2014年6月10日

民法 536 条 1 項の改正提案の理解について

部会幹事

山野目 章夫

1 この意見書の趣旨 第 78 回会議においては、危険負担の制度と契約解除の関係（536 条 1 項関係）について、高須順一幹事から次の発言があった（下線は、引用者が添えるものである）。

弁護士会は従前から、536 条 1 項を存続すべきだという意見が強かった。つまり、やはり解除しないと契約関係は終了しないとはっきり決めてしまうことに何となく危惧を感じてきたということです。ただ、今日の議論、お話を聞いていて分かってきたのは、その何となくということで、ここの議論をするのは余りいいことではないんだろうということです。今までそうしていましたからということだけでは、必ずしも説得力があるわけではないということ……です。

ただ一方で……解除しないで問題を解決したい場合がある。……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って、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……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。……東弁は実は今年〔2013 年——引用者注記〕の 5 月 30 日付で出させていただいた意見書で、536 条 1 項の削除については反対するが、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……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。

ここで示唆されている法的構成は、民法 536 条 1 項の改正の在り方について、同項を同条 2 項と併せ、

民法第 536 条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務を履行することができなくなった場合において、債権者は、反対給付の履行を拒むことができるものとする。ただし、債務を履行することができなくなったことが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、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)本文の場合において、債務を履行することができなくなったことによって

債務者が履行に代わる損害賠償の責任を負うときは、第 533 条の規定を準用するものとする。

(3) 上記(1)ただし書の場合において、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ものとする。

とする考え方で現行規定を見直すことが相当であるとする所見を述べようとするものであると付度される。

この意見書は、このような理解に立脚し、この考え方の意義や背景、さらに課題を考察しようとするものである。

2 現行規定の問題点 危険負担の制度の見直しが要請されることの背景には、もともと現行規定に次のような問題点が存することがあると考えられる。

まず、履行が不能となったときに反対給付の請求権が当然に消滅とするのが現行規定であるが、履行が不能になったものとみるかどうか、ということは、客観的に見ても判断が微妙である場合がありうる。のみならず、債権者が欲するところに従って解決を与えることが望まれる、という原則的見地に立脚して個別の契約関係の帰趨に着眼して考える際には、客観的には普通は不能になったものとみられる場合であっても、債権者は、なおその履行を欲して、反対給付を履行し、または、その履行を提供するところまでゆくということがありうるかもしれない。そのような場合の解決が、債務の不存在を知ってした弁済に当たるかどうか、というような観点からの複雑で技巧的な論議に晒されることが適当であるとは考え難い。

また、債権者自身が給付が不能になっていると考える際であっても、解除をして契約関係から離脱することとするか、契約を維持しつつ代償請求権を行使することとするかの選択判断は、債権者に委ねることが相当であり、この局面で反対給付の権利が当然に消滅するという法理が働く余地を残すことは、法律関係の簡明な理解を損なう。

さらに、債務者の帰責事由なくして目的物に損傷が生じた場合において、債権者は、反対給付の減額請求権や修補請求権、さらに解除権といった複数の救済手段からの選択をして主体的に法律関係を形成してゆくことが認められるべきであり、この局面において、そのまま 526 条 1 項を残すこととして、損傷によって価値が減じた分の限度において反対給付の権利が当然に消滅する、という法理が働く余地を残すことは、やはり法律関係の簡明な理解を損なうものであると評せざるをえない。

一般に、給付の全部または一部が不能になったとみられる場面の解決は、第 25 回会議において山本敬三幹事から指摘があったように、当事者、つまり債権者に決めさせるという観点が重要視されるべきであり、その考え方の根底には、私的自治の要請があるものであって、そのような観点から、法律関係が明確になることを可能とする規範が策定されるべきであると考えられる。

3 部会資料 68B 第 1 で提起された各論点の考察 もっとも、第 78 回会議に提出された部会資料 68B においては、その第 1 で、必ず解除権を行使することとしなければ反対給付の義務を免れないとする解決を疑問視する観点から、なお危険負担の現行制度を存置する可能性を示唆して、あわせて 7 つの具体の論点が提示された。

それらのうち、まず第 1 の 2①は、債務者のほうがすべての債務から当然に解放されるのに対し、債権者のほうは解除の意思表示をしなければ代金債務を免れることができない、という帰結に抵抗感が残るということを指摘するものであり、これは、理解可能な疑問であると考えられる。

