

受領遅滞と履行不能の区別を論ずる意味について(一)

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(以上本号)

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

第一章 序

わが国において、学説は従来より受領遅滞と履行不能の區別について論じている。すなわち、たとえば、雇用・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、ために操業ができないとか(いわゆる休業の場合)、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、これにより手術が不可能となった、というような場合には、一方、事態を、労働する義務あるいは患者を手術する義務についての債務者(労働者や医師)の側から眺めると、彼は履行不能の状態にあるとみることができ、他方、これを債権者の側(使用者や患者の方の側)から眺めるならば、債権者は受領不能という意味での受領遅滞の状態にある、ともみることができ。そこで、学説は、従来より、右のような事態を履行不能と評価すべきなのか、それとも、受領不能としての受領遅滞といふべきなのかを問題とし、そのためにこの二つの區別を(すなわち、この二つの區別はどのように行ふべきかを)論じているのである。^① もっとも、ここにおいて重要なのは、そもそも何ゆえに受領遅滞と履行不能との區別を問題としなければならぬのか、である。この点について多くの学説は、そのいずれであるかは危険負担の問題と関連して重要な意義を持つとする。^② すなわち、工場の焼失とか資材の中絶、あるいは、手術前における患者の死亡といった右のような事態が生ずる場合には、その際の重要な関心事として、債務者(労働者や医師)の側の報酬請求権はどのようなものかという問題が生ずるが、多数の学説は、もし右のような事態において、その発生につき債権者の側に帰責事由(故意・過失または信義則上これと同視すべき事由)がない場合には、かかる事態が履行不能と判断されるならば債務者は対価・報酬を請求できないけれども(民法五三六条一項)、受領不能という意味での受領遅滞であると捉えることができないならば、彼はこれを請求することができ、との前提に立つ。^③ そこで、かかる学説は、受領遅滞と履行

不能の区別・境界づけをどのような標準によつて行なうべきかを論じ、これによつて得られた結論を基にして、事態は受領遅滞であつて債務者は報酬を取得できるのか、それとも、履行不能であつて彼はそれを得ることができないのか、を判断しようとしているのである。

ところで、この問題について今日の通説は、右のような事態を受領遅滞と評価する立場に立つ。そして、これによつて、債務者は報酬を請求できる(債権者の側に報酬の支払義務がある)との結論を採る。通説が事態をこのように受領遅滞であると判断するのは、受領遅滞と履行不能の区別の基準として、いわゆる領域説を支持するからである。領域説とは、周知のように、受領遅滞と履行不能の区別の標準を、給付の障害の原因が債権者の企業領域ないし影響領域にあるか、それとも、債務者のそれにあるかにおき、債権者の領域にあるときには受領不能としての受領遅滞、債務者の領域にあるときには履行不能と判断するものである。以上のような通説の立場は、ドイツにおいてかつて或る時期に形成された学説に依拠して主張されている。

しかし、工場の焼失・資材の中絶、あるいは、患者の死亡といったような場合に生ずる危険負担の問題を処理するために、法律構成上、事態を受領遅滞と評価していくことが果たして本当に妥当なのであろうか(この疑問は債権者側に帰責事由がない場合のことを考えても、また、それがあつた場合のことを考えても生ずる)。のみならず、結論の具体的妥当性の見地からみても、たとえば、患者が手術前に死亡するという事例についていえば、この際に患者の方の側(親権者側—注(3)参照)に帰責事由がない場合であれば、むしろ医師(債務者)の側に危険を負担させることの方が妥当なのではあるまいか。これらのことを考えていくと、危険負担の問題を処理するために、右のような事態を受領遅滞と評価することには大いに疑問が生ずるのであり、むしろ問題を考えるにあつては、事態を履行不能とのみ評価し(これは患者の死亡のような場合について当てはまる)、あるいは——労働債務では被用者・労働者の債務が時間の要素と結び付いているので——労働者の債務が時々刻々と履行不能となつていくことのみ着目して(これ

は工場の焼失・資材の中絶といった場合に当てはまる) 具体的に妥当な処理を目指していくことが適切なのではあるまいか。

そして、もしこのことが正当であるとすれば——実は右のことについてはかつて既に、とりわけ、患者の死亡や工場の焼失などについて債権者側に帰責事由のない場合のことを問題にして論じたことがある。もつとも、その際には、工場の焼失とか資材の中絶といった、いわゆる休業の場合における危険負担問題を処理するためには、労働者の債務が時々刻々と履行不能となる点に着目すべきことは鮮明に述べていない。むしろこのことは、本稿の中で明らかにしていきたいと思う——、これを突き詰めて、さらにつきぎのようには言えないであろうか。すなわち、患者の死亡とか工場の焼失・資材の中絶といった場合において、「債務者は履行不能である」、あるいは、「労働者は時々刻々と履行不能となる」と認定・評価することは、別に特別な基準をもちださなくても容易にできそうである。すなわち、債務者は現実には履行ができないのだから履行不能であり、あるいは、労働者は現実には履行ができず、かつ、彼の債務は時間の要素と結び付いているのだから、休業により現実には労働関係が展開しない間、彼の債務は時々刻々と履行不能となる、とだけいえば済むと思われる。そうだとすれば、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必要はないといえるのではあるまいか。繰り返し整理していえば、学説は、工場が焼失したとか資材が中絶したとか、あるいはまた、手術前に患者が死亡した、といった事態を対象として、それが受領遅滞であるか履行不能であるかを問題とし、この二つの区別について論じているけれども、その意図するところは、かかる事態の際に生ずる危険負担問題の処理にある。しかし、実は、その処理のためには事態を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。そして、事態が履行不能である、あるいは、労働者が時々刻々と履行不能となるというためには、別段これといった特別の議論をする必要はなさそうである。そうだとするなら

ば、わが国において受領遅滞と履行不能の区別について論ずる意味はもはや無いことになるのではあるまいか。

このように考えて、本稿では、患者が手術前に死亡したとか、休業により労働関係が展開しないなどといった場合において、危険負担の問題を処理するために、なぜ事態を受領遅滞と評価していくことは妥当でなく、履行不能であるとのみ評価していくこと、あるいは、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ことが妥当であるのかを、かつて考えたところをさらに敷衍しつつ論じ(そして、右の視点に立つところの、本稿が妥当と考える危険負担問題の具体的な処理の方向を示し)、これによって、最終的には、受領遅滞と履行不能の区別をわが国において論ずる意義についての右に述べた結論を得たいと思う。

注

(1) わが国において、この問題が論じられ始めたのは、星野教授の日本民法学史(星野英一「日本民法学史」月刊法学教室八号(昭和五六年)三九頁)の分類に即していえば、第二期の時代、すなわち、ドイツ法学全盛の時代からである。具体的には、石坂晋四郎・日本民法第三編債権第二巻(明治四五年、有斐閣書房)六二七頁以下、鳩山秀夫「債権者ノ遅滞(五完)」法学協会雑誌三四卷一二号(大正五年)八五頁以下(本論文は後に、鳩山「民法研究第三巻」(大正一五年、岩波書店)一一一頁以下、同「債権法における信義誠實の原則」(昭和三〇年、有斐閣)八九頁以下に収録)などがこの問題に論及しはじめている。

(2) すでに石坂・前掲書六二八頁がこの問題意識を持つ。近時の学説の説くところは、一般に「つぎのようなものである。——使用者が工場を閉鎖して労働者の就業を拒絶し、医師が患者を手術すべき債務において患者が行かなかつたような場合には、受領遅滞であることは疑いない。しかし、工場が焼失し、または患者が死亡した場合には、履行不能となるのか受領不能となるのか問題である。履行不能と受領不能の区別は、双務契約における危険負担の問題(五三六条)と関連して重大な意義を有する(たとえば、於保不二雄・債権総論(昭和三四年、有斐閣)一〇九頁以下、同・債権総論「新版」(昭和四七年、有斐閣)一一九頁参照)。

なお、議論の前提となるのは、もちろん、債務者の側(労働者や医師の側)に工場焼失とか患者の死亡といった事態の発生について帰責事由がない場合であり、労働者や医師には労働ないし手術の用意がある(すなわち、これらの

事態がないとすれば、労働者は実際に労働できる状態にあるし、労働する意思と能力があるし、医師は手術ができたというケースである。

(3) 本文で挙げるところの、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するという事例の場合、これについては、契約の当事者が患者本人と医師(国・公立病院の場合には、正確には、病院の開設者たる国や地方公共団体)の場合ではなくて、たとえば、或る夫婦の子供(幼児)が重病で入院し、手術の必要があるという場合に、その夫婦(つまり、その子供の両親)親権者)が、子供の監護義務(民法八二〇条)の一環として、医師との間で契約を結ぶという場合のことを考えることにしたい。というのは、患者が手術前に死亡してしまふという事例を挙げる場合において、そこでの契約の当事者が誰であるのかについてまで、普通、教科書やコンメンタールなどでは触れられていないけれども(前注(2))で紹介したような、近時の学説の説くところの表現からすると、むしろ学説は、契約の当事者として患者本人と医師を考えているものと思われる)、手術についての契約は、通常、准委任であると思われる、そうだとすると、契約当事者が医師と患者本人である場合には、委任者である患者本人の死亡によって契約は終了することとなると思われる(民法六五六条による民法六五三条の準用)。そうであれば、これによって、医師の手術すべき債務も、また、患者側の報酬支払債務も共に消滅することとなると思われるので、そもそも、一方の債務(医師の債務)が消滅した場合に他方の債務(患者側の報酬支払債務)はどうなるかという危険負担の問題にはならないと思われるからである。

(4) この点につき、奥田昌道・債権総論(上)(昭和五七年、筑摩書房)二二九頁参照。

(5) 浅井清信「受領遅滞と給付不能」法律論叢七卷八号(昭和三年)三一頁以下(後に、八木清信「労働契約の研究」(昭和九年、政経書院)一七三頁以下、浅井「労働契約の基本問題」(昭和二十七年、法律文化社)一八五頁以下、同「改訂増補労働契約の基本問題」(昭和四二年、法律文化社)二一七頁以下に収録)を嚆矢として、その後、たとえば、川島武宜・債権法總則講義第一(昭和四二年、岩波書店)一一二頁、於保不二雄・債権総論一一〇頁、同・債権総論「新版」一一九頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男・債権総論(昭和五三年、青林書院新社)七二頁、同・債権総論「改訂版」(昭和五八年、青林書院新社)七二頁、奥田・前掲書二二九頁以下、奥田昌道・注釈民法(九)(昭和六二年、有斐閣)二六〇頁以下、沢井裕・テキストブック債権総論(昭和五五年、有斐閣)八三頁以下、同・テキストブック債権総論「補訂版」(昭和六〇年、有斐閣)八三頁以下、など。なお、甲斐道太郎・注釈民法(三)(昭和四一年、有斐閣)三一六頁参照。

この通説は、沢井・前掲書八三頁以下、同・前掲書「補訂版」八三頁以下を除いて、今日、受領遅滞の成立についてのいわゆる法定責任説（受領遅滞成立に債権者の帰責事由を必要としない）の立場に立つ論者が主張するものである。沢井・前掲書八三頁以下、同・前掲書「補訂版」八三頁以下は、受領遅滞についてのいわゆる債務不履行説の立場を採りつつ、当該問題については通説の立場をとる。ただし、沢井教授の債務不履行説は、従来の伝統的な債務不履行説とは違い、効果との対応で要件を吟味されているので（沢井・前掲書八五頁、同・前掲書「補訂版」八五頁）、すでに星野教授によって主張されている考え方・思考方法（星野英一・民法概論Ⅲ（債権総論）（昭和五三年、良書普及会）一三四頁以下）を基本的に支持されていると考えられる。すなわち、周知のように、伝統的な債務不履行説は、受領遅滞は受領義務の不履行という債務不履行であるから、その成立のためには債権者の帰責事由が必要であり、この債務不履行の効果として受領遅滞の効果がでてくる（つまり、受領遅滞固有の効果としては、債権者の損害賠償責任、債務者の契約解除権など）とする。これに対し、星野教授の思考・発想方法は、受領遅滞は債権者の義務違反かどうか、受領遅滞の成立には債権者の帰責事由が必要かどうか、という受領遅滞の本質論や要件論の方からまず考えるのではなく、どのような効果を受領遅滞のそれとして認めるのが妥当であるかをまず考え、これらの効果を生じさせるためにはどのような要件が必要であるかを考えていくというものである。そして、星野教授は、受領遅滞の効果として認められるべきものとして、債権者側の損害賠償責任、債務者側の契約解除権を（も）挙げられ、そして、そのための前提としての債権者側の受領義務というものを認められるので、この点で結果的に、伝統的な債務不履行説の立場と同じになるわけである。沢井教授の発想方法も、基本的には星野教授のそれと同じと思われるのである。ただし、沢井説では、受領遅滞の効果として「債権者への危険移転」を認めることは星野説と同様であるが、星野教授が、債権者への危険移転というこの効果について債権者の帰責事由を要求されるのに対し、弁済の提供がなされたら債権者の帰責事由を問わずに受領遅滞となつて、危険は債権者に移転し、さらに工場の焼失による受領不能のように提供が無意味な場合には、提供しなくても労働者は報酬請求権を失わないと解すべきである、とされるのである（沢井・前掲書八四頁、同・前掲書「補訂版」八四頁）。

なお、受領遅滞についての伝統的な債務不履行説に立つ論者も、工場の焼失や患者の死亡といった場合を受領遅滞と評価するのか履行不能とみるのかの問題に言及し、その際に領域説にも触れているので（我妻栄・新訂債権総論（民法講義Ⅳ）（昭和三九年、岩波書店）一三九頁、松坂佐一・民法提要債権総論「第四版」（昭和六〇年、有斐閣）一三九頁以下、など）、伝統的な債務不履行説でも通説と同じように、右のような事態の際に生ずる危険負担の問題を処理

するについて、事態を受領遅滞と評価しつつ（この際には領域説を用いることによつて）処理しようとしているのではないかとの疑問も生ずる。しかし、結論としては、伝統的な債務不履行説では危険負担問題の処理について受領遅滞を挿むことを考えている論者はほとんどないと言つてよいと思う。この点について詳しくは、第二章第二節の注（5）参照。

