の責に歸すべからざる事由により履行不能となり又は滅失毀損を生じたる時は、法律上に所謂危険負擔の問題 (Gefahrtragung, question des risques) であつて、各國法制も異り、而して商事實買の實際にも問題の多いところである⁽²⁾。その國による異同並びにこの異同を生む母胎たりし社會の制度・組織・乃至は經濟關係等の叙述は本稿の範圍外に屬するが故に、此處には F・O・B・契約に適用さるべき限りに於いて通説を顧みるに止める。

既に屢々繰返せる如く、本船甲板上に於ける賣手の船積義務履行の時を以つて危険の負擔限界點とする F・B・O・契約に於いては、右船積完了までは給付の目的物は特定しない。故に若し夫れ迄に債務者たる賣手の責に歸すべからざる事由により債務不履行となる時は、所謂危険債務者主義の原則によつて、賣手は反對給付請求權を有しない。此の點はローマ法以來各國法制の一致するところであつて、例へば吾が民法によれば、種類債務に就いては目的の特定前に履行不能を生じたる時は五三六條の原則に従ふものとなし、而して五三六條には、特定物に關する物權の設定移轉以外の給付を目的とする雙務契約にありては、危険債務者にありと定め⁽³⁾。「危険は所有者これを負擔す」 *res perit domino* なる原則を採る英法に於いても、此の場合には未だ物品特

定してゐないから所有權移轉せず、従つて原則として危険は買手に移轉せず、賣手の代金請求權は未だ發生しなす。

この賣手の責に歸すべからざる事由による場合を更に吟味すれば次の如くなるであらう。

(イ) 當事者双方の責に歸すべからざる事由に基く場合——賣手は債務を免るゝと同時に反對給付を受くる權利もなく、既に受けたる給付あれば(例へば代金の一部の前拂を受けたりとすれば)之れを返還せねばならな⁵⁽⁴⁾。

(ロ) 債權者たる買手の責に歸すべき事由に基く場合——債務者たる賣手は反對給付を受くる權利を失はないが、自己が債務を免るゝによつて利益を得たる時は、之れを債權者に返還するを要する⁶⁾。

(ハ) F・O・B・買手の船舶指定義務の不履行が給付受領に付き債權者の遲滯となるや否やは問題であるが⁶⁾、假りに之れが然りとすれば此の場合に雙方の責に歸すべからざる事由によつて履行不能となつた場合——例へば賣手は船積の目的を以つて約定品を港へ運搬したるに拘らず、買手は配船を指定せず、船積待期中に地震又は火災によつて物品が滅失し、又は戦争が起つて船積不能となりその爲に變質腐敗を起したる場合——之れに就いては若干の議論がある⁷⁾。吾が國法の解釋としては、双方の責に歸すべからざる事由と云ふ點から見て五三六條の一—前述(イ)の場合——を適用すべきものゝ如く思はるゝも、而して債權者遲滯は債務者遲滯と異つて債權者の故意又は過失を要件とはしないが、それにしても債務者たる賣手が適法に提供したる履行を債權者たる買

手が若し受領したりとすれば、かゝる結果は生ぜざりしものであるから、此の債務不履行による結果は債務者をして負はしむべきではない。即ち五三六條二項の趣旨に従ひ、債務者たる賣手は反對給付の請求権を有す但し賣手がその債務を免れたるによつて利益を得たる時は之れを債權者に返還せしむるを要すと解すべきである。唯だ注意すべきは賣手の代金請求権は雙務契約より生じたる本來の請求権そのものであつて、債權者の不法行為其の他の事由による損害請求権に非るに對し、買手たる債權者が有する償還請求権は直接に法律に基く請求権であつて雙務契約より生ずる請求権に非ず、従つて此の兩者同時履行の關係に立つものに非ることである⁽⁶⁾。

(二)當事者双方の責に歸すべき事由に基く場合——には何等の規定がない、五三六條の二を適用すべきでないこと勿論である。此の場合には債權者にも責任がある故に債務者は反對給付を請求する權利を失はない。併し履行不能となつたに就いては、債務者の責に歸すべき事由も加つて居るから對手方たる債權者からも四一八條による損害賠償又は五四三條による契約解除を請求されうるであらう⁽⁷⁾。

