

平成 26 年 6 月 10 日

民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その 1）についての意見及び説明の要望

法制審議会民法（債権関係）部会
潮見 佳男・山本 敬三・松岡 久和

以下の諸点について、要綱仮案の原案に対する意見を申し上げるとともに、中間試案及び素案から原案への変更についての説明を要望します。

[1] 原案第 3「代理」 7「代理権授与の表示による表見代理」 8「代理権消滅後の表見代理」について

重畳適用に関する 7(2) を、次のように改めるべきである。

「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときであっても、第三者がその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。」

重畳適用に関する 8(2) は、次のように改めるべきである。

「他人に代理権を与えた者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者が代理権の消滅を知らず、かつ、その他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。」

[理由]

(i) 原案 7(2) および 8(2) では、①代理権授与の表示がされた代理権ないし消滅した代理権に関する相手方の善意無過失と、②実際に行われた代理行為の代理権に関する相手方の誤信の正当な理由との関係が分かりにくいという指摘に対処するため、「(1)によりその他人が第三者との間でした行為についてその責任を負うべき場合」と定めることにより、①にあたるものを明示することが試みられている。

しかし、重畳適用のケースでは、実際に行われているのはその代理権の範囲外の行為であり、「(1)によりその他人が第三者との間でした行為」なるものは実際にはされていないため、このような事実についての善意・悪意や過失の有無を確定しようがないという問題がある。

さらに、「(1)により・・・その責任を負うべき場合」という表現が考え出されたのは、109条では、悪意または過失の存在がただし書きにまわり、112条では、過失がただし書きに回っていることを受けるためだと考えられる。そうすると、(1)の要件にあたるものを織り込んで実際に書き下すと、7(2)は、次のようになると考えられる。

「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときであっても、第三者がその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。」

一見してわかるように、本文にあたる要件を主張・立証することができる場合に、ただし書きにあたる要件を主張・立証することが出来る場合があるとは考えられない。それは、ただし書きにあたる要件は、実際には、本文にあたる要件の中に包摂されているためである。

(ii) また、8(2)についても、同様に書き下すと、次のようになる。

「他人に代理権を与えた者は、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者が代理権の消滅を知らず、かつ、その他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、当該行為について、その責任を負う。ただし、第三者が過失によって代理権の消滅の事実を知らなかったときは、この限りでない。」

この場合は、たしかに、代理権の消滅の事実に関する善意・悪意等と代理権の範囲内にあるかどうかに関する善意・悪意等は、別個に観念することができるので、7(2)とまったく同じではない。ただ、厳密にいうとそうではあるが、「その他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるとき」というのは評価的な要件であることから、その中で、「第三者が過失によって代理権の消滅の事実を知らなかった」か否かを受けとめることは十分可能であり、それで問題はないと考えられる。

したがって、7(2)及び8(2)については、以上を書き下した本文のみを定めれば足りると考えられる。

[2] 「取引上の社会通念」(原案第6「債権の目的」1、第7「履行請求権」1、第8「債務不履行による損害賠償」1(2)、第9「契約の解除」1)について

- ① 「取引上の社会通念」という新規概念に関しては、再考をお願いしたい。
- ② 「取引上の社会通念」という新規概念を用いる場合には、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」を、「取引上の社会通念を考慮し契約その他の債務の発生原因の趣旨に照らして」に、修正していただきたい。

[理由]

I ①について

仮案の原案は、中間試案が用いていた「当該契約の趣旨に照らして」を、「取引上の社会通念」に置き換えている。この間の説明によれば、「当該契約の趣旨」とは、「契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる」ものとされてきた。これを単に、「取引上の社会通念」と置き換えたならば、「契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき」とされていた部分に含意されている考慮が判断の過程から落ちてしまうとの危惧を禁じ得ない(この部分もまた、原案にいう「契約その他の当該債権の発生原因に照らして」では捕捉できないとの理由から、当部会での審議を重ねるなかで重視されてきた点である)。さらに、単に「取引上の社会通念」と書き、かつ、原案のように「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」と書いたときには、次の②で示す問題を増長させることとなり、いっそう適切でない。

