

論
説

受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味について (二・完)

奥 富 晃

目 次

第一章 序

第二章 患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶などの場合における危険負担問題の処理について

第一節 債権者側に帰責事由がない場合について

第一款 法律構成上の疑問

1 序

2 通説において採用すると考えられる理論構成について

3 奥田教授の理論構成について

4 通説におけるその他の法律構成の可能性 (以上一四卷二・三・四合併号)

第二款 具体的に妥当な結論という観点からの検討

第三款 わが国の通説が依拠したドイツの学説とわが国の通説

第四款 債権者側に帰責事由のない場合における危険負担問題の処理のしかた

1 本稿が妥当と考える具体的な処理方向

2 下井教授の見解

第二節 債権者側に帰責事由がある場合について

第三章 本稿の結論 (以上本号)

第二款 具体的に妥当な結論という観点からの検討

前款では、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった場合の危険負担問題を処理するためには、事態を受領遅滞と評価していくことが妥当でないことを、法律構成の観点から明らかにした。本款では、このことをさらに、危険負担についての具体的に妥当な結論という観点から考えてみることにしたい。

(1) まず第一に、事態を受領遅滞と評価して債権者危険負担の帰結を導く通説の立場では、工場の焼失・資材の中絶といった、いわゆる従属的労働契約関係における休業の事例の場合ばかりでなく、患者の死亡のような純粋に民法的な事例の場合にも、債権者側が危険を負担すべきことになる（たとえば、患者たる幼児の親権者が医師に対して対価を支払うべきことになる）。しかし、すでに第一章でも触れたとおり、このような場合には、債権者（親権者）側が危険を負担すべきであるとするよりも、むしろ債務者（医師）が危険を負担する（医師側は報酬を請求できない）という結論の方が妥当なのではあるまいか。¹⁾ そうだとすれば、まず、少なくとも患者の死亡のような純民法的事例にとっては、事態を受領遅滞と評価していく態度は、結論の具体的妥当性の観点からも適切ではないということができるであろう。右の帰結を導くためには、民法五三六条一項を適用することが妥当だからである。

(2) これに対し、工場の焼失・資材の中絶といった、従来より休業の典型的な事例として掲げられ、議論の対象とされてきた事態において、危険負担につきどのような帰結を導くのが適切であるかは、その価値判断がむずかしく、微妙な問題であるといわざるを得ない。とりわけ、工場が焼失するという場合の問題処理は、きわめて微妙であるといわざるを得ないのではなからうか。

すなわち、労働者にとって賃金は、通常、唯一ないし主要な生活の資である。そして使用者は、彼に帰責事由（故意・過失または信義則上これと同視すべき事由）が無くて工場が焼失してしまい、労働者の就業を受け容れることができなくなった場合には、その意思があるならば、労働基準法二〇条一項に基づいて即時解雇、あるいは少なく

とも、通常解雇の方法を講じることのできる立場にある。そうだとすると、それにもかかわらず解雇の意思表示をしないまま、賃金の支払いはしなくてよいというのでは、労働者の側でやがては辞職するはめに迫り込まれ、これでは労働者にとって酷であり、解雇しないのであれば——その理由は多くの場合、将来の操業再開に備えて労働者を確保しておきたいということであると推測しうる——賃金を支払い続けるべきであるとの価値判断が成り立つ。^②

しかし、たとえば、地震や落雷のような典型的な不可抗力が原因で出火し、工場内には、通常要求されるべき防火設備も不備なく設置されており、日頃も消火訓練等怠りなく実施されていたがどうしようもなかったとか、そもそも消火活動をなしうる状態ではなかったというような場合にまで、使用者には賃金を労働者に支払い続ける義務があるとするのは、使用者にとって酷に過ぎるであろう。現行法上も、(工場が焼失したり地震によって倒壊してしまったので休業のやむなきに至った、というような場合に、その適用の有無が問題になるところの) 勞基法二六条、および(おそらく通説が四一三条と並べて結局は引用することになると思われ、あるいはまた、本稿が第一款の4において指摘したような構成に通説が依拠するのであれば、そこでは直接にその適用が目ざされるものであるところの) 民法五三六条二項では、ともに、「使用者の責に帰すべき事由」ないし「債権者の責に帰すべき事由」の存在を問題とし、これらが存在すると認められる場合において、使用者は、平均賃金の六〇%以上の手当を支払わなければならないとか、債権者が危険を負担しなければならない、としているのである(すなわち、逆にいえば、これらの事由がない場合には、使用者は労働者に賃金を支払わなくてよい)。そして、「使用者の責に帰すべき事由」とか「債権者の責に帰すべき事由」は、いかにその範囲を広げて解釈するにしても、右に挙げた地震や落雷というような典型的な不可抗力の場合(より正確に言えば、地震や落雷により工場が焼失し、かつその前後の対応にも非難されるべきところがない場合ということになろうか)だけは除外せざるをえないはずである。^③したがって、そのような場合には、労働者は賃金を取得できなくても仕方がないといわざるをえないのではなからうか。

ところで、工場が近隣からの火事の巻き添えになり、工場にはしかるべき防火設備があり、日頃の訓練等も怠りなかったが、当該事態において焼失をくいとめることはできなかった、というような場合も、使用者にとって状況は、地震や落雷のような典型的な不可抗力によって出火した場合とほとんど変わらないともいえるであろう。だが、近火による類焼の場合では、労働基準法二六条の解釈に関する今日の通説を前提にすれば、これを同法同条にいう「使用者の責に帰すべき事由」によって引き起こされた休業であると解釈し、使用者に平均賃金の六〇%以上の手当支払を命ずる余地は残されていると思われる。というのは、今日の解釈論上、労基法二六条にいう「使用者の責に帰すべき事由」に当たるとして疑われていないところの、原料繭の不足による休業（昭二四・一二・三基収三八八四号）、親会社の経営難のため下請工場がその親会社からの資材資金の獲得ができずにした休業（昭二三・六・一一基収一九八号）、配給機構が円滑でないことにより生産資材が入らないことによる休業（昭二三・七・二〇基収二四八三号）などの場合と比較してみると、工場の類焼の場合にも、少なからずこれらの場合との類似性が認められると思われるからである。そして、さらにいえば、右のような場合に使用者に帰責事由ありと判断・認定される根拠には、企業経営に必要な原料・資料あるいは資金などは、使用者の責任と危険において調達すべきものであるとの考え方を挙げることも可能であると思われる^④、そうであれば、工場の建物およびその内部の設備等は使用者の責任において維持・整備すべきものであると考えられるのであるから、工場の類焼にもとづく休業の場合にも、同様に、それが使用者の帰責事由にもとづく休業である——すなわち、「不可抗力」ではない——と解釈することもあながち不可能ではないと思われるのである^⑤。そしてこれらに加えて、先にも示した価値判断を類焼の場合についていえば、つぎのようになるであろう。すなわち、類焼の場合において使用者は、労基法二〇条一項にもとづいて解雇の意思表示をなしうる立場にあるのであり、これをしないで労働者を維持・確保しておこうとし、しかし、これに対して休業手当の支払はしなくてもよいというのであれば、やがては労働者の側で辞職するはめになり、このことは労基法二〇

条の精神にも反することになるであらう。^(c)このように考えてくると、工場の類焼により休業のやむなきに至ったという場合において、使用者は労働者に対し、勞基法二六条に基づいて平均賃金の六〇%以上の手当を支払わなければならぬとするのは、けつして不可能ではないと思われるのである。

ところで、以上のような解釈を前提とし、かつ、不可抗力の場合と類焼の場合とのバランスを考慮すれば、類焼の場合には、労働者は賃金の全額は取得できないけれども、勞基法二六条により平均賃金の六〇%の対価支払が保障される、とする考え方が成り立ちうることも、認めざるを得ないであらう。すなわち、賃金は労働者の生活の資であるから、なるべく彼にこれを取得させる解釈方向が妥当であるが、一方、使用者は、不可抗力の場合には対価支払を免れるのに、彼にとって状況はさほど変わらない類焼の場合には、労働者に対し賃金の全額の支払を続けなければならぬとするのは、アンバランスではないか、と考えることの結果としてである。

これが資材の中絶のような場合であれば、通常、勞基法二六条の帰責事由に該当するとみることに問題はないであらう（先に挙げた諸事例、すなわち原料繭の不足、配給機構不円滑などの事例参照）。だが、ここでもこれを超えて、労働者は賃金の全額を取得できるとの結論を採ることにはやはり躊躇の念を抱かざるを得ない。同じく資材の中絶といつても、たとえば、外国における予期せぬ戦争の勃発によりその事態が生ずるなどの場合には、これを結局は不可抗力と評価すべきことになるものと思われ、しかし、かかる場合と通常一般の場合（すなわち、先の諸事例など）との間に質的な差異はおそらくは認められないであらう。つまり、両者の差異はさほど大きなものとは思われず、そうだとすれば、右のアンバランス論を考慮する必要があるのではないかと思われるからである。そこで、もしこのような考え方に落ち着かざるを得ないとするならば——われわれはそう思うのであるが——、このことから、通説のように事態を受領遅滞と評価していくことは妥当でないといえるであらう。なぜなら、右の帰結を招来するには、民法上は、五三六条一項を適用することが前提となるであらうからである。

注

(1) わが国の通説も、患者の死亡のような場合については、債務者危険負担の帰結の方が結論の具体的妥当性の点からは適切であると考えているのではないかと推測できないこともない。というのは、通説は、受領遅滞と履行不能の区別は困難であることが多いとし、その具体的な事例として患者の死亡の場合を一例に挙げるのであるが、通説が受領遅滞と履行不能の区別の基準として領域説を支持し、これに次いで、領域説を当てはめるといかなる場合が受領遅滞となるか、を示すときの例としては「債権者の病氣」を挙げ、患者の死亡の場合は明示的に挙げることはしないからである(しかし、通説の理論的帰結は、あくまで、患者の死亡の場合も受領遅滞となるというものである。第一章注(6)参照)。ちなみに、通説が挙げる「債権者の病氣」の場合とは、具体的には、たとえば家庭教師が生徒を教える債務においてその生徒が病気になる、という場合であろうが、かかる場合における本稿の考える処理の仕方については、第四款1注(8)参照。

なお、わが国では、柚木・高木説が、患者の死亡のような場合は、これを履行不能として債務者危険負担の帰結を導く立場であると考えられることは、すでに触れたところである(第一章注(8)参照)が、この説は、基本的には領域説を支持しつつ、わざわざこれを一部修正して、患者の死亡のような場合については右の帰結を導こうとするものであるから、かかる場合にいかなる帰結を導くことが妥当であるかの価値判断として、本稿のそれと同じものをすでに有しているとみて差し支えないであろう。ただ、この説についてちなみにいえば、すでに紹介したとおり、この説は具体的には、「債権者の領域内で発展した結果を生める受領および協力の障碍は、その一般的に除去しうるものなる限り、受領遅滞を構成すべく、履行不能はその他の場合にのみこれを認むべし」と領域説を修正するものである。しかし、一步尽き詰めて、なぜ債権者の領域内での障害が一般的に除去しうるものであれば受領遅滞となるが、一般的にも除去できないものならば受領遅滞でなく履行不能なのか、すなわち、障害が一般的に除去しうるものであるか否かということが、受領遅滞を構成するか否かということとなぜ結び付きうるのかについての理論的根拠に欠けるように思われる(そして、おそらくこの二つのことは理論的に結び付くことはないのではないかと)。もっとも、右の立場は、ドイツのレーマンの立場に依拠するものであるから、以上のことは、根本的にはレーマン説に対する疑問ということになる。以上の点につき、奥富・上智法学論集二六巻一号一九五頁以下参照。

(2) 有泉亭・労働基準法(昭和三八年、有斐閣)二六〇頁注(二)が、工場焼失の場合に休業手当を支払うべきかについて述べるところ参照。

(3) この点は、学説・判例ともに争いのないところとされている。このことを解説するものとして、さしあたり、労働省労働基準局編・全訂版労働基準法上・労働法コンメンタール③(昭和六三年、労務行政研究所)三二八頁以下、労働省労働基準局編・全訂2版解釈通覧労働基準法(平成元年、総合労働研究所)一七六頁、など。ただし、後に本稿でも取り上げるところの下井隆史教授の見解(第四款2参照)は別である。

(4) 下井隆史Ⅱ水野勝Ⅱ保原喜志夫Ⅱ山口浩一郎Ⅱ渡辺章Ⅱ菅野和夫Ⅱ浜田富士郎Ⅱ中嶋士元也・コンメンタール労働基準法(昭和五四年、有斐閣)一〇五頁(水野執筆部分)参照。

(5) いささか聞き直った言い方をするをお許しただけるならば、つぎのような弁明をしておきたい。すなわち、従来、少なくとも今日の学説上では、工場焼失のような場合には労働者を保護し、彼に賃金——それも労基法二六条による平均賃金の六割というにとどまらず、全額——の取得を認めるべしとの帰結を志向するものがむしろ多数を占めるのではないかと思われる。そこでは、工場焼失のような場合が労基法二六条の要件を充たすと考え、いわば当然のこととされているはずである。このような傾向の中にあつて、もし本文のような評価が許されず、類焼の場合にも労基法二六条による平均賃金の六割の確保すら認められないという帰結をとらざるを得ないとすれば、右のような今日の解釈論の大勢からは大きくかけ離れたものとなつてしまふであらう。したがつて、もちろん、実際に工場類焼の場合が事件になるというような場合には、裁判所が具体的事実に基づいて、当該事案では不可抗力として労働者は賃金を取得できないとの帰結を導くこともありうるかもしれないが(たとへば、近隣の火事自体が地震や落雷によつて生じ、これにより工場が類焼したなどという場合には、そのように判断されることもありうるであらう)、解釈論上の原則としては、工場類焼の場合には不可抗力にはあたらないとする立場・解釈を妥当なものとしておきたい。

(6) 有泉・労働基準法二六〇頁。

第三款 わが国の通説が依拠したドイツの学説とわが国の通説

(1) 本款では、わが国の通説が依拠したドイツの学説に少し触れておこうと思う。ドイツでは工場の焼失による労働者の受け容れ不能、患者の死亡による手術の不能といった事態を何故、そして、どのようにして受領遅滞と評価しようとしたのか、この学説に批判はなかつたのか、あつたとすればどのような批判であつたのか、という観点

から考察しておくことは有意義であると思われる。なぜなら、そうすることにより、わが国の通説がそれとなるべく同じように考えようとしたドイツの学説にはどのような欠点があったのか、また、ドイツの学説とわが国の学説とはどのような点で決定的に異なるのかを浮彫りにすることができ、その結果、わが国で工場焼失とか患者の死亡といった場合における危険負担問題の処理を考えるにあたり、事態を受領遅滞と評価することは妥当でないとの本稿の立場を大いに補強することとなると思われるからである。ただし、このことについては、すでにかつていささか詳しく分析したので、以下では叙述の重複を避けるために、そのときの分析から得られたポイントだけを要約して記すに留めておきたい。

(2) わが国の通説が依拠したドイツの学説について

① なぜ事態を受領遅滞と評価しようとしたか。ドイツにおけるかつての学説(ドイツ民法典の成立の少し前からその成立の少し後頃にかけて主張されていた学説)は、工場焼失とか患者の死亡といった事態は、債務者が現実に給付結果(履行)をもたらすことができないので、給付不能(*Leistungsummöglichkeit* 給付結果不能)わが国でいう履行不能)であるとし、債権者・債務者ともに帰責事由のない給付不能の場合にはBGB三二三条(わが国の民法でいうと、民法五三六条一項に相当する)によって債務者が危険を負担する(つまり、債務者(労働者や医師)は対価がとれない)と説いていた。しかし、その後、特に第一次世界大戦中ドイツ国内で、労働者の勤める工場が破壊されたり焼失したりするといった事態が相次いで生ずることにより、このような場合の労働者の賃金請求権はどうなるのかが深刻な社会問題となった。ここでは使用者側にも労働者側にも帰責事由はない。しかし学説は、このような場合に労働者側に何とか賃金を取得させたいと考え、これを受領遅滞に依拠して実現しようとした。すなわち、ドイツには、雇用契約に関する規定の中に、使用者に受領遅滞があればそのために給付されなかった労務に対する報酬請求権を被用者に認めるとする規定がある。つまり、債権者側に受領遅滞があればその直接の効果として債権者側に対価支

