

危険負担に関する債権法改正

山田 創 一

- 一 はじめに
- 二 中間試案における危険負担制度
- 三 要綱仮案・要綱・民法改正法案における危険負担制度
- 四 私 見
- 五 終わりに

一 はじめに

平成二十二年一〇月二八日に、千葉景子法務大臣により法制審議会に債権法改正の諮問がなされた（諮問第八八号）。それは、①国民一般に分かりやすいものとする事と、②民法制定以来の社会・経済の変化への対応を図ることという観点から債権関係の規定に関し見直しを求めたものであった。これを受けて法制審議会に「民法（債権関係）部会」が設置され、平成二十二年一月二四日の同部会の第一回会議以来、審議が積み重ねられてきた。

法制審議会民法（債権関係）部会は、平成二十三年四月一二日に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

を決定してパブリックコメントを行い、また、平成二五年二月二六日に「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」を決定してパブリックコメントを行った。さらに、平成二六年八月二六日に「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」を決定した。そして、平成二七年二月一〇日に要綱案の決定を行い、同年二月二四日の法制審議会の総会において、要綱の決定（法務大臣への答申）がなされ、平成二七年の通常国会に「民法の一部を改正する法律案」として提出されたが、継続審議となっている。

今回の改正は、我妻説に代表される伝統的理論からこれに対する根本的批判を展開する批判理論に学理的に大転換しようとする大改正といえる。山本教授は、我妻説に代表される伝統的理論の主要な特質を、「①給付請求権を中核としたスリムな債権理解、②履行請求権の当然性、③原始的履行不能の除外、特定物ドグマ（①のコロラリー）、④無責の後発的不能における債権の当然消滅、双務契約の場合の危険負担制度による問題処理、⑤履行請求権と填補賠償請求権との選択（併存）の否定（債務転形論）、⑥三分体系、⑦損害賠償・解除における過失責任原理の採用、履行補助者論の採用等」と整理され、これに対する根本的批判を展開する批判理論の主要な特質を、「①給付請求権を中核とした債権理解の否定、②履行請求権の救済手段視、③原始的履行不能ドグマ・特定物ドグマの否定、④無責の後発的不能における債権の当然消滅の否定、⑤履行請求と填補賠償との選択の自由の承認（債務転形論の排斥）、⑥債務不履行の一元把握、⑦損害賠償・解除における過失責任原理や履行補助者論の放棄、⑧危険負担の解除制度への吸収等」と整理されている。⁽¹⁾ 中間試案では、批判理論のほとんどが反映されており、要綱仮案・要綱及び民法改正法案では中間試案より後退したとはいえ批判理論の多くが維持されており、⁽²⁾ こうした改正がなされると伝統的理論を中心に据えて展開されてきた実務に多大な影響を及ぼすことは避けられないであろう。⁽³⁾

ところで、中間試案では危険負担制度を解除制度に吸収することが目指されたが、要綱仮案では危険負担存続派と危険負担廃止派の妥協の産物として、⁽⁴⁾世界に立法例がない履行拒絶権構成の危険負担制度が提案され、要綱及び民法改正法案でその提案が維持されており、債権法改正の問題点が危険負担制度の改正で浮き彫りになっていることから、危険負担制度に絞って、その問題点を論ずることとする。

二 中間試案における危険負担制度

中間試案においては、「解除制度につき、履行を怠った債務者への『制裁』としてではなく、契約の拘束力から解放する制度であると理解した上で、いかなる要件の下であれば契約の拘束力からの解放が正当化されるかを正面から問題にすべきである」との立場に立って、「解除の要件として債務者の帰責事由を不要とすることによって解除制度と危険負担制度が競合する領域の処理につき、解除制度に一元化するとの整理をしている。」と補足説明で述べられている。⁽⁵⁾こうして、中間試案では、危険負担に関する規定（民法五三四条・五三五条・五三六条一項）を削除するものとしている（第二二、一）。

危険負担に関する規定（民法五三四条・五三五条・五三六条一項）を削除する点に関して、第一次パブリックコメントで最高裁は、「危険負担の従来の一一般原則との整合性を損ない、これを前提に組み立てられている実務のリスク分配に波及効を及ぼすおそれがあるとして、……解除一元化に反対し、条文化に慎重な検討を要するとの意見が大勢を占めた。……債務不履行解除の要件を現行民法よりも緩めたとしても、解除権は、不可分性によりその行使が制限され

ることがある（民法第五四四條）とともに、消滅時効により消滅し、相手方の催告により消滅し（民法第五四七條）、長期間にわたってこれを行使せず、その行使が信義誠実に反する特段の事由がある場合には、同行使は許されない（最判昭和三〇年一月二日民集九卷二二号一七八一頁）とされるところであり、必ずしも危険負担と要件を同じくするものではない。解除に一元化すると、債務の一次的不能や一部不能の場合に、反対給付の減額を認めることによって當事者間の利益考量を図るといった柔軟な処理ができず、一部不能等が『契約の重大な不履行』に該当するか否かにより、反対債務を全部免れるか全部給付を余儀なくされるかが定まるといふオール・オア・ナッシング的な解決になり、柔軟な解決が図られない可能性があることに留意しつつ検討する必要がある。また、常に解除の意思表示をすることが煩瑣となる場合があることが懸念される。」と、批判している。⁽⁶⁾

また、中間試案のように、民法五三六條一項を削除するとなると、例えば、当事者双方に帰責事由がなく労働義務が履行不能になった場合において、従来では民法五三六條一項により賃金請求権を否定する解決が可能であったが、中間試案では、適用条文が存在しないため問題が生じる。すなわち、部分ストや一部ストの結果、スト不参加労働者の仕事が客観的にも存在しなくなった場合のスト不参加労働者の賃金請求権の帰趨について、判例は、労働契約上の危険負担の問題として考察すべきとしたうえで、ストライキは争議権の保障により使用者が介入して制限することはできず、また、団体交渉において組合側にいかなる回答を与えどの程度譲歩するかは使用者の自由であるから、使用者が不当労働行為の意思その他不当な目的をもってことさらストライキを行わしめたなどの特別の事情がない限り、ストライキは民法五三六條二項の使用者の責めに帰すべき事由に当たらず、スト不参加労働者は賃金請求権を有しないとしている（民法五三六條一項で解決したことになる）。⁽⁷⁾ この場合、労働契約を解除して賃金請求権を否定することは

できないので、中間試案のような改正を行うと対応できる条文が存在しないという弊害が生じる（明文となっていないノーワーク・ノーペイの原則から賃金請求権を否定することも考えられるが、従来の判例は、不就労によって労働義務の履行不能が生じるとの前提にたつて、この場合の賃金請求権の成否を危険負担の問題として処理する形で判断しており、⁽⁸⁾法的安定性の面からも、民法五三六条一項の明文規定で処理できる現行法の方が解決方法としては適切といえよう）。解除制度で危険負担は代替できると中間試案は考えているが、雇用契約や賃貸借契約などのように解除権が制限される契約類型があることを考えれば、危険負担を削除して解除制度に一元化するのには不当な改正提案といえる。