（6） なお通説は、工場焼失の場合については、それが受領遅滞であると明言するが、患者の死亡の場合にそのようにみるのかは明示的に述べているわけではない（たとえ、於保・債権総論【新版】一一九頁を見よ）。しかし、その理論的帰結からすれば、そのことは明らかである。

（7） 具体的には「エントーン」(P.Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 169 f. 以下) 及び「ders, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. §241-432, 5. Aufl., §293 Anm. 3b) をきつ打を打られた考え方に依拠するものである。

もっとも、わが国では、この領域説という考え方自体、十分な理解がされていない面がある。すなわち、わが国において学説が領域説を支持し、あるいは、これを解説する場合には、領域説において給付の障害原因が債権者の領域にあれば受領遅滞となる理由を、受領遅滞の成立要件の一つである「受領不能」が充たされるからである、と考えており、それ以上のことは意識していないようである。このことは、領域説について述べるほとんどすべての学説が、領域説を、受領遅滞の成立要件としての「受領不能」の意味を説明する際にのみ取り上げていることから窺える。しかし、右のような理解は必ずしも正確なものとは言えないと思われる。このことをもう少し詳しく述べると、つぎのとおりである。

ドイツでは、受領遅滞の成立要件として明示的に「受領不能」なる要件があるわけではなく、単に、「受領しない(不受領)」といふことがその要件の一つであるが(ドイツ民法一九三三条参照)、「受領しない」こと、すなわち「不受領」には、解釈論上、「受領不能」も含むとされ、このことを当然の前提として領域説は形成された。すなわち、たとえば、工場の焼失とか資材の中絶といった場合についていえば、「不受領」という要件を充たすと考えることに問題はなかつたのである (Vgl. P.Oertmann, Leistungsmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP. Bd. 116 (1918), S. 38f., 41f.; ders., Lohnanspruch der Arbeitswilligen?, NZfA 1922, S. 461f.; ders., Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., 5. Aufl., §293 Anm. 2 u. 3b)°。むしろ、右のような場合で受領遅滞が成立するといえるために重要なのは、債務者がさつぱら Leistung (給付) が可能といえるかどうかであった。なぜなら、ドイツでは、

Leistung が不能な場合には、その受領ということとは考えられず、したがって、また、その受領遅滞ということも考えられない、などの理由から、「債務者において Leistung が可能であること」も、受領遅滞の成立にとって必要欠くべからざる要件とされているからである。したがって、「不受領」という要件を充たすところの、工場の焼失や資材の中絶といった場合でも、債務者の Leistung が可能でなく不能であると判断されるならば、結局のところ受領遅滞は成立せず、Leistung 不能 (Leistungsunmöglichkeit) となる。かくて、領域説は、Leistung を妨げる原因が債権者の領域に存在する場合には、債務者は Leistung 可能であるとみて、債権者の受領遅滞が成立すると考えるのである (その意味は、すでに「不受領」という要件は当然に充たされているので、あとは債務者による Leistung の提供 (口頭の提供) があれば、受領遅滞の成立に必要な要件がすべて充たされることになる、ということである。領域説によって給付障害原因が債権者の領域にあると判断される場合には、わが国でいえば「受領不能」という要件を充たすと判断されることは当然の前提となっていることなのである)。逆に、Leistung の障害原因が債務者の領域に存在する場合には、Leistungsunmöglichkeit であるとみるのである (その意味は、受領遅滞の成立には「債務者の Leistung 可能」という要件が必要であるが、これと Leistungsunmöglichkeit とは相排斥しあふ概念である。Leistung の障害原因が債務者の領域にある場合には、この「Leistung 可能」と相容れなばいふ所の Leistungsunmöglichkeit であると考える、ということである)。わが国の学説がこれを支持し、あるいは、解説において与えられる領域説とは、わが国でいえば「受領不能」と「履行不能」の区別の基準というよりも、本来むしろこのように、「履行可能」と「履行不能」との区別の基準なのである。

以上をわが国の議論に当てはめると、領域説で工場焼失とか資材の中絶といった場合を受領遅滞と判断するとは、本来つぎのことをいう。すなわち、かかる事態の際には、受領遅滞の成立要件である「債務者が履行可能である」という要件を充たしていることを、領域説によって説明することができる。そしてこの場合、受領遅滞のその他の成立要件である「受領不能」を充たすことも当然である。したがって、(あとは債務者の履行の提供 || 口頭の提供があれば) 受領遅滞と評価することができる、ということなのである。

以上述べたことは、ドイツにおける領域説の形成過程をみると明らかとなる。領域説の形成過程および領域説登場の背景については、下井隆史「雇わ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) 二三頁以下 (本論文は後に、同教授の論文集『労働契約法の理論』(昭和六〇年、有斐閣) 一二七頁以下に加筆・修正の上、収録)、奥富晃「労務提供契約における危険負担

の基礎的考察——労務基底欠如の場合の法的処理について——上智法学論集二六卷一号（昭和五八年）一四一頁以下、品川孝次・契約法上巻（昭和六一年、青林書院）二〇九頁注（一）、参照。なお、本稿においても、上掲拙稿一四一頁以下の部分で叙述したところを、一部簡単に要約する形で領域説の形成過程に触れる（第二章第一節第三款）。

なお、これも領域説の形成過程をみるにより明らかとなる点であるが、領域説は *Leistung* という概念を、債権者の協力と結び付いて給付結果をもたらすところの、債務者の側で為すべき給付行為部分と捉える前提の下で形成されたものである。けれども、*Leistung* を給付結果、すなわち履行、の意に捉えても問題はなさそうである。この意味で、わが国においても領域説を採用しうる理論的粗地はあるといつてよいであろう（この点については、第二章第一節第三款の注（4）参照。ただし、領域説を採用することが妥当といえるか否かは、もとより別問題である）。

また、領域説では、*Leistung* を妨げる原因が債権者の領域に存在する場合には債務者は *Leistung* 可能とみる（したがって、工場焼失とか資材の中絶の場合には債務者は *Leistung* 可能と判断される）と述べたが、債権者の領域に *Leistung* を妨げる原因があれば何故債務者は *Leistung* 可能といえるのか、また、そもそも、なぜ領域説という説が提唱されるに至ったのかは、一見わかりにくいところであろう。それは、後にも触れるが（第二章第一節第三款）、こういうことである。すなわち、エルトマンにすれば、工場焼失とか資材の中絶といった場合に債務者が *Leistung* 可能であるというためには、彼が領域説を打ち出す前段階で提唱した理論（これは後の学者によって *Abstrahierungsformel*——抽象化定式——と名付けられた考え方である）で十分のはずであった。しかし、この理論によって債務者（労働者）が *Leistung* 可能とされる場合にも、労働者が現実には労働できない点に変わりはない。そこでエルトマンは、工場焼失などの場合が受領遅滞であるというために、より説得力のある説明の必要を感じ、領域説を打ち出した。すなわち、*Abstrahierungsformel* によって *Leistung* 可能とされる場合は、結果において、*Leistung* の障害原因が債権者の領域に存在する場合である。そこで、エルトマンは、むしろこの結果的現象を前面に押し出す方が、工場焼失などの場合に使用者は受領遅滞責任に任ずべしとの帰結を「何人も自己の領域に生じた事柄には責任を負うべきである」との考え方に支えられて、より説得的に正当化しようと考えた。かくて形成されたのが領域説なのである。このように領域説は、*Abstrahierungsformel* により得られる結果的現象を正面に据えることによって形成されたのだから、領域説で *Leistung* の障害原因が債権者の領域にあるとされる場合には、債務者は *Leistung* 可能といえるのである。このことにつき、下井・上掲論文三一頁以下（同『労働契約法の理論』一三六頁）、奥富・上掲論文一五六頁以下、参照。

以上いずれにしても、領域説とは、わが国でいえば、受領遅滞の成立要件たる「受領不能」と「履行不能」の区別

の基準というよりも、「履行可能」と「履行不能」の区別の基準であるということ、より一般化して言えば、受領遅滞と履行不能の区別とは、受領遅滞の成立要件たる「債務者の履行可能」と「履行不能」との区別であることを認識することが、問題を真に理解する上で有用であり、かつ必要なことであると考え（なお、われわれは、わが国でも受領遅滞の成立要件として「債務者が履行可能であること」という要件を明示的に認めるべきであると考えが——奥富・上掲論文一九三頁（なお、同頁下段五行目から七行目にかけて）「履行が不能であれば債務者の有効な提供は理論上考えられず、それゆえ、債務者の受領も考えられず」とあるのは、「履行が不能であれば債務者の有効な提供は理論上考えられず、それゆえ、債権者の受領も考えられず」のミスプリントであり、ここで訂正させていただきたい）、一九八頁注(13)、参照——、この問題については、近い将来、別稿において正面から少し詳しく論ずることを予定している。

ちなみに、わが国の学説の中には、領域説について、これにより障害が債務者の側にあると判断される場合には債務者は債務不履行となると解説するものもあるが（三島宗彦「債権者遅滞」総合判例研究叢書民法⑧（昭和三七年、有斐閣）三六頁以下、遠田新一「買主の受領義務と売主の解除権」政経論叢一二巻一号（昭和三七年）五三頁、同「買主の受領遅滞と解除」私法二九号（昭和四二年）二七九頁、同「受領遅滞」新民法演習3債権総論（昭和四三年、有斐閣）五二頁、同「受領遅滞と受領不能」民法の争点（昭和五三年）一七九頁、同「受領遅滞の問題点」民法の争点Ⅱ（債権総論・債権各論）（昭和六〇年）二三頁以下。もっともこれらの解説は、正確には、ドイツにおいて領域説の修正説を提唱したレーマンの立場——次注(8)参照——を引き合いに出してのものであるが、これは、「履行不能」の意味を明らかに誤解するものである。議論の前提は、債務者側には帰責事由がない場合なのであり（前注(2)参照）、領域説により障害が債務者の側にあると判断され、債務者の履行不能であるとされる場合にも、そこでいう「履行不能」とは、もちろん民法四一五条の意味ではなく、危険負担の問題となるという意味でのそれなのである（したがって、三島教授ならびに遠田教授のレーマン説の理解には若干正確さに欠けるくらいがあるように思われる。なおさらに、三島教授は、「履行不能」の意味をこのように理解する前提の下で独自の説を展開しておられるが——三島・上掲書三六頁以下——、これに対する批判としては、奥富・上掲論文一九六頁参照）。

(8) なお、受領遅滞の成立について法定責任説の立場に立つ柚木馨・高木多喜男・判例債権法総論「補訂版」（昭和四六年、有斐閣）一五八頁は、受領遅滞と履行不能との限界いかんは困難な問題であり、このことは特に危険負担の問題について重要性を有するとした上で、この区別については、「何人も自己の領域内に発展したまたは結果を生める給付の

障碍につき責に任ずることか——領域説 (Sphärentheorie) —— 衡平に適するから、債権者の領域内で発展しまたは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」との説を正当であるとする (この立場はすでに、柚木馨・判例債權法總論上巻 (昭和二五年、有斐閣) 一七四頁において示されている。さらにいえば、これは、ドイツにおいてレーマンが主張した立場に依拠するものである。レーマンはこの立場を、一九三〇年 (Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II : Recht der Schuldverhältnisse, II. Bearb., 1930, S. 198, 485f.) 以来、一九五八年の彼の教科書の最後の版 (Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., 1958, S. 242f.) に至るまで一貫して主張し続けた。奥富・上智法學論集二六巻一号一五九頁以下、一八四頁参照)。

そこで、柚木教授および高木教授の立場では、患者の死亡の場合には、おそらく履行不能 (したがって、民法五三六条一項の適用によって債務者Ⅱ医師側が危険を負担する) と判断することになると思われる。しかし、工場の焼失とか資材の中絶といった場合については、論者自らも認めるように、これを受領遅滞 (したがって、債権者Ⅱ使用者側が危険を負担する) と判断することになる。そうだとすると、柚木Ⅱ高木説にも、この場合について受領遅滞という評価から債権者危険負担の帰結を導く点には、通説に対するとまったく同様の法律構成上の疑問があると考える。

(9) 奥富・前掲論文一三五頁以下。

(10) これを論ずるにあたっては、本来まずつぎのような基礎的作業を行わなければならないであろう。すなわち、わが国では従来より諸論者は、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった場合において生ずる危険負担の問題の処理を考えるにあたり、常にその時々々のドイツにおける学説を参照し、あるいはそれに依拠してきた。そして、今日におけるわが国の学説の一応の到達点として、事態を (領域説によって) 受領不能としての受領遅滞と評価し、これにもとづいて債権者危険負担の帰結を導くとの考え方が通説として広く支持されている。しかし、この考え方には本文で述べたように疑問がある。そこで、これを検討するについては、まず、わが国の通説が依拠したドイツの学説はどのような理論枠組にもとづいて、いかなる意図のもとに (それ以前に存在した学説のいかなる点を妥当でないと考えて) 形成され、あるいはまた、ドイツ民法のいかなる個別規定の存在を前提として成り立っているか、そして、その後におけるドイツの学説状況はどのようになっているか (わが国の通説が依拠した学説への評価はどうであったか、もしそれがその後必ずしも高い評価を受けているわけではないとしたら、その理由はなにか)、等々の問題意識のもとに、ドイツにおける議論の展開過程を考察し、このような基礎的な作業を経た上で、翻ってわが国の通説の考え方について

て検討する必要があるであろう。だが、ドイツにおける議論の展開過程については、すでに拙稿（奥富・前掲論文一四一頁以下）で詳細に検討している。そこで本稿では、危険負担問題の処理を行うためには何故受領遅滞という評価をしていくことが妥当でないのか、を検討するにあたっては、ドイツにおける議論の部分は本稿での論述に必要な限りで——右稿での検討の一部を簡単に要約する形で——最低限これを繰り返すにとどめ（第二章第一節第三款）、考察の主眼を、右稿でも行っているところの（奥富・前掲論文一八九頁以下）、わが国における当該危険負担問題の処理の仕方、とりわけ現在の通説の立場（危険負担問題の処理のために事態を受領遅滞と評価していく立場）についての検討に置き、これについて議論をさらに敷衍・深化させて（そしてその一部については考え方を修正しつつ）、事態を受領遅滞と評価していくことが妥当ではないことを確認することとした。