払義務を生じさせ、この意味において債権者に危険を負担させる規定がある(BGB六一五条。また、請負契約に関する規定中のBGB六四二条や六四四条などもその類例である。これらは、注文者に受領遅滞があれば彼に危険が移転することを規定し(六四四条)、あるいは請負人が損害賠償を請求できることを規定している(六四二条))。学説は、このBGB六一五条という規定に結び付けて労働者に賃金請求権を取得させようと考え、したがって、何とか事態を受領遅滞と評価しようとしたのである。

② どのようにして事態を受領遅滞と評価しようとしたか。③ それでは、右の学説はどのようにして事態を受領遅滞と評価しようとしたのか。ここで重要なことは、事態が債務者にとって給付可能といえる状態であると説明しなければならないことである。なぜなら、ドイツでは受領遅滞の成立要件の一つに「債務者が給付可能であること」があるからである。給付が不能であればそれを受領するということは考えられないので、さらにそのような給付の受領を遅滞するということも考えられない、などの理由からである。そこで学説は、事態が右の要件を充たすことを説明するために、そもそも給付可能とはどのような場合を指し、逆に、どのような場合が受領遅滞の成立を阻止することになる給付不能といえるのかという、給付可能と給付不能の区別についての議論を展開することとなった。すなわち、債務者が給付可能であるという判断は、つぎのようにして行っていくべきであるとする。たとえば、売買では、買主が目的物を受け取ってくれなければ履行(給付結果)は完成しない。雇用とか請負(注文者が材料を提供する場合)とかの場合には、履行を完成するための債権者の協力行為の範囲はより広い。いずれにしても、このように履行は債権者の協力行為と債務者の側の行為とが合致することによってはじめて成立するのだから、債務者の給付とは、債権者の協力行為と結び付いて履行を完成させる、債務者の側で行うべき行為部分の意味に解すべきである。そうだとすれば、債務者が給付可能(受領遅滞成立)であるか、給付不能(受領遅滞不成立)であるかの判断は、現実に債権者が協力する(している)かどうかは度外視し、もし債権者が協力すると仮定すれば債務者は右の意味で

付可能であることを正当化するためであったのだから、領域説とはその実質は、債務者の給付が可能か否かの判断基準であつて、領域説で債権者の領域に給付障害原因があると認定されるときには、これによつて給付可能という要件を充たすと判断されるのである。そして、そこでは当然に「不受領」という要件は充たすのだから、あとは債務者の「給付提供があること」という要件を充たすことを前提として、そこに「受領遅滞」が存在すると判断するのである。以上のように考えるのが、わが国の通説が依拠したドイツの学説であつた。

③ 右の学説に対する批判はなかつたのか。以上のようにして学説は、工場焼失のような労働契約関係の事例で債務者に賃金請求権を取得させる道を拓いた。しかし、社会の混乱はさらに労働関係事例で新たな事態を生み出してゐた。労働組合による部分ストが発生し、ここでは、ストライキに参加していないがストのために就業できなくなつた労働者に賃金請求権があるかどうかが問題となつた。これに対する裁判所の判断は、このような事態にはもはや純粹に民法上のレベルで考えて対処すべきものではなく、労働関係の実態に即した、民法上の議論とは異なる考察方法をもつて臨まなければならない、とするものであつた。そこで、これ以降、労働契約関係に属する事例で受領遅滞か給付不能かが問題となるものについてはすべて、民法上の議論としてではなく、いわゆる労働法的考察方法によつて対処されることになつたのである。そこで当然、従来民法上の議論として受領遅滞か給付不能かが問題となつた工場焼失のような事態も、以後は労働法的考察方法により対処されることになり、したがつて、たとえば、患者の死亡というような純民法的な事例だけが、受領遅滞なのか給付不能なのかという民法の議論の対象に残されたのであつた。

ところで、このような段階になると、患者の死亡のような事態を受領遅滞と評価していくことに疑問を呈し——この疑問は実はすでに領域説が唱えられた直後から存在していたものであるが——、再びかつてのようにそれを給付不能と評価した方がよいとする立場が大勢を占める。このような動きの根底には、受領遅滞とすることは債

権者側に対価の支払を命じるもので、これは結果の妥当性の観点からみて適切でないという考慮があったのである。

ドイツの学説上では、わが国の通説が依拠した学説(事態を受領遅滞として債権者に対価の支払義務ありとし、その際に領域説を用いて事態を受領遅滞と評価する)は、少なくとも純粹には維持・承継されはしなかったのである。

④ 以上について、わが国の通説との関係で重要なことはつぎの点である。すなわち、第一に、右の最後にふれたように、ドイツでも患者の死亡のような純民法的事例について債権者側に対価を支払わせることには、結論の具体的妥当性という見地より批判があったことである。また、第二に、ドイツでは事態を受領遅滞と評価する場合には、それにより直接にBGB六一五条などに結び付けることができるのであり、したがって、受領遅滞と評価してのち、債権者に対価の支払義務があるとするために、なおさらに法律構成を考える必要はないことである。これに對しわが国では、たとえ受領遅滞と評価しても、ドイツのBGB六一五条などに相当する規定が存在しないため、右の帰結を導こうとするためには、さらに受領遅滞中の履行不能もしくは受領遅滞中の時々刻々履行不能と構成していかねばならない。この点に、わが国の通説とそれが依拠したドイツの学説との決定的な違いがある。そして、受領遅滞中の履行不能もしくは受領遅滞中の時々刻々履行不能と構成することで債権者危険負担という帰結を導くことには疑問があり、わが国で危険負担問題を処理するにあたっては、履行不能もしくは時々刻々履行不能にのみ着目していくのが妥当であると考えられることは、すでに第一款の2、3および4において検討したとおりである。

注

(1) 奥富・上智法学論集二六卷一号一五一頁以下参照。

(2) 奥富・前掲論文一四二頁、一四六頁以下参照。

(3) わが国の通説が依拠した考え方は、具体的には、エルトマンによって形成された領域説であるが(第一章注(7)参照)、

エルトマンは領域説を打ち出す過程においてかかる考え方を提唱しているのである(P. Oertmann, AcP Bd. 116, S. 15f., 20f., 38ff.; ders., Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 169f.)。同種の論理は、当時すでにエルトマンに先がけつトラウトマン(P. Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, GruchBeir. Bd. 59 (1915), S. 434f.)も唱えていた。本文では抽象化定式の論理をより分かり易くするためにトラウトマンの論理をも加味してエルトマンのそれを若干モディファイして紹介しているが、これによってエルトマンの考え方の道筋にいささかも変更が加えられるものではない。

(4) なお、領域説はその基礎に抽象化定式の考え方があるのだから、そのことからすれば「給付」という概念を給付行為の意味に解してはじめて成り立つものであるようにもみえる。しかし、抽象化定式という論理はそれを、「もし債権者が協力すると仮定すれば債務者は給付結果＝履行をもたらしことができるか」と修正して用いることもできないものではないように思われる。そうだとすると、わが国でも、たとえば工場焼失の場合は「履行可能」だとして、そして、労働者が病気になる、あるいは交通機関の途絶によって仕事に行けない場合は「履行不能」だとして、右の意味での抽象化定式の考え方を使うことは可能であると思われ、したがって、領域説を採用しようとするのならば、その粗地は存在するといつてよいと思う。かつて、奥富・前掲論文一九二頁において、わが国ではそもそも領域説は理論的に成り立ちにくいのではないかとしたが、この点は考え方を改めたい。

(5) 奥富・前掲論文一五九頁以下、一六四頁以下参照。

第四款 債権者側に帰責事由のない場合における危険負担問題の処理のしかた

1 本稿が妥当と考える具体的な処理方向

さて、ここでは、債権者に帰責事由(故意・過失または信義則上これと同視すべき事由)のない場合において危険負担の問題を具体的にどのように処理すべきなのかについて、本稿の考えるところを記しておきたい。

(1) 患者の死亡のような一回的な、しかも純民法的な事例では、事態を債務者(医師)の履行不能とのみ捉え、——債権者・債務者ともに帰責事由のない場合なのであるから——民法五三六条一項の適用を考えるのが、法律構成上も素直であり、結論においても妥当であると思われる。

(2) 工場の焼失・資材の中絶といった休業の場合にいかなる処理をすべきかは難しい問題であるが、現行法を前提とする限り、つぎの処理で妥当と見ておかざるをえないのではあるまいか。すなわち、民法上は、工場の焼失あるいは資材の中絶といった事由により労働者が現実には労働できない間、彼の債務は時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能に対して、同法五三六条一項が適用される。労働者の賃金は、休業が不可抗力によるものでない限り、労基法二六条によって平均賃金の六割の支払が保障される^③（裏からいうと、これ以上の分を民法に基づいて請求することはできない）。

賃金は労働者の生活の資であるから、彼になるべくこれを取得させる解釈方向が妥当であることはいうまでもない。事態を受領遅滞と評価して債権者危険負担の帰結を導こうとする通説の意図も、実は、工場の焼失とか資材の中絶といった労働関係における休業事例での労働者保護にあるとみることができると思われる。^③しかし、第一款で考察したとおり、休業の場合における危険負担問題の処理にとって、事態を受領遅滞と評価する（受領遅滞との評価を介在させる）ことは法律構成として妥当ではない。したがって、労働者に対価を全額取得せよとする場合には、事態を受領遅滞と評価する道を選ぶのではなく、すでにわが国において主張されているところの有力説の立場、すなわち、事態を履行不能と評価する前提の下に、民法五三六条二項にいう「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」の範囲を雇用・労働関係において広く解する立場、^④に与するのでなければならぬと思われる（つまり、第一款での考察を踏まえて、より正確にいえば、民法五三六条二項の帰責事由の範囲を広く解する解釈をとって、休業の間、労働者の債務が時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能に対して同条同項の適用を考えていくという方向である）。しかし、このように民法五三六条二項の帰責事由を広く解する立場にも、休業手当保障の立法趣旨に照らすと妥当でないものがあるのみならず、^⑤何ゆえに雇用・労働関係についてののみ帰責事由を特別に解しうるのかについて、^⑥なお大きな疑問が残るのである。したがって、これらのことに、さらに先に第二款で行った検討の結論をも重ね併

せて考えるならば、現行法を前提とする限り、解釈論としては、右記の結論をもって妥当とせざるを得ないのではないかと思うのである。⁽⁸⁾

ただ、これはあくまで現行法を前提とする場合のことであって、賃金が労働者の生活の資であることを考えれば、問題の根本的解決は、——受領遅滞からは危険負担についての帰結は何も得られないのであるから、労基法二六条はあくまで民法五三六条の特則であることを根底で認識しつつ——労基法二六条を改正して使用者の支払うべき休業手当の額を引き上げるなど、⁽⁹⁾ もはや立法論に委ねざるをえない事柄ではないかと思われる。⁽¹⁰⁾

注

(1) ただし、この事例でいえば、医師（病院）側に、仮にこの手術のために特別に準備・用意したものがあつて、当該患者の死亡によってそれが無駄になってしまったというようなことがあるとすれば、これについての出費の償還ないし賠償請求権は、信義則を最後のよりどころとして、医師側に認めてよいと思う（事務管理の場合の費用償還に関する規定（民法七〇二条）を類推することも考慮に値する）。

(2) なお、使用者が労基法二〇条一項但書による即時解雇の道を選び、これが認められるという場合は、もちろん問題は別である。ちなみに、もし事業の継続が不可能であるわけではないが、再起に相当の時間がかかるので、使用者が同条同項本文による解雇を行うという場合では、使用者は少なくとも三〇日前に予告をするか、三〇日分以上の平均賃金を支払わなければならないわけであるが、前者の場合には解雇が効力を生ずる日（労働関係が終了する日）までの間、使用者としては労働者に休業手当として平均賃金の六〇％を支払うことで十分であるというべきではなく、あくまで賃金の全額を支払うべきであると思われる。というのは、そうでなければ、三〇日以上平均賃金を支払って即日解雇する場合との不均衡が生ずるのみならず、「休業」手当の支払は当該労働者との契約関係の存続が前提とされ、事業が再開されるまでの間の問題であると考えられるのであるから、解雇という契約関係の終了を前提とする場合には労基法二六条は適用されないというべきだと思われる。

(3) 奥富・上智法学論集二六巻一号一九八頁注（六）参照。

(4) たとえば、有泉・労働基準法二五六頁以下（債権者（使用者）の責に帰すべき事由の判断に当っては必ずしも通常の過

失責任にとらわれる必要はなく、労働関係の特殊性を考慮に入れて、これをダイナミックにとらえうとする。具体的には、労基法二六条にいう使用者の責に帰すべき事由が通常の過失責任の原則よりも広く、使用者の支配圏から生じた事由を含むものであるとし、これと民法五三六条二項の債権者の責に帰すべき事由とはその内容に殆んど差異がないとする。幾代・注釈民法⑩三六頁、同・新版注釈民法⑩四一頁もこの見解をとる。なお、半田・民法講座第五巻契約九一頁も参照。島田信義「休業と労働者の賃金請求権」市民法と労働法の接点（昭和四〇年、日本評論社）一五二頁以下（雇用・労働契約に関する限りで、民法五三六条二項の債権者の帰責事由の範囲を、不可抗力を除く一切の事由にまで拡張すべきである、とする）。

(5) すなわち、休業手当の保障は、当初は「労働者の責に帰することのできない事由」による休業の場合の労働者の最低生活の保障をはかるとの構想で、労務法制審議委員会に提案されたが、不可抗力の場合にまで使用者の義務をひろげるのは適切でないとの指摘がなされたために、結局、労使いづれの責にも帰すべからざる事由を除き、「使用者の責に帰すべき事由による休業」に限定して立法化されたものである（廣政順一・労働基準法―制定経緯とその展開（昭和五四年、日本労務研究会）一八九頁。なお、菅野和夫・労働法（昭和六〇年、弘文堂）一七一頁、同・労働法〔第二版補正版〕（昭和六三年、弘文堂）一七〇頁参照）。つまり、立法者の考えでは、労基法二六条にいう使用者の責に帰すべき事由の範囲は民法五三六条二項にいう債権者の責に帰すべき事由よりも広く、休業の場合に民法上使用者に賃金の支払義務があるかどうか明らかでない事由が起こりうるが、かかる場合でも法二六条の要件をみたす限り賃金の六〇％の支払を強制する趣旨であった、と見ることができるのである（有泉・労働基準法二五八頁参照）。

(6) 奥田・法学論叢九四巻五・六号二〇二頁、二二三頁、同・注釈民法⑩二六一頁。

(7) したがって、本稿は、労基法二六条と民法との関係という観点からいえば、この点についての今日における労働法上の通説とされている立場に、結果において与するものである。すなわち、この立場は、労基法二六条と民法五三六条二項の帰責事由の範囲につき、前者は後者よりも広く、天災事変などの不可抗力の場合を除き、民法上は使用者の帰責事由とならない経営上の障害を含む（民法五三六条二項の帰責事由は故意・過失または信義則上これと同視すべき事由にとどまる）とするものである（たとえば、佐藤進「休業手当」労働法体系5（昭和三八年、有斐閣）九〇頁、石井照久・石井照久・井手成三・間宮重一郎・秋沢清彦・註解労働基準法Ⅰ（昭和三九年、勸章書房）三八七頁以下、石井照久・新版労働法（昭和四六年、弘文堂）一七六頁以下、同・新版労働法（第三版）（昭和四八年、弘文堂）一七六頁以下、東京大学労働法研究会・注釈労働組合法上巻（昭和五五年、有斐閣）五六五頁以下、菅野・労働法一七二頁、同・労働法（第二版補正版）

一七〇頁以下、など)。近時、最高裁(最判昭六二・七・一七民集四一卷五号一二八三頁)も、労基法二六条の「使用者の責に帰すべき事由」と民法五三六条二項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」との関係について右通説と同様の立場を示し、前者は後者よりも広く、「使用者側に起因する経営、管理上の障害を含む」と判示したことは周知のとおりである(本判決についてはさらに、第三章注(一)参照)。本稿は、労基法二六条で休業手当が支払われる対象となるのも休業中に労働者の債務が時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能であると捉える。そしてその上で、かかる履行不能が生ずるについて使用者に帰責事由があれば休業手当、そして民法上の危険負担の問題が生ずる(すなわち、労基法二六条と民法五三六条とは競合関係にある)が、その帰責事由の範囲は右に触れた労働法上の通説および最高裁判決の立場のように考えるよりしかたがないのではないかとみるものである(したがって、使用者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由という意味での帰責事由が認められる場合には、労働者にはもちろん賃金の全額について請求権が生ずる。すなわち、彼は、民法五三六条二項により賃金の全額について請求することができ、このうちの六割は労基法二六条によって罰則をもって使用者に支払が強制される。本章第二節参照)。