これに対し、2②は、危険負担の制度を存置するとしても解除権を行使することが妨げられるものではないことを説くものであり、危険負担の制度を存置することの積極的な理由を提示するものではない。

2③も、同様であり、危険負担の制度を存置したとしても解除の効力が妨げられないとするが、その場合において危険負担の制度を存置する理由は明らかでない。

履行の一部が不能となった場合において、代金債務の一部の当然消滅を主張することと代金減額請求権の行使のいずれを選択するかは債権者に委ねればよい、と説く 2④も、同様に、危険負担の制度を存置することの積極的な理由を提示するものではない。

2⑤は、売買の目的物が滅失した場合において、買主としては代金を支払って代償請求権を行使することが認められるべきであるとするが、そのためには契約を解除しなければよいのであり、代金債務が当然に消滅することを認めなければならない理由の提示になっていないと考えられる。

これらに対し、継続的契約の消長の問題処理に影響を及ぼす観点からの危惧を説く 2⑥および解除権の不可分性の制約からの解除権行使の障害に注意を喚起する 2⑦は、解除権という形成権の行使により初めて債権者が反対給付の義務を免れるという構成のもとでは、反対給付の義務の消長と、契約の消長とが一蓮托生の運命を辿らざるをえないことからもたらされる不便があることを指摘するものとして、理解することができる。

4 第 25 回会議および第 39 回会議の回顧 この問題に関する部会の論議においては、第 78 回会議に至る前においても、つぎのような指摘がされてきたことが、あらためて想起されるべきである。

まず、上記の部会資料 68B において提示された論点のうち、第 1 の 2①・2⑥・2⑦で確認された隘路を打開する観点からは、**第 39 回会議における中井康之委員の発言**として、「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っている、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制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」と述べられていたこ

とが、まず何よりも、あらためて想起されてよい。頭書に紹介した**第 78 回会議における高須順一幹事の発言**は、これを発展させたものであるとみられる。次述 5 においては、記述の簡便を期し、この中井・高須の両氏のリレーにより形成され彫琢されてきた考え方を**履行拒絶権構成**とよぶことにする。

また、上記紹介の部会資料 68B の第 1 の 2②・2③・2④・2⑤の論点の関連においては、前述のとおり、**山本敬三幹事の第 25 回会議における発言**として「当事者に決めさせるという趣旨ですので、考え方の根底には、私的自治の要請があると考えられますから、それを明確にするほうがよいと思いますし、解除の意思表示がされたかどうかで決すれば、将来の予測が可能になるというよりも、法律関係が明確になるということだと思います」という基本的見地から、また、同じく**山本敬三幹事の第 39 回会議における発言**として「錯誤と詐欺や錯誤と瑕疵担保のように、二つの要件・効果が異なる制度があつて、たまたまある同一の事件がそれぞれの異なる要件を満たした場合に、異なる効果が発生するように見える場合にどうするかという問題ですが、ここで問題になっているのは、実質的に要件が完全に重なっている場合です。もちろん、解除の要件をどう定めるかで多少の違いはあるかもしれませんが、少なくとも一方の債務が履行不能になる場合については、解除の実質要件を満たして、あとは解除の意思表示をするだけです」という法律関係の分析が示され、そして、これらを受けて主題の全般的な整理を提示する**潮見佳男幹事の第 39 回会議における発言**として、「解除と危険負担とは要件も実質的に同じ、それから、目的も、解除制度と危険負担制度のどちらも反対給付からの解放という点では共通している。にもかかわらず、二つを並べておくというのはいかがなものか。更にもう一つ申し上げますと、この場合の効果というのは単に反対給付からの解放だとか、反対給付の消滅というだけにとどまらない、それに副次的に様々な効果というものがくっついてきているわけで、その一端が補足説明のところに書かれているようなことではなかろうかと思います。／そのときに解除という選択肢を使った場合のもろもろの副次的な効果を含めた広い意味の効果、それから、危険負担という構成によった場合の副次的効果を含めた場合の広い意味の効果というものがずれていいのかという部分に対して、私はかなりの疑問を感じるところです。その意味では、これは単に契約の当然消滅か、あるいは意思表示による反対給付の消滅かという問題にとどまらない、大きな問題を抱えているところです」と指摘されていたところは、いずれも、この主題を論ずるうえで、忘れられてはならない経過である。