法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料六八B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（五）」において、パブリックコメントの手續に寄せられた意見などから、民法五三六条一項を削除する考え方への批判が整理されているが、重要であるので引用する。

「①危険負担に関する民法第五三六条第一項を削除するという考え方は、履行の不能によって債務者は本来の債務も填補賠償の債務も全て履行する必要がなくなっているにもかかわらず、債権者は解除の意思表示を債務者に到達させなければ自己の反対給付の債務を免れることができないう帰結を認めるものであるが、この帰結は当事者間の公平を害する。債務者が本来の債務の履行に代わる填補賠償の債務を負っている場合（債務者に帰責事由がある場合）に、債権者が解除の意思表示を債務者に到達させなければ自己の反対給付の債務を免れることができないのでは、状況が異なる。履行の不能によって本来の債務が消滅し、その履行に代わる填補賠償の債務も発生しない場合に、これに対応する債権者の反対給付の債務が当然に消滅するという危険負担の発想は、素

朴な法感情にも合致する。

② 履行の不能について債務者に帰責事由があるかどうかは、債権者には判断しかねることから、契約関係から確実に解放されたい債権者は、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除の意思表示をするというのが通常の実務であると思われるが、その実務を安定的に行うために必要なことは、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除をすることができることであつて、危険負担を廃止することではない。危険負担を廃止しなくても、上記の実務は安定的に行うことができる。

③ 危険負担による自動的な債務の消滅と、解除による債務の消滅とが併存することは、必ずしも理論的に説明することのできないものではない。意思無能力者である成年被後見人の法律行為（無効）を行為能力の制限によつて取り消すことができること、錯誤による売買契約（無効）の買主が売主に対するいわゆる瑕疵担保責任の追及をすることができること、通謀虚偽表示による契約（無効）を詐害行為とする詐害行為取消訴訟を提起することができること、詐欺によつて締結された公序良俗違反の内容の契約（無効）を取り消すことができることなど類似の状況であると見る余地があり、現に、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除を認めるべきである旨を主張する学説の中には、危険負担の廃止までは主張しないものや、むしろ危険負担を廃止すべきではないと主張するものがある。現行法の下でも、契約の当事者間で、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除をすることができる旨の合意しておくことは可能であるが、その場合において、解除の意思表示を受けた債務者が、自己には帰責事由がないから危険負担の制度が適用される旨を主張したとしても、解除の効力は否定されない。

④ 売買の目的物が引渡し前に損傷するなどの一部不能の場合において、危険負担による代金（対価）の一部消

減と、買主の売主に対する代金減額請求権、修補請求権、代物請求権、解除権……とが併存することについても、上記のとおり必ずしも説明がつかないものではない。買主が修補請求や代物請求を選択した場合には、それに対応する部分の代金を支払わなければならないのは当然であるが、危険負担による債務の一部消滅を含む上記のいずれを主張するかは買主の選択に委ねれば足りる。仮にそれでは問題があるのであれば、例えば、買主が売主に對して修補請求や代物請求をしたときは危険負担の適用が排除される旨の規定を置くことなどによって対応することも可能である。

⑤代償請求権……についても、例えば売買の目的物が売主の帰責事由によらずに滅失した場合には、危険負担によって代金債務が当然に消滅し、又はより確実な方法である解除をすれば代金債務が消滅する一方で、買主としては、契約の解除をしないで代償請求権を行使することも可能である。それに対応する部分の代金を支払わなければならないのは当然であるが、少なくとも危険負担によって代金債務が消滅していることを理由に代償請求権が否定されることはない。現在の実務においても、危険負担に関する民法第五三六条第一項が適用される事案において、代償請求権の行使が認められている。

⑥継続的な契約に基づく債務の一部が不能となった場合において、その不能となった部分に対応する対価の支払義務のみを免れ、継続的な契約自体の効力は引き続き維持する必要があるときに、契約の解除ではなく民法第五三六条第一項による反対給付の債務の消滅を主張するほうが合理的である場合もある。例えば、画家が自己の既発表作品である絵画一二点を完成時期の早い順序で毎月末日に一点ずつ買主に引き渡し、買主が毎月末日にその代金として一〇〇万円ずつを支払う旨の継続的売買契約を締結したが、五番目及び六番目に引き渡すべき絵画

が滅失したという場合には、買主としては、継続的売買契約自体の効力は引き続き維持した上で、五番目と六番目の絵画の代金債務のみを免れる旨を主張したい場合があり得る。

⑦債務者の帰責事由の有無とは無関係に解除権の行使が制限される場合があり……、その場合には、危険負担によって反対給付の債務を当然に免れることができなければ不都合を生ずる場合があり得る。解除権が制限される場合には同時履行の抗弁権（民法第五三三三条参照）を主張すれば足りると考える余地もあるが、同時履行の対象である債務者側の債務は、履行不能によって既に消滅等しているから……、同時履行の抗弁権の前提を欠いているとも考えられる。そもそも同時履行の抗弁権を主張することができるといふことは、訴訟において引換給付判決がされることを意味するが、不能の給付（例えば滅失したことが認定された建物の引渡し）と引き換えに反対給付をせよという判決を言い渡すのは困難である。このように、解除権の行使や同時履行の抗弁権の主張のみでは十分な対応をすることができない場合が想定され得るのであれば、引き続き危険負担に関する民法第五三六条第一項を置いておく必要がある。」

法制審議会の民法（債権関係）部会は、中間試案に対しこうした危険負担存続派からの批判が強く部会の意見が対立したため、中間試案のような危険負担廃止論を断念し、要綱仮案への新たな提案へと舵をきることになる。

三 要綱仮案・要綱・民法改正法案における危険負担制度

要綱仮案・要綱・民法改正法案では、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とすることは維持されたが、危険負担に関しては、民法五三四条・五三五条を削除したものの、民法五三六条に関し、以下の規定を提案している。

「(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。

(2) 債権者の責めに帰すべき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ない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。」

そもそも、双務契約において、一方の債務が債務者の無責で履行不能になったとき、他方の債務が消滅する（双務契約の存続上の牽連関係）法理として、危険負担の民法五三六条一項は機能してきた。要綱仮案・要綱・民法改正法案は、解除と危険負担の制度の重複の問題を回避するため、一方の債務が債務者の無責で履行不能になったとき、解除で他方の債務は消滅させればよく、解除されない間は、反対給付の履行拒絶権を与えれば、他方の債務は消滅させる必要はないとの立法提案になっている。⁽⁹⁾