かつてわれわれは、労働関係事例においては効果の面から考えて、賃金の全額取得という結論を導き出すのに有用なように、積極的に法律の条文自体に対処することは、特に結論の具体的妥当性をも重視する民法領域における法解釈論的態度としては十分可能であろうし、また許されうるであろうとして、民法五三六条二項の帰責事由の範囲を広く解する立場に依拠して工場焼失のような場合に労働者に賃金全額の取得を認める立場をとった(奥富・上智法学論集二六巻一号二〇三頁以下)、かかる考え方は解釈論として無理があると考え、本稿ではこの立場を取り下げたい。

なお、近時、遠田教授は労働関係事例に対するわれわれの右の旧稿の考え方に對し、それは領域説を否定しながら、債権者の領域における事態(工場の焼失・機械の故障、患者の死亡・生徒の病氣など)について、不可抗力でない一時的な履行障害または受領障害の場合を前提としており、結局否定しながら領域説の立場を取り入れていることになるのではないかと批判されている(川井健「西原道雄」吉野衛「山田卓生」淡路剛久編・民法コンメンタール債権総則編1(平成元年、ぎょうせい)一二二頁(遠田新一「辻博明執筆部分」)。今のわれわれからすると旧稿に関する事柄であるので、この批判に正面から答える意味はあまりなくなってしまうたのであるが、しかし旧稿のこの部分に関する誤解を解くために、敢えてここで反論を展開しておく、遠田教授の右の批判は「領域説」という考え方の内容の誤解を解くためではなく、敢えてここで反論を展開しておく、遠田教授はここでは「領域説」を受領遅滞と履行不能の区別の基準の意味としてではなく、領域概念を用いて故意・過失よりも広い意味での債権者側の帰責事由の有無を判断し、障害が債権者の側にあると判断さ

れるならばこれにより債権者側の危険負担となると帰結する考え方、というかなり広い意味に捉える前提に立っておられるようである(そしてこの際には、債権者側の帰責事由とは、民法五三六条二項に関連するそのみのことを考えているのではないようである。遠田新一「受領遅滞」伊藤進「水本浩編・基本問題セミナー」民法2債権法(昭和六三年、一粒社)三三頁、三五頁参照。なお、すぐ後に本注が紹介する遠田教授の考え方参照)。これに対し、われわれが「領域説」という言葉で指すものは、あくまで受領遅滞と履行不能の区別の基準という意味でのそれなのである。そして、旧稿での主張は、領域概念を使って物事を判断することの問題性——領域といっても果たしてそれは明確な概念なのか——には一応目をつぶり、しかし、領域概念を用いて障害が債権者の側にあるという場合を「受領遅滞」と判断していくこと(「領域説」)、そしてそのことから危険負担についての帰結を導くことは妥当でないとするものである(この点は本稿でも変わりはない。より広く言えば、通説のように「領域説」を用いることにかぎらず、とにかく危険負担問題を処理するために事態を何らかの方法で受領遅滞と評価し、これに基づいて帰結を導いていこうとする考え方・処理方向には賛同できない。本章本文で旧稿を敷衍ないし修正しつつ述べてきた通りである)。そして旧稿では、危険負担問題の具体的な処理の仕方としては事態を先ず履行不能とのみ捉える前提に立ち、次いで、労働関係事例(工場の焼失の場合など)のみに関しては、民法五三六条二項にいう「債権者の帰責事由」の意味をごく拡大して、領域の意味で考えること、すなわち、民法五三六条二項にいう債権者の責に帰すべき事由の有無を判断する基準として領域概念を持つてくること(かかる考え方を指して領域説とするものもあるが——幾代・注釈民法(16)三六頁、同・新版注釈民法(16)四一頁——、われわれは議論の混乱を避けるためにこれを領域説とは呼ばない)も可能なのではないかと考えたのであった。それ故、旧稿においてそのように民法五三六条二項にいう債権者の帰責事由の有無の判断基準として領域概念を取り入れていることは、「領域説」を取り入れているものではないのである。この点、遠田教授には「領域説」の内容の理解の違いに基づく誤解があるように思われるのである。

ちなみに、遠田教授ご自身も危険負担問題の処理に関する自己の見解を述べておられる。これは若干難解な部分も多く、あるいは誤解があるかもしれないことを恐れるが、敢えて紹介すれば教授の立場は概略つぎのようなものであると思われる。すなわち、① たとえば不可抗力により工場が焼失したような場合には、労働者が履行の準備をし口頭の提供をすれば使用者は受領遅滞となり、この効果として危険が使用者に移転すると考えることができる。すなわち、かかる工場焼失のような場合も労働者側の履行の準備および口頭の提供があれば、これを受領遅滞中に不可抗力で債務者の履行が不能となった場合として考えることができ(通常受領遅滞中の履行不能といわれる事態と同様に取り扱ってよく)、そして、受

領遅滞の立法趣旨からすると、受領遅滞の制度は危険負担債権者主義に「該当」するとされているから（民法修正案理由書四一二条——現行四一三条——の部分）、この趣旨および領域説から判断して、ここでは受領遅滞の効果として危険が債権者に移転するものと考えることができる。これにより労働者は賃金の支払を使用者に請求することができるのである。② 交通機関が止まったために労働者が出動できなかったような場合には、労働者側にとっては不可抗力による履行不能であるが、使用者側からみると彼は受領遅滞の成立要件の一つである受領不能の状態（不可抗力による受領不能の状態）にあるといえる。そこでこの場合には、使用者・労働者ともに帰責事由がないのか、使用者にそれがあるといえるのか曖昧な場合といえるので、まず受領遅滞の制度の立法趣旨および領域説により判断し、信義衡平上債権者の帰責事由の領域の問題とすべき場合は、次に、債権者危険負担主義に「該当」するとされる受領遅滞の立法趣旨から民法五三六条二項を類推適用し、債務者は反対給付（賃金支払）請求権を失わないといふべきである。③ 受領障害が不可抗力によるものでない場合には、①および②の場合に準じて、立法趣旨および領域説によって判断し、次に民法五三六条二項を類推適用して、債務者の反対給付（賃金支払）請求権を認めるべきである。この③の場合こそ「受領遅滞」本来の適用領域である（以上につき、遠藤浩編・別冊法学セミナー基本法コンメンタール債権総論「第三版」（昭和六三年、日本評論社）四〇頁以下（遠田執筆部分）、同・基本問題セミナー民法2債権法三三頁以下参照）。

だが、遠田説に対する以上の本稿の理解が正しいとすると、これには少なからず疑問があるといわなければならない。まず①についてであるが、第一に、遠田教授はここでは、労働者が履行の準備をして口頭の提供をすれば使用者側は当然に受領遅滞となるとの前提に立っておられるが、何故そのように当然にいえることになるのか。事態を同じく受領遅滞と評価して問題を処理しようと考えた通説などは、労働者による口頭の提供があっても事態を受領遅滞と評価できるのか不明確であるがゆえに、その説明の手段として、すなわち、これを説明したいがためにここで「領域説」を持ってきたのではないのか。第二に、遠田教授も工場焼失の場合などを、受領遅滞による危険移転という効果を論じる際に通常想定されるところの「受領遅滞中の履行不能」という事態と同一視しようとするわけであるが、この点についての疑問は本稿がすでに本文で述べてきた通りである（第一款参照）。第三に、遠田教授は民法修正案理由書を引用して、受領遅滞の立法趣旨からすると受領遅滞の制度は「危険負担債権者主義に該当する」と理解されているが、理由書中にある、「債権者ハ其ノ危険ヲ負担スヘシトスル主義ニ恰當セシメ」という文言の解釈として、その文脈から、遠田教授のように理解するのではなく、別に解釈する余地もあるように思われる。すなわち、民法修正案理由書の当該箇所（四一二条の部分）では、つぎのような趣旨が述べられている。いわく、修正案では、受領遅滞責任を定めるにつき幾つかの考え方があ

で、受領遅滞は債権者に過失がある場合はもちろん、債権者の病氣、天災等やむを得ない事情によって受領ができない場合でもすべて成立するとする主義に依った。このことは債権者に酷に映るかもしれないが、債務者もまたすでに債務の主旨に従って履行を提供したのであるから、債権者・債務者ともに過失のない場合においては、適切に提供された履行の受領を妨げられた者、すなわち債権者の側が不利益を甘受し遅滞の責に任することが妥当である。それ故、「債権者ハ債務ノ履行ヲ受領スルコトヲ拒ミタルトキハ勿論之ヲ受領スルコト能ハサルトキト雖モ遅滞ノ責ニ任ストシ後ニ本案カ債権ノ目的ノ滅失又ハ毀損ニ付キ債務者ニ過失ナキトキハ債権者ハ其危険ヲ負担スヘシトスル主義ニ恰當セシ」めたものである。

——理由書では、以上のような趣旨が述べられているのである（広中俊雄編・民法修正案（前三編）の理由書（昭和六二年、有斐閣）四〇二頁以下、参照）。したがって、これは、債権者が不可抗力によって受領できない場合にも受領遅滞の責任を負わなければならないのは、恰も、たとえば特定物売買の場合に目的物が不可抗力によって滅失した場合には債権者が危険を負担しなければならない、というのと同じである（それと同じような取り扱いをしたのである）と言っており、受領遅滞になると危険負担債権者主義になると言っているのではない（そこまでは言っていない）、と解釈する余地があると思われる（この点につき、五十嵐清「受領遅滞と契約の解除」森島昭夫編・判例と学説Ⅲ・民法Ⅱ（債権）（昭和五二年、日本評論社）四二頁以下、前田達明・口述債権総論（昭和六二年、成文堂）二六七頁、同・口述債権総論「第二版」（平成二年、成文堂）二九〇頁なども参照）。そうだとすると、右のことをもって、受領遅滞の場合には債権者危険負担となる、とすることの理由付けにすることはできないとも考えられるのである（これに対し、平井宜雄・債権総論講義案（昭和五九年、弘文堂）一一五頁、同・債権総論（昭和六〇年、弘文堂）一二六頁は民法修正案理由書の当該箇所について遠田教授と同様の理解をされている）。

第四に、遠田教授はその理解される意味での領域説による判断を言われるが、これは、たとえば工場焼失が不可抗力によって生じた場合でも、遠田教授のいわれる領域説によれば、受領障害（工場焼失）は債権者の帰責事由（故意・過失または信義則上これと同視しうる事由という概念よりも広い意味をもつ。すなわち、とにかく障害が債権者の領域から生じたものであればこれも広い意味で債権者の帰責事由と考えるという意味における帰責事由）の領域内にあると判断できるので、債権者は右の意味での帰責事由ある受領遅滞にあるといえるから、危険移転を認めるべきであるとするものだと思われる。しかし、翻って考えるならば、何故ここで遠田教授の理解される領域説を用いることができるのか。その理論的根拠は何なのか。この点につき大いに疑問が生ずるのである。

つきに②について。遠田教授は、この場合には、使用者・労働者ともに帰責事由がないのか、使用者にそれがあるとい

えるのか曖昧な場合であるとされる。ここでいう帰責事由も同様に、故意・過失または信義則上これと同視しうる事由というよりも広い意味でのそれを前提とされているようである。そこで遠田教授によれば、このような意味での帰責事由の有無を、受領遅滞制度の立法趣旨および領域説によつて判断し、信義衡平上債権者の帰責事由の領域の問題とすべき場合には、受領遅滞の立法趣旨から民法五三六条二項を類推適用し、債務者は反対給付(資金支払)請求権を失わないとすべきだということである。この②の場合についての先ず第一の疑問は、なぜここで受領遅滞制度の立法趣旨を判断基準としうるのかということである(①に関する疑問のところでも触れた、立法趣旨の理解に関する疑問はひとまず措くとしてである)。交通機関の停止のために労働者が出勤できない場合も、使用者からみれば労務を受領できない状態にあるといえはそうかもしれないが、しかしこの場合にはこれを特定物売買に例えていえば、ちょうど目的物自体が不可抗力で滅失してしまった場合に相当すると思われる。そこで、労働者が特定物売買に例えれば右のような意味で履行不能にあるこの場合では、事態を受領遅滞の成立要件たる受領不能があるといえる状態、ないし、受領不能による受領遅滞であると言うことはそもそもできないのではなからうか。このことは従来より、諸説も一貫して認めてきたところではなかったか。したがって、かかる場合に教授が「受領遅滞」の立法趣旨を持ち込まれることに疑問を禁じえないのである。第二の疑問は、ここでも、なぜ遠田教授の理解される領域説を右の意味での帰責事由の判断基準として用いることができるのか、そのそもその根拠はどこにあるのかという①に関して触れた疑問であるが、しかし、ここではさらに第三に、かかる領域説で債権者の帰責事由の領域とされるならば、なぜこの②の場合には民法五三六条二項の類推適用によつて解決することになるのか。この点も不明確であるように思われる。同条同項の類推適用というのであれば、教授は①ではそのいわれる領域説を、受領遅滞について債権者に広い意味での帰責事由があるとするこのために用いているようであるのに、この②ではむしろそれを主として民法五三六条二項にいう債権者の帰責事由ないしそれ類似の事由の有無の判断基準として用いようとして見えている。そうだとすれば、この使い分けは恣意的との感が強いといわざるをえない(教授が民法五三六条二項の「類推適用」という言葉を使われること自体はおそらくつぎのようなことであらう。すなわち、わが民法では過失責任が基本にあるから五三六条二項の帰責事由も故意・過失または信義則上これと同視しうる事由の意味に解される。そこで、これよりも広い意味での帰責事由が債権者側にあるという場合には同条同項の直接適用というのは妥当でなく、もはやその類推というべきである。——このこと自体はむしろ論理的にはすっきりしているのかもしれないが、これは別にして、遠田教授の説には右のような疑問があるのである)。

第四に、教授はその領域説により「信義衡平上使用者の領域の問題と判断しうる場合」と表現されるけれども、この②

のような事例の場合には、教授の理解される領域説によってそのように判断しうる場合が果たしてあるのであろうか。受領遅滞と履行不能の区別の基準という意味で領域説を用いる場合には、このような事態では、障害は債務者の領域にあると常に判断されてきたはずである。領域概念を用いて判断するという点では両者ともに変わりはないのだから、遠田教授のいわれる領域説によれば判断が異なる可能性があるというのでは若干奇異なことになりはしないであろうか。

③については、教授は①および②に準じた解決を主張されるのであるから、これに対する批判は①および②に対して述べたところがそのままではまることになる。

(8) なお、たとえば工場焼失の場合において、労働者にいくら働く用意があっても客観的にみて工場が将来的にもはや再建不可能であるとみられるような場合(労働者側からいうと、客観的にみて将来再び使用者の下で就労できるようになる可能性はないという意味で履行不能の場合)、もしくは、そのように判断しうるようになった時点以降では、つぎのような理由づけから、使用者は労基法二六条にもとづく休業手当の支払をする必要はなく、このような場合には契約それ自体が終了してしまうとみるべきである、との考え方も一見成り立ちうるようにもみえる。すなわち、労働契約における労働者の賃金とは、使用者が労働者の労務を利用することの対価のほずであるから、労働者が賃金を取得できるということ(使用者が労働者に賃金を支払うということ)の前提には、使用者が労働者の労務を利用できる可能性が存在しなければならぬ。これが失われているところでは、労働者の賃金請求権(使用者の賃金支払義務)が発生する根拠も失われるといわなければならない。工場が将来的にみてももはや再建不可能であるというような場合には、使用者は再建が可能であるため、もはや労働者の労務を利用する可能性は失われているといつてよく、したがって、労働者の賃金請求権(使用者の賃金支払義務)が発生する根拠も失われてしまっているといわなければならない。他方、労働者としては、工場が再建される可能性がないために、もはや将来的に彼の債務は履行不能になってしまっているといえるから(永続的履行不能)、彼の債務は将来に対する関係でもはや消滅してしまうというべきである。そうだとすれば、このような場合には、一方当事者(労働者)の債務が消滅した場合に他方当事者(使用者)の対価支払義務はどうなるかという契約存続上の牽連関係の問題、すなわち、危険負担の問題が生ずるのではなく、端的に、契約は終了するというべきである。