II ②について

(i) 仮案の原案は、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」特定物債務者の保存義務の程度、履行請求権の限界(履行不能の有無)、損害賠償の免責事由、催告解除権の阻却要件等が定まるとの定式を採用している。

(ii) しかしながら、「契約その他の当該債権の発生原因」の趣旨が何かを判断する際に主観的事情と客観的事

情がともに考慮されるということを経験に入れてきたとき、この定式は、このことを記述するものとしては不完全である。「契約その他の当該債権の発生原因」に照らして特定物債務者の保存義務の程度、履行請求権の限界（履行不能の有無）、損害賠償の免責事由、催告解除権の阻却要件等を判断する際には、そこにおいて既に、「取引上の社会通念」（中間試案の表現では、契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる「契約の趣旨」）が考慮に入れられているからである。

むしろ、特定物債務者の保存義務の程度はどれほどのものか、履行請求権の限界（履行不能の有無）がどこに引かれるか、損害賠償の免責事由の内容はどのようなものか、催告に応答がなくても解除ができない場合はどのような場合か等は、「契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情」を基礎に据え、「取引上の社会通念」を考慮に入れて導かれる「契約その他の当該債権の発生原因」の趣旨に照らして判断されるというのが正しい。

(iii) しかも、「契約その他の当該債権の発生原因」と「取引上の社会通念」とを「及び」でつなぐことにより同格のものとして位置づけたときには、契約で明確に定めている場合でも、「取引上の社会通念」を重視して、それと実質的に異なる解決が導かれるおそれが払拭できない。

以上のようにみたとき、仮に「取引上の社会通念」という新規概念を用いるにしても、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」は、「取引上の社会通念を考慮し契約その他の当該債権の発生原因の趣旨に照らして」に修正すべきである。このように修正したとしても、契約規範や契約責任を取り巻く問題を処理するにあたり、当事者の「合意」ないし主観的事実だけでなく、「社会通念」など客観的事実をも考慮に入れた判断がされるべきであるとの意見——中間試案に「[契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる] 当該契約の趣旨に照らして」という文言を入れることを積極的に提唱していた意見——の主張者にとっても、十分に受け容れうるものとする。

[3] 原案第8「債務不履行による損害賠償」1「債務不履行による損害賠償とその免責事由」について

中間試案・素案からの変更として、「債務の本旨」という用語が復活したことの理由を、ご説明願いたい（これに反対するという意味ではない）。

[4] 原案第8「債務不履行による損害賠償」4「履行遅滞中の履行不能」について

「債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に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その債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなす。」に、以下のただし書を追加すべきである。

「ただし、債務者がその債務について遅滞をしていなくても、債務の履行が不能になったと認められるときは、この限りでない。」

[理由]

履行遅滞と履行不能による損害との間に因果関係がない場合には、債務者は履行不能を理由とする損害賠償（填補賠償）の責任から解放されるというのが、現民法下における学説の一致した理解である。理論的にみても、履行遅滞中に履行不能となったからといって、因果関係まで擬制されるものではない。適時に履行していても目的物が滅失したと考えられる場合には、遅滞と不能の間に因果関係がなく、免責されるはずである。

中間試案では、このことを考慮して、「債務者が遅滞の責任を負っていなくてもその債務の履行が不能となるべきであったときは、この限りでない」という内容のただし書が付けられていたが、原案ではこれが消えている。

しかし、上記のただし書きを削除して本文の「みなし」規定のみを設けたのでは、現在の学説に合わず、理論的にも説明ができず、比較法的にも稀有な規範を設定することになり、適切ではない。