(1) 鳩山秀夫・日本債權法各論(上卷)増訂第二刷大正十四年刊一五八頁。三瀆信三・契約概論(現代法學全集第四卷收録)二三一頁。

(2) 所謂危險負擔の問題に關しては文献頗る多し、繁を避けて擧げず。

(3) 三瀆信三・契約概論前掲書二一六—二一七頁。

(4) 民法五三六條第一項。

(5) 民法五三六條第二項。

(6) 此の點に就いては他の機會に譲る。

(7) 鳩山秀夫・前掲書一三五—一三六頁。三瀆信三・契約概論前掲書二一九—二二〇頁、及び英國の慣例に就いては拙稿・六五一頁。

(8) 鳩山秀夫・前掲書一三六—一三七頁。

(9) 鳩山秀夫・前掲書一三七—一三八頁、三瀆信三・契約概論前掲書二二一頁。

F・O・B・賣手が本船甲板上に於ける船積義務を履行すると物品は茲に特定する、而して夫れ以後に賣手の責に歸すべからざる事由により滅失毀損したる場合に、反對給付の危険負擔は如何なるか。

特定物に關する物權の設定移轉を以つて雙務契約の目的となしたる場合に於ける危険負擔に就いては、多くの國は特則を設くる⁽¹⁾。

而して原則の場合と同じく危険債務者主義を採るものに獨乙民法がある。

吾が民法の規定するところによると、特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的トナシタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニヨリテ滅失又ハ毀損シタル時ハソノ滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス(五三四條ノ一)と債權者主義を採り、而して不特定物に關する契約即ち種類債務に就いては四〇一條二項の規定によりて、其の物が特定したる時より右の規定を適用するものとする。故にF・O・B・賣買に於いて賣手の船積引渡が終り物品が特定したる時は、夫れ以後に賣手の責に歸すべからざる事由によりて物品が滅失毀損する時は、買手は再び給付を求め得ざるのみならず代金支拂の義務をも負ふものである。

英法は此の場合もまた所有権者主義を採る、即ち危険は所有権と共に移る(物品賣買法二〇條)。而して其の所有権は不特定物の賣買にあつては給付の目的物の特定後(一六條)、當事者の合意により(一七條)若しくは同法一八條の規定する方法によつて買主に移轉する。

いまF・O・B・賣買に於いても、普通の場合には、財産権の移轉と危険の移轉とは相伴ふこと前述した。即ち賣手の約定品引渡と同時に、引換に買手が代金を支拂ふ約あつて、引渡と同時に支拂ありたる場合は勿論、支拂に就いては別に期日を定めた場合と雖も、賣手は引渡によつて一切の滅失毀損に對する責を免れ、唯だ代金支拂を求むる債權を取得し、買手は支拂の債務を負ふと同時に約定品に關する一切の滅失毀損に對する責を負ふものである。故に若し賣手が物品を引渡し何等の留置權を保留しない時は、危険は所有権と共に買手に歸し、若し此の時以後に賣手の責に任すべからざる事由により滅失又は毀損しても、賣手は再び給付をなすの要なきのみならず又代金請求權を失ふこともない。

以上はF・O・B・賣買に於ける給付の危険及び反對給付の危険負擔に係はる原則的なる場合であるが、此處に之れに關して特に注意すべき一二の點がある。

義きにも述べたる如くF・O・B・賣買に於いては、所有権の移轉には物の特定が先決要件であるが、危険の移轉には英國の判例に於いて必ずしも右の特定を必要としなすことが第一⁽²⁾。前掲Stock v. Inglis事件に於いて、賣手は漢堡本船渡船荷證券引替ロンドン現金拂の約にて砂糖二百噸の供給を契約したのであるが、賣手は

此の契約を履行するに當り、船積の場合に砂糖二百噸に就き何等特別に買手の占有となす手續をとることなく、他の契約に充當すべき砂糖と積合はしたのであるが、物品は航海の途中海難によつて滅失した。此の事件に關與して判事 Brett, M. R. は云ふ、若しも物品が特定せられてあれば“free on board”なる用語は危険を買手に移轉したであらうことは何人も認めよう、而して此の用語の働きを特定物のみに限るべき筋合は商事賣買の實際にもまた法律にも見出し得ないと⁽³⁾。

斯くの如くに所有權の移轉には物品の特定を要し、危険の移轉には特定を要せずとすれば、前述の Sale of Goods Act 二〇條の原則は常に行はるゝに非ず、即ち F・O・B・賣買に於いては財産權の移轉と危険の移轉とは一致しないことがありうることに⁽⁴⁾。Lindley, L. J. は前掲事件に關與して云ふ、物品の占有が船積の時に買手に歸せずとも、買手は危険を負擔せねばならないと⁽⁵⁾。