しかし、右のような解釈を展開していくことは、適切でないというべきであらう。というのは、工場が故意・過失または信義則上これと同視すべき事由という意味での使用者の帰責事由なしに焼けて、もはや再建が不可能であるというような場合には、使用者としては労基法二〇条によって即時解雇、あるいは少なくとも通常解雇ができるはずであるから、もし契約を解消したいなら、使用者としてはこの手順を踏むべきだと考えられる。これを裏からいうと、たとえ客観的に再

建が不可能とみえる場合であっても、法は契約の存続を前提としており、もし使用者が契約関係を解消したいと望むときには、解雇の手続きを踏んでこれを実現すべきことを要求しているとみることが可能である。そこで、使用者がもしこの手続きをとらないのであれば、契約はなお存続するとみるべきであり、したがって、使用者は、工場焼失が労基法二六条にいう使用者の帰責事由に該当する場合である限り、なお生じつづける労働者の債務の時々刻々履行不能という事態に対して、同条により平均賃金の六〇%を支払っていくべきことになる、と考える（なおちなみに、田山輝明・口述契約・事務管理・不当利得（平成元年、成文堂）一〇七頁以下は、危険負担という制度は今後の契約の存続を前提として考えているわけではないので、雇用契約の場合（工場焼失のような場合）に危険負担の規定（民法五三六条）の適用を考えると、これにより契約関係が終了してしまうことになり、それゆえこの意味で、工場焼失のような場合を履行不能・危険負担の問題として処理することは適切ではない、とする。しかし、田山教授のかかる見解には疑問があり、これに与することはできない。すでに述べてきたように、雇用契約では労働者の債務には時間の要素との結び付きがあり、それゆえ工場の焼失により彼が現実には労働できない間、彼の債務は時々刻々と履行不能となるのであり、したがって、この意味での履行不能に対して彼は対価を請求できるのが問題となる。これこそがここでの危険負担の問題なのである。つまり、ここで民法五三六条の適用を考えても、けっして契約関係が終了することにはならない。それどころか、工場焼失のような場合において危険負担の問題を考える場合には、使用者・労働者間の契約関係が継続することは当然の前提となるのである。田山教授の右の見解は、たとえば特定物売買のような一回的な契約関係事例を念頭において考えたときの危険負担の論理を、そのまま雇用契約の場合に推し及ぼすものであり、適切とは思われない）。

ただし、雇用・労働契約の事例ではないが、右のこととの関連でちなみにいうと、たとえば、或る一定期間、あるいは契約時には具体的な期間は定めていないが、とにかく然るべき期間に互って家庭教師が生徒を教えるという債務において、その生徒が病気になる、極端な例としては死亡してしまうという場合については、つぎのように考えるべきものと思う。すなわち、このような場合においては、同じく互いの給付関係は一回切りのものではなく、将来に互ってでもずっと継続していくという意味において雇用・労働契約関係におけるのと似た面があるけれども、前者においては、生徒を教えるという一個の契約が最初に結ばれたならば、あとはこれに従って各個別の給付が、初めに定めた契約の内容に沿ってその都度いわば単発的に実行されていき、このような一回一回の単発的な債務の実行が将来に互って続いていく（集積されていく）という関係であると捉えることができる。そこで、このような契約関係の場合において、或る回の教師側の債務が生徒の病気のために履行できないという場合の処理としては、一回的な契約関係の場合の処理に準じて考えていけば足り

と思われる。つまり、ここでは単に、この回についての教師側の債務の履行不能について彼の報酬請求権の存否を問題にすれば足り、それ以上のことをいう必要はないと思う（具体的に、生徒側にも帰責事由が認められないのであれば、民法の原則どおり同法五三六条一項によって処理すべきであると考ええる。ただし、このような場合でも、たとえば、教師に生徒側からその日連絡がつけられず、したがって、教師が事態を実際に生徒の許に着いて初めて知ったというような場合には、往復の交通費については、事務管理についての民法七〇二条を類推したり、信義則を適用することにより、教師にその償還ないし請求を認めるということは解釈論として不可能ではないと考ええる）。このような家庭教師の事例でも債務と時間の要素との結び付きはあるといえそうであるが、右に述べた債務の性質上そこまでいう必要はない（雇用・労働契約関係の場合とは異なり、給付に絶対的定期行為性があるとまでいうべき契約関係ではない）、と考える。したがって、たとえば生徒側が病気で教授を受けられなかったために、予定の日以外にさらに教授日の追加設定を申し込み、教師側がこれを承諾するということは当然に可能であり、これはこれで新たにその契約が成立したというだけのことにはすぎないと思う。

ただ、このように家庭教師の事例での危険負担問題の処理は本来は一回的な契約関係の場合と同じに考えていってよいと思うのであるが、なおここでの契約関係は、将来的に継続性をもつという点からすると、生徒の病気が治癒不可能なものであるとか、治癒に相当長期の期間を要するとか、極端な例として生徒が死亡してしまうというような場合については、一回一回の履行不能について危険負担問題を考えていくというのではなく、もはやそこではそもそも危険負担の問題を考へるべきではない、すなわち、そこでは契約は終了してしまうと端的にいいうべきであると思われる（或る時点から病気が治癒不可能なものと判断される状態になったという場合であればその時点において契約終了）。その理由は、すでに先に述べたところから明らかであろうが、敢えて繰り返せば次のとおりである。すなわち、家庭教師の報酬とは、生徒側が教師の労務を利用することの対価のほずであるから、これが問題になる前提には、生徒の側が教師の労務を利用する可能性が存在しなければならぬ。これが失われる場合には、家庭教師の報酬請求権発生（またはまた失われる）というべきである。生徒が治癒不可能な病気に罹ったたり死亡してしまうという場合には、生徒側の労務利用の可能性は永続的に失われているとみななければならず、教師の報酬請求権発生（またはまた失われる）と言わなければならない。他方、ここでは、家庭教師の債務は将来においても履行しうる可能性はないのであるから、永続的に履行不能となり、それゆえ永続的に消滅するとみることができるとは異なる。そうだとするならば、ここでは、一方当事者（家庭教師）の債務が消滅する場合に他方当事者の対価支払義務はどうなるかという危険負担の問題の生ずる余地はなく、端的に、契約は終了するというべ

きなのではあるまいか（以上につき、奥富・上智法学論集二六卷一号二〇六頁以下参照）。

なお、通常は、このような家庭教師の事例も、その契約は準委任であると考えられるので、契約の当事者が本人である場合（たとえば、生徒が法定代理人の同意を得て、あるいは法定代理人がこの生徒を代理して教師と契約を締結したという場合）において、本人（生徒）が死亡してしまうという場合では、右の論理によるまでもなく、第一章の注（3）で述べたと同じく、民法六五三条によって契約は終了すると考えられる。そこで、死亡の場合については、右に述べたことは、契約の当事者が死亡した本人ではない場合（たとえば、幼稚園の園児とか小学校一年くらいの生徒にピアノを習わせるために、親権者が子に対する監護教育権の行使の一環としてピアノ教師と契約を結んだという場合）について当てはまることである。

（9） ちなみに、労基法二六条で「保障の限度を百分の六十としたのは最低生活費を賃金の六割又は三分の二とする労働立法の先例（第七回国際労働總會、労働者補償の最低限度に関する勧告等）によったものである」といわれているが（寺本廣作・労働基準法解説（昭和二十三年、時事通信社）二〇六頁）、労務法制審議委員会においては手当の額を八割にせよとの意見もみられたそうである。廣政・労働基準法一八九頁。

（10） 品川・契約法上巻二二三頁注（2）参照。

2 下井教授の見解

さて、労働法学者である下井隆史教授はすでにいち早く、労働債務には絶対的定期行為の性質がある点に着眼され、休業の場合における問題の処理について、精力的に自己の立場を主張してこられた。すなわち、下井教授は、まず危険負担制度の趣旨・本質を問い、次いで、休業の場合において生ずる使用者側・労働者側双方の利益状況を、労働債務の絶対的定期行為という性質を根幹に据えて考量することにより、具体的には、休業の場合には債権者（使用者）危険負担が原則であり、ここではその休業が不可抗力による場合を含めて使用者が危険を負担する、との結論を導かれる。教授は、この帰結を導くための形式的な法律構成としては、かつて受領遅滞による危険移転の考

え方を採用されたこともあったが、この点は改説され、今日における教授の法律構成面での確立した立場は、「使用者の、その帰責事由によることを要しない意味での受領遅滞にもとづく労働者の履行不能は民法五三六条二項の「債権者の責に帰すべき事由」による不能に属すると解する」というものである^③。

ところで、本稿は、下井教授のかかる立場にあつても、休業の場合に生ずる危険負担問題に対処する場合の法律構成上の基本的視点は、労働者が時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能にのみ着目することであり、休業という事態を受領遅滞と評価することにはあまり大きな意味はないとみてよいと思う。というのは——下井説のより具体的な内容はすぐ後に紹介するが——下井教授の立場でも雇用・労働契約の場合における危険負担問題にとって、法形式上では、労働者が時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能に対して民法五三六条の適用が問題となり、したがって具体的には、同条一項が適用になるのか二項の問題となるのが重要となる。そして、下井教授によれば、労働不能（時々刻々履行不能）が使用者の協力行為がないことによって引き起こされた場合（休業の場合）には、これも結果的に民法五三六条二項の「債権者の責に帰すべき事由による履行不能」に属するとみるべきだというのである。そうだとすると、下井説で五三六条二項を適用することにとって決定的に重要なのは、「労働不能が使用者の協力行為がないことによって引き起こされていること」である。とすれば、——下井教授ご自身は休業の場合を「受領遅滞にもとづく労働者の履行不能」が生ずる場合と表現されるけれども——下井説にあって休業という事態を敢えて法的に「受領遅滞」と評価しておかなければならない理論的必然性はないといつてよいであろう（下井説は、受領遅滞であることが民法五三六条二項の帰責事由を充たすと理論構成しようとしているのではないであらうし、また、前述のとおり、受領遅滞による危険移転という考え方を採るものでもないのである）。ただ、労働者に労働の用意はあるが使用者の協力行為がないという状態（休業の場合）は、効果論との関係を抜きにして考えれば、確かに受領遅滞といえばいえるであろう（ともあれ現象的には受領遅滞である）。そこで、かかる意味で受領遅滞と表

現しておくことは、使用者側の状況を言い表す言葉としては分かり易い(第一款3注(10)参照)。下井教授が休業の場合を受領遅滞と表現されるのも、尽き詰めれば——ご自身の意向とあるいは多少ずれるかもしれないが——そのように表現しておくことが説の内容を説明するには便利であるという意味においてであって、事態を受領遅滞と法的に評価することがその主張にとって決定的な意味を持つものではない、と考えてよいと思うのである。

本稿は、下井教授の立場をこのように把握しようとした上で、以下にそれをさらに具体的に詳しく紹介しつつ、これに対する考えを述べておこうと思う。すなわち、休業の場合における危険負担問題に対する下井説の法律構成上の基本的視点は、本稿のそれと同様であると捉えてよいであろう。したがって、下井説は、危険負担問題を処理するに当たり事態を受領遅滞と評価することは妥当でないと考えるわれわれの立場に影響を与えるものではない。しかし、下井教授が妥当とされる法的処理の具体的な内容は本稿の採る立場とは異なる。問題を具体的にどのよう処理すべきかは、解釈論としては重要な事柄であるといわなければならない。そこで以下本稿では、この点から下井説に言及するものである(説の紹介の際には、便宜上、下井教授の表現に従って、受領遅滞による労務給付不能というような言い回しをそのまま用いる)。

(1) 下井説の内容 下井教授は、使用者に帰責事由(故意・過失または信義則上これと同視すべき事由)のない休業の場合における危険負担問題について、つぎのような処理を主張される。すなわち、危険負担についてかつては債務存続上の牽連関係の論理によって債務者主義が論理必然的なし合理的であると一般に言われてきたが、債務者主義とは要するに債務者に危険を負担させて債権者には負担させないという法規制の表現であり、債権者主義とはその逆であるにすぎないのであるから、問題は債権者主義と債務者主義のいずれを原則とするのがより公平にある、と考えるべきである。つまり、危険負担とは契約の各当事者のいずれに損失を負担させるのかの問題であると考えらるべきであり、そうだとすると、すべての契約類型に通じる法原則ではなく、各契約類型の性格に照応した

法規制のあり方を探究することに、より多くの価値が認められるはずであり、労働契約に関しても、その特質に適した危険負担の法理をこそ考えなければならぬ。³⁾

危険負担の本質に関するこのような認識にもとづき、下井教授は、使用者の受領拒否・不能（受領遅滞）による労務給付不能の場合には使用者に危険を負担させる、すなわち、その限りで債権者主義の原則によって問題を処理すべきであるとされる。その根拠は下井教授によれば、① 労務給付債務の「絶対的定期行為」というべき性格の認識、そして、② 予定されていた労働が行われないために賃金を失う場合に労働者が受ける不利益は仕事がなされないのに賃金を支払うことによって使用者が受ける不利益よりも重いという考量ないし価値判断である。より具体的には、つぎのように言われる。

まず①について——ドイツ民法六一五条は雇用契約に一種の定期行為の性格が内在していることに着目し、使用者の受領遅滞の際には被用者を追完給付から解放するのが適切であるとの趣旨で制定された。この規定に対しては、使用者の受領拒否・不能によって労務給付不能になったときでも被用者はその時間と労働力を準備していたことを考慮し、労務給付は追完不能な給付であることを認識するならば、この規定は一見不公平でも実はむしろ公平であるとか、使用者は労務給付を受領しないことによって被用者の労働時間を犠牲にするのであるから、たとえ現実には労務が給付されなかった場合でも法は報酬の支払を使用者に命ずるのであると説明されてきた。労働契約において労働者が負担する労務給付債務が定期行為たる性格を有し、その意味は追完給付それ自体が絶対的に不可能であるということであることは、わが国でも異論のないところであろう。そうだとすると、ドイツ民法六一五条のような明文規定が存在しないわが国現行法の下でも、使用者の受領拒否・不能による労務給付不能の危険は使用者が負担するという法原則に十分の妥当性を見出しうる。⁵⁾

つぎに②について——労務給付不能の危険を労働者負担とするならば、使用者は賃金支払を免れて費用を節約し

うるのに、労働者はその時間に労働をなして賃金を得る機会を絶対的に喪失し、しかも何らの経済的節約をなしえないゆえに両者における不利益の間の不均衡が大きいが、逆に使用者負担とするならば、使用者にとっては現実には労働がなされないために利益獲得の機会を逸するという不利益が残り、労働者には何らの不利益も残らないという結果にはなるけれども、労働者における賃金喪失の不利益と使用者における利益獲得機会を喪失する不利益を比較考量すると、前者の保護に重点を傾けた法規制がより妥当である。^⑤

そして、下井教授によれば、「使用者の受領拒否・不能による労務給付不能の場合は使用者に危険を負担させる、つまりその限りで債権者主義の原則によって問題を処理しようと考えるのであれば、危険負担の理論とはもともと不可抗力による場合を中心とする当事者双方の責に帰すべき事由によらない事故による損失を何人に負担せしむべきかの問題を解決するためのものであるから、労務給付の不能が不可抗力によって生じたかどうかという問題を問う必要はない」のである。^⑦

以上のような主張をかつて下井教授は、受領遅滞による危険移転一般をいうことには問題があるが、追完給付が不能であることに疑問の余地のない労務給付債務では受領遅滞によって危険が移転する、と考えることによって現行法への結び付けを試みたこともあった。^⑧しかし今日では、前述のとおり、使用者の、その帰責事由によることを要しない意味での受領遅滞に基づく労働者の履行不能は、民法五三六条二項の「債権者の責に帰すべき事由」による不能に属すると解して、現行法との接続を図っておられる。

もっとも、下井教授によれば、労働者が病気にいかかったり、交通途絶により事業場に赴くことができないといった場合(休業の場合以外において、労使双方の責に帰すべからざる事由で現実に労働することができない場合)には、——ここでも労働者は時々刻々と履行不能となることに変わりはないけれども——使用者の賃金支払義務を肯定するならば使用者が雇用・労働契約上の一切の危険をひとり負担する結果となるので、その公平・妥当性を市民法理論の