[5] 原案第8「債務不履行による損害賠償」6「損害賠償の範囲」について

(2)の「債務者がその事情を予見すべきであったときは」の前に、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」又は「取引上の社会通念を考慮し契約その他の債務の発生原因の趣旨に照らして」の文言を追加すべきである。この文言の追加がないのであれば、現民法416条は現状維持とすべきである。

[理由]

現民法416条の改正に向けた審議では、現民法の規定の構造を踏まえつつも、同条が契約上の債務の不履行を理由とする損害の賠償を目的とした規定であることを明らかにすると観点から、債務不履行によって生じた損害のうち、当該契約の下で評価をしたときに債権者に対して賠償されるべきものが何かを確定するためのルールとして、同条を再構成する方向での議論が進んでいた(契約に基づく損害リスクの分配)。中間試案が、賠償されるべき損害として、(1)ア「通常生ずべき損害」と並べて、(1)イ「その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」を挙げたのも、このような意図に出たものと考えられる。

ところが、仮案の原案は、中間試案にあった「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」損害という部分を削除し、単に、「当事者」を「債務者」、「予見し、又は…予見すべきであった」を「予見すべきであった」に改めるという改正を提案している(ほかにも、予見の対象を損害から事情へと改め、現行法を維持する立案をしているが、この点は措く)。しかし、これでは、この規定が契約に基づく損害リスクの分配の考え方に裏づけられたものであることが不透明になる。かえって、中間試案にいう「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」が削除されて「当事者」が「債務者」へと改められる結果、契約上の債務の不履行を理由とする損害賠償の範囲が当該契約の下での評価から切り離されて、事情に関する債務者の予見義務によって律せられるとの解釈を生む恐れがある。これは、ここ5年間、現民法416条をめぐる部会審議で段階的に合意を形成してきたとはまったく異なる方針で、416条を新たに規定するという点にほかならない。事は、少なくとも予見の当事者を「当事者」から「債務者」に変更することと、「予見することができた」を「予見すべきであった」という規範的・評価的要件に書き換えることについて一致を見たから、この部分のみを書き換えれば足りるという問題ではない。

このようにみたときには、今回の改正によりめざしている方向で損害賠償の範囲に関する規律を設けるのであれば、中間試案にあった「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」損害という文言に対応するもの、すなわち、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言または(私たちの考えによれば)「取引上の社会通念を考慮し契約その他の債務の発生原因の趣旨に照らして」の文言を付け加えるべきである。

その結果、(2)は、次のようになる。

「特別の事情によって生じた損害であっても、取引上の社会通念を考慮し契約その他の債務の発生原因の趣旨に照らして債務者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる。」

仮にこのような修正をしないということであれば、予見の当事者を「当事者」から「債務者」に変更することを単体で採用することによって賠償範囲と契約との切断が現民法416条以上にもたらされることから、現民法416条については現状維持として、契約に基づく損害リスクの分配ルールが展開する余地を残し、現民法下でおこなわれている議論を将来に向けて発展させるほうがよい。

なお、契約に基づく損害リスクの分配ルールの観点から現民法 416 条に改正を加えることに対しては、既に当部会における審議の際に、「当事者」とは「債務者」を指さず、「両当事者」を指すものと解さなければならないという強い意見が一部の委員より出されている。このような意見をも含めて考えたならば、仮に、原案が 6（1）および（2）において契約に基づく損害リスクの分配ルールの観点を基礎に据えているのだとしても、このことを条文上に表現せず、かつ、「当事者」を「債務者」に変更する修正で済ますことに対しては、よりいっそう慎重を期すべきではないかと考える。

[6] 原案第 8 「債務不履行による損害賠償」 8 「賠償額の予定」について

「民法 420 条第 1 項後段を削除するものとする」との原案には、賛成できない。同項については、少なくとも、現状維持とすべきである。

[理由]