しかし、この立法提案では以下の問題点が生ずることになる。

第一に、解除権が行使できない場合には、一方の債務が債務者の無責で履行不能になっているのに、他方の反対債務は、履行拒絶権が与えられているとはいえず、存続し続けることになる。解除権行使の自由があるときには、他方の反対債務を消滅させたければ解除をすればよいということができるが、解除権の行使が制限ないし不能となっているときには、こうした前提が崩壊していることになる。例えば、雇用などの継続的契約関係で解除が制限される場合、解除権の不可分性により解除権が行使できない場合、解除の相手方が亡くなり相続人の転居先が不明で解除権を行使できない場合、継続的供給契約の特定の回についてのみ履行不能でその部分の対価的な給付を消滅させればよく全体の解除は望まない場合には、他方の反対債務を消滅させたければ解除すればよいとの論理は既に破綻しているといえる。法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料六八B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けて検討（五）」において、解除権の不可分性（民法五四四条）によって解除が制限される事例があげられており、それによれば、Aの所有する建物をB及びCが共同で購入する契約を締結したが、当該建物が不可抗力により滅失した場合において、Cが行方不明であったり、Cが死亡してその相続人を探すことが困難であったりときは、Bの解除は困難であるし、Cが解除権の放棄をしたときは、Bの解除権も消滅するとされているから（民法五四四条二項）、解除ができなくなる。また、民法改正法案では、催告による解除は債務の不履行が軽微な場合に契約の解除をすることができないし（五四一条）、催告によらない解除は債務不履行であっても契約目的を達成できる場合は契約の解除が制限される（五四二条一項参照）。他方の反対債務を消滅させたければ解除すればよいとの論理は、解除が何ら制限されずに法律上も事実上も容易に行使できるという前提がなければ、こうした論理を用いるべきではないといえよう。

また、磯村教授が指摘するように、「解除権者が、自己の債務の一部又は全部をすでに履行していた場合には、その返還請求が問題となるが、この場合には、履行拒絶権としての危険負担では十分でなく、解除権を行使して、原状回復請求をする必要があると考えられる。しかし、解除権の不可分性を理由に解除できない場合がある」ことからすると、「履行拒絶権構成としての危険負担では十分とはいえないことにならないか。」という問題がある¹⁰⁾。

第二に、一方の債務が債務者の無責で履行不能になったとき、その債権者は反対債務の履行拒絶権が与えられるといっても、履行拒絶権を行使しないで履行が行われたときには、不当な結果が生じうる。履行拒絶権は抗弁権である以上、債権者が履行拒絶権を行使しないで反対債務を履行した場合には取り戻すことは、法的には困難と解される。一方の債務が債務者の無責で履行不能になったとき、他方の債務が消滅するという従来¹¹⁾の危険負担法理であれば、仮に債権者が反対債務を履行したとしても、不当利得により返還を求めることは可能であるが、履行拒絶権構成に立つと、反対債務は存続している以上、履行されたら不当利得とすることはできないと考えられる。同時履行の抗弁権が行使されずに履行された場合、不当利得として返還を認めることができないのが通説であるが、危険負担として構成される履行拒絶権も延期的抗弁権である以上、これと同じ帰結にならざるをえないと解される。解除権を行使できれば原状回復義務により返還を求めることができるが、この場合に解除権が消滅したり制限されたりしている場合には、解除権を行使できず不当な結果を是正することが困難になるといえる。

第三に、履行拒絶権構成だと差し押さえられたり債権譲渡されたりして第三者が登場した場合に、履行拒絶権を第三者に対して主張することが完全に保障されるかという問題がある。例えば、A B間の双務契約である請負契約において、AがBに対して一〇〇〇万円の報酬債権を取得しており、AがCにこの報酬債権を譲渡してAがBに譲渡の通

知を行った後に、Aの無責でBに対する仕事完成義務が履行不能となったときに、通知後に取得した履行拒絶権でもってBはCに対し履行拒絶権を主張できないのではないかという問題がある。⁽¹²⁾これに対し、債権譲渡の通知後に現在の民法五三六条一項により反対債務が消滅した場合には、通知の時に、譲渡人に対する抗弁事由が発生していることは必ずしも要するものではなく、抗弁事由発生の基礎が通知時に存在していればよいから、解除原因（債務不履行）そのものは通知後に生じても解除をもつて譲受人に対抗しうるのと同様に、⁽¹³⁾双務契約の存続上の牽連関係として反対債務が消滅する可能性が通知時に存在していた以上、通知後の民法五三六条一項による反対債務の消滅をもつて譲受人に対抗できると解される。⁽¹⁴⁾この点で履行拒絶権構成は不当な結果にならないかが問題となる。もつとも、解除が可能ならばこの点の問題点は顕在化しないが、解除権が法律上ないし事実上制限されている場合には、履行拒絶権構成による不当性は残らざるをえないといえよう。

第四に、Aが甲家屋を有しBが乙家屋を有する場合に、AとBがそれぞれの家屋を交換する契約を締結し、Bは交換契約においてAから取得した甲家屋をさらにCに売買して所有権を移転したところ（AB間の甲家屋・乙家屋の引渡しはまだ履行されていない）、Bの責めに帰することのできない事由によって乙家屋をAに引き渡すことが履行不能となった場合において、民法五三六条一項が問題となりうる。⁽¹⁵⁾現行法では、乙家屋の引渡しBからAになされておらず支配の移転がなければ、反対債権であるAからBへの甲家屋の引渡債務も消滅すると解されるから、Bは甲家屋の所有権を取得できないことになる。その結果としてCも甲家屋の所有権を取得できないことから、AはCに対して甲家屋の引渡しを拒むことができることになる。ところが、民法改正法案のように、民法五三六条一項の効果を履行拒絶権とすると、同時履行の抗弁権が双務契約以外の第三者に主張できないのと同じように、⁽¹⁶⁾AB間の双務契約以外の

第三者であるCからの所有権に基づく甲家屋の引渡請求をAは拒絶できないことになり、履行拒絶権構成による不当性が残ることになる。

第五に、危険負担制度は双務契約における清算場面の牽連関係においても重要な役割を担ってきた。すなわち、双務契約が無効・取消しにより双方の当事者が不当利得の返還義務を負う場合、あるいは、双務契約が解除されて双方の当事者が原状回復義務を負う場合において、一方の債務が債務者の責めに帰することができない事由により履行不能になったとき他方の債務の帰趨がどうなるかという問題に関しても、危険負担を用いる見解が有力に主張されてきた。⁽¹⁷⁾ 無効・取消しや解除といった双務契約のいわゆる巻戻しの場面でも、従来、双務契約の牽連関係である危険負担法理を用いることができるとされてきたが、民法改正法案では、一方の債務が債務者の責めに帰することができない事由により履行不能になったときに、双務契約の巻戻しの債務について解除をすることはできないので、危険負担制度を用いると反対債務は履行拒絶権を有して存続し続けることになり、抜本的な解決がなされない状態となる。そして、もし履行拒絶権を行使せずに反対債務が履行された場合には、第二の問題として指摘したように返還を求めることができなくなり、無効・取消しや解除といった双務契約のいわゆる巻戻しの場面で、民法改正法案の民法五三六条一項による解決を用いることがかえって不当な結果を引き起こすことになる。