なかで容認することは困難である（それゆえ民法五三六条一項が適用になる）、とされる。⁹⁾

(2) 検討

さて、このような下井教授の立場をいかに評価すべきであらうか。本稿は、下井教授における危険負担制度の趣旨・本質の捉え方、および、債権者の協力行為がなくて労働者が現実に労働することができない場合における使用者・労働者双方が置かれる利益状況に関して教授が行なう考量にはきわめて傾聴すべき点があると考ええる。しかしなお、その見解には、説得力に限界を感じざるをえない。それはつぎのような理由からである。まず下井教授は、右の最後に触れたとおり、たとえば労働者が病氣にかかり、あるいは交通途絶のために事業場に赴くことができない場合には、使用者の危険負担とはされない（これ自体は適切な結論といえるであらう）。そうだとすると、下井教授の考え方は、これを特定物売買の場合において債権者主義の原則を不当だとする価値判断に立つ場合の議論に置き換えて言う、つぎのようなものとなりはしないか。すなわち、特定物売買の場合にあっては未だ契約のみがなされたにすぎない状態にある場合（目的物の移転登記も引渡もされていない段階）における危険負担については、債務者主義を原則とすべきである（下井教授が労働契約の場合に債権者主義をとることが妥当だとする場合——休業の場合——に相当する）。しかし、債権者主義をとることが妥当であると考えられる場面（たとえば買主がすでに移転登記を受けているとか引渡を受けている場合）では、債権者主義を適用すべきである（下井教授が労働契約の場合においても債権者主義をとることが妥当でないとする場合——労働者の病氣や交通途絶の場合——に相当する）。

しかし、特定物売買の場合における危険負担について債権者主義を不当だと考える今日の多数説においても、周知のとおり、右のような形で議論を展開することはなく、あくまで民法五三四条一項の存在を前提としつつ、この規定の枠内においてできる限り債権者主義を制限する解釈を摸索しているのである（具体的には、危険移転の時期を何とか後にずらす解釈努力をする）。これを雇用・労働契約の場合に当てはめていえば、ここでの危険負担問題の解釈論の展開に際しても、やはりあくまで民法五三六条一項の債務者主義を前提としつつ、わが国の有力説のように、

休業の場合の処理については民法五三六条二項の「債権者の責に帰すべき事由」の範囲をできる限り広げて解釈する努力をしていくということが、休業の場合に債務者主義をとることは不当だと考える場合に解釈論として採用する最大限の手段だといわざるをえないのではなからうか。これを越えて、下井教授のように議論を展開していくことは、解釈論として許容される主張の範囲をいささか逸脱することになってしまっているのではないかと思うのである。

次に、下井教授は、その理解される危険負担制度の趣旨と休業の場合における利益考量から得られる結論（債権者危険負担）を現行規定と結び付けようとする場合、結局民法五三六条二項に依拠される。すなわちすでにみたように、使用者の、その帰責事由によることを要しない意味での受領遅滞に基づく労働者の履行不能は民法五三六条二項の「債権者の責に帰すべき事由」による不能に属する、と解そうとされる。これは即ち、こういうことであらう。休業の場合には原則を債権者主義とすべきであり、債権者主義とは、不可抗力による場合を中心とする当事者双方の責に帰すべからざる事由による履行不能の危険を債権者が負担するというものである。しかし、労働契約に関する現行法上の債権者主義の規定としては民法五三六条二項が存在するのみであり、そこでは「債権者の帰責事由」との文言がある。したがって、債権者主義が原則となるべき休業の場合には、理論構成上の形式としては、休業の間に生ずる履行不能はたとえそれが不可抗力によるものであっても同条同項にいう「債権者の責に帰すべき事由による履行不能に属する」と解釈しておく。――

しかし、下井教授が五三六条二項に依拠される理由をこのように理解することが正しいとすれば、これはその実質において民法五三六条二項の趣旨・内容を無視してしまうものであり、解釈論としてはいきすぎであるといわざるを得ない。民法五三六条二項自体は債権者が危険を負担すべき場合の要件として厳然と「債権者の帰責事由」を要求しているのであるから、不可抗力による履行不能の場合も同条同項にいう「債権者の責に帰すべき事由による履行不能である」と解釈することは明らかに概念矛盾を来すものであり、したがって、民法五三六条二項の解釈と

して無理があると思われる。要するに、不可抗力の場合でも休業の場合には債権者が危険を負担すべきであるとの帰結を主張される下井教授が民法五三六条二項に依拠されることは、教授の結論をいわば同条同項に仮託して根拠づけようとすることを意味するのであらう。そうだとすれば、「債権者の帰責事由」を要求する同条同項を敢えて根拠条文として挙げざるをえないところに下井説の解釈論としての限界を感じないわけにはいかないのである。

右の批判は、つぎのように言い換えてもよい。すなわち、以上のような下井教授の立場は、労働契約の場合の債務者と債権者との間の危険の分配を、履行不能が不可抗力によるものか否かは問題とせず、結局、「債権者の協力行為がありさえすれば労働者は現実には労働することができている状態にあるか、それとも、それがあっても現実には履行できている状態にないか」ということを基準として行なおうとするものであると言ってもよいであらう。しかし、そうだとすれば、これは、民法五三六条二項があくまで「債権者の責に帰すべき事由」（これは、いかにその範囲を広く捉えようとしても不可抗力の場合のみは除外せざるを得ないと考えられる概念である）を要求し、これを債権者に危険負担が課せられる場合の基準とする考え方に立つのに対し、債務者と債権者との間の危険分配について、結果においてこれとは別の新たな基準によって問題を処理すべしとするものである。とすれば、これを解釈論上の妥当な主張としてストレートに受け入れることにはなお躊躇の念を禁じえないのである。

われわれは、かつて下井説に対し、労働契約の場合において危険負担の問題を考えるに際しては労務給付債務の絶対的定期行為性を強調する必要性はなかえって有益でない、と批判したことがある。¹⁰しかし、この点は今日これを撤回しなければならぬ。というのは、すでに本稿で述べてきたとおり、労働契約では労働者の債務は時間の要素と結び付いており、それゆえ使用者の休業により仕事に就けなかった場合には労働債務は履行不能となる（時々刻々と履行不能になっていく）、したがって、この履行不能に対して労働者は賃金を取得できるのかどうか問題となる。これが労働契約の場合における危険負担の問題であると考えられるからである（これは労働者自身の病氣

などにより仕事に就けなかった場合も同様である。そして、もし休業の理由が深刻で、客観的には操業の再開が不可能にみえる状態にあつても、かかる場合には使用者には解雇という手段が法により準備されているのであるから（労基法二〇条）、使用者が労働者との契約関係を解消したければこの手段によるべきであると解することができ、そうだとすれば、使用者が解雇の意思表示をしない限り契約関係は継続し、したがつてこの間、危険負担が問題になり続けると考えられるからである。¹¹⁾

ただ、以上のことはあくまで、労働契約の場合において危険負担の問題を考えるとときには右の意味での履行不能に着目すべきであるというにとどまるのであつて、本稿は、これ以上の解釈論上の意味づけを労働債務の絶対的定期行為性に与えるものではない。つまり、たとえば、特定物売買の際に目的物が売主・買主ともに帰責事由なくして滅失すれば履行不能として危険負担が問題になるが、特定物売買の場合に危険負担の対象となる履行不能に相当するものが労働契約の場合には右の意味での履行不能——時々刻々履行不能——というべきであるというにすぎない。下井教授のように、これ以上の意味づけを労働債務の絶対的定期行為性に与えていくことには結局賛成することができないのである。

なお、下井教授は、すでに見たように、労務給付不能の危険を労働者負担とするならば、使用者は賃金支払を免れて費用を節約しうるのに労働者はその時間に労働をなして賃金を得る機会を絶対的に喪失し、しかも何らの経済的節約をなしえないゆえに両者における不利益の間の不均衡が大きいが、使用者負担とするならば、使用者にとっては現実には労働がなされないために利益獲得の機会を逸するという不利益が残り、労働者には何らの不利益も残らないという結果にはなるけれども、労働者における賃金喪失の不利益と使用者における利益獲得機会を喪失する不利益を比較考量すると、前者の保護に重点を傾けた法規制がより妥当である、とされている。これは休業の中でも、たとえば材料の欠乏とか休電、さらには一部ストの場合など、要するに使用者の工場施設・設備などに毀損・滅失

が生ずることはなく、休業の原因が除去されるならば使用者はすぐに操業を再開できる場合を念頭においての叙述であるように思われる。したがって、同じ休業でも、たとえば工場焼失の場合のように再建そのものに使用者が経済的負担を強いられるような場合には、労働者が賃金を獲得する機会を失うことと使用者の側の不利益との利益考量もさほど単純には結論づけられないようにも思われる。

注

(1) 下井教授の一連の論稿がそれである。すなわち、下井隆史「雇用ないし労働契約における受領遅滞と危険負担——いわゆる『領域説』の検討を中心に——」商大論集(神戸商大)一八巻一号(昭和四一年)二二頁以下、同「休業と賃金請求権」の問題に関する一考察——ドイツおよびわが国の判例・学説の分析を中心に——」神戸法学雑誌一六巻一・二号(昭和四一年)三五五頁以下、同「爭議不参加者の賃金請求権」久保敬治教授還暦記念論文集・労働組合法の理論課題(昭和五五年、世界思想社)二〇八頁以下。なお、以上の論稿は今日、字句・文章につき加筆・修正が加えられた上で、同教授の論文集『労働契約法の理論』のそれぞれ二二七頁以下、一五七頁以下、一九七頁以下に収められた。同書については、以下では単に「理論」と略して引用する。

(2) 下井・商大論集四九頁(同・理論一五五頁)、同・神戸法学雑誌一六巻一・二号三九六頁(同・理論一九三頁)。

(3) 下井・久保敬治教授還暦記念論文集二二六頁(同・理論二二四頁)。

(4) 下井・前掲書二二二頁以下(同・理論二一〇頁以下)。

(5) 下井・前掲書二二六頁以下(同・理論二一四頁以下)。

(6) 下井・神戸法学雑誌一六巻一・二号三九五頁以下、同・前掲書二二七頁(同・理論一九三頁、二二五頁)。

(7) 下井・理論二一六頁。なお、同・前掲書二二七頁以下参照。

(8) 前注(2)参照。

(9) 下井・神戸法学雑誌一六巻一・二号三九五頁(同・理論一九二頁)。

(10) 奥富・上智法学論集二六巻一号二〇九頁注(2)。

(11) 本款1の注(8)参照。

第二節 債権者側に帰責事由がある場合について

今度は、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった事態が生ずる場合において債権者側に帰責事由（故意・過失または信義則上これと同視すべき事由）がある場合の危険負担問題の処理について検討してみたい。債権者側に帰責事由がある場合には、危険を債権者が負担すべきである点に異論はないであろう。そこでここでは、この結論を導くためにどのように法律構成すべきかが問題となるが、これまでに述べてきたところからすれば、本稿の立場はすでに明らかであろう。

すなわち、患者の死亡による手術の不能という事態を受領遅滞中の履行不能（＝受領不能という意味での受領遅滞中の履行不能）と捉えることは、擬制にすぎるなど問題が多い。そしてまた、工場の焼失・資材の中絶による労働者の受け容れ不能といった事態を、受領遅滞による危険移転という問題や、受領遅滞中の履行不能が民法五三六条二項の債権者の責に帰すべき履行不能に該当するかという問題を考える際に通常想定される「受領遅滞中の履行不能」という事態と同一に取り扱おうとすることは、これまた不自然ないし擬制にすぎる（事態は敢えていえば単に、受領遅滞と労働者の時々刻々履行不能とが同時に併存しているにすぎないのである）。そこで、これらの場合、事態は単に債務者の履行不能とのみ捉えるべきであり（患者の死亡の場合）、あるいは、彼が時々刻々と履行不能となる点にのみ着目して危険負担の問題に対処していくべきである（工場焼失・資材の中絶といった場合）。そしてここでは、患者の死亡あるいは工場焼失・資材の中絶といった事態の発生（すなわち、債務者の履行不能、あるいは彼の時々刻々履行不能という事態の発生）につき債権者側に帰責事由があるのであるから、この事実を素直にみれば、単に、債権者の責に帰すべき履行不能、ないし債権者の責に帰すべき時々刻々履行不能（民法五三六条二項）とだけ言えばよいと思うのである（工場の焼失・資材の中絶といった場合についていえば、労働者は労基法二六条によってまず平均賃金の六〇％を確保する

ことができ、残りの四〇%をさらに民法五三六条二項にもとづいて請求できることになる。^①

そうだとすれば、債権者に帰責事由がある場合にあっては、危険負担問題の処理のために、もちろん、受領遅滞という評価を介在させることは妥当ではない。^②

ただ、本稿が述べてきたところからすれば、もし仮に、患者の死亡による手術の不能、工場の焼失・資材の中絶による労働者受け容れ不能といった事態を、受領遅滞による危険移転とか「受領遅滞中」の履行不能が民法五三六条二項の債権者の帰責事由にもとづく履行不能に該当するかを論ずる際に通常想定される受領遅滞中の履行不能という事態と同視することができるというのであれば、債権者に帰責事由のある場合にあっては、危険負担問題の処理に当たって右のような事態を受領遅滞と評価する意味が出てくるであらうし、そのために、事態が何ゆえに受領遅滞といえるのかを説明する必要があるといえるであらう。というのは、そこにおいては債権者危険負担の結論を導くために、「受領遅滞」により危険が移転するとの考え方を採用することや、「債権者に帰責事由ある受領遅滞」が民法五三六条二項の債権者の帰責事由を充たすと構成することが考えられるからである（ただし前者の場合には、敢えて受領遅滞による危険移転といわなくても「債権者に帰責事由のある受領遅滞中の履行不能」として民法五三六条二項を適用していけばよく、したがって結局、後者のみが受領遅滞を介在させる場合に考えられる構成方法として妥当であることになる）。^③

すでにみてきたように、通説の立場（法律構成）は、右のような事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視しようとするものであり、同じく通説に与する奥田教授の見解は、工場の焼失とか資材の中絶といった場合に生ずる現象（使用者の受領遅滞中に労働者の債務が時々刻々と履行不能となっていくこと）をそのように取り扱おうとするものである。したがって、もし仮に、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった場合における状況をそのように取り扱うことができるのであれば、通説および奥田教授の立場にあっては、債権者に帰責事由のある

場合において、そしてこの場合に限って、事態を受領遅滞と評価する意味が存在することになり、したがって、この場合に限って受領遅滞と履行不能の区別を論ずる必要・意義が生ずることになるのではあるまいか。⁽⁴⁾⁽⁵⁾⁽⁶⁾

しかし、これはあくまで、「もし仮に」患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった場合について事態を右のように取り扱うことができるとするならば、そのようにいいうるというだけのことであり、われわれの真の立場はそうではないのであるから、危険負担問題の処理のために受領遅滞という評価を介在させていくことは妥当でない、という本稿の結論に変わりはない。⁽⁷⁾

注

(1) なお、たとえば工場の焼失が使用者の過失に基づく場合において、事業の継続が不可能となった場合では、使用者は即時解雇はできないものの、労基法二〇条一項本文に従い通常解雇の手続きをとることによって契約関係を解消することはできる。すなわち、事業の継続が不可能となったことにつき使用者に過失がある場合であっても即時解雇は可能であるかは、民法六二八条と労基法二〇条一項但書との関係をどのように解釈すべきかの問題であり、これについては、労基法二〇条一項但書は即時解雇ができる事情として、「天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能」および「労働者の責に帰すべき事由」という厳格な要件にしばったことからみて、これ以外の事由による即時解雇は認めない趣旨と解するのが妥当と考えられる。したがって、民法六二八条の「己ムコトヲ得サル事由」には当たるといえる場合であっても、労基法上の右の要件を充たさないときは、即時解雇はできない。そこで、事業の継続不可能が使用者の責に帰すべき事由によるときには、民法六二七条を修正する労基法二〇条一項本文の方法、つまり通常解雇の手続きをとるべきだと考えられるのである(以上の点につき、我妻栄・債権各論中巻二(民法講義V³) (昭和三十七年、岩波書店)五九二頁、有泉・労働基準法一六八頁以下、参照)。そこちなみに、右のような場合(事業の継続が不可能となり、これについて使用者に過失があった場合)に使用者が通常解雇の手続きをとるという場合のことについて考えておくと、使用者が三〇日分以上の平均賃金を支払う場合には問題ないが、三〇日前の予告という手段をとる場合には、たとえそのように予告されたとしてもその三〇日のあいだ労働者は働けないことに変わりはないのだから、問題が出てくる。つまり、この間、労働者は賃金を取得できるのかどうかである。しかし、これも要するに使用者の責に帰すべき