部会資料の説明からは、私たちは、民法 420 条 1 項前段の改正について意見の一致をみななかったから、同条 1 項後段のみを削除するという趣旨と理解した。しかし、現在法典に存在している同項後段を削除するということの与える重大な意味を看過してはいないだろうか。現民法の規定との対比でいえば、同項後段を削除することは、賠償額の予定条項に対して裁判所が介入することを容認する方向へのメッセージを与えることになる。これは、私的自治の原則に対する重大な変更を意味するものと受け取られてもやむをえないものである（賠償額の予定に関する裁判所による規範形成の積極的承認）。

同項の削除は、とりわけ、減額はまだしも、「裁判所が増額をすることができるか」という問題に対して、現民法とは違った解釈が積極的に展開されることにつながりうるし（この種の方向を支持する意見は、部会ではほとんど支持がされなかったと思われる。）、このような解釈を否定できなくなるとの危惧を強く感じる。

仮に、現行法のまま後段を維持したとしても、著しく過大な賠償額の予定条項は民法 90 条ないし暴利行為の規定で対応が可能である（そして、これは、現在でも民法 90 条のもとでおこなわれていることである。）のであるならば、それで足りるのではないか。それゆえに、要綱仮案が部会において一致をみななかった点に関する新たな解釈を容認するとの理解につながりかねない結果ともなりかねない——「委員・幹事の一致がなければ、現状維持」という約束事に反することになりかねない——後段削除には、賛成できない。

[7] 原案第 9 「解除」 3 及び 5 について

① 「債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、1 及び 2 による契約の解除をすることができない。」に、以下の後段を追加すべきである。

「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。」

② 中間試案では、「契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは」とあったのが、原案では、「契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは」とせず、単に「債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは」としたことの理由を、ご説明願いたい。

③ 民法548条第1項の趣旨をそのまま存続させることには反対であり、同条は削除すべきである。仮に修正して存続させるとするのであれば、第2項の「行為又は過失によらないで」も「故意又は過失によらないで」と修正すべきである。

[理由…①及び③について]

(i) 民法536条2項後段には、債権者が危険を負担する場合に、債権者が債務者に対しその受領した金銭等の引渡（償還）を請求することができる旨が書かれているが、債務者から反対債務の履行を求められた債権者が民法536条の危険負担の規律に依拠せず、解除の制度に依拠した場合に、債権者に帰責事由があることを理由として解除権が否定される場面でも、同種の規定が必要であると考え。解除と危険負担の制度を併存させた場合における評価矛盾を回避するためである。

中間試案第12の2の「債権者の責めに帰すべき事由による債務不履行と解除」では、(2)として、「債権者が契約の解除をすることができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付の請求をすることができるものとする。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り利益を得たときは、それを債権者に償還しなければならないものとする。」とされていた。原案では、(2)の前段部分が条文化されなかったのと連動して後段部分も消えてしまったけれども、それでよいのか。むしろ、中間試案の(2)の後段部分と同様の規定は積極的に設けるべきである。

(ii) 民法548条を存続させることには反対である。この案によれば、例えば、分割払による自動車の購入者が、契約解除に値する大きな欠陥があることを知った後、欠陥と運転ミスの方々に起因する事故によりその自動車が大破した場合でも（簡略化のため、人身損害は発生していないものとする）、買主は契約を解除することができず、残代金債務を負い続けることになる。欠陥のない自動車を給付する売主の債務は不能となっていて、その債務の不履行により買主には填補賠償請求権があり、買主はそれと代金債務を相殺することで問題が処理されるのか（抗弁の対抗のないローンだったらどうなるか）。原物返還が不能の場合でも原状回復義務（価値返還義務）を認めることを明らかにした以上、この場合に解除権を否定する理由はない。むしろ、買主に解除権を認めて、残代金債務を免れる一方で、欠陥自動車の価値（欠陥次第ではゼロに近い）の返還義務を課す解決の方が簡明ではなかろうか。