四 私 見

履行不能による契約の解除と危険負担との関係に関し、

- ① 危険負担一元化案（両者の重複を避けるため、履行不能による契約の解除についてのみ、債務者の帰責事由を要件とすることとし、債務者に帰責事由がない場合には、債権者は履行不能による契約の解除をすることができないとする考え方）
 - ② 単純併存案（両者の重複を容認し、債務者の帰責事由によらずに履行不能となった場合には、債権者は契約の解除をすることができるとともに、危険負担によって自己の反対給付債務が消滅したことをも主張することができるとする考え方）
 - ③ 解除一元化案（両者の重複は避けるべきであることを前提に、民法五三六条一項の危険負担の制度を廃止し、債務者の帰責事由によらずに履行不能となった場合には、債権者は契約の解除のみをすることができるとする考え方）
 - ④ 危険負担修正案（両者の重複の問題を回避するため、危険負担の制度を、債権者の反対給付債務を消滅させるものではなく、債権者が反対給付債務の履行を拒むことができるというものに改める考え方）
- という立法論がある中で、⁽¹⁸⁾ 現行民法は①を採用していたが、中間試案では③を提案し、要綱仮案・要綱・民法改正法案では④を提案している。しかし、第二章と第三章で指摘したように③④は立法提案として混乱をもたらす看過できない欠陥を抱えている以上、解除に関し債務者の帰責事由によらずに解除を認めるという立場に立ったとしても、立法論としては②を採用するのが妥当と考える。⁽¹⁹⁾ 第二章で前述した民法五三六条一項を削除する考え方への批判が指摘していたように、「意思無能力者である成年被後見人の法律行為（無効）を行為能力の制限によって取り消すことができること、錯誤による売買契約（無効）の買主が売主に対するいわゆる瑕疵担保責任の追及をすることができること、通謀虚偽表示による契約（無効）を詐害行為とする詐害行為取消訴訟を提起することができること、詐欺によって締結された公序良俗違反の内容の契約（無効）を取り消すことができることなど類似の状況である」と考えられ、⁽²⁰⁾ また、債務不履行と不法行為の請求権の競合を肯定している実務や、松本教授が指摘するように、⁽²¹⁾ 債務不履行の際の填補賠償

償の請求について、解除して填補賠償を請求してもいいし、解除せずに填補賠償を請求してもいいという新設規定と同じ状況であることに鑑み、両者が重複する場面があったとしても、あえて両者の重複を回避する必要はないと考える。

また、民法改正法案は、売買に関し、特定物である目的物を引き渡した時、あるいは、買主の受領遅滞があった時以後に、目的物が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滅失し又は損傷したときは、買主は代金の支払を拒むことができず、履行の追完請求、代金減額請求、損害賠償請求、契約の解除を行使できないという規定も置いている（五六七条）。従来の民法五三四条で主張された支配移転説によれば、引渡し以外に、登記や代金支払を支配の移転とする説が有力であったが、改正された民法五六七条は登記や代金支払がなされた後の危険移転については規定しておらず、今後の解釈に委ねられている。

履行拒絶権構成の危険負担制度が国会で法律となった場合には、今後、履行拒絶権の内容を明確化するとともに、⁽²³⁾ 実務の運用の中でその問題点を可能な限り解消することが求められる。また、危険負担制度が任意規定であることから、特約で合理的な解決を模索することも追求すべきである。例えば、登記や代金支払がなされた後の買主への危険移転を、特約で規定することが考えられる。また、目的不動産が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滅失し又は損傷したとき、解除できる場合には、解除によって反対債権を消滅させることができるが、解除できないときに、三章で指摘した履行拒絶権構成の危険負担により不当な結果が生じることを回避するため、場合によっては、目的不動産が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滅失し又は損傷した場合、反対債権が消滅するという特約を結ぶことも考えられよう。

五 終わりに

危険負担制度の改正は、法制審議会で危険負担存続派と危険負担廃止派の激しい議論の対立の中で、双方の顔を立てる形で妥協の産物として、履行拒絶権構成という新たな危険負担制度を生み出すことになった。しかし、双務契約の存続上の牽連関係として定着していた危険負担制度を捨て去ったために、三章で指摘したような新たな問題を実務で引き起こす可能性がある。

法務大臣により法制審議会に債権法改正の諮問がなされた際に求められていたところの「国民一般に分かりやすいものとする」という観点が、今回の危険負担の改正では軽視されたのではないかと思われる。国民に定着し利用されていた危険負担の制度を、危険負担という名称は用いながら、世界に例のない履行拒絶権としての危険負担という制度に変更してしまうと、国民に混乱を引き起こし、内容の変更にとまどう国民が多く出るのではないかと思われる。「国民一般に分かりやすいものとする」という観点でいうならば、双務契約の存続上の牽連関係として定着していた従来の危険負担制度を維持すべきではなかったかと思われる。

また、民法改正法案で危惧されるのは、民法五三六条で用いられている帰責事由概念（二項「当事者双方の責めに帰することができない事由」、二項「債権者の責めに帰すべき事由」）が従来の解釈を維持できなくなるのではないかという点である。法制審議会民法（債権関係）部会の幹事である潮見教授は、民法改正法案の解説書で、民法四一五条の帰責事由（二項「債務者の責めに帰することができない事由」）に関し、「改正前民法四一五条に定められていた『債務者の責

めに帰することができない事由』に、『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』という修飾語を明示的に付加することで、ここでの免責事由が債務発生原因に即して判断されるべきものであること、したがって、契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであって、『帰責事由＝過失』を意味するものではないことを明らかにしたものである（部会資料六八・A・六頁。過失責任原則の否定。なお、『契約その他の債務の発生原因』と『取引上の社会通念』が並列で記されているが、前者を抜きにして後者の基準のみから免責事由が判断されることを意味するものではない。……）。ちなみに、改正後の民法では、本条一項ただし書以外にも『責めに帰すべき事由』『責めに帰することができない事由』という概念が随所で用いられているが、それらの箇所では上記の修飾語が付けられていない。これは、本条一項ただし書の箇所では修飾語を付けておけば、他の箇所でも同様に解釈されることになる。この法制執務的な判断によるものである。』と指摘している。⁽²⁴⁾ こうして債務不履行の損害賠償において過失責任主義を廃棄したことが、過失責任主義に立つて有責の履行不能が債務不履行となり無責の履行不能が危険負担となると明瞭に区分されていた体系をグレーゾン化させ、実務に大きな混乱をもたらす可能性がある。⁽²⁵⁾

立法は慎重の上にも慎重に行うことが必要である。⁽²⁶⁾ 浜辺教授は、「現行法を維持する部分と、改正される部分が混在し、何がどう変わって、何が維持されたのが難解な部分もある。全体としては、部外者ないし一般国民からすると、極めてわかりにくい。」⁽²⁷⁾と今回の民法改正を評しているが、カール・リーゼンフーバー教授の「一つのアプローチからもう一つへの変更によって、確立した契約責任の体系および確立した取引実務を崩壊させるのは、軽率」であり、『壊れていないものを修理するな』とは、健全な立法上の格言であるように思われる。⁽²⁸⁾との主張は、今回の改正において看過してはならない格言であったといえよう。平成二七年の通常国会では民法改正は成立しなかったが、