なお、たとえば、患者の死亡という事例についていえば、現実の問題としては当事者間の医療契約（診療契約）の中に個別の詳細な条項があり、これに基づいて事後の具体的な問題の処理も図られていくことになるであろうから、このような事例ではそもそもこのような意味で、受領遅滞と履行不能の区別を論じる必要性は実際上ないといえるのではないかと、というような議論もありうるかもしれない。しかし、当事者間の医療契約中に個々具体的に、例えば入院費、診察代、薬代、検査料等に加えて、手術にかかる費用が定められているとしても、手術前における入院費、診察代、薬代、検査料等はすでに医師側が行った給付に対する対価であるから、医師（病院）側がこれを請求できることは当然であるにせよ、いざ手術をしようとする段になって当該患者が死亡してしまったというのであれば、果たして医師側は当該手術に対して予定されていた報酬（手術費）を請求できることになるのか、という問題はやはり出てくるのではあるまいか（これはやはり危険負担の問題なのではないか）。もともと、従来、患者の死亡という事例は、医師が患者を手術すべき債務において患者が手術を受けに行かなかつたという場合との対応において挙げられてきたものである（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、参照）、これまで学説は、患者が入院している場合でなく、家から病院へ手術当日に出向く（しかしそれ以前に患者が死亡してしまう）という場合のことを念頭において考えてきたのかもしれない。だが、問題状況としては、このような場合であっても、また、患者が入院している場合であっても、別に異なるところはないであろう。

さらに、患者の死亡のような場合には、実際に手術をしていないのだから、医師側が報酬を請求できるかどうかという問題（危険負担の問題）とはそもそももなりえないのではないかと、という議論も当然予想され、このことは、為す債務における危険負担の問題を考える場合にはこれに関連して常に問題となってくる点であると思われる。この問題

は、ここでいえば医療（手術）契約の性質をどのように捉えるかということと関連して、さらに独自の問題領域として論及されなければならない事柄であると思われるが、本稿では、かかる問題があることは十分に意識しつつも、一応従来どおり、手術前の患者の死亡のような事例も危険負担の問題となりうる、という前提の下で論を進めていくこととする。

(11) そして、かつての論文では、その最後の部分（すなわち、奥富・前掲論文二〇四頁・二〇五頁および二二〇頁以下の部分）で受領遅滞と履行不能の区別について触れ、その一応の基準を示したけれども、その点は敢えて論ずる必要はなかったという意味で、これを修正することとしたい。

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

本章では、患者が手術前に死亡したとか、工場が焼失しあるいは資材が中絶して操業ができず労働関係が展開しない、などといった場合において危険負担の問題を処理するには、何故これらの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すること、あるいは、債務者（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が妥当であるのかを考えていく。かかる場合には、本稿が妥当と考える危険負担問題の具体的な処理方向を示すことも、当然求められるであろう。

ところで、患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶などといった事態が生じ、危険負担が問題となる場面には、債権者（たとえば重病の幼児（＝患者）の親権者、使用者）の側に帰責事由（故意・過失または信義則上これと同視すべき事由）がない場合と、これがある場合とが考えられるので、叙述の便宜上、この二つの場合を分けて考察する。

第一節 債権者側に帰責事由がない場合について

まず債権者側に帰責事由がない場合について検討する。順序としてまず、この場合において患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった事態を、受領遅滞と評価して危険負担問題を解決していこうとすることに対して生ずる法律構成上の疑問について取り上げ(第一款)、次いで、結論の具体的妥当性の見地からの考察を試みる(第二款)。そしてさらに、わが国の通説が依拠したドイツの学説について少し触れ、それが形成された意図、その後におけるその学説への批判などを確認した上で(第三款)、債権者側に帰責事由がない場合における危険負担問題の処理の方について、本稿の妥当と考える方向を提示しておきたい(第四款)。

第一款 法律構成上の疑問

1 序

患者の死亡、工場の焼失・資材の中絶といった事態が生じた場合、これを受領遅滞と評価して危険負担の問題を処理しようとする——わが国の通説のとる立場・処理方向である——に対しては、法律構成の点で少なからず疑問がある。

わが国では、手術前に患者が死亡してしまったので手術ができないとか、工場が焼け、あるいは資材が中絶してしまつて操業ができない、といった事態を受領遅滞と評価しても、このことにより債権者には対価支払義務が生ずるとの帰結を、直ちに導けるわけではないであらう。わが国における受領遅滞に関する唯一の規定である民法四一三条そのものの文言を根拠にして、債権者に対価の支払義務があること(債権者には対価支払義務が生ずるとの帰結を、四一三条という「遅滞ノ責ニ任ス」という言葉そのものから引き出すことができる)と解釈すること)は、解釈論上

かなりの無理があると思われる。⁽¹⁾そこで、右のような事態を受領遅滞と評価するとしても、危険負担の処理については——受領遅滞という評価をすることと債権者が対価を支払うべきであるという帰結とを結び付けるためには——、さらにもう一步踏み込んで、法律構成上の説明を加えなければならぬはずである。しかし、この点については従来通説は、近時、奥田教授が唯一明快な理論構成(法律構成)⁽²⁾を提示しておられる以外は詳しい説明をしてこなかったのである。⁽³⁾

もっとも、受領遅滞と危険負担との関係についていえば、わが国では、受領遅滞があればその効果として債権者に危険が移転するとみることが、むしろ一般的であると思われる。右の通説の立場にたつ論者も、債権者が受領遅滞に陥るとこの効果が発生することを肯定しているのである。⁽⁴⁾そこで、このことを基にして推論するならば、通説の理論構成、すなわち、受領遅滞という評価と債権者は対価を支払うべきであるという帰結とを結び付ける理論構成としては、つぎのようなものが浮かび上がってくる。すなわち、患者が手術前に死亡するとか、労働者の働くべき工場が焼失しあるいは資材が中絶するといった事態では、債権者側は受領不能という意味での受領遅滞に陥ると評価することができるけれども、ここでは、この受領遅滞の直後に債務者の履行不能が生ずる(債務者は履行不能となる)とみることができる。そして、これもなお受領遅滞中(受領遅滞後)の履行不能といつてよいであろう。そうだとすれば、受領遅滞中の履行不能においては、受領遅滞の効果としてすでに危険が債権者に移転しているのであるから、その後を生ずる履行不能について債権者に帰責事由がなくても、債権者は債務者に対して対価を支払わなければならない。⁽⁵⁾

奥田教授の提示される理論構成も基本的にはこれと同じである。ただし、奥田教授は、特に雇用・労働契約における受領遅滞と危険負担の関係を念頭において問題を考えておられ、その際には、雇用・労働契約が一般に継続的契約関係であり、かつ、そこでは労働者の債務が時間という要素と結び付いている点を考慮に入れて、さらにきめ

の細かい議論を展開しておられる(奥田説の具体的な内容については本款3の(1)参照)。

しかし、詳細に検討してみると、右のように理論構成することで果たして危険負担についての帰結を本當に導きうるのかは大いに疑問である。その理由を以下に述べるに際して、予めつぎの点をおことわりしておきたい。すなわち、工場の焼失・資材の中絶といったいわゆる休業の場合における危険負担問題の処理を考えるときには、奥田教授がそうしておられるように、本稿も、雇用・労働契約が一般に継続的契約関係を形成するものであり、しかもそこでは労働者の債務が時間の要素と結び付いている点を顧慮しなければならぬと考える。これに対し、右に推論した通説における理論構成では、この点についての顧慮は欠けている。以下では、差し当たりまず、通説が採ると思われる右のような理論構成について本稿の考えるところを述べるが(↓2)、これは、その理論構成に即することを前提として、すなわち、雇用・労働契約という契約関係の有する右に述べた特性を考慮に入れていないところの右のような通説の構成に即することを前提として、これに対する考えを提示するものである。したがって、そこでの検討は、患者の死亡のような一回的な契約関係事例における危険負担問題の処理についての検討・批判としては十分な妥当性を主張しうると考えるが、雇用・労働契約関係の下での、工場焼失・資材の中絶といった休業の場合に生ずる危険負担問題の処理についての検討・批判としては、なお不十分・不完全なものと言わざるを得ない。後者の場合のことについては、奥田教授の見解を取り上げる中で(↓3)、真に本稿の考えるところを述べたいと思う。いきなり奥田教授の見解をも含めて本稿の考えるところを示すのではなく、まず通説の理論構成として考えうる構成を取り上げ、次いで奥田教授の見解を取り上げるといふ順序を敢えて採るのは、本稿で展開する思考の流れを忠実に表現したためと、右のように順序だてて論じていく方が議論に混乱を生ずることが少ないと考えたためである。

なお、通説においては右に推論されるのとは異なる理論構成を採る可能性も一応は存在すると思われるので、これ

についても後に併せて検討しておく(↓4)。

注

- (1) 奥田昌道「受領遅滞と危険負担——雇用ないし労働契約の場合を中心にして——」法学論叢九四巻五・六号(昭和四九年)二一三頁、下森定「雇傭契約における受領不能と危険負担」法学セミナー三五五号(昭和五九年)九八頁、参照(下森教授の本論稿は後に、同・債権法論点ノート(平成二年、日本評論社)七三頁以下に収録)。
- (2) 奥田・債権総論(上)二二九頁以下、同・注釈民法(10)二六〇頁以下。
- (3) 奥田・債権総論(上)二二九頁もこのことを指摘する。なお、受領遅滞との評価から債権者危険負担の帰結を認める法律構成上の根拠が不明確であることは、通説の修正説といってよいと思われる柚木||高木説についても同様である(第一章注(8)参照)。
- (4) たとえば、於保・債権総論一一頁、三四九頁、同・債権総論「新版」一二〇頁、三八四頁、林||石田||高木・債権総論七三頁、二二四頁、同・債権総論「改訂版」七三頁、二二四頁。
- (5) この構成の場合には、受領遅滞に危険の移転という効果を認めることによって債権者危険負担という帰結を導き出すのであるから、直接の根拠条文を挙げるとするならば、それは民法四一三条ないし民法四九二条ということになるであろう(法定責任説の立場では、危険移転の効果を弁済の提供の効果でもあると捉えようとするのだからである)。ただ、結論としては民法五三六条二項を適用したのと同じになるので、同条同項も併せて——類推という形であるにせよ——挙げることになるものと思われる。もっとも、第一章注(5)で触れた沢井教授の立場では、原則として、まず、「①提供がなされたならば、債権者の帰責事由を問わず債権者遅滞となって、危険は債権者に移転」するとし、これにすぐ次いで、「さらに、②工場焼失による受領不能のように、提供が無意味な場合には、提供しなくても労働者は報酬請求権を失わない」と明言するので(沢井・テキストブック債権総論八四頁、同・テキストブック債権総論「補訂版」八四頁)、根拠条文としては四一三条と四九二条のみということになるであろう。すなわち、沢井説における構成は、工場の焼失のような場合には弁済の提供は無意味であるので、これがなくても受領遅滞が成立し、提供がなされた場合と同様に危険が使用者に移転する、そして、その直後に労働者は履行不能となるので、労働者は報酬請求権を失わない(民法四九二条、四一三条)、というものではないかと思われる。
- (6) ただし、奥田教授自身は、通説が展開するであろう理論構成について、工場の焼失のような場合に対するそれとし

では、後に本稿が本文で紹介する奥田教授自身の構成と同じものを予想しておられる(奥田・前掲論文一九八頁注(4))。しかし、通説は、工場の焼失のような場合と患者の死亡のような場合とを分けて論じているわけではない。すなわち、工場の焼失の場合が、労働者の債務と時間の要素とが結び付いているところの継続的契約関係における事例である点を意識し、これに着目したきめの細かい議論を展開しているわけではない。したがって、本稿は、通説の理論構成として予想できる構成は、本文に示したものであると見ておき、これを工場焼失の場合など雇用・労働契約関係事例についてさらに発展させたものが奥田教授の所説である、と同教授の立場を位置づけて、議論を展開していくこととしたい。

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

さて、債権者が危険を負担すべきであるとの結論を導くために通説が用いると思われる、1において触れた理論構成については、少なからず疑問があるといわなければならない。その理由はつぎのとおりである。

(1) 通説において採用すると思われる先の理論構成は、患者の死亡により手術ができない、工場の焼失、資材の中絶により操業ができないといった事態を、受領遅滞中の履行不能(受領遅滞後の履行不能)の一事例として捉え、これを受領遅滞による危険移転という効果に結び付けようとするものである。すなわち、患者の死亡による手術の不能などを、受領遅滞による危険移転という問題が論じられる際に通常一般に想定されるところの「受領遅滞中の履行不能」と同視しようとするものである。本稿は、この点が問題であると考え、なぜなら、第一に、このような考え方はいかにも不自然の感を免れない。受領遅滞中の履行不能という現象・事態とは、たとえば患者の死亡、工場の焼失といった例でいえば、やはりあくまで、患者側が手術当日になってそれを拒み、あるいはやむを得ない事情で当日病院に行けなくなり(入院しているのではなく、家から病院に患者や幼児を連れて行くという場合)、かくする間に患者が死亡するとか、使用者が労務の受領を拒絶し、かくする間に工場が近隣の火事に巻き込まれて焼失して

しまうという場合のように、時間的に受領遅滞が先行し、次いでその後履行不能が生ずる場合のみをいうべきものと思われる。これに反し、受領遅滞が先行することなく患者が死亡し、あるいは工場が焼失し、これにより手術ができない、あるいは操業ができないといった場合をも、なお受領遅滞中に履行不能が生ずる場合であると捉えようとするのは、その実質において、受領遅滞と履行不能とが同時に成立すること(受領遅滞であり、かつ同時に履行不能でもあるという事態の成立すること)を認めるものであるといえよう。そこで、かかる意味での受領遅滞中の履行不能(より正確には、受領遅滞イコール履行不能の状態の存在)を認め、これを通常一般(本来の、といってもよいであろう)にいう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のは、あまりにも擬制にすぎない考え方であると思われる。のみならず第二に、このように、患者の死亡、工場の焼失といった場合における状況を、これをも受領遅滞中に履行不能が生ずる場合であると捉える処理(本来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処理)が、実質的には受領遅滞と履行不能の同時成立を認める処理であると考えられるとすれば、かかる処理は、理論面においても、また、効果面においてもおかしな結果を生むものであるといわなければならない。なぜなら、受領遅滞とは本来、債務者の債務の履行が可能の場合に初めて成立する概念であると考えられるのであり、⁽¹⁾ そうであれば、右のような処理の場合には、その実質上、債務者の債務履行が不能な場合にも受領遅滞の成立を認めることとなってしまう。そしてまた、効果面では、債務者の債務の存続(受領遅滞の場合には契約そのものは存続することとなるから、債務者の債務も当然に存続する⁽²⁾)と、彼の債務の消滅(債務者に帰責事由のない履行不能の場合)とを同時に認めることとなってしまうであろう。