また、「行為」を「故意」に置き換える提案は、たしかにこれまでの通説的見解に沿ったものであるが、そもそも契約により自分の所有に帰した物の破壊や損傷について「故意」を語りうるのか疑問がある。この点を措いて修正を行うのであれば、「行為」の文言は2項にも用いられているので、5では548条1項に限らず、同条全体を指示することが適切である。

[8] 原案第10「危険負担」2「反対給付の履行拒絶」について

① 「契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」との修飾語を付けず、単に「当事者双方の責めに帰することのできない事由」・「債権者の責めに帰すべき事由」としたことの理由を、ご説明願いたい。

② (1)の「当事者双方の責めに帰することのできない事由によって」の文言を削除すべきである。

[理由…②について]

(i) 原案において、解除と危険負担の制度の関係について、部会委員・幹事の様々な見解を取りまとめるため、解除に帰責事由を不要とする一方、危険負担についてもその効果を債務の消滅ではなく、履行拒絶権に結びつけて再構成することによって存置するとの案を作成した点については、その努力を評価したい。私たちは、今なお

解除一元化が論理的に一貫すると考えているものの、このような併存構成を採り、履行不能により履行拒絶権が成立するが、反対債務から解放されるためには解除の意思表示を要するとすることに対して、この段階で異を唱えることはしない。

もつとも、解除に債務者の帰責事由を不要とした上で、解除と危険負担の併存構成を採る場合には、両制度とも反対債務（対価）の負担を債務者に負わせるか、債権者に負わせるかの処理を目的とした制度である以上、どちらの制度によって処理したのでも、反対債務（対価）の負担者について、矛盾のないように制度設計をする必要がある。原案も、このことを意識して立案をすることを指向しているように思われる。しかしながら、このような観点から原案をみたときに、「当事者双方の責めに帰することのできない事由によって」債務の履行ができなくなったという要件を条文に盛り込んだのでは、両制度の間の矛盾をきたすとともに、無用の要件を記述することとなり、問題を生じさせる。私たちは、以下の理由により、「当事者双方の責めに帰することのできない事由によって」という文言を削除することを求めるものである。

なお、ここでの前提は、あくまでも、①解除に債務者の帰責事由は不要とすることと、②解除と危険負担制度を併存させ、かつ、いずれの制度に拠るのであれ、反対債務（対価）の負担につき矛盾のない解決を図ることである。

(ii) 一般論としていえば、今回示された原案によれば、債権者は、債務者からの反対債務（対価）の履行請求に対して、債務者の債務が履行不能になったことを主張・立証するとともに、これに加えて、解除の意思表示をするか、または（新たに設けられる規定により）履行拒絶の意思表示をすれば、反対債務の履行をしなくてよい。この次元では、「債務者の帰責事由」も、「債権者の帰責事由」も、問題となる余地はない。このことは現民法 536 条 1 項のもとで認められてきたことであるし（債務と反対債務の牽連性）、解除に帰責事由を不要とした場合にも、同様の帰結に至る。

(iii) そのうえで、「債権者の責めに帰すべき事由」による履行不能の場合についてみれば、この場合は、債権者は民法 536 条 2 項—原案 2（1）—により、反対債務の履行を拒絶することができないし、今回の原案で示された解除の規律—第 9 の 3—からは、履行不能を理由とする解除をすることもできない。要するに、「債権者の帰責事由」による履行不能については、民法 536 条 2 項および解除権の発生障害に関する新规定で処理されるため、2（1）が適用される余地はない。2（2）も、このことを前提としている。裏返せば、2（1）では、現民法 536 条 1 項と同様、「債権者の責めに帰すべき事由」による履行不能については 2（2）にゆだねられていることを前提に規定を設ければ足りる。