角教授は、「民法が制定されてから二二〇年、債権法改正は、避けては通れないが、急を要する課題ではない。改正案の内容でいいのか、今一度、立ち止まって再考する勇気が必要ではないだろうか。」と問いかけており、⁽²⁹⁾「立ち止まる勇気」が今一番、債権法改正に求められているといえる。

- (1) 山本豊「債務不履行・約款」ジュリー一三九二号八五頁(平二二)。
- (2) 拙稿「民法(債権法)改正の中間試案に関する考察」専修ロージャーナル九号五九頁(平二五)、山本豊「債務不履行」只木誠「ハラルド・パウム編」『債権法改正に関する比較法的検討—日独法の視点から—』二八三頁(中央大学出版部、平二六)。なお、山本教授は、「民法(債権法)改正検討委員会試案」において、「②履行請求権の救済手段視、⑤履行請求と填補賠償との選択の自由の承認(債務転形論の排斥)は、採用されず、むしろ履行請求権の優先原則が基本的には維持された」と指摘するが(山本・前掲二八三頁)、法務省経済関係民刑基本法整備推進本部の内田参与は、中間試案に関し、「中間試案では、まず、債務不履行の際の救済手段の第一として履行請求権についての規律を置くことを提案しています。」とし、「伝統的な説明のように、履行義務が不能によって填補賠償債務に形を変えろという説明よりも、履行請求権と填補賠償請求権が選択的に併存すると考えた方が実体に合い、また柔軟な処理ができるように思われます。」と指摘している(内田貴「民法改正のいま 中間試案ガイド」一一八頁・一二三頁(商事法務、平二五))。
- (3) 鈴木仁志「民法改正法案の本質的問題点」法民四九八号四九頁(平二七)。
- (4) 山本豊「危険負担」法時八六卷一二号三九頁(平二六)。なお、磯村教授は、「五三六条を存置するか、同条を廃止して、履行不能の場合の契約の存続・消滅を解除制度に一元化するかは、債務不履行に関わる改正論議の中で、最も激しく争われた問題の一つといえる。」と指摘している(磯村保「解除と危険負担」瀬川信久編『債権法改正の論点とこれからの検討課題』別冊NBL一四七号八九頁(平二六))。
- (5) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』一三六頁(平二五)。
- (6) 商事法務編『民法(債権関係)部会資料集第二集(第三卷(上))』四八一頁以下(平二五)。池田教授も、危険負担の削除

論を批判し、「私にとつて、このような法改正の議論を聞くことは正直信じられなかった。そうではなくて、まず危険負担という制度が現実の紛争解決にどういう機能を果たしているのかというところから、必要性を再検証するのが筋であろう。そもそも危険負担は、意思表示で契約を破棄する解除とは別異の制度である。学者が頭の中で考えて、論理的な整合性だけで廃止案を出すということであればもつてのほかである。」と指摘している(池田真朗「民法(債権関係)改正作業の問題点―「民意を反映した民法典作り」との乖離―」世界二〇一五年二月号二六三頁(平二七))。

(7) 最判昭和六二年七月一七日民集四二巻五号一三五〇頁。なお、スト労働者のピケ行為に阻止されて労務の提供をなさない場合も、使用者の責めに帰すべきでない事由とみなして、就労を阻止された者の賃金請求権を否定した判例があるが(前橋地判昭和三八年一月一四日労民一四卷六号一四一九頁)、民法五三六条一項の危険負担で処理されている。

(8) 土田道夫編『債権法改正と労働法』一五五頁以下(村中孝史・坂井岳夫)(商事法務、平二四)。法制審議会で安永貴夫妻(日本労働組合総連合会副事務局長)は、「民法五三六条一項を削除した場合、例えば交通機関途絶や自然災害など、労働者と使用者の双方の責めに帰することができないような事由で欠勤をした場合の賃金控除のケースなどにおいて、問題が生じるのではないかと思っております。現行民法の下では、当事者双方の責めに帰すことができない事由によって、労務を供給することができなかった場合には、その分については報酬請求権が生じませんが、その法的根拠は五三六条一項にあると言われております。このことからすれば、五三六条一項を削除した場合には、交通機関途絶等で欠勤したケースにおいて、使用者は契約解除の意思表示をしなければ報酬支払義務を免れないという解釈がなされることも考えられ、解除を誘発するなど、継続的契約である労働契約の不安定化を招くというようなことが危惧されます。」と指摘している(「法制審議会民法(債権関係)部会第七八回会議事録」四九頁)。

(9) 法制審議会でこうした主張を述べている主な意見として以下のものがある

民法(債権関係)部会第三九回会議において、中井康之委員(弁護士)は、「こういう御批判を受けるだろうという中で、昨日の会議の中でも出てきた譲歩案が、私の代案です。つまり、『当事者双方の責めに帰す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つたときは、債権者は、反対給付の履行を拒絶することができます。このとき、債権者は、その契約の全部又は一部を解除することを妨げない。』というものです。基本的に解除権者に委ねる。しかし、解除の意思表示を必須としない、相手方から履行請求を受けたとき、つまり、危険負担制度によって消滅したと思つている、だから、解除

の意思表示もしない債権者がいる。そこへある日、突然、履行請求が来たら、それは履行拒絶できるという形で危険負担程度の実質を残すという履行拒絶説で、こういうこともあり得るのではないか。」と発言している（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第二集（第四卷）』二六三頁以下〔平二五〕）。