第三に、患者の死亡による手術の不能などを本来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ならば、翻って考えると、本来の受領遅滞中の履行不能の場合の処理について疑問が生ずる。すなわち、患者の死亡による手術不能などの事態を、通説において採用すると考えられる理論構成でのように捉えるならば、先ず第一に患

者側(たとえば患者たる幼児の親権者)が手術当日になって手術を拒み、次いで、かくする間に患者が死亡するというような場合における患者死亡後の状況そのものをも、受領遅滞中の履行不能と把握しなければならなくなってしまうのではないか(すなわち、「受領遅滞中に生ずるところの『受領遅滞中の履行不能』³⁾ということになってしまふのではないか)。しかし、このような把握は明らかに奇異ないし無用のことであるといわなければならないであろう。かかる事態は、単に、まさに本来の受領遅滞中の履行不能であり、したがって、そうとだけいえばよいはずなのである。

以上を総合して考えると、要するに、患者の死亡による手術の不能、工場の焼失による就業受け容れ不能といった事態の法的評価としては、債権者の受領遅滞か債務者の履行不能かのどちらか一つを考えるべきなのである。そして、危険負担問題を処理するに当たり右のような場合を受領遅滞と評価するのは、これにより危険負担に関する結論は何も導き出すことはできないのであるから(民法四一三条そのものから危険負担についての結論は導き出せないのであるから)、かつまた、受領遅滞が先行し、次いで例えば「患者が死亡する」場合には、上述のとおり、これを受領遅滞中の「履行不能」と(のみ)みるべきなのであるから、これとの整合性を考えてみても、右のような事態(受領遅滞が先行することなく患者が死亡し、あるいは工場が焼失するといった場合)は履行不能と評価し、民法五三六条の適用(および工場の焼失とか資材の中絶といった場合には、さらに労働基準法二六条の有無が問題となる)を考へることが妥当であると思われる。後に触れるとおり、わが国の通説が依拠したドイツの学説は、患者の死亡による手術の不能とか工場の焼失による就業の受け容れ不能といった場合を(領域説を用いて)受領遅滞と評価したのち、さらにそれを(受領遅滞中の)履行不能であると敢えて構成することはしない(本節第三款参照)。かかるドイツの学説は、事態を受領遅滞と評価し、これを直接ドイツ民法六一五条(使用者が受領遅滞に陥った場合において被用者はその間の報酬を請求できるとする個別規定)などに結び付けるのである。わが国において、患者の死亡、工場の焼失といった場合そのものをも、まず受領遅滞が先行し、次いで履行不能が生ずるという意味での受領遅滞中の履行不能の場

合と同一視していこうとすることは、結局、それらの場合における危険負担問題を、受領遅滞による危険移転という効果が結び付けて処理しようとするための便宜・擬制にすぎない。あるいは、工場の焼失、資材の中絶などにより操作ができないといった事態を、通常一般にいうところの受領遅滞中の履行不能と同一視することができたとしても、なお疑問は残る。それは、たとえ事態をこのようにみることができたとしても、危険負担についての帰結を導くためには「受領遅滞による危険移転という効果」を媒介させなければならない点に生ずる。すなわち、債権者が受領遅滞に陥ると彼に危険が移転するということは、受領遅滞についての唯一の規定である四一三条に明定されているわけではないので、受領遅滞にこの効果を認めるべきかどうかは、いずれにしても解釈論上の問題である。わが国の学説上、受領遅滞の成立についてのいわゆる法定責任説に立つ論者は、ほとんど例外なく、受領遅滞に常に(すなわち、受領遅滞について債権者に帰責事由がない場合にも)この効果を認める。⁴⁾しかし、法定責任説について考えた場合、

受領遅滞につき債権者に帰責事由がない場合にも(より詳しくいうと、受領遅滞についても、またその後生じた履行不能についても)債権者に帰責事由がないときにも)なお受領遅滞による危険移転があるとして債権者に対価危険を負担させることは適切であろうか。このような場合にまで危険移転の効果を認めて債権者に危険を負担させることは、結論の具体的妥当性の見地(すなわち、公平の見地)ならびに民法の採る危険負担についての基本的な立場(危険負担債務者主義)からみて適切ではないように思われる。⁵⁾そこで、通説の理論構成にはこの意味でも賛成できない。

ところで、受領遅滞に債権者の帰責事由がない場合に危険移転の効果を認めることには、このように疑問がある。すると、それでは、この効果は受領遅滞に債権者の帰責事由がある場合にのみ認めるべきであろうか。周知のようにこれは、わが国において星野教授の主張される立場である(すなわち星野教授は、受領遅滞の成立につき債権者の帰責事由を要するかどうかをまず議論するのではなく、効果の点をまず問題にされ、危険移転の効果を受領遅滞の効果として認

めることを是認される。そしてその上で、この効果を発生させるためには債権者の帰責事由を要するか否かを問題とされ、右の帰結を採られる。受領遅滞による危険移転⁽⁶⁾ということを考えるのであれば、この帰結の方が妥当であると思われる。しかし、さらに考えると、受領遅滞について債権者に帰責事由がある場合にのみ、その後には債権者・債務者ともに帰責事由のない履行不能が生じた場合にも債権者側に対価支払義務を生じさせるという、星野教授が目指される帰結を導くためには、何も受領遅滞による危険移転という明文のない効果を持ち出さなくても、同じ結論は別の方法でも導けるのではあるまいか。すなわち、受領遅滞中の履行不能という状況が生じた場合に、もしその受領遅滞に債権者の帰責事由があるならば、何も受領遅滞による危険移転といわなくても、これを「債権者に帰責事由のある受領遅滞中」の履行不能として、民法五三六条二項の適用を考えればよいのではあるまいか。つまり、「債権者に帰責事由のある受領遅滞」というそのことが民法五三六条二項の「債権者の帰責事由」を充たすとみて、同条同項を適用していけばよいと思うのである。結論は、受領遅滞に債権者の帰責事由がある場合にのみ危険移転を認めるといふのと変わらない。ただ、右のように考えていった方が条文上の根拠が明確である点でより優れているのではあるまいか。星野教授の主張される立場の場合には、価値判断の点を別にして、なぜ受領遅滞に債権者の帰責事由がある場合にのみ危険移転の効果を認めることができるのかを翻って考えてみると、これについての明快な説明がつきにくいのではないかと思われる。

そうだとすると、受領遅滞による危険移転という効果は、結局、受領遅滞の効果から外れることになり、したがって、受領遅滞のこの効果を媒介させると考えられる通説の理論構成はそもそも妥当でないといわなければならない。すなわち、患者の死亡により手術が不可能となるとか、工場の焼失によりあるいは資材の中絶により作業ができなくなるとかといった事態が生じた場合において、患者の死亡、工場の焼失、資材中絶などにつき債権者側に帰責事由がない場合における危険負担問題の処理を考えるには、事態を受領遅滞と評価したとしても、そのことは問

題の処理にとって意味のあることではない、といってよいと思われ、したがって、問題の処理は、結局、履行不能という評価のみに基づいて行っていくべきものと思われるのである。

注

(1) われわれが、受領遅滞の成立には「債務者の履行が可能であること」が必要であると考えられることは、第一章の注(7)ですでに触れたところである。

ところで、水本教授は、「週末に箱根で静養していた政府要人Aは、突然腹部に激痛を覚え、東京の医師Bを電話で呼んだ。Bは、急いでかけつけたが、到着前にAは死亡した。Aの相続人は、Bの診療代金請求に応ずる義務があるか」という例を挙げて、ここではBは反対給付(診療代金)請求権を失わない、とされる。すなわち、同教授は、ここでは債権者(A)の側は受領不能となつて受領遅滞責任を負い、(Aの相続人に受領遅滞から債務者(B)の反対給付請求に応ずる義務が発生するものではないが)受領遅滞が成立した場合の法律関係からみて、結果においてBは反対給付請求権を失わないとされる。その理由は同教授によればつぎのとおりである(ちなみに、Aの側は受領不能となると判断するについては柚木・高木教授等と同じく領域説の修正説の適用を考へつつ、債権者側の受領障害は不可抗力でなく無過失の場合であると仮に解しておられる)。すなわち、受領遅滞の成立は、債権者の債権・債務も相手方(債務者)の債権・債務も存在していることを意味するものであり、相手方の債務は、その責に帰すべき事由によらずに、あるいは履行が遅延したり(受領拒絶の場合)、あるいは履行が不能となつたり(受領不能)するにすぎない。そうだとすれば、相手方の債権も消滅しないで存在し、相手方は債権を行使できるのである。そして、この相手方による自己の債権の行使は、反対給付請求権の行使にはかならないのである(水本浩・債権各論(上)民法セミナー15(昭和五四年、一粒社)五〇頁、五二頁以下、五五頁)。

しかし、このような水本教授の立場には疑問がある。第一にまず、AとBとの間の契約(診療契約)は通常は準委任であると思われるので、そうだとすればAの死亡により契約は終了してしまふであらう(第一章注(3)参照)。したがって、契約関係の存続を前提とするところの受領遅滞の問題とはならないと考えられる。第二に、この点を措くとしても(たとえば、ここでの契約を仮に請負であると考えても)、右のような水本教授の立場は、受領遅滞と履行不能との同時成立を認めるものである。ここに、より根本の問題があると思われる。すなわち、われわれは、受

領遅滞はあくまで債務者の履行が可能な場合に成立すると考えるので、水本説には与しえない(後に本款3で述べる)とおり本稿は、工場の焼失のような場合には、使用者側の受領不能という意味での受領遅延状態と、労働者側における彼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とが併存するものと考えるけれども、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は、労働債務に時間の要素との結び付きがあることから必然的に生ずるものであって、これは使用者側の状態を受領遅滞と呼ぶとしても、これと相容れないという意味での履行不能とは考えない)。本稿の考えでは、水本教授が挙げられる、患者が診療の前に死亡したという事例の場合には、(これを仮に請負契約であるとみると)受領不能としての受領遅滞か履行不能かのどちらか一方が生ずるとすべきなのであり、そして受領遅滞としたのでは危険負担の問題について何も結論を導き出せないので、事態は履行不能と評価すべきであり、この履行不能について債権者(A)の側に帰責事由があるかないかが、Bの報酬請求権の存否を分けることになる。

(2) なお、水本教授は、右のような事例の場合、Bに報酬請求権を認めることが常識的感覚ないし利益衡量に適合するとされるが(水本・上掲書五一頁)、本稿の価値判断では結論は逆である(本節第二款参照)。もっとも、Bが東京から駆け付けるについて要した費用(交通費など)を、たとえば民法七〇二条を類推適用することにより、あるいは信義則を用いることによりBに取得させることは考えてよいと思われる(奥富・上智法学論集二六卷一号二〇八頁以下、参照)。

(2) なお、以前には、受領遅滞中の履行不能という法律構成を採ることによって債権者危険負担の帰結を導こうという場合には、患者の死亡や工場の焼失といった事態を一方で領域説で受領遅滞としたのち、他方、今度はこれを履行不能と評価するときにはどのような受領遅滞と履行不能の区別の基準を用いてそのように判断するのか、という批判をも加えたことがある(奥富・前掲論文一九三頁以下)。しかし、今ではこの批判は適切ではなかったと考えている。というのは、いったん領域説で受領遅滞と評価するとしても、履行不能であることの説明については、その後債務者は(直ちに)現実に履行ができなくなったから履行不能である、とだけいえばよく、それ以上の説明は必要ないと思われるからである。

(3) 以上のことを逆からいえばこうである。すなわち、まず患者側が手術を拒むとか、医師の手術を受けることができないう状態があり、かくするうちに患者が死亡してしまったという場合には、受領遅滞による危険移転という効果を認める通説の立場では、ここでは債権者側の受領遅滞が先行していることが明らかなのであるから、この受領遅

滞による危険移転後の履行不能として、債権者側に対価の支払いを命ずることになるのではないか。もしくは、このようにいうだけで十分なのではないか。もしそうであるなら、債権者側の受領遅滞があつて、かくするうちに患者が死亡するといふのではなく、初めからいきなり患者の死亡という事態が生じたときには、何故そこでの事態をそのとぎに限つて、先ず受領遅滞であるとして見れば、つぎに履行不能であると評価するのか疑問となる。時間的に受領遅滞が先行したのちに患者が死亡するという事態が生じたら、ここでは、患者が死亡してしまつて医師が手術できないという状況を履行不能とのみ見るのであれば、初めから患者の死亡という事態が生じた場合であつても、事態の評価は同一に行われなければならないはずである。受領遅滞が先行するかどうかで同じ事態を履行不能であるとのみ評価したり、まず受領遅滞が生じ次に履行不能となる場合であると評価したりすることになるのは、あまりに便宜的な処置であるとはいえないであらうか。もちろん、つぎのような説明も考えられなくはない。すなわち、受領遅滞が先行し、そののちに患者が死亡するという場合にも、患者の死亡という事態そのものは受領遅滞中の履行不能であるけれども、すでにこれより先に受領遅滞が生じているので、患者の死亡の方の受領遅滞という状態については、敢えてこれを正面から法律上取り上げなくてもよい。——しかし、このような説明では説得力は弱いと思われる。