履行不能(時々刻々履行不能)として、危険負担の問題であり、労基法二六条および民法五三六条二項によって労働者は賃金請求権を失わない、と解することができよう。

なおさらに、使用者の責に帰すべき事由により客観的にはもはや再建が不可能とみられる事態(客観的には事業の継続が不可能とみられる事態)に立ち至った場合でも、使用者が通常解雇の方法により契約を解消しようとしないのであれば、契約関係は依然継続し続けると考えることができ(第一節第四款1注(8)の考え方参照)、したがって、使用者はこの間に生じ続ける労働者の時々刻々履行不能に対して、労基法二六条、および民法五三六条二項により賃金の支払を継続し続けなければならないと解釈することができ得るであらう。

(2) したがって、ちなみにいえば、通説が「雇主が「不当に」工場を閉鎖して労働者の就業を拒絶した場合には受領遅滞であることは疑いないとする叙述(たとえば、於保・債権総論一〇九頁、同・債権総論「新版」一一九頁。)」は引用者による)も、効果論との関連を考えれば適切でないといわざるを得ない。すなわち、ここでは使用者の受領拒絶の間、労働者は時々刻々と履行不能となるのであり、工場の閉鎖につき使用者に帰責事由が認められる場合であるのだから、危険負担については使用者に帰責事由のある工場焼失の場合などと同様、端的に、債権者の責に帰すべき(時々刻々)履行不能(民法五三六条二項)として処理すればよいからである。のみならず、通説は受領遅滞の効果として債権者の損害賠償責任を肯定するものではないのだから、この問題との関連で受領遅滞と言っておく実益もないはずである——もっとも、受領遅滞に損害賠償の効果肯定としても、工場焼失のような場合に現実の損害が考えられるかは別問題であるが——(第三章参照)。

(3) 第一節第一款2参照。

(4) 通説は債権者に帰責事由がない場合において、患者の死亡、工場焼失・資材の中絶といった事態を通常「受領遅滞中の履行不能」として想定される事態と同視しようとし、奥田説は工場焼失・資材の中絶といった休業の場合において生ずる現象をそのように取り扱おうとするのであるから、債権者に帰責事由のある場合にも事態を同じくそのように捉える前提をとらなければならないはずである。そうでないなら、債権者に帰責事由があるか無いかによって、事態の評価を変えることになり、これはあまりにも便宜的だからである(事態をどのように評価するかということは本来債権者に帰責事由があるか無いかとは無関係のはずである)。そして、このような通説および奥田教授の立場では、債権者に帰責事由のある場合、「債権者に帰責事由のある受領遅滞」が民法五三六条二項の「債権者の帰責事由」に当たるので債権者の責に帰すべき履行不能である、とする構成が生きてくることにならう。そこで、事態はなぜ受領遅滞といえるの

かの説明をすることの意味も債権者に帰責事由のある場合には生ずる、といえるはずである。

これに対しては、債権者に帰責事由のあるときには初めから債権者の責に帰すべき履行不能として考えていけば足りるから、危険負担問題処理するについて受領遅滞を介在させる必要はない(したがって、受領遅滞と履行不能の区別を論ずる実益はない)と批判することはもちろん考えられる(たとえば、下森・債権法論点ノート七七頁がこのことを主張される)。ただし、このような考え方をとることは、そもそも通説および奥田説のように事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視することが妥当なことではない、とするわれわれの主張に連なるものである点に注意しなければならない。なぜなら、通説および奥田説のように事態をそのように取り扱う前提に立つ場合には、受領遅滞に債権者の帰責事由があるときには、右のように、「債権者に帰責事由のある受領遅滞」が民法五三六条二項の「債権者の帰責事由」に当たるのでこれも債権者の責に帰すべき履行不能である、と構成していくことが可能であると思われるのだから、債権者に帰責事由のある場合に危険負担問題処理するために受領遅滞を介在させる必要はないとい切するためには、事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同一に取り扱うという通説・奥田説の前提そのものが正しくないと言ふ必要があると思われるからである。

ただ、右の考え方が、受領遅滞について債権者に帰責事由のある場合なら、通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態の場合でも単に債権者の「帰責事由」による「履行不能」として取り扱うはずだから、通説・奥田説のように事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視しても、なお債権者に帰責事由のある場合には受領遅滞を介在させる意味・必要はないというものであれば一応の説得力はある。しかし、債権者に帰責事由のある受領遅滞中の履行不能の場合に民法五三六条二項を適用するということは、あくまで「債権者に帰責事由のある受領遅滞」があったがゆえに結局履行不能が生じたのでこれをも民法五三六条二項によって処理する、というものだと思う。受領遅滞についての債権者の「帰責事由」が履行不能に直接寄与したので同条同項を適用する、というものではないと考えられる。したがって、右の考え方がもしこのようなものであるとするならば、それは当を得ないものといわざるを得ない。

(5) 奥田教授は、受領遅滞の成立について伝統的な債務不履行説に立つ我妻博士(我妻・新訂債権総論二三九頁)が受領不能(受領遅滞)と履行不能の区別に言及され、領域説について述べていることに關して、これにはつぎのような補足文を付けることが必要であるとされる(奥田・法学論叢九四卷五・六号二〇三頁)。すなわち、「以上に述べた履行不能と受領不能との区別の問題は、通説のように受領遅滞には債権者に有責事由を要しないとす立場においてはじめて意

義(重要性)をもつものであって、私(Ⅱ我妻)のように受領不能につき有責事由がある場合にだけ債権者の受領遅滞責任を認める立場においては意義を有せず、履行不能とみようが受領不能とみようが実益はさして存しない(債各「八四六」参照)。通説を理解するために参考までに説明したにすぎない。また、自らも債務不履行説をとる松坂教授も、受領不能(受領遅滞)と履行不能の区別は、受領遅滞に過失を要せずと解するときに危険負担の問題と関連して、重大な意義を有する(にすぎない——したがって、自らは債務不履行説を採るから、この二つの区別は危険負担の問題との関連において意義を持たない——)とされる(松坂・民法提要債権総論「第四版」一三九頁。なお、遠藤Ⅱ川井Ⅱ原島Ⅱ広中Ⅱ水本Ⅱ山本編・民法(4)「第3版」八八頁(下森執筆担当部分)、下森・前掲書七七頁も債務不履行説では受領遅滞と履行不能の区別を論ずる実益はないとする)。

しかし、本文および前注(4)で述べたとおり、患者の死亡、工場焼失・資材の中絶といった事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視できる場合には、債権者に有責事由のある場合、「債権者に帰責事由のある受領遅滞」が民法五三六条二項の債権者の帰責事由に当たるとして同条同項の問題としうと思われる。そうであれば、このことは、受領遅滞について債務不履行説に立った場合でも同様であると思われる(もちろん我妻博士や松坂教授がこのような構成を主張されているというわけではない。患者の死亡、工場焼失・資材の中絶といった事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視できる場合には、債務不履行説では債権者有責の場合、右のような構成により債権者危険負担の帰結を導くことが可能となるということである)。したがって、債務不履行説では受領不能(受領遅滞)と履行不能の区別の議論は実益がない、と言い切ることはできないのではなからうか(もつとも、ここでの実益とは、あくまで、債権者危険負担という帰結を導くためにどのように法律構成をしていくべきかという次元でのそれにすぎないことになるではあろうか。すなわち、もし患者の死亡、工場焼失・資材の中絶といった事態を通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視できる場合には、債権者に帰責事由のある場合に仮に受領遅滞と履行不能の区別の基準として領域説をとるとするならば、そこではたとえば工場焼失の場合、右のように構成して債権者危険負担の帰結を導くことが可能であらう。これに対し、労働者が使用者の提供した給食に中毒して労働できなくなったというような場合には、使用者の責に帰すべき(労働者自身の)履行不能(民法五三六条二項)と構成して債権者危険負担の帰結を導くことになるであらう)。したがって、受領遅滞と履行不能の区別を問題にする実益がないといえるのは、債務不履行説に立つからというのではなく、本稿のように患者の死亡の場合には事態を履行不能とのみ把握し、工場の焼失・資材の中絶といった場合には事態を敢えていえば受領遅滞と時々刻々履行不能とが相互独立して併存している関係

と把握する立場に立つて初めてそのように言い切れることなのではあるまいか。

ちなみに我妻博士は、たとえば工場の焼失のような場合には受領不能の効果をも生ずるが、危険負担の処理についてはすべて民法五三六条の履行不能の問題として解決しなければならないとしておられる(我妻・債権各論中巻二五八二頁、同・新訂債権総論二三九頁。なお、この博士の立場についてのわれわれの理解については、第一款3の注(10)参照)。右の我妻博士の立場も、工場焼失の場合には敢えていうなら受領遅滞と履行不能(時々刻々履行不能)とが同時に双方相独立して存在しているというわれわれのような理解をする前提の下で、初めてすっきりとしたものとなるように思われる。すなわち、我妻博士のように考えようとするのであれば、つぎのように処理すると言ってこそ素直な構成となるのではあるまいか。すなわち、危険負担については労働者の債務が時々刻々と履行不能となるという意味での履行不能に着目し、民法五三六条二項によってこれを処理する。そして、これにより賃金を取得しえてもなお損害があれば、同時に存在する使用者側の受領不能状態に着目し、これを受領遅滞と評価して、これにもとづく損害賠償の問題とする。

なおさらに、星野教授は、(使用者に帰責事由のある)工場の焼失による労働者の就労不能の場合について、ここでは受領不能か履行不能かの二者択一と考える必然性はない、両者は違った点を問題にしており、反対給付(つまり賃金)請求権の存否が民法五三六条二項の問題であり、さらに被用者が損害賠償請求権を有するかは受領不能(民法四一三条)の問題であるとされる(星野英一・民法概論Ⅳ(契約)(昭和六一年(合本新訂)、良書普及会)五九頁以下、二五二頁)。このような星野教授の主張も、右に我妻博士の立場について述べたのと同じく、結局、工場焼失の場合には受領不能という意味での受領遅滞と労働者の債務が時々刻々と履行不能となっていくという意味での履行不能とが互いに独立的に併存し合う関係となるとみる前提の下で、初めてすっきりとしたものとなるのではあるまいか。

(6) 本文で述べたとおり本稿の考えでは、債権者に帰責事由のある場合には、事態を素直に眺めるならば、債権者は現実に履行ができず(患者の死亡の場合)、あるいは、使用者の受領遅滞中に同時に労働者の債務が時々刻々と履行不能となっていく(工場焼失・資材の中絶といった場合)、しかも債権者に帰責事由があるのであるから、単に債権者の責に帰すべき履行不能(民法五三六条二項)とすればよいのである。すなわち、患者の死亡に債権者側に帰責事由が認められるならば単に債権者の責に帰すべき履行不能(民法五三六条二項)であり、工場焼失とか資材の中絶につき使用者側に帰責事由が認められるならば、使用者の帰責事由によって労働者は時々刻々と履行不能となるといえるから、民法五三六条二項によって使用者が危険を負担すべきなのである。この場合、使用者側の状態はこれを敢えていえば、同時に受領不能という意味での受領遅滞でもある(使用者に帰責事由のある受領遅滞)。しかし、このことは危険負担問題を

処理するに当たって何ら顧慮する必要のないことなのである。

ところで、債権者有責の場合の危険負担問題の処理について右のようにいうことは、おそらくかなり容易に認めていただけるのではないかと思う（下森・前掲書七七頁もこのような処理を主張されていることは、前注（4）でもふれたとおりである）。そうだとすると、患者の死亡とか工場の焼失・資材の中絶といった事態について債権者側有責の場合のことをひとたび考えるならば、——法的処理は右のように行うべきことになるのであるから——患者の死亡といった事態を履行不能とのみ捉え、あるいは工場焼失・資材の中絶といった場合を受領遅滞と時々刻々履行不能とが相互に独立して併存している関係にある事態とみるのが逆に素直に認められてくるのではないかと思われる。そして、債権者に帰責事由のある場合に事態をこのように評価すべきであるというなら、債権者に帰責事由のない場合においても事態の評価は同様であるべきはずであるから、事態を通説・奥田説のように通常受領遅滞中の履行不能として想定される事態と同視することが適切でないということは、このことから指摘しうると思われる（これは、前注（4）で述べたことをいえば裏から言ったものである）。

ちなみに、債権者に帰責事由がある場合についての奥田教授の考え方は、「受領遅滞を原因として債権者の責に帰すべき履行不能を生じている」として、労働者に賃金請求権を与えるというものである（注釈民法(10)二五三頁参照）。ただし、これは使用者が労働者の就業を拒絶するという場合に対する処理として述べられていることである。しかし、これを使用者の帰責事由にもとづく工場焼失・資材の中絶といった場合に当てはめていえば、奥田教授のこの場合に対する処理の仕方は、「受領不能という意味での受領遅滞を原因として債権者の責に帰すべき履行不能を生じている」として労働者に賃金請求権を与えるというものとみてよいであろう。これは、本稿がいうところの、債権者にその責に帰すべき受領遅滞があり、この受領遅滞があったがゆえにその後債務者が「時々刻々」履行不能になったのだから、これも民法五三六条二項にいう債権者の責に帰すべき履行不能として取り扱うという処理と理解してよいのであろうか（前注（4）参照）。ただ、もしそうだとすると、債権者に帰責事由がある場合にはなぜ受領遅滞による危険移転とは言わないで右の構成の方を採るのかについての説明は、なお必要であると思われる。受領遅滞による危険移転という効果をも認めるときは、この効果は受領遅滞について債権者に帰責事由があるときもこれを主張してよいはずだからである（ちなみに、もしこれが、債権者有責の場合には受領遅滞による危険移転という条文にない効果に依拠するまでもなく民法五三六条二項という明文に当てはめて解決できるのでその方がよいということだとすれば、そのことはいみじくも受

領遅滞に危険移転という効果を認めるべきかどうかという問題が実際に先鋭化するのには債権者に帰責事由のない受領遅滞中の履行不能の場合であることを示すと思われる。そして、この場合に受領遅滞による危険移転を認めて債権者に危険を負担させることは公平に合致するものではなく、したがって、受領遅滞にこの効果を認めるべきではないというべきことはすでに述べたとおりである)。

右の疑問のみならず、債権者に帰責事由がある場合についての奥田教授の考え方が右のような処理であるとするれば、教授は何故そのように考えていかれるのかを推察すると、おそらくそれは、教授が債権者に帰責事由がないときに工場焼失・資材の中絶といった場合の処理のために受領遅滞を介在させる構成を主張されるから、債権者に帰責事由のある場合の構成についても同様に受領遅滞を介在させようとするためであろうと考えられる。しかし、工場焼失・資材の中絶といった場合について、事態を受領遅滞と時々刻々履行不能とが同時に相互独立して生じている場合と捉えるならば、債権者に帰責事由がある場合の危険負担問題の処理としては、すでに述べたように、単に債権者の責に帰すべき時々刻々履行不能とのみいえば済む。つまり、このような本稿の立場からすると、逆に、奥田教授が債権者に帰責事由がない場合について受領遅滞を介在させようとするところにむしろ不自然さがあるといわなければならない。

もし、奥田教授の「受領遅滞を原因として債権者の責に帰すべき履行不能が生じている」という表現が、債権者有責の場合には問題を本稿のように処理することの意味するのであれば、なぜ債権者に帰責事由がない場合とある場合とで事態の評価を変えるのか(なぜ債権者に帰責事由のない場合にのみ受領遅滞を介在させるのか、それは債権者に帰責事由のないときには受領遅滞による危険移転という効果に結び付けたいがための便宜にすぎるのではないか)との疑問が生ずることを否めない。

(7) したがって、本稿は、たとえば、山田卓生¹⁾野村豊弘²⁾円谷峻³⁾鎌田薫⁴⁾新美育文⁵⁾岡孝⁶⁾池田真郎⁷⁾分析と展開民法Ⅱ(昭和六一年、弘文堂)三二頁(鎌田薫執筆担当部分)が、労働者が「工場が経営者の過失により焼失したため就労できないときは受領不能〔受領遅滞〕とされることに疑問の余地はないが、工場が両当事者の責に帰すべからざる事由によって焼失したような場合に、労働者の賃金債権がどうなるかは困難な問題である」と述べる点に賛成することはできない(「」および傍点は引用者による)。