また、民法（債権関係）部会第七八回会議において、高須順一幹事（弁護士）は、「安永委員や松本委員から出てくるように、解除しないで問題を解決したい場合がある。取り分け継続的契約のような場面で、一定の行為については、契約そのものの解除はしないけれども、約束は守らなくてもよいようにしたいという場面があってもいいのではないかと。だとすると、そこにやはり五三六条一項の存在価値みたいなものがあるとすれば、それに見合うような形で五三六条一項を最低限残すということは考えられないのだろうか。つまり、終了という事柄を常に意識すると、何か二つの終了方法があつて、それがどっちもあるというのはどうしたって理論的に一貫しませんよね」という御批判を受けるんだと思うんですが、必ずしも終了という構成にこだわらずに、先ほどの安永委員のお話のときも、要するに企業側は、そういうときは給料を払いませんよということさえ言えるならば、解除なんていうところまでいかないだろうと。ご指摘されたケースは解除と言われたら、解雇権の濫用だと弁護士は絶対立ち上がるところなんですけど、そんな無用なトラブルを起こすとか、そんな心配を労働者にかけたくないというのが安永委員の御指摘だったと思うんですが、そういう意味であれば、必ずしも終了とは言わなくても、要は履行しなくてもいいというような何らかの規定を残すということはできないのだろうかということを考えております。今まで散々議論していたのに、残す、残さないみたいな形を変えた形での議論をして申し訳ないのですが、そのようなことを考えています。ただ、今回、このような意見を申し上げるにはそれなりの根拠がありまして、……東弁は実は今年の五月三〇日付で出させていただいた意見書で、五三六条一項の削除については反対ですが、この規定は危険負担制度、履行拒絶権として構成するのが妥当であるという、結局、どっちなんだみたいな意見ですので、私自身もどう言っているか分からないで、ずっと悩んでいたんですが、今日のお話を聞いてみると、いわゆる終了原因としては、解除しなければ終了しませんよと。これで例えば一元化するとした上で、ただ、解除が好ましくないときには解除せずに、特定の事象に対しては、もう履行しなくていいという根拠を与えるというような何か考え方があってもいいのではないかと。東弁はそこまで考えていますということですが、ちょっと急に態度を変えるように申し訳ないんですが、ちょっとそんなのも一つあってもいいのではないかと思つた次第でございます。」と発言している（同会議議事録五二頁）。

さらに、民法（債権関係）部会第七八回会議において、深山雅也幹事（弁護士）は、「先ほど高須さんが発言された、東弁の意見である履行拒絶権という構成は、これは反対債権の消滅は認めないで、ただ履行されたときに拒める、あるいは債務不履行の責任を負わない、遅滞の責任を負わないというようなことであり、先ほど高須さんが割と遠慮した言い方をしていましたけれども、理論と実務ニーズをうまく調和させた提案だろうと思います。これは理論的に見ると、効果が違うということになります。要件は一緒でしょうけれども、効果については、従来の危険負担は反対債権の消滅ですけれども、履行拒絶という抗弁を出せるというのは、債権は消滅させないわけですから、効果が違うという説明ができます。それを危険負担の変容と言うかどうか、これは言い方の問題ですけれども、私の考え方は従来の危険負担という制度とは別物だと思っています。どちらかというところ、資料にも紹介のある同時履行の抗弁権に近い抗弁として、一方の債権が履行不能になっているときに反対債権について請求を迫られない、迫られたとしても、それを当然に拒めるという規律であり、それはもう別の制度なんだろうと思います。解除のほうを大胆に要件を変えたわけですから、それに伴って、危険負担に代わる抗弁の制度を設けるということもあっていいし、これが認められれば、理論的な面で、理論上あり得ないという批判を浴びることもならないのではないかと気がいたします。是非そういう方向で検討されるのが望ましいと思います。」と発言している（同会議議事録五五頁以下）。

なお、使用者の責めに帰すべき事由により労働者が就労できなかった場合、従来の判例は、民法五三六条二項前段により、労働者の賃金請求権を肯定していたが（土田道夫編・前掲注（8）一六八頁以下）、改正された五三六条二項前段では、「債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。」としているため、この規定から直ちに賃金請求権の「発生」を根拠付けることは困難である。しかし、立案担当者は、この規定の下でも、改正前の規定と同様に、賃金請求権の「発生」を根拠付けることが可能であるとしていると指摘されているが（潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』二二四頁（きんざい、平二七）、疑問である）。

(10) 磯村・前掲注（4）八九頁以下。

(11) 四宮和夫『事務管理・不当利得（事務管理・不法行為上巻）』一四四頁（青林書院、昭五六）。

(12) 民法四六八条二項は、「譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。」と規定するが、通知がなされるまでに「譲渡人に対して生じた事由」

にあたるものとして、同時履行の抗弁権があげられる（奥田昌道『債権総論』四四〇頁（悠々社、増補版、平四）、前田達明『口述債権総論』四〇八頁（成文堂、第三版、平五）、林良平（安永正昭補訂）『石田喜久夫』高木多喜男『債権総論』五〇三頁（青林書院、第三版、平八）、加藤雅信『新民法大系Ⅲ 債権総論』三一三頁以下（有斐閣、平一七）、中田裕康『債権総論』五三六頁（岩波書店、第三版、平二五）。

(13) 奥田・前掲注(12)四四一頁以下、林（安永補訂）『石田』高木・前掲注(12)五〇三頁、加藤・前掲注(12)三二四頁、中田・前掲注(12)五三七頁以下。

(14) 池田教授は、賃貸借のケースで同様の見解を指摘する。すなわち、「PがQに建物を賃貸したうえ、賃料債権をRに譲渡し、Qにその旨の通知をしたとしても、その後、当該建物が滅失したとき、P・Q間の賃貸借契約は履行不能によって消滅し、賃料債権も発生しない。すると、Rはそれ以降の賃料をQに請求することはできず、結局、Qは譲渡通知後に生じた『滅失』という事由をRに主張できる形になる」（池田清治『基本事例で考える 民法演習2』九二頁以下（日本評論社、平二六）。

(15) 現行法では、民法五三四条一項が適用されるためには、引渡しや登記といった支配の移転がなければならぬと解するならば、民法五三六条一項の問題となりうるし、民法改正法案では、民法五三四条が削除されており、引渡後でなければ危険は移転せず（民法五五九条、五七六条一項）、民法五三六条一項が適用されることになる。なお、本文のような当然消滅構成と履行拒絶権構成の差異の分析はされていないが、法制審議会でも、危険負担と第三者が問題となる点を指摘した発言として、「危険負担と第三者という問題は、通常の売買契約では問題にならなくて、交換契約で問題になるのだろうと思います。つまり、一方の物の引渡債務が履行不能になったときに、もう一方の物の引渡債務は既に履行されていて、第三者にまで物が行っているという場合に、危険負担と第三者という問題が生じる」（山本敬三幹事）という発言や、「AとBがいて、甲という不動産と乙という動産があつて、甲がAからBに渡され、更にBからCに渡されている。他方、乙はBからAへの給付は履行不能になっているという、こういう場面です。」（潮見佳男幹事）という発言がある（商事法務編・前掲注(9)二七〇頁）。

(16) 例えば、XからYに甲家屋を売買したが、Yが代金を支払わないのでXも引き渡さないと同時履行の抗弁権を主張する場合に、Yが甲家屋をZに売買してしまうと、ZからXに対する甲家屋の所有権に基づく引渡請求に関しては、同時履行の抗弁権を用いることはできないと解されている（遠藤浩編『民法V（契約総論）（第五二一条）第五八八条』一一九頁（山田創一）（青林書院、平九））。