これらの、いずれも説得力のある指摘を想起するならば、現行の危険負担の制度と、改革されようとしている契約解除の要件の規律とを漫然と併存させることは、もはやとうてい許されないとみられるところであるとみなければならない。

5 履行拒絶権構成の趣旨 ここまでの部会における調査審議の経過に鑑み、536 条の 1 項は、それをそのままにしておくことはやはり問題が多いと考えられるところから、この 1 項を 2 項と併せて新しい規律を考えることとし、すなわち、債務を履行することができな

くなった場合において、債権者は、反対給付の履行を拒むことができるものとし、ただし、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、この限りでないものとするのが考えられる。すなわち、履行拒絶権構成の採用ということにはかならない。

(1) 履行拒絶権の要件 補足すると、ここで債務を履行することができなくなった場合と述べているものは、債務の全部の履行ができなくなった場合のみならず、その一部を履行することができなくなった場合を含むものである。

また、反対給付の履行を拒むことができるのは、債務者の責めに帰すべき事由があった場合であるかどうかを問わないものであり、したがってまた、当事者のいずれにおいても、債務者の責めに帰すべき事由の有無について主張立証責任を課されないという攻撃防御を想定するものである。

なお、履行拒絶権構成は、債務の履行が不能である場合に反対給付の履行拒絶権を認めるものであるが、それは、契約解除権を否定するものではない。そこで、契約解除権を行使することができる要件が充たされる場合は、履行拒絶権と解除権が併存する。類似の解決が与えられるようにみられる場合は、債務の履行が全部不能である場合に限られない。売買目的物が契約の趣旨に適合しない場合において、買主は、追完を請求することができ（部会資料 75A、第 3、3）、しかも、代金の全部または一部の支払を拒むことができるものと解される（民法 571 条も参照）。この場合において、契約解除権を行使する要件が充たされるときに、代金支払拒絶権と契約解除権が併存することになる（部会資料 75A、第 3、5）。

〔注記〕瑕疵のある物が給付されようとしたり、さらに給付の全部または一部が不能になったりする場合において、債権者が反対給付の履行を拒むことができることは、533 条の解釈として既に導くことができると考えるならば、ここでの危険負担に関する履行拒絶権構成は、そのことを給付の全部または一部が不能になった場合について確認する意義をもつ。これに対し、同条から直ちに導くことに疑義があると考えれば、この点を新しく明示する意義をもつものとして、ここでの提案がされる。国際商事契約原則 7.1.3 条やヨーロッパ契約法原則 9:201 条に基づく履行留保は、普通の場合における双務契約の引換給付の意味 (①) を含むほか、瑕疵のある物の給付に対し、履行を留保することができる解決 (②) を含むものとみる余地があり、①・②の問題処理が密接に関連する可能性を窺わせる。また、丸山愛博「国際物品売買契約に関する国際連合条約における履行留保権／買主の代金支払義務を中心に」下森定先生傘寿記念論文集『債権法の近未来像』（2010 年）は、②の問題処理を「明示的に解決されていない」問題（国際物品売買契約に関する国際連合条約 7 条 2 項）として受け止めたうえで同条約 58 条 1 項の解釈から②の解決を引き出そうとする論議の動向を紹介する。

(2) 訴訟における攻撃防御における作用の描写 翻って考えてみると、従来の考え方においても、双務契約の一方の当事者、たとえば買主が代金の支払を請求される場合において、買主が、売主が債務を履行するまで代金の支払を拒む、という抗弁を提出した場合において、ふつうは、売主において履行を済ませたこと、または履行を提供したことを述べることで再抗弁として成り立つと思われるところであるが、しかし、売主の債務が不能になった場合において、そのことを売主が述べ立てた場合の帰趨は、よくわからないところがあった。

これは、訴訟における攻撃防御の在り方の研究が深められていなかった、というよりも、そもそも、この局面の実体法の思考にはっきりしないところがあったものと理解される。

ここで提案されているところは、このような場合において、代金の支払請求を受けた買主は、端的に売主の給付が不能であるからには代金を支払わない、ということ述べる、ということとし、そのような思考が成り立つための実体法の規律を用意しようとするものである。