(iv) 他方、「債務者の帰責事由」に関しては、「債務者の責めに帰すべき事由」による履行不能の場合には、債権者は、契約の解除をすることができる（これは、現民法でも同じである。）。そして、この場合に、前述したように、原案が基礎に据えている考え方によれば、目的を同じくする解除と危険負担とで反対債務（対価）の負担者について結論を異にする事態を招来すべきではないから、債権者は、債務者からの反対債務の履行請求に対して、解除ではなくて危険負担の制度に依拠して履行拒絶権に依拠することで対応するときでも、「反対債務の履行を拒絶することができる」ものとしなければならない。要するに、「債務者の責めに帰すべき事由」による履行不能の場合には、従来の表現によれば、債務者が危険を負担するという構成が、解除に拠る場合と危険負担（履行拒絶権構成）に拠る場合のいずれにおいても、採用されるべきことになる。

このことは、要件事実的には、債務者からの反対債務の履行請求に対して、債権者が抗弁として、債務者の債務の履行不能を主張し、履行拒絶の意思表示をしたときに、債務者は、「履行不能が自ら（債務者）の責めに帰すべき事由によるものであった」との再抗弁を出して反対債務の履行請求を正当化することができないということの意味するものであり、規範の構造からみても、きわめて自然な枠組みである。

(v) 次に、「債務者の責めに帰することのできない事由」による履行不能の場合には、原案のもとでは、債権者は、契約を解除することができる（←解除に債務者の帰責事由は不要。したがって、債権者からの解除の抗弁に対して、債務者が「履行不能が自己（債務者）の責めに帰することのできない事由によるものであった」と主張しても、主張自体が失当である。）。他方、危険負担の制度に拠る場合は、原案の 2（1）によれば、債権者は反対債務（対価）の履行を拒絶することができる。したがって、ここでは、解除に拠る場合と危険負担（履行拒絶

権構成)に拠る場合のいずれにおいても、債務者が危険を負担するという構成が採用されるべきであるし、実際に原案もそのような立案をしている(要件事実的には、債務者からの反対債務の履行請求に対して、債権者が抗弁として、債務者の債務の履行不能を主張し、履行拒絶の意思表示をしたときに、債務者は、「履行不能が自ら(債務者)の責めに帰することのできない事由によるものであった」との再抗弁を出して、反対債務の履行請求を正当化することができないということになる。)

(vi) このようにみれば、「債務者の帰責事由」の有無は、2.(1)のもとでの反対債務の履行拒絶権の成否を決するうえで、意味をもたない。「債務者に帰責事由のある」履行不能であれ、「債務者に帰責事由のない」履行不能の場合であれ、債務者からの反対債務の履行請求に対して、債権者は履行不能を理由に契約を解除することができるし、履行不能を理由に反対債務の履行を拒絶することができるからである。

(vii) したがって、2(1)において、「債権者に帰責事由がない」履行不能であることを述べることは不要であるし、「債務者に帰責事由がない」履行不能であることを述べたことは無意味である。それゆえに、「当事者双方の責めに帰することのできない事由によって」という文言を削除することを求めるものである。

[9] 原案第11「受領遅滞」(3) 柱書きについて

① 柱書きにある「当事者双方の責めに帰することのできない事由によって」の文言を削除すべきである。
[さらに、後記I(vi)も参照されたい。]

② 柱書き後段として、「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。」との一文を追加すべきである。

[理由]

I ①について

(i) この規定を立てる前提として、①受領遅滞後に履行不能が生じた場合における反対債務(対価)からの解放に関して、解除に拠る場合と危険負担(履行拒絶権構成)に拠る場合とで異なった結論になるべきではないとの理解から出発する。また、②解除に債務者の帰責事由は不要であるとの理解から出発する。

(ii) 一般論としていえば、今回示された原案によれば、債権者は、債務者からの反対債務(対価)の履行請求に対して、債務者の債務が履行不能になったことを主張・立証するとともに、これに加えて、解除の意思表示をするか、または(新たに設けられる規定により)履行拒絶の意思表示をすれば、反対債務の履行をしなくてよい。この次元では、「債務者の帰責事由」も、「債権者の帰責事由」も、問題となる余地はない。そのうえで、受領遅滞中の履行不能に関する「当事者双方の責めに帰することのできない事由」の要件の可否を検討する。