(4) たえば、柚木馨「辨濟提供論(二・完)」民商法雑誌二卷二号(昭和一〇年)四八頁以下、同・民法概要債權法總論(昭和一一年、巖松堂書店)一四三頁以下、同・民法概論債權法總論(昭和二二年、協和図書出版株式會社)一六五頁、同・判例債權法總論下卷二二〇頁(なお、同・判例債權法總論上卷一七五頁も参照)、柚木||高木・判例債權法總論「補訂版」四二五頁(なお、同書一五八頁も参照)、石田文次郎・債權總論講義(債權總則契約總則)(昭和一一年、弘文堂書房)二二三頁以下、同・改訂民法大要(債權總論)(昭和一五年、有斐閣書房)九九頁、同・債權總論(昭和二二年、早稻田大學出版部)一九三頁、田島順・債權法(昭和一五年、弘文堂書房)一〇二頁、先に1の注(4)でも挙げたところの、於保・債權總論一一頁、三四九頁、同・債權總論「新版」一一〇頁、三八四頁、林||石田||高木・債權總論七三頁、二二四頁、同・債權總論「改訂版」七三頁、二二四頁、さらに、奥田・債權總論(上)二二八頁、など。

なお、かつて鳩山博士は、不受領または受領不能について債権者に過失がある場合にのみ、受領遅滞により危険は債権者に移転するとされていたが(鳩山秀夫・法學協會雜誌三四卷一一号一二三頁——同博士の「民法研究第三卷」では三〇八頁、「債權法における信義誠實の原則」では一九七頁——、同・日本債權法各論上卷(大正九年、岩波書店)一四五頁。なお、同「債權者ノ遅滞(三)」法學協會雜誌三四卷一一号(大正五年)一〇五頁以下——「民法研究第三

卷』一七三頁以下、『債權法における信義誠實の原則』一一八頁以下——も参照)、その後改説され、債權者の過失の有無にかかわらず受領遅滞には危険移転の効果が生ずべきことを説かれるに至った(同・増訂日本債權法各論(上卷)(大正一三年、岩波書店)一三五頁以下、同「債權法に於ける信義誠實の原則(三)」法學協會雜誌四二卷五号(大正一三年)四七頁以下——『民法研究第三卷』では六二頁以下、『債權法における信義誠實の原則』では二八六頁以下——、同・増訂改訂日本債權法(總論)(大正一四年、岩波書店)一八一頁)。ただし、鳩山博士の言われる「受領遅滞による危険移転」ということの意味は、受領遅滞後の両当事者(債權者・債務者)の責に帰すべからざる事由による履行不能の場合には、民法五三六条二項にいう「債權者ノ責ニ帰スヘキ事由」の中に受領遅滞が含まれるので、同条同項によって債權者危険負担となる、ということである。法定責任説の中で、受領遅滞による危険移転という効果を挙げつつ、その意味について鳩山博士と同じものと考えていると思われるものには、たとえば、三瀧信三・債權法提要總論第一(大正一三年、有斐閣)一七〇頁、吉田久・日本民法論債權編總論(昭和三年、日本評論社)一五五頁、などがある。

しかし、受領遅滞による危険移転ということと受領遅滞が民法五三六条二項にいう債權者の帰責事由に当たるといふことは、論理的には別のものであると考えるべきことについては、次注(7)参照。

(5) たとえば、①或る旅行社が日帰りのバス旅行を企画し、目的地にある或るレストランに参加者分の弁当を手配(注文)しておいたところ、目的地に向かう途中で道路の陥没事故に巻き込まれてしまった(ないしは交通事故の巻添になつてしまった、すなわち、これらのことがなければ予定通り契約の時間に当該レストランに到着できたはずなのに、このような事情でそれができなくなつてしまった)。そこでその日、旅行社は、参加者に当該レストランで昼食をとらせることができなくなつてしまった(旅行社側に責に帰すべき事由のない受領遅滞)。他方これにより、レストラン側では、その日に用意した弁当をとらうと廃棄せざるを得なくなつた(受領遅滞後の履行不能。これは、D. Medicus, Bürgerliches Recht, 14. Aufl., 1988, S. 162. に挙げられてゐる事例を参考にしたものである)。②注文者が供給する外国の石材を随所に用いて家を改装する、という請負契約において、契約當時には予期できなかったその外国の事情から当該石材の入手が容易でなくなつたので、注文者が未だそれを供給できず、したがって、請負人は約定の期日に工事の実行に着手することができないでいたところ、近隣から火が出て、改装の対象たる当該家屋が類焼してしまつた(注文者の責に帰すべからざる受領遅滞中の履行不能)。

以上のような場合において、旅行社側は、もしレストラン側が弁当の代金を請求してきたら、それを支払わなければ

ばならないものであろうか。注文者は、請負人が報酬を請求してきたら、それを支払わなければならないものであろうか。本稿は、受領遅滞になったことについても、またその後レストラン側、あるいは請負人側の債務が履行不能になったことについても債権者（旅行社・注文者）側に帰責事由のないこのような場合にまで、債権者に代金ないし報酬の支払を命ずるのは、価値判断上妥当でないと考えるものである。ただ、以上のような例の場合には、たとえば、レストラン側が弁当を作るのに要した材料費分とか、請負人が工事を行うために予め準備に要した費用等については、民法七〇二条を類推適用するとか、それが無理であるならば最終的には信義則を用いて、レストラン側や請負人側にその分の費用の償還を認めるといふことはあつてもよいと考える。以上のような処理をする方が、結果の具体的妥当性という見地からみて妥当なのではあるまいか。

のみならず、民法の危険負担に関する建前からしても、債務者の債務が履行不能となる場合、これにつき彼のみならず債権者にも帰責事由がないならば、原則は危険負担債務者主義（民法五三六条一項）である。右に挙げた事例の場合、受領遅滞中に履行不能となつたとはいへ、受領遅滞について（そして履行不能についても）債権者に帰責事由がないのであるから、これをなお民法五三六条二項に該当するとすること、すなわち、債権者に帰責事由がなくても受領遅滞であつたこと自体が当然に民法五三六条二項における「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」に当たるとすることは無理であるはずである（なお、このように、債権者に帰責事由のない受領遅滞中の履行不能について、これをなお民法五三六条二項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」に該当すると解することには無理があるといふことについては、後に本文でも改めて触れる（↓4参照）。そうだとすれば、それにもかかわらず、民法五三六条一項とは別の、受領遅滞による危険移転という明文にはない効果（根拠）にもとづいて、債権者は受領遅滞に帰責事由がなくても、その後（その間）における債権者・債務者ともに帰責事由のない履行不能の危険を負担すべきであるとするのは、民法が本来危険負担について考えていること（すなわち、履行不能に債権者の帰責事由がなければ五三六条一項を適用し、債権者にそれがあれば五三六条二項を適用する）に反することになるのではあるまいか。以上につき、我妻・新訂債権総論二四一頁以下、同・債権各論上巻一一二頁、さらには幾代通「債権者遅滞（受領遅滞）をめぐって」月刊法学教室五三三号（昭和六〇年）一八頁（本論稿は後に、同・民法研究ノート（昭和六一年、有斐閣）一四五頁以下に収録）の中で展開されている叙述内容参照。これに対し、ドイツにおいては、当事者の一方が負担する給付が、相手方が受領遅滞にある時に、自己の責に帰すべからざる事由によつて不能となる場合にも債権者は危険を負担しなければならない旨の規定——ドイツ民法三二四條二項。なお、本条の約文については、椿寿夫『右近健男編・ドイツ債権法総論

(昭和六三年、日本評論社) 二二〇頁参照——や、請負契約の場合において、注文者が受領遅滞に陥るならば危険は彼に移転する旨の規定——ドイツ民法六四四条一項二文——があるので、前記の事例のような場合には、これらの規定によって債権者(旅行社や注文者)が危険を負担すべきことになると思われる。Vgl. Medicus, a. a. O.

(6) 星野・民法概論Ⅲ一三五頁、一三七頁。

(7) 受領遅滞に債権者の帰責事由がある場合にその間に履行不能が生じたら、それはなお債権者の責に帰すべき履行不能といえる、という考え方は、すでに我妻博士のつとに主張されるところである。すなわち、我妻博士は周知のように、受領遅滞の成立には債権者の帰責事由を要するとの立場(債務不履行説)を採られるが、この立場を前提にして、受領遅滞後の履行不能の場合についての考え方に言及され、「履行の提供があるにも拘らず受領されない間に不可抗力によって履行不能となった場合にも、その受領されなかったことが債権者の責に帰すべき事由に基づくときは、なお債権者の責に帰すべき履行不能である」とみるべきであるとされる。我妻・債権各論上巻一一二頁(すでに同・新訂債権総論二四二頁でもこのことについて述べておられる)。

なお従来は、受領遅滞後の履行不能の場合にも、なお債権者の責に帰すべき履行不能(民法五三六条二項)となるかという問題と、受領遅滞の効果として債権者への危険移転が認められるかという問題とは同一のものであるという前提に立って(すなわち、前者の問題が後者の問題であるという前提に立って)、受領遅滞に基づく危険移転ということを論じているものや(前注(4)で、このような考え方に立つ(ないし、立つと思われる)ものとして挙げた諸文献のほか、さらにたとえば、浅井・法律叢七卷三八頁(註一五)——なお、同教授の「労働契約の研究」では一九五頁註一五、「労働契約の基本問題」では二〇三頁注(15)、「改訂増補労働契約の基本問題」では二三五頁注(15)、小池隆一・債権法総論(昭和二十九年、泉文堂)一四五頁、片山金章「受領遅滞(債権者遅滞)」民法演習Ⅲ(債権総論)(昭和三十三年、有斐閣)六二頁以下、永田菊四郎・新民法要義(第三卷上債権総論)(昭和三十六年、帝国判例法規出版社)一三三頁、三島・総合判例研究叢書民法(四九頁以下、明石三郎・債権法要論(昭和三十八年、有斐閣)一九一頁、金山正信・債権総論(昭和三十九年、ミネルヴァ書房)一一三頁、など)、これを解説しているもの(たとえば新田孝二「受領遅滞—民法講座4債権総論(昭和六〇年、有斐閣)一〇〇頁注(29)における我妻説の理解。幾代・前掲書一五九頁もこれに属するか)がみられる。これらによれば、不受領または受領不能について債権者に過失がある場合には債権者への危険移転の効果が生じ、その後には不可抗力にもとづく履行不能が生じても民法五三六条二項によって債権者が危険を負担するとか、受領遅滞に債権者の過失を伴わなくても、受領遅滞後の不可抗力による履行不能も五三

六条二項にいう債権者の責に帰すべき履行不能といえるから、受領遅滞には危険移転の効果が生ずると解すべきである、といった趣旨の叙述がなされ、あるいは、受領遅滞による危険移転ということについて、そのように理解・解説される——たとえば新田上掲論文上掲箇所は我妻説について右の前者の趣旨に理解し、これを紹介・批判する——。

けれども、本稿は、本文の叙述からもわかるとおり、右の二つは一緒くたにされるべきものではない、との前提に立つものである。というのは、受領遅滞による危険移転を認めるという場合には、受領遅滞があるとこれによって危険が債権者に移転するから、その後に履行不能が生じたならば、すでに生じている危険移転の効果によって債権者が危険を負担する、と考えるものはずである。すなわち、これは受領遅滞ないし弁済の提供から生ずる効果を問題にするものである。したがって、根拠条文としては民法五三六条二項そのものではなく、むしろ四一三条ないし四九二条の問題であると思われる(1の注(5)参照)。これに対し、受領遅滞後の履行不能の場合にもなお債権者の責に帰すべき履行不能(民法五三六条二項)になるかという問題は、受領遅滞であったという事実が民法五三六条二項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」に当たるといえるかどうかを問題とするものである。すなわちここでは、受領遅滞の効果としての危険移転ということではなしに、五三六条二項そのものの適用の可否を正面から問題にするものである。したがって本稿は、右の二つのことを一緒くたにして論ずることは正しい議論のしかたではないと考える。確かに、民法五三六条の適用が問題となる場面において、原則は五三六条一項であるが債権者に帰責事由があれば彼に危険が移転して同条二項が適用される、という表現が今日でも慣用的に用いられることがあるけれども、このことと、本来の意味での受領遅滞による危険移転(を認めるべきか)という問題とは意識の上では嚴格に区別しておくべきものと考える(民法五三六条二項の帰責事由を充たせば債務者から債権者に危険が移転する、と表現される場合、それはあくまで言葉の問題——言葉のあや——であって、その実質は、ただ単に、債権者に帰責事由がなければ原則規定たる民法五三六条一項が適用になり、債権者にそれがあれば五三六条二項が適用される、というだけのことであると考える)。そこで、本稿ではこれを正面から区別して論ずるものである。

なお、このように、受領遅滞による危険移転ということと、受領遅滞中に履行不能となったことが民法五三六条二項に該当するかということとは区別すべき問題であると考えられるすると、通説における法律構成としては、さらに、この後者の方の問題に着目した構成も考えられる可能性があるが、このことについては後に4で検討する。

(8)

ちなみに、このことは、我妻博士を代表とする伝統的な債務不履行説の立場では当然にいえることである。という

のは、伝統的な債務不履行説の立場では、受領遅滞に債権者の帰責事由がなければそもそも受領遅滞は成立しないから、ここにおいて受領遅滞による危険移転ということはありえず、また、受領拒絶もしくは受領不能に債権者の帰責事由がある場合に(つまり、伝統的な債務者不履行説の立場でいう受領遅滞の場合に)、その後において不可抗力による履行不能が生じたならば、それは債権者の責に帰すべき履行不能(民法五三六条二項の問題)として扱うのだからである(たとえば、前注(7)にも挙げた我妻・新訂債権総論二四二頁、同・債権各論上巻一一二頁、参照。なお、すでに奥田・注釈民法(10)二五八頁も、伝統的な債務不履行説では「受領遅滞による危険の移転ということをいわないで、もっぱら536条2項の問題とすることになる」と解説する)——ただし、本稿は、債権者の責に帰すべき履行不能として取り扱うという意味は、「債権者に帰責事由のある受領遅滞であったこと」によって結局履行不能となったのだから、これも民法五三六条二項にいう「債権者の責に帰すべき事由」による履行不能といつてよいということであると理解するものである。債権者に「帰責事由」ある受領遅滞中に「履行不能」となったのだから、これを端的に「債権者の責に帰すべき履行不能(五三六条二項)」として取り扱うということも考えられるけれども、事態は、債権者の帰責事由が直接に履行不能に寄与したというものではない。あくまで「債権者に帰責事由のある受領遅滞」ということがあったから、そのことが原因で履行不能が生じた(かかる受領遅滞がなければそもそも履行不能は生じなかった)というものである。したがって、「債権者の責に帰すべき受領遅滞」によって履行不能が生じたので、これをも債権者の責に帰すべき履行不能に当たるとみる、と言う方が素直であり、我妻説の意味もこれであると理解するものである——。