(3) 契約が解除された場合の法律関係との比較検討 では、それは、債務者の責めに帰すべき事由を要することなく契約を解除することができるとする解除権の要件の新しい規律を前提として契約が解除された場合の法律関係の展開との間において、どのような異同を見出すことができるか。「履行が不能となった契約は、解除することができる」というルールと、「履行が不能となった契約は、反対給付の履行を拒むことができる」というルールは、同じことではないか、という疑問に答えることであるといってもよい。

A が B に動産甲を代金を 100 万円として売る契約をしたという例で説明すると、どうなるか。機能を考える際に、履行拒絶権構成の帰結は、従来の危険負担の制度と異ならず、B が能動的な応接を強いられることがない、という点に特徴を有する。動産甲の問題に全く頓着しないでいた B が、時日を経て、卒然と A から代金を請求される場合において、その段階で代金を支払わない、という態度をとることにより（その段階において、解除権が時効消滅しているのではないか、という問題に腐心する必要がない）。

半面において、履行拒絶権構成の帰結は、契約が解除された場合の法律関係の推移と比べ、B の選択的契機を経て代金を支払わないという効果が得られる、という点で共通する。動産甲が損傷した場合において、B が、（たとえば）代金を 40 万円とする減額請求権を行使し、動産甲の引渡しと引換えに 40 万円を支払う途を採るか、それとも契約がなかったこととして 100 万円の全額を支払わないという態度で臨むかは、B の選択による。

法律家でない一般に対しては、このような機能の比較で説明してゆくことがよい。いたずらに要件事実的な考察を振りかざすべきではないであろう。そして、このような分析を踏まえた評価として、履行拒絶権構成の帰結が、従来の危険負担の制度と比べ、また、契約が解除される場合の法律関係と比べて、ある部分は納得のゆくものであると映るか、それとも、それぞれの陣営が望んだものが満たされていないところが残ると感ずるか、は結

局、その見る人が、この論点について賢明な妥協を探そうとする気概があるかどうか、に依存する。

そして、このような視点とは別に、法律家に対しては、これらの併せて三つの構成を前提とする訴訟上の攻撃防御の差異を丁寧に説明するべきである。その観点から見る際に、履行拒絶権構成の帰結と契約が解除された場合の法律関係とは、まったく異なるものである。

売買の目的物が滅失した場合を題材として、このことを説明すると、まず契約が解除される場合にあっては、売買契約に基づく代金支払請求権を訴訟物とする訴訟において、Bは、「動産甲が滅失した」という事実（権利消滅事実、Aの認否を確かめる必要がある）および「Bは、Aに対し、本件売買契約を解除する旨の意思表示をした」（同じく権利消滅事実、Aの認否を確かめる必要があることが原則であるが、弁論において意思表示がされたときは、裁判所に顕著であり、認否を問題としない）という二つの主要事実の主張立証がされたときに、「Aの請求を棄却する」という判決がされる。これに対し履行拒絶権構成によれば、Bは、「動産甲が滅失した」（権利阻止事実であり、Aの認否を確かめる必要がある）という事実が主張立証され、「本件売買契約に係る代金は支払わない」という権利主張（法の見解であり、認否を問題としない）がされると、「Aの請求を棄却する」という判決がされる。

そして、これらの二つの抗弁は、被告であるBが、いずれかを選んで提出する。また、選択的に両方を提出してもよい。いずれも全部抗弁であるから、裁判所は、選択的に提出された二つの抗弁のいずれかを審判の対象とし、請求棄却の判決をすることができる。

参考として、従来の危険負担の制度のもとでの攻撃防御を示すならば、Bが「動産甲が滅失した」（権利消滅事実であり、Aの認否を確かめる必要がある）という事実を主張立証すると、「Aの請求を棄却する」という判決がされる。たとえ法制上、解除権について債務者の帰責事由を要しないとする方向へ新しく見直しがされるとしても、「動産甲が滅失した」ということに加えて別の事実や権利主張を持ち出すことは、過剰主張となり（いわゆる $a + b$ の関係）、危険負担でないものに依拠する立論は、主張そのものが失当と評価されることになる。それは、いちじるしく説明困難な事態であり、これを避けるためにこそ、私たちは、長い論議を重ねてきた。