第三章 本稿の結論

医師が患者を手術すべき債務において、手術前に患者が死亡してしまい、これにより手術が不可能となるとか、労働契約において、工場が焼失し、あるいは、資材が中絶してしまい、そのために操業ができなくなるといった事態が生ずる場合には、債務者側の報酬請求権はどうなるのか、という危険負担の問題が生ずる。これを処理するためには、事態を受領遅滞と評価していくことは妥当でなく履行不能とのみ評価していくこと（患者の死亡のような場合）、あるいは、労働者が時々刻々と履行不能となる点にのみ着目していくこと（工場焼失・資材の中絶といった場合）が妥当である。このことが、前章での考察により、今や明白となったと思われる。⁽¹⁾⁽²⁾そこで、本稿では、この結論を推し進めて、さらにつぎのことを主張するものである。すなわち、わが国ではもはや受領遅滞と履行不能の区別について論ずる意味は無いのではあるまいか。⁽³⁾——これが、本稿の最終的な結論である。⁽⁴⁾

もっとも、この結論は、効果論との関連において危険負担の問題のみを意識した場合のものである。そこで、このほかの効果で、受領遅滞と履行不能との区別が意味を持つものがあるとするならば、今日なお、その効果論との関連において右の二つの区別を論ずる実益は存することになるであろう。しかし、果たしてそのような何らかの「効果」はあるのであろうか。一つ思い浮かぶのは、受領遅滞を債権者の債務不履行であると捉える立場（受領遅滞債務不履行説）における、受領遅滞に基づく損害賠償という効果のことである。受領遅滞について債務不履行説をとる場合には、たとえば工場焼失の場合に、使用者側に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由という意味での帰責事由があるときに労働者側は受領遅滞に基づいて損害賠償を請求できるか、ということが一応は問題となりうるであろう。すなわち、債務不履行説では、かかる場合において、現実に労働者側に損害が存在す

るといふのであれば、労働者側には受領遅滞に基づく損害賠償の請求が認められるという結論となるであらう。そこで、現に損害があり、かつ、受領遅滞につき債務不履行説に立つ場合には、損害賠償を請求する前提として工場の焼失という事態はなぜ受領遅滞といえるのかを説明する必要がある(5)(6)。そして、これを説明する結果として、受領遅滞と区別されるべきであるという意味での(受領遅滞と相排斥し合うという意味での)履行不能とはどのようなものであるのか、も明らかとなるはずである。そこで、以上の前提がすべて充たされるというのである。すなわち、なお、受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味は存在するとの論が成り立ちそうにもみえるのである。すなわち、それは、「工場の焼失という事態を受領遅滞と評価できるのは、とりもなおさず、まず受領遅滞(履行可能)と履行不能の区別について考え、この二つの区別についての或る基準を設定し、これをかかる事態に適用する結果としてである」、と考えるならば、である。

しかし、受領遅滞につき債務不履行説に立ち、かつ、仮に現実に労働者の側に損害の存在が考えられるとしても、結局は、だからといって、受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意義があることにはならない、といわなければならない。というのは、債務不履行説における、受領遅滞に基づく損害賠償の問題という場合、確かにそれは、債権者(使用者)の受領遅滞と判断され、かつまた、債務者(労働者)に損害が認められるならば、債務者はその賠償を債権者に請求できる(債権者に損害賠償支払義務が生ずる)というものであらう。けれども、それは、債務者(労働者)側の履行不能と判断されるならば、債務者に損害賠償支払の義務が生ずる、などというものでは決してない。すなわち、これは、従来学説が危険負担問題の処理のために受領遅滞と履行不能の区別の重要性を説いた場合と状況が異なるのである(危険負担問題について、多くの学説は、債権者の受領遅滞であるならば彼が危険を負担し、債務者の履行不能であるならば債務者の危険負担となると考え、だからこそ、受領遅滞か履行不能かの区別は危険負担の問題に関連して重要な意義を有する、と説いたのである)。したがって、受領遅滞による損害賠償が現実に問題となり、これを認めよ

うとするのであれば、工場焼失という事態がなぜ受領遅滞といえるのか、だけを説明すればよいはずなのであって、そこからさらに、受領遅滞と履行不能の区別について論じ、この二つの区別の基準を掲げ、これをおもむろに工場焼失という事態に当てはめて、それを受領遅滞（履行可能）と判断（説明）する、などということをする必要は毛頭ないはずである。確かに、工場焼失という事態がなぜ受領遅滞（履行可能）といえるのかを説明することは、その反射として、いかなる場合が、これと相容れないという意味での履行不能であるのかも示されることを意味しはするが、それはあくまで、結果としてそのようになるというだけのことであり、それ以上の積極的な意味付けを与えらるべき事柄ではないはずなのである。⁽¹⁰⁾

しかし、論を進めてさらにいえば、右の点に関して本稿はつぎのように考える。すなわち、受領遅滞につき、いかなる立場をとることが妥当であるか（法定責任説が妥当か、債務不履行説がよいか、さらには、いわゆる折衷説を適切と考えるべきか）という問題自体は、周知のとおり、すでに古くより今日まで議論のある伝統的な難問であり、ここで詳論することはできないが、もし仮に受領遅滞に損害賠償の効果を認めることが適切であると考えるにせよ、使用者の責に帰すべき事由による工場の焼失のような場合において、労働者側がすでに危険負担問題の關係では賃金を取得できる場合に（すなわち、使用者側に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由という意味での帰責事由がある場合には、労働者は、労基法二六条と併せて、民法五三六条二項をも根拠として賃金を取得できる）、なおそれ以上に、受領遅滞を理由として請求すべきほどの何らかの損害がありうるのであろうか。この点について考えるならば、われわれには、そのような損害を具体的に思い浮かべることができない。⁽¹¹⁾ 賃金を取得しえてもなお残る「損害」というものは、現実には考えにくいものではあるまいか。そうだとすれば、受領遅滞につき仮に債務不履行説をとったとしても、使用者に帰責事由のある工場の焼失といった場合において、受領遅滞に基づく損害賠償の問題を考える現実性・必要性はなく、したがって、工場焼失という事態がなぜ受領遅滞といえるのかすら、それを敢えて説明する必

要もない、と思われるのである。⁽¹²⁾

以上のように考えてくると、わが国ではもはや受領遅滞と履行不能の区別について論ずる意味はやはり無いといわざるを得ない。

注

- (1) なお、問題の具体的な処理方向という点に関するところであるが、労働関係事例における休業の場合については、同じく休業といっても、たとえば、部分スト（ある組合が当該事業場にいる自組合員の一部にだけ行わせるストライキ）や一部スト（ある事業場の従業員の一部のみを組織する組合が行うストライキ）——かかる定義については、差し当たり、東京大学労働法研究会・注釈労働組合法上巻五六三頁参照）によって操業ができなくなる（したがって、スト不参加者の勤務給付が不能となる）といった場合もあり、このような場合におけるスト不参加者の賃金請求権はどうなるか、といった問題の場合には、これらそれぞれのストライキの特徴・構造（スト参加者と不参加者との内部的関連の有無などをも併せ顧慮した上で、具体的に妥当な処理方向を検討していくべきものであると思われる。かかる考察なしに、この種の事案にも、たとえば債権者に帰責事由のない場合のことに關して本稿が示した帰結（第二章第一節第四款一）をただ機械的に当てはめていくわけには当然いかなうであろう。しかし、このような場合における問題の具体的な解決の検討は今後の課題として残しておくべきを得ない。このような問題に対しても、本稿の中で解決策を提示できていることが本来望ましいことは十分認識するところであるが、これについて論及することは、実際には新たな稿を起こして論ずべきほどに大きな問題であり、これを論ずる用意は現在残念ながら無いといわざるを得ない（考え方は多岐に分かれており、その対立状況については差し当たり、たとえば、蓼沼謙一「スト不参加者の賃金請求権」季刊労働法五二号（昭和三九年）二四頁以下、窪田隼人「部分ストと賃金」別冊ジュリスト・新版労働判例百選（昭和四二年）一九六頁以下、外尾健一・労働団体法（昭和五〇年、筑摩書房）五三〇頁以下、渡辺章「受領遅滞・危険負担法理からみたスト不参加者の賃金請求権」季刊労働法別冊第4号・労働組合法（昭和五四年）二二二頁以下、下井・久保敬治教授還暦記念論文集二一一頁以下（同・理論一九九頁以下）、東京大学労働法研究会・注釈労働組合法上巻五六三頁以下、山口浩一郎・労働組合法講話（昭和五三年、総合労働研究所）一六五頁以下、竹下英男「部分スト・指名スト」新版労働法演習1（集団的労働関係（昭和五六年、有斐閣）一九〇頁以下、など参照）。

ただ、右のような場合の解決策を考えるに際しても、事態を受領遅滞と捉えるべきなのか、それとも履行不能と見ていくべきなのかという点がその基礎問題の一つとなることは否めないものと思われる。そうだとすると、右のような事態の場合にも、まず基本的には労働者の債務が時々刻々と履行不能となる点にのみ着目していくべきであると言えるならば、具体的な処理方向までは本稿に提示しえていなくても、本稿における問題関心（受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意義は果たしてあるのか）の観点からすれば、そのこと自体はおそらくお許しいただけるのではないかと思う。

そして、例えば部分ストにより労務の給付が不能となったスト不参加者の賃金請求権の問題を考える場合にも、基本的には労働者の債務が時々刻々と履行不能となっていく点にのみ着目していくべきことは、工場の焼失や資材の中絶といった事態の場合と異なるところはないと言つてよいと思われる。なぜなら、これまでの考察からすれば、理論上の問題として、危険負担問題の処理にとって受領遅滞という評価を介在させることが妥当でないことは明らかなことになったのだからである。そこで、部分ストや一部ストが原因で労務給付が不能となったスト不参加者の賃金請求権の問題については、要するに、部分ストや一部ストによって労働関係の展開しない間、不参加者の債務が時々刻々と履行不能となっていくことに対して、民法五三六条一項を適用すべきなのか、同条二項の適用を考えるべきなのか、労基法二六条の適用の有無についてはどうであるのかを、それぞれの事態の特殊事情を踏まえて考えていくべきものと思われる。

なお、近時最高裁（最判昭六二・七・一七民集四一卷五号一三五〇頁）は、周知のとおり、部分ストの際のスト不参加者の賃金請求権の帰趨につき、「企業ないし事業場の労働者の一部によるストライキが原因で、ストライキに参加しなかった労働者が労働をすることが社会観念上不能又は無価値となり、その労働義務を履行することができなくなった場合、不参加労働者が就労の意思を有する以上、その個別の労働契約上の危険負担の問題として考察すべきである」とした上で、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せたなどの特別の事情がない限り、右ストライキは民法五三六条二項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」に当たらず、当該事案ではこのような特別事情は認められないから、スト不参加者は賃金請求権を失う旨判示した（なお、本判決は、休業の原因が民法五三六条二項の債権者の帰責事由に該当し、労働者が使用者に対する賃金請求権を失わない場合には、労基法二六条の休業手当請求権と賃金請求権とは競合しうることをも明言する）。

部分ストの場合においてスト不参加者の労務給付が不能となった場合には、（ストライキが使用者の不当労働行為その他の不正な行為によって引き起こされたなど特別事情のない限り）スト不参加者に賃金請求権が認められないという結論については、今日多くの学説も認めるところであるが（最近の文献においても、たとえば、渡辺・上掲論文二二

七頁、下井・上掲論文二三頁以下——同・理論二一九頁以下——、東京大学労働法研究会・注釈労働組合法上巻五六四頁、山口・上掲書一七七頁、竹下・上掲書一九三頁、山口浩一郎・労働組合法(昭和五八年、有斐閣)二二六頁、菅野・労働法五一八頁、同・労働法「第二版補正版」五二六頁、など)、理由付けの点では一様ではない。ともあれ本稿のような立場からは、少なくともつぎのようには言っておきたい。すなわち、事態をいわゆる個別の労働契約上の問題として処理する場合には、当然に履行不能・危険負担の問題として捉えた上で処理を進める態度には全面的に賛成するものである、と(そして、本稿の立場では履行不能ということの意味は、労働者が時々刻々と履行不能となるという意味でのそれを理解すべきであるということになる)。

ちなみに、右の事件は原判決(東京高判昭五七・七・一九労民集三三巻四号六七三頁)の賃金請求を退けた部分に対し原告労働者側(Xら)が上告したものであるが、その原判決は、Xらの休業手当請求は認容した。そこで、この部分に対し被告会社側(Y)が上告したのが最判昭六二・七・一七民集四一卷五号一二八三頁の事件であり、ここでは、原判決中の右の部分(Yの敗訴部分)を破棄し、つぎのように自判して、その部分につきXらの控訴を棄却した。すなわち、労基法二六条の「使用者の責に帰すべき事由」とは、取引における一般原則たる過失責任主義とは異なる観点をもち、踏まえた概念といふべきであつて、民法五六条二項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」よりも広く、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むものと解するのが相当である。これを本件についてみると、本件ストライキは被上告人(スト不参加労働者)の所屬する労働組合がその要求を貫徹するため、もっぱらその主體的判断と責任に基づいて行つたものであるとみるべきであるから、会社側に起因する経営、管理上の障害によるものといふことはできない。したがつて、被上告人は休業期間中の休業手当を請求することはできない(本件および上掲最高裁判決に関する解説ないし判例研究としては、野間賢「部分スト不参加労働者の賃金・休業手当請求権」労働法律旬報一一八号(昭和六二年)三六頁以下、小俣勝治「部分スト不参加労働者の賃金・休業手当請求権」季刊労働法一四六号(昭和六三年)一七二頁以下、坂本宏志「部分ストとスト不参加者の賃金請求権」労働法律旬報一一八五号(昭和六三年)五九頁以下、岩淵正紀「時の判例」ジュリスト九〇二号(昭和六三年)九〇頁以下、三宅正男「一部分ストライキと民法五六条二項にいう「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」」二 労働基準法二六条の「使用者の責に帰すべき事由」の意義 三 部分ストライキが労働基準法二六条の「使用者の責に帰すべき事由」に当たらないとされた事例」判例評論三五一号(昭和六三年)二一六頁以下、福島淳「部分スト不参加組合員の賃金・休業手当請求権——ノースウェスト航空事件・最二小判昭六二・七・一七——」就業規則法理の新たな課題・日本労働法学会誌七一号(昭和六三年)一一六頁以下、小嶋典明「争議不

参加者の賃金・休業手当——ノースウェスト航空事件」ジュリスト臨時増刊・昭和六二年度重要判例解説（昭和六三年）二一五頁以下、高木紘二「部分ストとスト不参加組合員の休業手当及び賃金請求権の存否——ノースウェスト航空事件——」法学五二巻二号（昭和六三年）三七〇頁以下、夢沼謙一「部分スト不参加者の賃金請求権——ノースウェスト航空事件」別冊ジュリスト・労働判例百選（第五版）（平成元年）二五八頁以下、伊達隆英「部分スト・一部ストと休業手当——ノースウェスト航空事件」別冊ジュリスト・労働判例百選（第五版）（平成元年）二六〇頁以下、同「部分スト・一部ストと賃金・休業手当——ノースウェスト航空事件最裁判決を契機として——」法学政治学論究六号（平成二年）二五頁以下、など。

(2) なお、これも具体的な処理の方向ということに関連する事柄であるが、最近の見解の中で、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった場合における危険負担問題の処理について、これを単純に民法五三六条に結び付ける解決の仕方では適切でなく、かかる場合には不能の現れ方の実態を顧慮した新たな視点からの解決をはかるべきである、とするものに、小野秀誠「行為給付と危険負担（一）（二・完）」商学論集（福島大学）五二巻二号（昭和五八年）一頁、五二巻三号（昭和五九年）一〇八頁がある。本稿では、右のような事態を履行不能とのみ評価し、あるいは労働者が時々刻々と履行不能となる点にのみ着目して、これを危険負担と結び付ける場合には、ここでも当然の前提として、民法五三六条一項ないし二項の適用を考えているわけであるが、小野説によれば、かかる場合の処理としては（とりわけ、債権者に帰責事由がない場合の処理としては）、民法五三六条を単純に適用する処理は妥当でない、というのである。小野助教授の主張を要約すれば、つぎのとおりである。すなわち、——