本稿は、受領遅滞の成立について伝統的な債務不履行説に立つ場合だけでなく、法定責任説の立場や、星野教授のように効果の面からまず考えるという立場に立つ場合であっても、もはや受領遅滞の効果としては債権者への危険移転ということをいふべきではないと考えるものである。

なお、受領遅滞の法的性質につきいわゆる折衷説(ないし中間説、すなわち、「引取」と「受領」とを區別し、一般的には受領義務を認めないが、売買・請負・寄託の場合に限り、信義則にもとづく附随義務として買主・注文者・寄託者に目的物を現実に引き取る義務を認める説)に与えられる水本教授は、近時、「たとえば、AがBの作業場で数日働く契約が成立したので、AはBの作業場に赴いたが、Bが作業の日取を忘れて旅行に出た(Bの受領遅滞)。Aは作業に着手できずにいたところ、間もなく不可抗力で右作業場が焼失した場合には、Aは賃金請求権を有すると解すべきである。この場合は、受領遅滞が危険負担の移転をもたらしていると考えられないこともないが、五三六条二項が適

用される。こうして、結論としては、危険負担の移転は受領遅滞の効果でも弁済提供の効果でもなく「五三六条によって処理されるといえる、としておられる（水本浩・債権総論（平成元年、有斐閣）六八頁）。しかし、この例は、危険移転が受領遅滞の効果でないとするために挙げる例としては必ずしも妥当でないと考ええる。というのは、この例において民法五三六条二項が適用されるとするには二つの構成の可能性があると考えられるからである。その一は、債権者に帰責事由のある受領遅滞中に履行不能が生じたのだから、「債権者に帰責事由ある受領遅滞」が民法五三六条二項の帰責事由を充たすと考える方法。その二は、この例では労働債務が問題となっており、労働債務には時間の要素との結び付きがあるので、BはAが旅行に出たことにより時々刻々と履行不能となる。そして、BがこうなるについてAに帰責事由があるのだから、Aの責に帰すべき履行不能として直接五三六条二項が適用になる、と考える方法。

第一の考え方の場合には、本文において、受領遅滞による危険移転という効果を否定する際にすでに述べたとおり、債権者に帰責事由のある受領遅滞中の履行不能なのだから敢えて受領遅滞による危険移転とする必要はないとして、受領遅滞によるこの効果を否定する議論となりうると思われるが、第二の考え方の場合には、かかる議論とはならないと思うのである（この意味については、第二節および、すぐ後に本文で奥田教授の見解を検討する中で、明らかにする）。そして、本稿は、水本教授の挙げられる右の例の場合の解決の仕方は、第二の考え方によるべきだと思う（第二節参照）。したがって、受領遅滞に危険移転の効果はないことを論ずる場合に挙げる例として、これをふさわしいものと考えないのである。

3 奥田教授の理論構成について

(1) ところで、近時、奥田教授が通説の立場からの明快な法律構成を提示しておられることは先にも述べた通りである。奥田教授は、特に雇用・労働契約の場合を念頭において受領遅滞と危険負担との関係を論じておられる。教授は、雇用・労働契約が一般には継続的契約関係を形成するものであり、かつ、そこでは労働者の債務（労務給付）に時間の要素との結び付きがある点を考慮して所説を展開される。奥田説を工場の焼失・資材の中絶といった休業の事例に当てはめて紹介するならば、つぎのとおりである。――

工場が焼失し、あるいは、資材が中絶してしまひ使用者が労働者の就業を受け容れることができないという事態は(領域説によつて)受領遅滞と評価すべきである。そして、受領遅滞には債権者への危険移転の効果が認められる。他方、雇用・労働契約では労働者の債務は時間の要素と結び付いているから、使用者の休業によりその間に給付をすることができないところの労働者の債務は、直ちに不能を来していくと解さなければならぬ。雇用・労働契約における労働者の債務は、同じものを後に繰り延べて給付できるという性質のものではなく(勞務給付の絶対的定期行為性)、のちに再び働くことができるようになったとしても、そこにおいて彼の給付する債務はまったく別の新たなものである。再び働くことができるまでのあいだ、彼の債務は時の経過とともに時々刻々履行不能となつていくのである。したがつて、要するに、休業の場合の危険負担問題を処理するに当たつては、労働者の勞務給付についての使用者の受領遅滞が、直ちに労働者の勞務給付についてその履行不能を生じさせるものとして事態を捉えることが妥当であり、それゆゑ、結局ここでは、労働者は、使用者の受領遅滞が続く限り受領遅滞中の履行不能(受領遅滞による危険移転直後の履行不能)を理由として、(現実の労働をなさずして)賃金請求権を保持することができるのである。もしも受領不能が永續するようであれば、使用者としては雇用・労働契約關係を民法六二八条によつて終了させるはかばかしい。⁽¹⁾

それでは、この奥田教授の見解をどのように考えるべきであらうか。2において通説の理論構成を対象として本稿の考えるところを述べた際には、雇用・労働契約における特質を顧慮してないところの、すなわち、雇用・労働契約が一般に継続的契約關係を形成するものであり、かつ、そこでは時間というものが重要な要素をなす点を顧慮してはいないところの通説の理論構成に即して叙述を行った。けれども、実は本稿も、休業の場合における危険負担問題の処理を考える際には、雇用・労働契約における右の特質を顧慮し、問題の処理に際して着目すべき履行不能として、休業により労働者が現実に労働できない間、彼の勞務供給債務が時々刻々と履行不能となつていくと

いう意味での履行不能を考えるべきであるとの見方に賛成するものである。従来学説において行われてきた議論では、休業の場合における危険負担問題の処理を考える際にも雇用・労働契約における右の特質を顧慮することなく、ともすると「履行不能」を単に漠然と捉えていたきらいがあった。すなわち、従来ほとんどの論者は、患者の死亡のような一回的な契約関係における事例と工場の焼失・資材の中絶といった継続的な、しかも労働契約関係に属する事例とを一緒くたにして論じ、これらの場合が受領遅滞であるのかそれとも「履行不能」であるのかを問題としてきたのである。しかし、工場の焼失・資材の中絶といった休業の場合については、これは正確には正しい問題設定の仕方ではないと思われるのであって、ここでは危険負担問題の処理を検討するに際して着目すべき「履行不能」をより細かく考えていかなければならない。労働者の給付すべき債務が時間の要素と結び付いているために労働者が実際に労働できない間、彼の債務が時々刻々と履行不能となると考えられるところの休業の場合にあっては、この意味での履行不能に対して労働者は対価を請求できるのかどうか問題となるはずであり、これこそが危険負担の問題だと考えられるのである。³⁾

そうだとすれば、本稿としては、先に2で述べたところだけでは、休業の場合における危険負担問題の処理に対する考え方としてなお不十分なものがあることをここで認めなければならぬ。2では、休業の場合における危険負担問題を検討するに際して着目すべき履行不能を、患者の死亡のような場合において問題となる履行不能と同一のレベルで捉える前提の下で考え方を提示したのだからである。³⁾そこで、以下では、奥田教授の所説に焦点を当てながら、休業の場合における危険負担問題の処理について本稿の真に考えるところを述べてみたい。

(2) さて、右のように本稿は、奥田教授が工場の焼失・資材の中絶といった休業の場合における危険負担問題の処理を考えるに当たり、雇用・労働契約関係が一般に継続的契約関係に属し、かつ、そこでは労働者の債務に時間の要素との結び付きがあるために、問題の処理に際して着目すべき履行不能として、休業により労働者が現実に労

働できない間、彼の労務供給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を考える点を高く評価し、これに賛同する。しかし、問題はその先であり、危険負担問題を処理するために奥田教授のように受領遅滞という評価を介在させていくことが適切であるのかどうかである。本稿は、先に、受領遅滞中の履行不能というのは、たとえば患者の死亡の例でいえば、患者側が手術当日になってそれを拒み、あるいはやむを得ない事情で当日病院に行けなくなり、そうこうする間に患者が死亡するという場合のように、時間的にいつてまず受領遅滞が先行し、そのあとに履行不能が生ずる場合を指すというべきであるとした。では、工場が焼失するとか資材が中絶するといった休業の場合には、右のような典型的な形での受領遅滞中(受領遅滞後)の履行不能という現象が生じることが果たしてあるのであろうか。このことについて改めて考えてみると、その可能性はきわめて薄いのではないかと思われる。というのは、たとえば、患者側が手術を拒んだのちに死亡するという例に工場が焼失するという事例を対応させていえば、使用者が不当に労働者の労務給付の受領を拒絶している間に工場が近隣の火事に巻き込まれて焼失するというのが、たとえばその例に当たると思われるのであるが(この例は2で通説の理論構成を検討したときにもすでに挙げたものである)、しかし、このケースにおいては、工場が焼ける前にも、すなわち使用者が労務給付の受領を拒んでいる間にも、労働者の債務は時々刻々と履行不能となるはずであるから、ここにおいてすでに危険負担の問題が生ずると思われる。そして右の例では、そうこうするうちに近隣からの出火により工場が焼失してしまうわけであるが、工場が焼失するという出来事は、それ以前に使用者による労務の受領拒絶があったかどうかとは無関係に生じたことである(使用者の受領拒絶と工場焼失との間には因果関係はない。つまり、使用者の受領拒絶があったから工場焼失が生じたというものではない)。この点において、まず患者側が手術を拒み次いで死亡するという例や、たとえば、特定動産の売買において当事者が危険移転の時期をたとえば引渡(あるいは受取)のときと特約しているときに買主に受領遅滞があり、その間に売買目的物が両当事者の責に帰すべからざる事由より滅失してしまった(こ

ここでは買主の受領遅滞と履行不能との間に因果関係が認められる、という場合と異なるものである。そこで、工場の焼失以降のことについては、今度は、工場が焼失してしまったのでその間の危険負担はどのようなのかを考えていくべきことになろう（工場が焼失してしまったので労働者の労務給付は時々刻々履行不能となっていくけれども、労働者は報酬を請求することはできるのかどうかの問題が生ずる）。そして、工場の焼失以降についてのこの問題状況は、単に工場が焼失した場合のそれとまったく同一である。このようにみてくると、まず使用者が労務給付の受領を拒み次いでその間に工場が焼けるという場合においても、そこで生じるのは、まず患者側が手術を拒み（あるいはやむを得ない事情で当日病院に行けなくなり）、そうこうする間に患者が死亡する、という場合とパラレルな現象ではないといわなければならない。⁽⁸⁾

ところで、そうだとすると、工場が焼失するなど、要するに休業の場合において生ずる受領不能という意味での受領遅滞中の時々刻々履行不能（あるいは、使用者が労務の受領を拒んでいるので労働者が現実には働くことができないという場合に生ずる、受領拒絶という意味での受領遅滞中の時々刻々履行不能）という現象は、これをどのようなものとして捉えるべきなのであろうか。すなわち、右のような現象をも、通常一般に受領遅滞中の履行不能という現象として想定される事態、したがって即ち、受領遅滞による危険移転という効果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一に取り扱うことは適切なものであろうか。

思うに、休業のために使用者が労働者の就業を受け容れられない場合には（あるいは、使用者の労務受領拒絶のために労働者が現実には就労できない場合には）右のように受領不能という意味での（あるいは受領拒絶という意味での）受領遅滞中の時々刻々履行不能という現象が生ずるけれども、これを受領遅滞による危険移転という効果を——それを認めるべきかどうかを含めて——論ず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（これまでに挙げてきた例でいえば、患者側がやむを得ない事情から当日病院に行けなくなり、あるいは患者側が手術を拒み、そうこうす

る間に患者が死亡するという場合)と同一視し(これに相当するものとして取り扱い)、これに受領遅滞による危険移転の効果を結び付ける試みは妥当でないといふべきである。確かに労働者は、休業がなければ(あるいは使用者が労務の受領を拒まなければ)その間現実に働くことができたはずである。したがって、確かにこの意味では、使用者の受領遅延と労働者の履行不能とのあいだに因果関係がある。しかし、これは、労働債務には絶対的定期行為という性質があるために、使用者の受領遅延中に必然的に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関係である。したがって、ここでの法的状況は、受領遅延の後に履行不能が生ずるというよりも、受領遅延の進行と歩を同じくして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もの、すなわち、使用者側の受領遅延状況を敢えて受領遅滞と表現するならば、これと時々刻々履行不能とが同時に、かつ、双方が独立して成立・存在し合う関係であると見るのがむしろ素直であると思われる(つまり、受領遅滞中にたまたま不可抗力で債務者の債務が履行不能となるという場合、すなわち、そのような意味で受領遅滞と履行不能との間に因果関係のある場合、とは違う)。工場焼失の場合では、労働者はその後において工場の操業が再開され、再び使用者の下で働くことができるようになるまでの間(あるいは使用者の受領拒絶の場合では、使用者が拒絶を解いて再び労務を受け容れるまでの間)時々刻々と履行不能となるのである。他方、この間の使用者側の状況は、敢えていえば、受領不能という意味での(あるいは受領拒絶という意味での)受領遅滞であるというだけの関係にすぎないとするのが素直であると思うである。そうであれば、この種の受領遅延中の履行不能は、受領遅滞による危険「移転」という効果を考えることにそもそも馴染みにくいのではあるまいか。

ところで、奥田教授の見解は、工場が焼失してしまい、あるいは、資材が中絶してしまって使用者が労働者の就労を受け容れることができないといった状態を受領遅滞中に時々刻々と履行不能が生ずる場合であると把握し、まさにこれを受領遅滞による危険移転の効果を結び付けるものである。すなわち、休業の場合に生ずる現象(受領不能

という意味での受領遅延中の時々刻々履行不能)を、まず受領遅滞が生じ、次いでかくする間に履行不能が生ずるといふ意味での受領遅滞中の履行不能と同一に取り扱うことを前提とするものである。そうだとすれば、このような奥田教授の理論構成は、本来そもそも受領遅滞による危険移転という構成に結び付けることに親しみにくい現象(受領遅延中の時々刻々履行不能)にこの構成を結び付けるものであり、結局不自然ないし擬制にすぎると評価せざるを得ない。