ところで、法制審議会は、同時履行の抗弁権と危険負担の履行拒絶権を以下のように整理している。すなわち、「債務の履行が不能とはなっていないが履行はされていない場合に、債権者が自己の反対給付債務の履行を拒む根拠として機能するのが、民法第五三三条の同時履行の抗弁権であるのに対し、債務の履行が不能となった場合に、債権者が自己の反対給付債務の履行を拒む根拠として機能するのが、素案（一）の履行拒絶権であると整理することになる。いずれの場合においても、自己の反対給付債務を確定的に消滅させたい債権者は、債務不履行による契約の解除をすることになる。なお、債務者が債権者の反対給付債務の履行を求める給付訴訟を提起した場合において、被告である債権者が民法第五三三条の同時履行の抗弁権を主張すると、引換給付判決（債務者による債務の履行との引換え）がされるのに対し、素案（一）の履行拒絶権を主張すると、請求棄却判決がされることになる（同法第五七六条の支払拒絶権や会社法第五八一条第二項の履行拒絶権が主張された場合と同様の取扱いである。）」と指摘しているが（法制審議会民法（債権関係）部会資料七九―三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その一）補充説明」一七頁）、同時履行の抗弁権も危険負担の履行拒絶権も双務契約上の牽連関係に由来する抗弁権なので、前記事例のZのような双務契約の当事者でない第三者が登場した場合には抗弁権の主張が制限されるという点は共通性があると考ええる。

(17) 山田・前掲注(16)一七六頁以下。

(18) 法制審議会民法（債権関係）部会資料七九―三・前掲注(16)二六頁以下。

(19) 同様の見解として、円谷峻編『民法改正案の検討第一巻』一一〇頁以下（松浦聖子）（成文堂、平二五）がある。池田教授も、③の解除一元化案を批判し、④の危険負担修正案を「よく考えた」と評価するよりも、新たな議論の種を増やしたという心配をするべきとも感じる。」と批判している（池田・前掲注(6)二六三頁）。

また、岡崎克彦幹事（最高裁判所事務総局民事局第二課長）は、法制審議会民法（債権関係）部会第七八回会議において、「ドイツ民法では、元々今の間題案と同じような提案、すなわち、解除で一元化するという原案だったものが、その後の審議の過程で危険負担と解除を併存させるといふものに変ったという理解をしているのですけれども、それではなぜ変わったかという点、先ほど出ましたように、継続的な債権関係で反対給付義務の消滅を認めないことになると、いろいろ問題が生ずるのではないかという議論があったからであるという紹介がされております。現行のドイツ民法について、改正の後の施行状況を見ても、債権者に危険負担の主張と、解除の主張の選択権を与えたことによって何らかの問題が生じている

かということ、特に問題は生じていないという紹介がされています。そうすると、我が国で解除と危険負担を併存させることによって、実務的などのような問題が生ずるのかということについてもよく考えておく必要があると思います。」と指摘している（同会議議事録五四頁）。

さらに、永野厚郎委員（最高裁判所事務総局民事局長）は、法制審議会民法（債権関係）部会第七八回会議において、「何れが理論と実務というような対立のさせ方をされて、この法律を運用している実務家の今までのやり方を取り上げる形での問いかけがありましたけれども、民法を利用してゐるのは国民でありまして、今回のパブコメの中でも、危険負担を存置してほしいというのは、実務界が言っているというより、国民の声で出てきているところがあるのだらうと思います。今までは両方が並置された形であったわけですが、解除の仕組みが変わったので、そのこととの理論的な整合性がどうかということが問題にされていますけれども、国民の側にあつた、請求された場合に解除の意思表示をするまでもなく、請求を拒めるということでも今まで守られてきた利益をどのようにくみ上げていったらいいのか、そういう辺りはやはり軽々に無視できないのではないかと思います。」と指摘している（同会議議事録五五頁）。

なお、改正されたドイツ民法典が、履行不能の場合に、債権者としては危険負担と解除を選択できることに關し、半田教授の以下の指摘は重要である。すなわち、「確かにこれまで債務不履行による解除は債務者の帰責事由が前提とされてきたが、担保責任における解除、事情変更による解除は債務者の帰責事由を解除の要件としてこなかった。その意味では解除の要件として債務者の帰責事由が外されても危険負担の規定が必要になるという議論は出てくる余地はないといつてよいであろう。ドイツの一九九二年の最終草案と二〇〇〇年の討議草案で解除一元説が採用されたが、その後の改定草案では撤回されている。現行ドイツ債務法では、給付義務が債務者の責めに帰すべきでない事由により不能になった場合、債権者は危険負担の規定（下民三二六条一項、四四六条）により反対給付義務が当然に消滅したことを主張できる一方では、契約解除権を行使して契約関係を解消し、その結果として反対給付義務を免れることもできる（下民三二三条、三二六条五項）。このような立法主義の下で特に不都合は生じていない。給付不能が生じたことが明らかかな場合は危険負担を採用し、新提案の起草者が主張するような複雑な利害が絡んだり、給付不能が生じたかどうか明らかでなかつたりする場合は解除によらせるといつた住み分けも可能かもしれないが、ドイツ民法の立場ではそのような制約はなく、当事者はいずれの解決も自由に選択しうる。」（半田吉信「危険負担制度廃止論批判」千葉二五卷二五二頁以下（平二二））。

そして、この点に関し、法制審議会民法（債権関係）部会の事務当局の担当官であった川嶋氏（法務省民事局付）が、ドイツに滞在して「債務不履行解除と危険負担との両制度をその適用範囲を重複させながらも併存させているドイツ民法の規定は、ドイツにおいてどのように理解されているのであろうか。」という観点で民事実務の実情を調査し、両制度が問題なく運用されていることを以下のように指摘している。すなわち、「まず現場の裁判官たちに実務上の問題点等を尋ねて回ってみた。ところが、驚いたことに、債務不履行解除と危険負担との関係について特に意識したことはないという回答しか得られなかった。ある裁判官は、そもそも債務不履行解除の要件から債務者の帰責事由が排除されたことすら印象に残っていないと言っていた。債務不履行解除と危険負担との関係に興味関心を抱くのは学者だけであると言った裁判官もいた。」とされ、さらに、ミュンヘン大学のシュテファン・ローレンツ教授の解説によると、「①ドイツ民法第三二六条第一項は、双務契約の危険負担についての規定である。自動車の場合、引渡前に自動車が事故で大破してしまったならば、売主はドイツ民法第三二五条第一項により自動車の給付義務を免れることになる。この場合に、買主は、ドイツ民法第三二六条第一項により、代金の支払義務から解放される。他方で、買主は、ドイツ民法第三二六条第五項により、売買契約を解除することもできる。つまり、買主にはドイツ民法第三二六条第一項とドイツ民法第三二六条第五項との二つの選択肢が与えられている。もともと、売主が自動車を給付しない理由というのは、買主には分からないことが多い。事故で大破したのか、それとも、売主が車を手放したくないだけなのか、あるいは一時的な理由から引渡しが遅滞しているだけなのかを買主が認識することは難しい。そこで、通常であれば、買主はドイツ民法第三二三条の解除をすることになる。そして、車が事故で大破してしまっていた場合であれば、期間を定めなかったとしても、ドイツ民法第三二六条第五項によって、有効な解除になる。その意味で、ドイツ民法第三二六条第五項には、自動車の引渡しを受けることのできなかった買主を保護するという存在意義があるとは言える。②次に、自動車を付属の荷台と一緒に売るといふ場合を例にとる。引渡前に荷台が事故で大破してしまつたならば（量的一部不能）、売主はドイツ民法第二七五条第一項によって荷台の給付義務を免れるが、自動車本体の給付義務を免れることはない。そして、買主はドイツ民法第四四一条第三項により減額された代金を支払わなければならない。しかし、買主にとっては、荷台と一緒に買主が自動車を所持する意味がないということもある。その場合に、買主に契約全体を解除する可能性を与えるのが、ドイツ民法第三二六条第五項である。もともと、買主は、ドイツ民法第三二六条第五項が準用するドイツ民法第三二三条第五項第一文によって、荷台とセットでなければ意味をなさないと立証しなければ