いま F・O・B・賣買に於いて此の不一致の場合を例示すれば

(イ) C. Maughan によれば、F・O・B・契約に於いては當初より特定の船舶を約定するは極めて稀れであつて何月積何々港本船渡と取り極めおくが普通である⁽⁶⁾。定期的に各社の配船ある場合又は船腹過剩のために各船主が各港に蒐貨の爲に配船する場合には、特に何々丸と本船を指定せず何々會社船又は單に何月渡と約定するが實際の姿であらう。孰れにもせよ契約の當初は概括的に取り極め、後に買手の側より本船を指定することが最も多く、判例も亦此の本船指定を買手の義務とする⁽⁷⁾。此の場合に買手が賣手をして既に約定品を船積の爲

に埠頭へ送致せしめたるに拘らず、本船の到着遅延したる爲に積込がおくれ、約定品に滅失毀損おこる時は、所有權は未だ移らざるに拘らず其の危険は買手の負擔である⁽⁸⁾。

(ロ) 若し船荷證券が賣手の指圖式にて發行せられ尙ほ裏書せられず或ひは又裏書せられても賣手又は其の代理人の手中に留め置かるゝ時は縱令ひ約定品は本船甲板上に引渡されても其の財産權は移轉せざること、並びに右は必らずしも船荷證券の發行ある場合に限らず縱令ひ約定品が *Free on Board* の契約にて買手に引渡さるゝ場合と雖も、若し賣手が約定品の引渡に際し其の *receipt* を賣手自身の名に於いて取得するか又は要求する時は賣手は右の約定品の上にある留置權を放棄したるものに非ることは前述した。而して以上の場合に於ける危険の移轉は如何と云ふに、判事 *Bark, B.* によれば、かゝる移轉は *Property* の移轉をなさざるのみならず *Possession* の移轉をもなさない、何となればかゝる引渡は買手への引渡に非ずして船荷證券によつて現はされたる人の爲にする船長への引渡であつて、而して斯くの如く買手の占有とすることなしに約定品が甲板上におかれたる時は *Property* は移轉せずとも危険は移轉するものである⁽⁹⁾。

英國物品賣買法第三二條第三項は、*Unless otherwise agreed, where goods are sent by the seller to the buyer by a route involving sea transit, under circumstances in which it is usual to insure, the seller must give such notice to the buyer as may enable him to insure them during their sea transit, and if the seller fails to do so, the goods shall be deemed to be at*

his risk during such sea transit. と規定する。此の規定がそのままに F・O・B・賣買にも適用されるべきか否かは問題である。國際商業會議所英國代表は、Seller must comply with Sale of Goods Act 1893 (Pt. iii. Sec. 32) と特記して、賣手は此の規定に従ふべきものとなし⁽¹¹⁾、判事 Hamilton また Wimble v. Rosenberg 事件に於いて、F・O・B・賣手は契約の履行たる引渡を完了したる時は、遲滯なく其の旨を買手に通知せざるべからず、若し此の通知を怠る時は、約定品の危険は賣手に屬する⁽¹²⁾となす。併し之れに對しては英國内に於いてさへ異論あつて、例へば同じ事件に關與したる判事 Bailhache は云ふ、今回の場合も其の一つに屬するが、買手より本船を指定する普通の F・O・B・契約にあつては、保険に附するための通知は必要ではない、何となれば、自分の意見によれば、かゝる契約に於いては、賣手は約定品を買手に送致する様には authorise されず又要求もされず——the seller is not "authorised or required to send" the goods to the buyer——賣手は貨物を甲板上的に於いた時に義務を果したることとなる⁽¹³⁾と。吾が國にも之れに同じたる主張がある⁽¹⁴⁾。

此の問題は所謂賣手の船積完了の通知義務に係はるものであつて、同じ疑問は C・I・F・賣買の場合にも起り得る。即ち通常、船積地で其の種の物品に關して行はるゝ保険の締結を賣手の義務とする C・I・F・契約に於いても、賣買の目的物につき買主は往々當該保險契約によつて保障せられない部分の危険、若しくは希望利益等につき、更に保險契約を締結せんとする場合がある。