(iii) まず、受領遅滞中の履行不能に関する「債権者の帰責事由」について。受領遅滞を度外視して整理した場合、今回の原案では、履行不能について債権者に帰責事由がある場合(=民法536条2項タイプのもの)は、債権者は契約の解除ができないし、危険負担の制度に依拠しても、債権者は反対債務の履行を拒絶することができない。したがって、債務者からの反対債務の履行請求に対し、債権者が履行不能を理由とする契約解除の抗弁を出した場合であれ、履行不能を理由とする履行拒絶の抗弁を出した場合であれ、これに対して債務者が「履行不能は債権者の責めに帰すべき事由によるものであったこと」を主張・立証すれば(再抗弁)、解除は否定され、また、反対債務の履行拒絶権もないことになる。

このような理解が正しいとすれば、受領遅滞中の履行不能につき、原案(3)のような規定文言を入れた場合に、受領遅滞中に「債権者の責めに帰すべき事由」によって履行不能が生じたとき(=民法536条2項タイプのもの)も、債権者は、履行不能を理由として契約を解除することができるし、危険負担の規律に基づいて反対債

務の履行拒絶もすることができることになる。受領遅滞後の不能が「債権者の責めに帰すべき事由」による場合は、「当事者双方の責めに帰することができない事由」による場合に当たらないから、(3)の柱書きに該当せず、したがって、同項によっては、履行不能につき帰責事由のある債権者の解除権も履行拒絶権も否定されないことになってしまうからである。

したがって、債権者の帰責事由を考慮に入れたとき、ここで、「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の履行が不能となったときは」という文言を入れることは、避けるべきである。

(iv) 次に、受領遅滞中の履行不能に関する「債務者の帰責事由」について。債権者からの契約解除権について、履行不能に関する「債務者の帰責事由」の有無を基準として解除の可否を決定することは、解除に「債務者の帰責事由」は不要であるとの原案が採用する解除制度の枠組みと齟齬する。そして、解除と危険負担の制度が反対債務からの解放という同一目的に向けられたものであるところからは、危険負担による履行拒絶権構成に依拠した場合も、解除と同様に、履行不能に関する「債務者の帰責事由」の有無を基準として履行拒絶権の成否を決定することは、避けなければならない。要するに、受領遅滞後の履行不能の場合に、債権者からの解除権・反対債務の履行拒絶権を認めるか否かによって、「債務者の帰責事由」の有無は、意味をなさない。したがって、ここで、「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の履行が不能となったときは」という文言を入れることは、避けるべきである。

(v) このように、「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の履行が不能となったときは」という文言を削除した場合は、受領遅滞中の履行不能については、双方の帰責事由を問題とすることなく、債権者は当該履行不能を理由として契約を解除することができないし、履行拒絶をすることもできないということになる。これは、履行遅滞中の履行不能における準則とも整合しており、冒頭に述べた解除に債務者の帰責事由は不要とし、かつ、解除と危険負担の制度を併存させるものとするシステムにも適合的である。

(vi) さらにいえば、履行遅滞中の履行不能について提案したのと同様に、ここでも、「ただし、債務者がその債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができなくても、債務の履行が不能になったと認められるときは、この限りでない。」という、因果関係不存在の場面を想定した例外ルールを明記するのが適切である。

II ②について

民法 536 条 2 項後段（原案では、第 10 の 2 (2) に当たる。）には、債権者が危険を負担する場合に、債権者が債務者に対しその受領した金銭等の引渡（償還）を請求することができる旨が書かれているが、受領遅滞中の履行不能を定めた (3) の場面についても、同種の規定が必要である。解除と危険負担の制度を併存させた場合における評価矛盾を回避するためである。

以上