(4) 既履行給付をめぐる法律関係 履行拒絶権構成は、このように、債権者の側が抗弁権を行使することにより、その効果が顕著に表われる。では、その抗弁権を行使しないまま、反対給付を履行するならば、どうなるか。上述の例で言うならば、代金の支払を拒むことができることを知らないBが代金を支払ってしまった場合の法律関係は、どのようなか、という問題である。

一つの考え方としては、そのような場合への対処のためにこそ、履行拒絶権と併行して解除権の行使が認められるべきであるという見地が強調されてよい。解除権が行使されるならば、契約解除の効果として認められる原状回復請求権に基づき、既履行給付の返還を

請求することができる。

また、別の考え方としては、代金の支払を拒むことに思い至らない B が代金として 100 万円を A に支払ってしまった場合において、B は、不当利得として 100 万円の返還を A に対し請求することができるという法律関係の展開も考えることができる。抗弁権の存在を知らないでされた弁済は、非債弁済と同様に扱われるからである（四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』〔上巻、1981 年〕144-5 頁(ii)）。

二つの考え方を比較すると、解除権行使の効果は、民法 705 条の要件に当たるかどうかの主張立証に煩わされることなく、返還請求が可能となり。また、不当利得の返還請求は、解除権の時効消滅の成否に煩わされることなく返還請求を達成することができる、という異同を観察することができる。

(5) 履行拒絶権の負担を受ける債権の譲渡 抗弁権が行使されないまま法律関係が進展する局面としては、債権が譲渡される場合も考えられる。A が代金債権を C に譲渡した場合の法律関係は、どのようになるか、という問題にはかならない。そして、これについては、B は、C に対し代金の支払を拒むことができると考えられる（部会資料 74A、第 1、3(1)）。ただし、B が、C に対し抗弁権を放棄する意思を表示した場合は、代金支払を拒むことができないということになる。

(6) 反対給付の履行拒絶か反対給付の請求不可か これらとは別な性質の問題であるが、「履行が不能となった契約は、反対給付の履行を拒むことができる」というルールは一般の意識から見て難解ではないか、という批判もあるかもしれない。むしろ、「履行が不能となった契約は、反対給付の履行を請求することができない」というルールのほうが明快であるとみる感覚は、理解されないでもない。しかし、仔細に考えるならば、従来の法律思考の蓄積に鑑み、見通しが得られにくい問題を抱え込むのは、むしろ後者のほうであると考えられる。

裁判実務上、請求力がなく、給付保持力のみを有する債権に係る債務不存在確認請求訴訟が提起された場合の判決をどのようにすべきか、は、確立された見解がないとみられる。その訴訟の判決が単純な請求棄却になるのであるとするならば、その判決は、法律家でない限り、債権が請求力の点でも問題なく存在するかのような誤解を招きがちなものとなるが、それでよいか。また、B が代金債務不存在確認請求訴訟を提起した場合において、A が代金支払請求の反訴を提起すると、B の請求に係る訴えが即時確定の利益を失って却下され、また、反訴請求は棄却されることになりそうでもある。これが一般からみて平明な法律問題処理であると評価されるか、これも一考を要する。

(7) 反対給付の請求権を担保する権利の実行と履行拒絶権構成 A が B に代金を 700 万円として乙建物を売る契約をし、この売買契約に基づく代金債権を担保するため、B が所

有する丙土地に A のための抵当権が設定されてその旨の登記がされ、また、丙土地には、これに次ぐ順位で D が有する 500 万円の債権を担保するための抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合において、丙土地の担保不動産競売により 1000 万円の売得金が得られる見込みであるときに、乙建物が損傷したならば、どのような法律関係になるか。

A に 700 万円が、また、D に 300 万円が配当される旨の配当表が調製された場合において、B は、売買契約を解除し、異議の申出をしたうえで、配当異議の訴えを提起することができる（民事執行法 89 条 1 項・90 条 1 項・188 条）。この場合の異議の趣旨は、A の債権が消滅したことにより A への配当はされるべきでなく、A に 0 円を、また、B に 500 万円の配当がされるものするべく配当表の変更を求めるものとなる。B が配当異議の訴えを提起した段階で、A への配当については、配当留保供託がされる（同法 89 条 1 項・91 条 1 項 7 号・188 条）。