而して此の目的の爲には、賣手から船積後遲滯なく船名その他必要な通知を受けることが、買手にとつては

甚だ望ましい。然しながら此の通知をなすことが賣手の義務であるかどうかは問題であつて、小町谷博士は特約なき限り賣手は自己の船積した物品を提供することを要しないこと、既に通常の事故に對する保険が附せられたる以上その以外の保険は寧ろ例外的事項に屬し若し買手が之れに就いても保険を附せんとならば豫め賣手と適宜な特約をするが至當なこと、及び買手は豫定保険によつて自己の利益を保護しうることを理由として、C・I・F・賣買の場合には消極的解釋を採るを妥當とせらるゝ⁽¹⁵⁾。いま保険契約締結を買手の側の事務となすF・O・B・契約の關する限りでは、此の保険契約締結の時乃至は豫め附しおきたる豫定保険につき declaration をなすべき時期は、専ら船積の完了通知によつて始まるものである。従つて前述の判事 Bailhache の異論は、under circumstances in which it is usual to insure とせらるゝ英國に於いてこそ、賣手が此の危険負擔を敢えて期する限り、容認せらるべきであるが、此の規定を缺く吾が國としては、此の通知をなさざるF・O・B・賣手は、買手に保険契約締結の機會を與へざりしものとして責を負ふべきものではなからうか。實際としては、賣手は船積完了後直ちにその旨通知を發して、その費用を自から負擔するものゝ如く、前記國際商業會議所編 Trade Terms に、英國以外の代表が、賣手の義務として特に此の通知行爲を記載せざりしは、偶々もつて此の行爲が商慣習としてあまりに普遍的なるを物語るものとも考へらるゝ⁽¹⁶⁾。

(1) 三瀧信三・契約概論前掲書二二二頁。

(2) A. D. Gibb, *ibid.*, p. 61.

- (3) Benjamin, *On Sale*, BK. II. Chap. VII. p. 421.
- (4) *Stock v. Inglis*, 10 A. C. 263.
- (5) Benjamin, *ibid.*, BK. II. Chap. VII. p. 421.
- (6) C. Maughan, *Trade Term Definitions*, London, Effingham Wilson, 1924, pp. 38-39.
- (7) *Stock v. Inglis*, 10 A. C. 263 (Blackburn, 271); *Brandt v. Morris*, [1917] 2 K. B. 784 (C. A. 795).
- (8) *Cunningham v. Muoro*, 28 Com. Ca. 42 (Hewart, L. C. J., 46); 此の案件の終結の危険負擔に就つては前出。
- (9) Benjamin, *ibid.*, BK. V. Pt. I. Chap. III. p. 884.
- (10) *Stock v. Inglis*, 10 A. C. 263.
- (11) *The International Chamber of Commerce*, *ibid.*, p. 78.
- (12) *Wimble v. Rosenberg*, [1913] I K. B. 279; Benjamin, *ibid.*, BK. IV. Pt. II. Chap. I. p. 769; 拙稿・前掲書六七〇頁。
- (13) *Wimble v. Rosenberg*, [1913] I K. B. 279; Benjamin, *ibid.*, BK. IV. Pt. II. Chap. I. p. 769.
- (14) 拙稿・前掲書六七〇頁。
- (15) 小町谷操三・前掲書二一八—二一九頁。
- (16) 拙稿・前掲書六七〇頁、及び *The International Chamber of Commerce*, *ibid.* 參照。

四 結

凡そ商事賣買にあつては、其の賣買に關聯する費用及び危険を何人が負擔するか、最も重大なる問題をな

す。蓋し商業機構が複雑となるにつれて事に與るものは常に賣買兩當事者のみならず、保險運送銀行等の業者が時と所とを隔て、參加し、従つて此の費用及び危險の負擔の限界如何が各關係當事者へ及ぼす影響は少なからざるものがあるからである。筆者曩きに「F・O・B・契約に於ける費用の負擔」なる一篇に於いて、F・O・B・契約に關する理論が費用負擔なる實際に如何に現はれつゝあるか、而してこの多様な現實の慣習より如何なる修正を受くべきかを吟味せんと志した。本稿また問題を「財産權の移轉と危險の負擔」とに限つて同じ意圖の下に筆を起し、到達したるはひとしく船積後の賣手の通知行爲のもつ意味に就いてある。而して之れF・O・B・契約に於ける他の問題と相並んで尙ほ重ねて考究さるべき主題に屬する。

一九三二年八月稿—十一月訂。