以上のように考えてくると、休業の場合には——敢えていえば受領遅滞と労働者の時々刻々履行不能とが併存しているだけの関係であり、これについて受領遅滞による危険移転ということを考えることは適切でなく、また、使用者側が置かれている受領不能という意味での受領遅延という状態そのものからは危険負担についての結論は何も引き出されてはこないのだから——この場合の危険負担問題の処理については、休業の間に労働者が時々刻々と履行不能となるという点にのみ着目し、この意味での履行不能に対して使用者は賃金を支払わなければならないのかどうかを考えていくべきものと思われる。

これが、工場の焼失、資材の中絶といった休業の場合における危険負担問題の処理に対する本稿の基本的な方向・態度である。

しかし、以上のようにいうだけでは、なお奥田説に対する批判として不十分であるとの評価がありうるかもしれない。なぜなら、たとえば工場の焼失の場合において、先ず使用者の受領拒絶があり次いで工場が焼失する場合でも、そこで想定しうるのは常に、受領拒絶という意味での受領遅延の進行と同時に、そして焼失以降については受領不能という意味での受領遅延の進行と同時に、労働者の債務の履行不能(時々刻々履行不能)が生じていくという現象だけであるから、労働契約の場合にあっては、受領遅滞による危険移転という効果を考える場合に念頭に置く

べき受領遅滞中の履行不能とは、まさにこのような、使用者が労働者の就労を拒絶しているので労働者が仕事に就けないという間に、あるいは工場が焼失してしまって使用者が労働者の就業を受け容れることができないという間に生ずる現象のことを指すというべきである、との考え方が主張される可能性もあるかもしれないからである。この考え方が成り立つ場合には、奥田教授の見解には立論の根拠が存在することになり、したがって、奥田説を批判するためには、さらに、休業の場合において生ずる受領不能という意味での受領遅滞中の時々刻々履行不能という現象を、受領遅滞による危険移転という効果が論じられる際に通常一般に念頭に置かれるところの受領遅滞中の履行不能と同等のものとして取り扱うことが認められるとしても、なお危険負担問題の処理のために受領遅滞を介させることは適切でないことを論証しなければならぬであろう。この点に関する本稿の立場は、つぎの(3)である。

(3) もし仮に、休業の場合において生ずる受領遅滞中の時々刻々履行不能という現象について、右のように取り扱うことが可能であるとしても、なお奥田教授の見解は、「受領遅滞による危険移転」という効果を肯定する前提の上に組み立てられているものである。しかし、「受領遅滞による危険移転」という効果を認めること自体に疑問がある(これについては、先に2の(2)で述べたところがそのまま当てはまる)。そうだとすると、休業の場合に生ずる現象を右のようなものとして捉え得たとしても、結局、「受領遅滞」という使用者側の状態は、危険負担の問題を処理するに当たり、着目する意味のない「事実状態」なのであり、したがって、危険負担問題の処理に当たっては、結局は、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行なうべきものと思われる。

(4) もっとも本稿は、実のところ、右の(3)のような議論はこれを展開するまでもないと考えられるものである。というのは、先ず使用者の受領拒絶があり、次いで工場が焼失する場合にも、そこで想定しうるのが、常に受領遅滞の進行と同時に労働者の債務が時々刻々と履行不能となるという現象だけであるとしても、なぜ、このような現象を、通常一般に受領遅滞中の履行不能といわれる事態と同一視すべきである、とすることに論理的につながりうるのか。

このことが大いに疑問であると思われるからである。いいかえれば、使用者が受領拒絶後に受領不能となる場合にも、受領拒絶という意味での受領遅延の進行と同時に、あるいは、受領不能という意味での受領遅延の進行と同時に、労働者の債務が時々刻々と履行不能となるといふ現象があるのみであることが、果たして受領遅延中の時々刻々と履行不能という現象を通常一般に受領遅滞中の履行不能といわれる事態と同一視しうることの理由付けとなりうるのかは大いに疑問だからである。

注

(1) 奥田・債権総論(上)二二九頁以下、同・注釈民法(10)二六〇頁以下。

(2) したがって、問題設定のしかたという点についていえば、「工場の焼失とか患者の死亡などの場合における危険負担問題を処理するについては、事態を受領遅滞と評価していくべきなのか、それとも、履行不能と評価し(患者の死亡のような場合)もしくは債務者が時々刻々と履行不能になるといふ点にのみ着目していくべきなのか(工場焼失のような場合)」と問うのが正しい問題設定のしかたであると考ええる。

(3) 雇用・労働契約が一般には継続的契約関係であり、かつそこでは労働者の債務(労務給付)に時間の要素との結び付きがある点については、すでに浅井・法律論叢七巻八号二二二頁(なお、八木「労働契約の研究」一七八頁、浅井「労働契約の基本問題」八九一頁、同「改訂増補労働契約の基本問題」二二二頁)も指摘しているところである(浅井教授はこの指摘を、ドイツにおいてP. Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP, Bd. 116, S. 11f. がすでに述べているところを参考にして叙述しておられる)。しかし、浅井教授は、危険負担の問題を実際に議論する中では、工場の焼失のような場合と患者の死亡のような場合を同一レベルに置いて論じ、それが受領遅滞(受領不能)か「履行不能」(浅井教授は給付不能という表現を使っておられるが)かを問題にしておられるのみである。この形での議論のしかたが、わが国では後々引き継がれてきたのである。

なお、今日の労働法学者の中では、下井隆史教授が労働債務の絶対的定期行為性に積極的に着目され、労働債務におけるこの性質を論旨の基礎に据えて、すでにいち早く「休業と賃金請求権」の問題に関して危険負担論を展開してこられている。下井説については、後に改めて取り上げる(第四款)。

(4) したがって、たとえば台風により数日間停電が生じ、その間機械を稼働させることができない事態が生ずる、というような場合のことを考えても同じである。要するに、使用者側の協力行為(工場の設備ないし建物そのものを整備・維持すること、原料や資材を調達すること、電力を確保すること、など)が不能となつてしまい、それゆえ労働者には債務履行の用意(能力および準備)はあるにもかかわらず、現実には就労することはできない、という場合のことである。

(5) そして、この場合の処理については、受領遅滞概念を介在させることなく、労働者が時々刻々と履行不能となつていくということと、債権者に帰責事由があるという点にのみ着目して、端的に、民法五三六条二項を適用すればよいと考える(この点に関するより詳しい議論は本章第二節参照)。

なお、近時、たとえば、小野秀誠「行為給付と危険負担(二・完)」商学論集(福島大学)五一巻三号(昭和五九年)一五七頁以下、半田吉信「危険負担」民法講座第五巻契約(昭和六〇年、有斐閣)一〇七頁においても、右の趣旨の考え方が展開されている。ただし、次注(11)参照。

(6) 星野・民法概論Ⅲ一三五頁は、かかるケースについて、「受取」のときという言葉を用いておられるので、ここでは、契約において危険移転の時期が「引取」のときとされている場合だけでなく、「受取」のときとされているという場合も考慮の対象に置いておく。

(7) もっとも、ちなみに、このような場合における危険負担問題を処理するについては、これを、当事者間の特約の解釈の問題として処理すれば足り、したがって、そもそもここでは、このような意味で、受領遅滞と危険負担との関係について考える必要はないのではないか、と思われる。より詳しくいうと、こうである。現実には引渡(あるいは受取)がなされたあとでは、買主が危険を負担すべきであるということ——当事者に特約がない場合に、危険はいつ債権者に移転するかの問題についていかなる立場に立とうとも——当然に認められるところであろう。そうだとすると、引渡(あるいは受取)のときに危険が移転するという特約については、これを、当事者がこの当然のことを確認・約束したものと解釈するよりは、むしろ、引き渡すべき時期(受け取るべき時期)が来たら、それ以降は買主が——目的物を現実を受け取らなくても——危険を負担する、という趣旨であると解釈するのが、一般に合理的である。そうだとするならば、買主の受領遅滞後に目的物が不可抗力で滅失したという場合の処理も、理論上は、右のような意味を持つものと解釈できる。右の右のような特約上の問題として行われるということになるのである。それ以上のもではない。そうであるならば、ここでは、買主の受領遅滞という事実は、危険負担問題を処理するについて、理論

上は、直接には顧慮する必要のない事実である、といえるのではあるまいか（すなわち、受領遅滞による危険移転という効果についていえば、ここではこれを、右のような意味からも、考える必要はないといえるのではあるまいか）。

(8) なお、工場の焼失ということについて、もしそれが、使用者が不当に労働者の就労を拒んできたために工場内の整備・点検が疎かとなり、そのために工場内から出火したというような場合であれば、それは、受領遅滞と工場焼失との間に因果関係のある場合だということになるであろう。ただ、このような場合にあっては、危険負担問題の処理に關しては、つぎのように考えればよいと思われる。すなわち、使用者の受領拒絶中に生ずる問題については、前注(5)において述べたように処理すればよい。また、工場の焼失後における労働者の賃金請求権の問題に關しては、右のような事情にもとづく焼失の場合には、それを直接に、使用者の責に帰すべき事由により、工場の焼失という事態が生じた場合（すなわち、使用者が自己の過失で、労働者の履行不能という事態、すなわち労働者が時々刻々と履行不能となるといふ事態を招いた場合）として捉えれば足りる（つまり、ここでも、直接に民法五三六条二項を適用できると思われる）。

そうだとすれば、右のような場合には、受領遅滞と工場焼失との間には一応因果関係はありと考えられるものの、結局やはり、危険負担問題の処理にとつて、受領遅滞はこれを考慮する必要のないものと考えてよいと思う。

(9) この点については、実は奥田教授ご自身も、不自然の感を抱かれているところである。すなわち、「労務給付についても受領遅滞により、その時から危険が債権者に移転すると同時に、その時より受領遅滞の続く限り時々刻々生じているところの労務給付喪失の危険は債権者が負担する」と解しても何となく不自然な感じは受ける。「普通、受領遅滞による危険の移転という言葉でうけとられる事態は、受領遅滞が即、履行不能に転化するといった場合ではなく、受領遅滞後に労働者の責に帰すべからざる不慮の事故などで労務給付をなしえない状態となった場合——使用者の方で受領遅滞の状態を除去して履行を求めたとしても履行をなしえない場合——であろうと考えられるからである」とされているのである。奥田・法学論叢九四卷五・六号一九八頁注(4)。

なお、ちなみに奥田教授は、右のように、「普通、受領遅滞による危険移転という言葉でうけとられる事態は、……受領遅滞後に労働者の責に帰すべからざる不慮の事故などで労務給付をなしえない状態となった場合……であろうと考えられる」としておられるが、このような場合が、果たして常に、普通、受領遅滞による危険移転という言葉で受けとられる事態に当たると言い切れるかについては、一步踏み込んで考えてみると疑問がある。というのは、受領遅滞後に不慮の事故に遭うといつても、これが、使用者の受領遅滞がなければ、本来その時間には使用者の下で就労し

ていたであろうという時間内(本来の勤務時間中)に労働者が交通事故に遭い、怪我をして入院したという場合ならまだしも、この事故が、通常の勤務時間外のもの(たとえば、労働者が使用者の受領遅滞がある場合に夜間外出した折に交通事故に遭ってしまう場合)であるならば、これは、受領遅滞があったために事故に遭ったものとは言えないであろう(つまり、受領遅滞と労働者が履行不能になったこととの間に因果関係はない)。また、使用者に受領遅滞があるために、労働者がしかたなく他に一時的に働きに行つて、そこで不慮の事故に遭い、一時入院しなければならなくなつてしまつたというような場合では、——ここではもちろん、受領遅滞と履行不能との間には因果関係は認められるけれども——もし使用者に、受領拒絶ないし受領不能について帰責事由がある場合ならば、労働者は、この間に時々刻々と履行不能となることに対して、民法五三六条二項を根拠として賃金を請求できると思われるので(前注(5)参照)、少なくとも理屈の上では、他に働きに行かなくてもよい状態のわけである(もちろん現実には、右のような場合にわざわざ労働者が他に一時働きに行くというのは、当面すぐに生活費を必要とするからのはずではあるが)。そこで、かかる場合も、これを、普通、受領遅滞による危険移転という言葉でうけとられる事態の一つである、と言つてしまつてよいのかには、若干の疑問が生ずるのである。

このように考えてくると、奥田教授が、普通、受領遅滞による危険の移転という言葉でうけとられるのは上記のような事態であるとされる点は、常に必ずしもそれが妥当であるとも限らないのではないか、と思われるのである(なお、労働者が、一時的に他に働きにいった先で不慮の事故に遭つてしまうという場合に、そこでの使用者との関係で、賃金ないし損害賠償が取れるかどうかという問題ももちろんあるが、もとよりこれは別問題である)。

(10) なお、工場の焼失により操業ができなかつた場合が、敢えていへば受領不能という意味での受領遅滞であるという点について、なぜそのように言えるのか説明が必要なのではないかとの疑問が生ずるかもしれない。しかし、これについて敢えて説明をしておく実益はないと思われる。というのは、かかる場合が「受領遅滞」であるということ、危険負担問題の処理と直接結び付かないのだからである(すなわち、本文で述べたわれわれの考え方からすれば、工場の焼失といった場合における状況を受領遅滞と言うかどうかは、危険負担問題の処理にとつて、どうでもよいことと考えられるからである)。問題をより敷衍していへばこうである。すなわち、使用者側の状況において「受領遅滞」であると言ふことに意味があるのは、それに結び付く何らかの「効果」が考えられる場合においてであろう。とすれば、工場の焼失といった場合において「受領遅滞」に結び付きうる効果にはいかなるものが考えられるか。危険負担はこれに結び付かない。これ以外の効果について考えてみても、ここでは「受領遅滞」と結び付きうるようなそれは考え