たとえば、使用者の責に帰すべき事由によらずに工場が焼失したり、請負人が家の修理を請け負った場合にその家が滅失したりした場合には、労働者や請負人の行為能力（労務提供行為をする能力）そのものは失われぬが給付効果を達成することはできない。従来はこのような意味での履行不能の場合にも形式的に危険負担の原則を適用して、債務者の反対給付請求権を否定したり、あるいは前者にあつては民法五三六条二項の債権者の帰責事由の範囲を拡大する解釈により労働者にこれを肯定しようとしてきた。しかし、このような処理は、有体物の移転を目的とする契約（物給付型の契約）を念頭において発展した牽連関係の原則を右のような場合の処理のために抽象的に関連づけるものであり、行為自体は不能とならないという事実を捨象してしまふ不適切な解決である。右のような場合には、不能の現れ方が物給付型の契約における滅失・毀損とは異なっているものであり、行為のための前提が失われたために結果的に履行が不能となったにすぎない。それゆえ、ここではこの事実を反映させた、すなわち、この事実に見合う危険負担理論、契約的危険

分配とでもいふべき新たな視点に立つた考え方により問題の処理をはかるべきである。具体的には、右のような場合の処理としては、債務者(労働者や請負人)が履行の準備はしていた(この意味で行為は可能であった)であり、本来であれば現実に履行ができた)という事実をもって、彼には一部の給付はあったとみる。それゆえ彼には、これに見合う対価(請負の場合には準備金一部給付に対する出費賠償)の請求が認められると考える。かかる解決が、説得力があり法技術的にも困難がなく、しかも行為給付における右のような不能の特殊性を考慮したものとして支持されるべきである。

以上のような小野説は、債務者自身には履行の用意(能力および準備)があり、本来であれば現実に履行ができたはずであるのに履行の前提となるもの(工場とか家など)が滅失することによって結局履行できなかったという場合において、これに見合う対価を何とか債務者に確保しようと試みた結果打ち出されたものといえるであろう。その価値判断には大いに興味をそそられる面がある。しかし、小野助教授の一部給付説には結局のところ賛同することができないといわなければならない。というのは、第一に、民法五三六条は、右のような履行不能の場合をも含めて、民法五三四条、五三五条に規定する以外の履行不能の場合における解決策を提示しているとみるのが、単に「履行不能」としか述べておらず、履行不能の類型を限定していないところの同条(五三六条)の解釈として素直であると思われる。そうだとすれば、これによって生ずる不都合(債務者は履行の準備をしたがこれが民法五三六条一項では評価されない)を回避する手段としては、一部給付説をもって常に正面から五三六条一項を修正するという方法をとるよりも、場合によっては例えば民法七〇二条を類推したり、あるいは、信義則を適宜用いて妥当な解決をはかるという方が、民法の債務存続上の牽連関係の一般原則(債務者主義)をまず一応尊重するという考え方の上に立った、解釈論としての穏当な解決方法といえるのではあるまいか(たとえば、請負人が当該の仕事のために特に用意したが現実に履行ができなかったために無駄に帰してしまつた材料や道具に対する出費賠償を右の手段によって認めていく)。

第二に、小野説では債務者に履行の準備があったことをもって既に給付の一部は行われたとみるのであるが、しかし、履行の準備はあくまで「準備」とどまるのであり、現実に労務を提供するものではないのであるから、これをもって「一部給付あり」と認定してしまうことは多分に擬制の要素を含む技巧的な解釈であるといわざるを得ないであろう。第三に、履行の準備をもって一部給付ありとして考えていく小野説では、どこまでの準備行為をもってどれだけの一部給付があったとみるのか、したがって現実にどの程度の対価請求権を債務者に認めるのか。この点に不明確性がつきまとうことを避けられないであろう(松本恒雄「民法学のあゆみ」法律時報五六卷一二号(昭和五九年)一二〇頁もこの

点を指摘する)。のみならず、第四に、小野説によれば不可抗力によって給付の前提となるものが滅失した場合でも「常に債権者は一部給付に見合う対価支払を義務づけられることになりそうであるが、かかる処理が価値判断上常に妥当であるとは思われない。ここでも、先に述べたとおり、場合により例えば民法七〇二条や信義則の適用によって出費賠償を認めていく処理をする方が妥当であると思われる。

以上により、結局小野説を支持することはできない。

(3) この論理はすでに第一章で述べたところであるので、ここでは繰り返すことはしない。

(4) 債務者自身が履行できない場合(腹痛、怪我その他により)のみならず、本稿が検討したように、債務者自身には勞務供給の用意があるけれども、勞務の対象が滅失したり、それに支障が生じたりして結局現実に履行ができないという場合(たとえば、患者の死亡の場合)をも危険負担問題の処理との関係において履行不能と評価すべきである、もしくは危険負担問題の処理については債務者が時々刻々と履行不能となる点にのみ着目すべきであることにより、もはや受領遲滞と履行不能の区別の議論は不必要になったとしてよいと思うのである。

なお、本稿において、工場の焼失とか資材の中絶などにより使用者が労働者の就労を受け容れることができない場合といったが、このことは、本稿では労働者が労働契約にしたがって実際に或る期日から就労しはじめた後に、或るとき工場の焼失・資材の中絶といった事態が生じたという場合(すなわち、すでに労働者が実際に就労関係に入っている場合)を前提とするものである。これに対し、たとえば、一九九一年の一〇月一日に労働契約が締結され、労働者は翌年の四月一日から実際に就労しはじめるという場合において、一九九一年の年末に工場が焼失してしまったという場合は、労働者はまだ実際に働きはじめていないのだから、それにもかかわらずここにおいて労働者は報酬を得られるかどうかを考えることはどうもおかしいのではないか、つまり、ここにおいて生ずる問題は危険負担の問題ではないのではないかと思われる(このような場合には問題をどのように処理すべきであるのかについては近い将来検討してみたいと考えている)。したがって、何れにしても本稿では、工場の焼失とか資材の中絶といった場合についての問題は、実際に労働者が働きはじめている場合のことを前提とし、このような場合において焼失とか資材中絶といった事態が生じた場合のことについて考えたものである。

なお、ただし、右のように労働者が労働契約締結後、実際に仕事に就く前の段階における問題があるとしても、このような問題があるということ自体は本稿での結論をいささかも左右するものではない。なぜなら、そもそもこのような段階では右に述べたように危険負担の問題は生じないのではないかと思われるのであるし、そしてまたこのような段階

では、労働者が実際にまだ仕事に就いていないのであるから、事態を使用者の受領遅滞と評価すべきなのか、そう評価することに意味はあるのか、という問題にもそもそもの思われる。したがって、ここでは既にこのような意味で、受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意義はない場合であるといえると思われる。

(5) これに対し、患者の死亡のような一回的な契約関係の事例では、債権者側に帰責事由が認められても、事態は履行不能とのみ見るべきなのであるから、もし仮に受領遅滞につき債務不履行説に立つ場合であっても、ここではそもそも、受領遅滞のかかる効果は顧慮されるべき事柄ではないと言わなければならない。もし、危険負担の問題では患者の死亡という事態を履行不能と評価し、損害賠償ということとで今度はそれを受領遅滞と見るということをするのであれば、それは同一事態を効果ごとに違って評価することとなり、あまりに便宜にすぎ、到底認めることができない。

(6) なお、受領遅滞と評価することがそれと関連して重要な意義を持つかもしれない「効果」の候補として、受領遅滞債務不履行説の立場における、労働者の側からの、「受領遅滞にもとづく解除」のことも抽象的には思い浮かぶが、これは現実味が薄いであろうし、何より、使用者の責に帰すべき事由による工場焼失といった場合に、もし労働者の側から契約関係を解消したいのであれば、おそらく民法六二八条による即時解除が認められるであろうから、債務不履行説にあっても、ここでは解除という効果につき受領遅滞との結び付けを考える実益は乏しいといえてよいであろう。

受領遅滞の効果としてそのほか通常一般に挙げられるところの、債務者の不履行責任の免除、供託権、注意義務の軽減、利息発生の停止、増加費用の償還請求権、といった効果に関しては——それを受領遅滞固有の効果といえるべきかどうかには法定責任説や債務不履行説の間で争いがあるが、この点は一応置いて、これを受領遅滞本来の効果であると考えるところとして——、いずれも顧慮する必要はないといえてよいと思われる(安達三季生・債権総論講義(平成二年、信山社)八五頁以下参照。なお、「為す債務」については従来、要件論と効果論とが必ずしも十分結びつけられて議論されてこなかった——換言すれば、従来「為す債務」については、要件論と効果論とを念頭において説明されるところの受領遅滞の効果論のうちそのどこまでが適用可能なかを問題としてこなかった——点を鋭く指摘するのは、奥田・法学論叢九四巻五・六号一九五頁以下)。すなわち、まず、債務者の不履行責任の免除という効果について言えば、この効果との結び付けを意図して、工場焼失とか資材の中絶といった事態を受領遅滞と評価していくことは不必要なことといえよう。なぜなら、これらの場合には労働者は時々刻々と履行不能となっていく、そのようになっていく債務について、彼は時々刻々と義務を免れていくという関係が生ずると考えられるのであるから、債務者(労働者)の不履行責任(これは特に履行遅滞責任のことが念頭におかれていると思われる)の免除ということを特別に顧慮する必要はな

いと思われるのである。次に、供託権以下の効果について言えば、これらは、すべて主として与える債務の場合を念頭において説かれているものばかりであり、したがって、工場焼失とか資材の中絶といった場合に問題となりうるようなものではない、と言えるのである。なお、双務契約における危険移転という効果を挙げる場合には、それは必ずしも与える債務の場合のみに関することではないと思われるが、ここで繰り返すまでもなく、われわれは、これを受領遅滞の効果として否定するものである。すでに述べたとおりである（第二章第一節第一款2）。

したがって、以上のように考えると、工場の焼失・資材の中絶といった場合について、これを受領遅滞と評価すべきかどうかの意味を持つかもしれない「効果」の候補としては、受領遅滞債務不履行説における、受領遅滞にもとづく損害賠償ということのほかには考えられないように思われる。

- (7) われわれの考えでは、受領遅滞の成立のためには「債務者が履行可能であること」という要件が必要であり、履行が不能であるなら受領遅滞の成立は考えられない、だからこそ、受領遅滞（履行可能）と履行不能とはどのように区別すべきなのかということ——それを問題とする意味があるのであれば——問う必要が出てくるのである。第一章注（7）および第二章第一節第一款3注（10）参照。

- (8) 債務不履行説をとり受領遅滞にもとづく損害賠償の問題があるので工場焼失といった事態がなぜ受領遅滞といえるのかを説明する必要がある、という場合には、すでに第二章第一節第一款3の注（10）において述べた観点から、事態を受領遅滞と評価すればよいと考える（より詳しくいえば、債務不履行説においては、その観点にさらに債権者の帰責事由という要件を加えて受領遅滞と評価するということである）。これにより、その反射として、受領遅滞（履行可能）と相排斥しあうという意味での履行不能の内容が明らかとなる。それは、将来的にも工場の操業再開が不可能であるとみられる場合、つまり、労働者が永続的に履行不能であるとみられる場合である、というべきことになる（ただし、労基法二〇条との関係から、使用者が同法同条により解雇の意思表示をしない場合には、契約関係は存続する——労働者にはなお履行可能性がある——とみるべきだと思われるので、実際には、工場焼失の場合においては、労働者の永続的履行不能という状態はないと考えるべきことになるのではあるが）。

- (9) すなわち、受領遅滞（履行可能）と履行不能の区別の基準を、たとえば、債務者が将来的には履行が可能か、換言すれば将来再び履行ができるまでのあいだ履行ができないという状態にあるという意味で一時的に履行不能か、それとも債務者が将来的にも履行が不能（永続的履行不能）かというように設定してである。

- (10) 本稿は、危険負担問題の処理のためには事態を履行不能とのみ評価し、あるいは時々刻々と履行不能となるという意

味での履行不能に着目して考えていけばよいのだから、なぜ工場焼失という事態が受領遅滞といえるのかについて敢えて説明する必要はないとするものであるが、もし受領遅滞にもとづく損害賠償の問題があるというのであれば、今度は、なぜ工場焼失という事態は受領遅滞といえるのかのみを説明しておけばよく、——損害賠償は受領遅滞のみに関係がある問題なのであるから——という場合が受領遅滞と相容れないという意味での履行不能といえるのかということまで説明（言及）する必要はない、と考えるものである。これはちょうど危険負担についてのことと逆のことになるが、結局どちらの場合も、もはや受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意義はないという結論に達することになると思われるのである。

(11) たとえば、賃金が出来高払制である（単純に出来高に賃金率を乗じて算定するもの、出来高の額に応じて賃金率を増していくもの、出来高を一定の段階に分けて賃率を乗するものなど、いろいろあり得る）とか、月給等の固定給と出来高給とが併せて支給されており、後者が奨励給としての意味のみを持つ（したがって、全体として出来高払には該当しない）、といった場合（有泉・労働基準法二四五頁参照）ではどうかであろうか。このような場合であっても、たとえば、工場が、使用者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由には当たらないが労基法二六条の使用者の帰責事由には当たたる事由によって焼失したという場合では、いずれにしても使用者に前者の意味での帰責事由はないのであるから、受領遅滞にもとづく「損害賠償」ということは考えられず、結局本稿の考えでは、労働者が取得できるのは平均賃金（労基法一二条参照）の六割（労基法二六条）であるということになる。また、たとえば、工場が使用者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由によって焼失したという場合であっても、結局、損害ということの問題にすることは難しいのではあるまいか。確かにこのような場合には、もし工場が焼失せず、労働者が通常どおり働いていれば、この時期彼の能率が上がり、通常よりも高い賃金を取得できたはずであるから、この差額分を賃金とは別に損害として請求することを労働者に認めるということも抽象的には考えられるかもしれない。しかし、実際には、工場焼失がなければ当該時期における労働者の能率が上がり、通常よりも多くの賃金を取得できたはずであるという立証はきわめて困難だと思われる。そうだとすれば、受領遅滞につき債務不履行説に立つ場合であっても、右のような工場焼失の場合に受領遅滞にもとづく損害賠償を問題とすることは困難であり、結局、問題の処理は、民法五三六条二項による賃金の全額取得ということだけを考えざるを得ないのでなかろうか。そしてその場合には、賃金の額とは、平均賃金の額（労基法一二条）である、とでもせざるを得ないのではないかと思われる。

(12) なお、前田達明教授は近時、受領遅滞の成立について債務不履行説に立ちつつ、受領不能と履行不能の区別の基準と

して領域説を採用することを支持されている。なおこの際、危険移転という効果は受領遅滞の効果ではなく、弁済提供の効果であるとされる（前田・口述債権総論二七一頁以下、同・口述債権総論「第二版」二九五頁以下）。そこで、このような前田教授の立場の場合、領域説を支持される理由・意図はどこにあるのであろうか。この点、明確に述べられているわけではないが、右のような教授の立場から推測していくと、前田説では危険負担問題の処理のために領域説をとる意味はないことになる。なぜなら、たとえば工場焼失の場合を受領不能（受領遅滞）と評価するだけでは危険負担についての帰結は出てこないし、これを受領不能（受領遅滞）とし、かつ、この間労働者の債務は時々刻々と履行不能となるとみるのであれば、危険負担については受領不能（受領遅滞）と評価することは無関係に、弁済の提供後の時々刻々履行不能として、すべて弁済提供の効果の問題に解消されてしまうはずだからである。そこで考えられるのは、教授が、受領不能（受領遅滞）にもとづく損害賠償の問題（危険負担で労働者が賃金を取れてもなお残る損害の賠償の問題）を解決するために領域説を支持されるということである。

しかし、もしそうだとすると、工場焼失のような場合における受領遅滞にもとづく損害賠償についての本稿の考え方は本文で述べたとおりである。かつちなみに、われわれは、弁済提供による危険移転ということも——受領遅滞による危険移転という効果を認めるべきでないとしたところで述べたのと同じ理由で——認めるべきではないと考えるし、また、領域説では患者の死亡のような事例も受領不能という意味での受領遅滞と評価しなければならないこと、のみならず、もし工場焼失のような場合について領域説をとりつつ他方で労働者は時々刻々と履行不能となるとみるのであれば（前田説では危険負担を処理するにはこの前提に立たざるを得ないであろう）、このことにも大いに疑問がある（第二章第一節第一款4の注（3）参照）。そうだとすると、以上のような前田教授の立場を妥当なものとするのはできないといわなければならない。

〔訂正〕 一四卷二・三・四合併号 八頁 注（7） 1. Abt. §241—432, 5. Aufl., §293 Anm. 3b → 1. Abt. §§241—432, 5. Aufl., 1928, §293 Anm. 3b