ばならない。この立証責任を買主が負うのは、専ら政策的な理由によるが、荷台と一緒でなければ意味をなさないかどうかは売主には分からないのが通常だからである」と説明することはできる。③最後に、自動車売買において、引渡前に事故車になってしまったという場合を例にとる。事故車は、修理によって新車と同様の機能を回復していたとしても、瑕疵のある物とされる(質的一部不能)。この場合、事故車は二度と新車に戻ることはないから、ドイツ民法第四三三条第一項第二文の瑕疵のない物を給付する義務は不能となる。その結果、ドイツ民法第二七五条第一項によって、売主は、瑕疵のない自動車を給付する義務からは免れることになるが、自動車を給付する義務そのものからは免れることはできない。そして、この場合には、ドイツ民法第三二六条第一項第二文によって、買主は代金の支払義務を免れることができない。もつとも、買主は、事故車だったら欲しくないかもしれない。そこで、買主に契約全体を解除する可能性を与えるのが、ドイツ民法第三二六条第五項である。ここでは、ドイツ民法第三二三条第五項第二文が準用され、事故車であるということが重大な義務違反であるときにのみ契約全体の解除が可能となるが、先ほどの量的一部不能の場合とは逆に、重大な義務違反ではないということについて売主が立証責任を負うとされている。」とのことであった(川嶋知正「債務不履行解除と危険負担との関係をめぐるドイツ見聞録」NBL九九三号四二頁以下〔平二五〕)。

(20) 磯村教授は、「二重効と同様に考えるとすれば、少なくとも、危険負担の効果を主張できるのは、解除権者側に限る必要があらう。」と指摘している(磯村・前掲注(4)八九頁)。

(21) 松本恒雄教授は、法制審議会民法(債権関係)部会第七八回会議において、「要件が同じでかつ効果が同じで、間に解除の意思表示が入るか、入らないかだけの違いの制度がもう一組あるんですね。今回新設される……債務不履行の際の填補賠償の請求については、催告をして債務者が履行しなければ、解除して填補賠償を請求してもいいし、解除せずに填補賠償を請求してもどっちでもいいと。つまり、要件が完全に重複していて、債務不履行という状況があつて、そして目指す効果は填補賠償の請求と全く同じである。にもかかわらず、解除してもいいし、しなくてもいいということになって、今の危険負担と解除の重複と全く同じなんです。そこで、なぜ解除しないで填補賠償の請求を認める現実的ニーズがあるのかということの説明としては、継続的供給契約の場合において、ある一回の給付が不履行になった場合に解除することだと、取引関係全体を清算することになるから、それはしたくない。当該回の給付で実現されるべき損害について全額の賠償を取りたいと。あとは契約を続けたい場合があるんだと。だから、こういう現実のニーズがあつて、判例も認めているんだという

説明がされているわけです。そうであれば、解除の場合もやはり継続的契約で、今、労働契約の場合は若干特殊性があると思いますが、この填補賠償の請求で言われているような継続的な供給契約の場合であれば、全く同じニーズはあるわけで、解除しなければならぬということになると、取引関係を終えてしまおうということになるので、それはしたくないという当事者がいるとすれば、当該回の対価的な給付の部分についてのみ消滅させるといふ制度は、現実的なニーズがあるのではないかと思うんです。一方においては、この新たな条文の新設を主張して、他方においては、既存の制度の消滅を主張するというのは、一貫しないと思います。」と指摘している（同会議事録五一頁）。

(22) 山田・前掲注(16)一九七頁以下。

(23) 磯村教授が指摘する「履行拒絶権はいつまで存続する権利なのか。たとえば、解除権の行使が期間の経過によってできなくなった時点でも、履行拒絶権の行使は妨げられないのか。」という問題は（磯村・前掲注(4)九〇頁）、履行拒絶権構成の危険負担制度が国会で法律となった場合には解決せざるをえない問題である。

(24) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』六〇頁（一般社団法人・金融財政事情研究会、平二七）。

(25) 加藤教授は、「婦責事由に相当する文言に『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』という枕詞をめぐって長い混乱の時期を迎えるであろうことは必定である。……現在の民法四一五条は、それなりに安定的に運用されている。それを、過失責任主義が無過失責任主義か、もともと根源的な原則論の次元で、条文が『玉虫色』となり、双方の解釈が可能となるような法改正がなされると、法的安定性は大きく損なわれることになる。しかも、これは法体系の分裂含みの『解釈』なのである。これでは、『民法改正』ではなく、『民法改悪』といわねばならない。……以上に検討した債務不履行責任を過失責任と考えるか無過失責任と考えるかという問題は、危険負担・解除・瑕疵担保責任等のさまざまな問題と関連している。」と指摘している（加藤雅信『迫りつつある債権法改正』一五六頁以下（信山社、平二七））。

(26) 山田教授は、「現在の規定より格段に（三倍（？）くらい）メリットがなければ改正すべきではない。多少よいという程度では長く行われてきたものを置き換える意味はない。」と主張される（山田卓生『民法（債権法）改正——学界の動き——』法の支配一五二号一〇頁（平二一））。

(27) 浜辺陽一郎『民法（債権法）改正がわかる本』二二頁（東洋経済新報社、平二七）。

(28) カール・リーゼンフーバー(渡辺達徳訳)「債務不履行による損害賠償と過失原理」民法改正研究会(代表 加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』二六八頁(信山社、平二二)。

(29) 角紀代恵「債権法改正―立ち止まる勇氣」金判一四七二号一頁(平二七)。

なお、加藤教授は、民法改正法案を詳細に検討した上で、以下の二つの提案を行っている。すなわち、「『最終提案一』今回の債権法改正法案にもとづく改正にはあまりに問題が多いので、提案されている民法改正それ自体を見送る。『最終提案二』今回の債権法改正法案にもとづく改正提案のうち、肯定的に評価できる『法定利率』と、他に影響を及ぼすことがない『敷金』の問題の二点だけを改正し、残余の改正は見送る。著者個人としては、このいずれの途が選択されても、少しも異存はない。」(加藤・前掲注(25)三〇三頁以下)。

(専修大学法科大学院教授)