乙建物が損傷した場合において、B は、代金減額請求をすることもできる。これを行って B が提起する配当異議の訴えの趣旨は、たとえば代金を 200 万円に減ずる代金減額請求が有効にされたと認められるときには、A に 200 万円を、また、B に 500 万円の配当がされるものするべく配当表の変更を求めるものとなる。配当異議の訴えの提起に伴い配当留保供託がされることは、上記と異なる。

履拒絶権構成を前提とすると、これらの場合において、B は、A に対する代金支払を拒む旨を主張することもできる。この場合において、A の債権については、配当受領資格が確定していないこととなるから、停止条件付債権や不確定期限付債権（同法 91 条 1 項 1 号・188 条参照）と同様に、配当留保供託がされるべきである。この扱いに従って弁済金交付期日の事務処理が適切かつ円滑にされるようにするため、配当表には、配当受領資格の確定を妨げる事情があることを附記することが相当である（停止条件付債権の配当表における記載方法が参考となる。伊藤善博=松井清明=古島正彦「不動産執行における配当に関する研究」書記官実務研究報告書 21 卷 1 号〔1982 年〕参照。）。B が提起する配当異議の訴えは、このように配当表が訂正されるよう配当表の変更を求める趣旨のものとなる。この訴えが提起されると、配当留保供託がされることとなるが、その直接の根拠は、民事執行法 91 条 1 項の 1 号でなく 7 号のほうである。

では、この場合において、配当期日に出頭しないなどのため B の出処が定かでないときは、どうなるか。D は、さしあたり配当期日において、B が解除権・代金減額請求権・代金支払拒絶権を有するという事情を指摘し、民事執行法 89 条 1 項の「不服のある債権者」として、配当異議を申し出ることができる。この配当異議の段階では、これらのうちのどれが異議事由であるかを細密に確定して陳述することは求められず、また、いずれかの事由を述べたとしても、その後に提起する配当異議の訴えの請求原因として何を主張するか、は別な問題である。D は、配当期日で述べた所見に拘束されないで配当異議の訴えを遂行することができる。

ところで、その D が提起する配当異議の訴えに係る配当異議の構造は、つぎのように理

解されるべきである。すなわち、D は、B の解除権や代金減額請求権を代位して行使するものではない。そうではなく、「抵当権の実行による不動産競売手続において配当表が作成された場合、異議のある抵当権者は……抵当権者相互の抵当権の存否、順位、被担保債権の範囲、並びに競売手続において配当を受くべき金額等を主張して配当表に対する異議の訴訟を提起し得るものと解するを相当とする」（最判昭和 31 年 11 月 30 日民集 10 卷 11 号 1495 頁、関連して、D は、「債権者〔A〕に対して債務者〔B〕の主張できるあらゆる抗弁事由を攻撃防御方法として主張できる」旨、中野貞一郎『民事執行法』〔新訂四版〕482 頁）という考え方を参考とするならば、D は、B が解除権や代金減額請求権を有するという状態にあることを異議事由とするものである。したがってまた、B が去就を明らかにし、これらの権利を放棄するような事態の展開があった場合は、配当異議の訴えは請求棄却を免れない。

問題は、行方不明であるなどの事情から B について何らの去就も明らかにならない場合である。それは、換言するならば、代金支払拒絶権を B が有するということ（履行拒絶権の存在効果）のみを指摘して D の配当異議事由とすることができるか、それとも、現実に B が代金を支払わないという態度を明確にしていない（履行拒絶権の行使効果が生じていない）からには異議事由とすることができない、と考えるか、という問題に翻案される。

そして、この点について、論理としては両様が成立可能であるが、通常の法感覚に照らし、乙建物が滅失しているのにもかかわらず B の去就が確かめられないとして A に弁済金を配当し、D が切歯扼腕しつつ劣後する配当を受け容れなければならないという帰結が妥当であるとは考えにくい。

D が履行拒絶権の存在効果を援用することができるかと考えることが相当であり、これを異議事由とする場合は、A の債権について配当留保供託がされ、B が去就を示さない限り、そのまま事態が膠着することになる。そして、それはそれとして、この局面の性質に鑑み、一つの帰結として理解可能なものである。とくに乙建物が損傷したにとどまる場合には、この売買契約の法律関係をどのように進めるか、についての B の選択決定を待たず B でない関係者らで事態の終局的な解決を得ようとするのが相当であるとは考えにくい。