にくいように思われる。たとえば、労働者が債務不履行責任（履行遅滞責任）を免れるという効果について考えてみても（一応、この効果は受領遅滞の効果でもあると前提してである）、工場焼失のような場合には、労働者の（彼に帰責事由のない）履行遅延は、即時に（彼に帰責事由のない）履行不能を来していくのだから、このように彼の債務が時々刻々と履行不能となっていくことの結果として、彼は自らの債務を時々刻々と免れていく、と考えることが妥当だと思われる。とすれば、この場合、労働者が「履行遅滞」という意味での債務不履行責任を免れるか、という問題にはそもそもならない、もしくは、これを考える必要はない、というべきものと思われるのである。その他、受領遅滞の効果として通常挙げられるものも、ほとんど、いわゆる与える債務の場合を念頭に置いたものであり、工場の焼失といった場合には問題とならないものである。さらに、ちなみに、受領遅滞について債務不履行説や星野説のような立場をとれば、工場の焼失につき債権者に帰責事由がある場合には、受領遅滞にもとづく損害賠償という効果のことが頭に浮かぶであろうが、これも——仮に、受領遅滞にこの効果を認めるとしても——ここでは具体的には考えにくいように思われる（以上につき、さらに第三章および同章注（6）、参照）。

そうだとすれば、事態を、使用者側の「受領遅滞」と表現することに、あまり意味はないということになるのである。ただし、事態をそのように表現することには、使用者側の置かれている状況（すなわち、受領不能という意味での受領遅延状態にあること）をひとことと言い表す手段としては、かえってわかり易いものがあると思われる。本文において、使用者側の状況は、これを敢えていえば受領遅滞である、と述べたのは、この意味を込めたものである。

ただ、「具体的な効果と結び付かなくても、受領遅滞の成立要件を備えていれば受領遅滞とはいいうるので、なぜ使用者側はその要件を備えているといえるのか説明せよ」というのであれば、もちろん、それについての説明手段は持ち合わせている。ちなみにそれを述べれば、つぎのとおりである。すなわち、まず、領域説を用いて工場の焼失といった場合を受領遅滞と説明することは、本稿の考えでは妥当でない。なぜなら、領域説での関心事は、給付障害原因が債権者・債務者いずれの領域に存するといえるか、であるから、これによれば、工場の焼失といった事態ばかりでなく、たとえば患者の死亡のような一回的な契約関係の事例をも、受領遅滞と評価しなければならぬことになり、このことは、患者の死亡のような場合についての危険負担問題の処理にとって、かえって不適切な結果をもたらすこととなってしまうからである（患者の死亡のような事例に関しては、債務者が現実に行行ができないのだから履行不能である、とのみ言っておけば足りるのであり、これが、危険負担問題の処理にとって事態の適切な評価なのである。なおこの点は、もし領域説について、柚木・判例債権法総論上巻一七四頁、柚木Ⅱ高木・判例債権法総論〔補訂版〕

一五八頁に代表される立場(第一章の注(8)(参照))をとれば、それは患者の死亡のような場合を履行不能と評価するものであるから、問題を回避できるのではないかと考えられるかもしれない。しかし、かかる立場では、なぜ患者の死亡の場合には受領遅滞でなく履行不能とすることができなのか、つまり、債権者の領域内で発展したまたは結果を生じた受領および協力の障害は、それが一般的に除去しえないものであれば、なぜ受領遅滞でなく履行不能を構成することになるのか、につき、大いに疑問が生ずるところである。この点については、第二款の注(1)(参照)。のみならず、(柚木||高木説も含めて)領域説を採ることの、更により根本の問題は、本款4の注(3)で述べるように、領域説を、たとえば、工場の焼失、資材の中絶といった場合に当てはめるならば、そこでは、「領域説でいうところの履行不能」と、使用者が受領遅滞中に「時々刻々と履行不能となる」ということとの関係いかにについて、きわめて大きな疑問を生ずることである。

そこで、われれの説明の仕方はこうである。まず、受領不能という意味での受領遅滞が成立するためには、①債務の履行につき受領その他債権者の協力を必要とする場合において、債権者が受領不能ないし協力不能の状態にあること、②弁済者(ふつうは債務者)にとつて履行が可能なこと、③債務の本旨にしたがつた履行の提供がなされたこと、という三つの要件が具備されることが必要であると考えられ、これを工場の焼失の場合に当てはめてみると、工場という建物およびその内部の設備等は、債権者(使用者)がこれを整備・維持すべきものであるから、これが焼失してしまっている状態は、債権者の協力不能の状態であるということができ、そこで、①の要件を充たす。③の要件については、雇用・労働契約の場合、「債務ノ履行ニ付キ債権者ノ行為ヲ要スルトキ」に該当すると解されるので、提供は、いずれにしても口頭のその問題となるが、これについては、工場の焼失の場合では、労務提供が無意味なケースとして、これを必要としないとする余地はあるであらう。一番問題なのは、②の要件である。今日の学説上でも、履行が不能なために受領が不能であるという場合には、受領不能という意味での受領遅滞は成立しないことは認められている。にもかかわらず、この要件のことは、今日必ずしも、受領遅滞の成立要件として明示的に挙げられてはいない。しかし、債務者が履行可能なのかそれとも履行不能なのかこそが、まさに受領遅滞(履行可能)と履行不能との分かれ目になると考えられる。学説が認めるように、履行が不能なために受領も不能だという場合には受領遅滞とはならないのであり、この意味は、より詳しくいえば、履行が不能ならば、受領不能としての受領遅滞の成立要件たる「債務者が履行可能なこと」という要件を充たさないから、受領不能としての受領遅滞にはならず、履行不能である、ということのはずなのである。

ちなみに、わが国において、学説が、受領遅滞の成立要件として「債務者の履行可能性の存在」を正面に掲げなかつたことに強く影響を与えたのは、我妻博士の債権総論（昭和十五年、岩波書店）一二九頁以下における叙述ではないかと思われる。我妻博士は、ご自身、履行が不能なために受領も不能であるという場合には受領不能は成立しないことを認めながら、他方、履行可能をもって受領不能成立の前提とすることは一方に偏するとされて、給付を不能ならしめる原因が債権者の支配に属する範囲内の事由にもとづくときは受領不能の効果をも生ずる、とされたのである（これが、同博士の新訂債権総論二二九頁にも引き継がれている）。我妻博士がこのように叙述されたことには、つぎのような原因が考えられる。つまり、あるいは、博士が領域説という考え方の前提を十分に理解されていなかったのではないかということ（すなわち、領域説はドイツにおいて、あくまで、受領遅滞の成立には「債務者の給付（Leistung）」が可能であること」という要件の存在を前提として形成されたものであるが、この点に関する理解の不十分さ）。あるいは、博士が、領域説をわが国に紹介・導入されるに際して、ドイツにおける（領域説において前提とされているところの）「Leistung」という概念の意味と、わが民法における「履行」という概念の意味内容の違いに着目されて、領域説に存在する右の前提に意図的に目をつぶり、領域説という考え方の結果の部分のみを、博士の目指された（と思われる）帰結を導くのに有用なように利用したのではないかということ。おそらく、この後者が原因ではないかと思われる。すなわち、我妻博士は、債権者に帰責事由のある工場の焼失といった場合について、危険負担すなわち賃金請求権の問題に関しては、これを履行不能の観点から捉え、民法五三六条二項の適用によってその解決を図ることを考えられ、しかし他方、それ以上に労働者が損害を被った場合の損害賠償請求権の問題があることを意識されて、これに関しては、受領不能（民法四一三条）の問題として、労働者側に賠償請求権を与えることを考えられたのではないか。そこで、博士は、つぎのように考えられたのではないか。すなわち、領域説という考え方の結論部分を工場の焼失といった場合に当てはめると、これを受領不能と評価できる。そこで、もし使用者に帰責事由のある場合であれば、受領不能にもとづく損害賠償の効果を導くことができる。したがって、債権者に帰責事由のある工場の焼失といった場合には、危険負担については民法五三六条二項によって労働者側に賃金の取得を認めることができ、さらになお彼に損害があれば、彼は受領不能にもとづいて、その賠償を請求できることになる。そして、このように処理することが、一方に偏しない解決である。もし工場焼失といった場合を履行不能とのみ捉えていくのであれば、債権者有責の場合に受領遅滞にもとづく損害賠償の問題を処理することができなくなる。これは危険負担の問題にのみとらわれた、すなわち、危険負担の問題の方だけに偏った解決といわざるを得ない。——このように考えて、博士は領域説

を導入され、工場焼失といった場合には受領不能の効果「をも」生ずるとされたのではないか。すなわち、受領不能の効果「をも」生ずるということの具体的な意味は、損害賠償の効果「をも」生ずるといふことではないか。

いずれにしてもわれわれは、近い将来、受領遅滞の成立要件としての「債務者の履行可能性の存在」ということについて論じようと思う(第一章注(7)参照)。そして、そこにおいて、右に我妻博士の所説について述べたところについて、改めていまいし深く検討することを予定している。そこで、ここでは、受領不能としての受領遅滞の成立を認めるためには、債務者に履行の可能性があるということを見極めることが重要なのであるという前提の下に話を進めることをお許しいただきたい。そうすると、問題となるのは、たとえば工場焼失の場合には、なぜ労働者は履行可能といえるのか、ということである。これについては、こう答えることができる。すなわち、それは、労働者はいま現在では工場の焼失によって現実には働くことができず、彼の債務は日々、時々刻々と履行不能となっている(そこで、これについては危険負担の問題となる)。しかし、彼は将来使用者によって工場の操業が再開されたあかつきには、再び使用者の下で働くことができ、この意味で労働者は履行可能であるといえるのである。

かくして、工場の焼失という事態では、受領遅滞についての①の要件のみならず、②の要件も充たされて、これを受領遅滞と評価しうることになるのである(③の要件の要否についてはなお検討の余地がある。このことにつき、奥田・注釈民法(10)二五〇頁参照)。そしてさらに、たとえ客観的には工場の操業再開が不可能ではないかと思われる場合であっても、工場焼失のような場合には使用者は、労基法二〇条にもとづいて解雇の措置をとることができるものと思われ、そうだとすると、使用者が解雇の意思表示をしないのであれば、法律上はなお、契約は存続すると考えられるべきものと思われるので、使用者の解雇の意思表示のない限り、事態は労働者にとってなお、履行の可能性が残されている場合(受領不能としての受領遅滞)である、と取り扱ってよいと考える(以上のことは、ドイツにおいて近時、ポイティーンおよびケーラーの主張するところを参考として(V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, 1969, S. 235ff.; H. Köhler, *Ummöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, 1971, S. 24f.)⁷⁾を以て考えを推し進めて得た結論である。ポイティーンおよびケーラーの見解の具体的な内容については、奥富・上智法学論集二六卷一七六頁以下参照。なお、客観的には工場の操業再開が不可能ではないかと思われる場合における危険負担問題の取り扱いをどのようにすべきかという問題については、本節第四款1の注(8)参照)。

(11) なお、小野、半田(吉) 兩助教授は、工場焼失の場合や使用者の受領拒絶の場合を受領不能ないし受領遅滞と呼ぶ

ことに、なお重きを置かれているようであるが（小野・前掲論文一六四頁、半田・前掲書一〇七頁）、工場焼失の場合については前注（10）において述べたとおりであり、使用者の受領拒絶といった場合でも、これは敢えていえば受領遅滞であるというだけであって、とり立ててそのように呼ぶ実益はないと思う。

（12）（使用者に帰責事由のある場合のことを前提としてではあるが）幾代教授は、工場の焼失のような場合には受領遅滞を考える余地はなく、考えるべきでないといわれる。幾代通・注釈民法16（昭和四二年、有斐閣）三五頁、同・新版注釈民法16（平成元年、有斐閣）四〇頁。この意味も、本稿と同様、工場の焼失のような場合には債権者（使用者）側は受領不能という意味での受領遅延状態にはあるが、このことは危険負担問題の処理を考えるに際し、取り上げられるべき（着目されるべき）事柄ではないので、これを受領遅滞と評価する必要はない（受領遅滞と評価して受領遅滞の問題として取り上げていく必要はない。この意味において「受領遅滞を考える余地はない」、ということであると見てよいと思う）。

4 通説におけるその他の法律構成の可能性

以上までの考察は、通説が、事態を受領遅滞と評価して、受領遅滞による危険移転という効果に結び付ける構成をとる場合のことを前提とし、また実際にかかる構成を展開する奥田説について検討を加えたものであった。

ところで、わが国では、為す債務における危険負担が問題となる場合に、これに関係する条文として民法五三六条がある。そこで、工場の焼失・資材の中絶により操業ができないとか、患者の死亡により手術が不可能となるといった事態を受領遅滞と評価していく通説の立場では、債権者に危険を負担させる場合の構成として、民法五三六条を基礎とし、あるいはつぎのような構成をとることも考えられるかもしれない。すなわち、右のような場合もなお、受領不能という意味での受領遅滞中の履行不能といえ、そうであれば、債権者（使用者や、患者たる幼児の親権者）側の受領遅滞中に履行不能が生じたものであるから（すなわち、受領不能という意味での受領遅滞があったからこそ履行不能が生じたものであるから）、これはなお、債権者の責に帰すべき履行不能といふべきであり、したがっ

て、民法五三六条二項が適用される、という構成である。^①つまりこの構成は、受領遅滞中の履行不能とは、いわば、履行遅滞中の履行不能の場合の裏返しに当たり、履行遅滞中の履行不能の場合には、履行不能そのものに債務者に帰責事由がなくても、なおこれを債務者の責に帰すべき履行不能と考えることは一般に承認されているので、これと裏の関係にあるところの受領遅滞中の履行不能の場合には、履行不能そのものに債権者の帰責事由がなくても、なお債権者の責に帰すべき履行不能として五三六条二項が適用できる、とするものである。そして、この構成の場合にも、より正確には、工場の焼失・資材の中絶といった場合における受領遅滞中の「履行不能」とは、労働者が時々刻々履行不能となるという意味でのそれを考えることが妥当である、ということになるのであろう。

だが、右のような法律構成も批判されなければならない。というのは、① 受領遅滞であったことが民法五三六条二項にいう債権者の帰責事由に当たるから、この間に生じた履行不能も債権者の責に帰すべき履行不能と言える、とする場合であっても、そこにおいて通常想定している受領遅滞中の履行不能とは、まず受領遅滞があり、しかるのちに履行不能が生ずるという意味でのそのはずである。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場合における危険負担問題の処理を、右の構成に乗せて行おうとする場合にも、これらの場合における状況（工場焼失・資材の中絶といった場合では、受領不能という意味での受領遅延中に、労働者の債務が時々刻々と履行不能となるという状態が生ずる）を、まず受領遅滞があり、しかるのちに履行不能が生ずるといふ、右の意味での受領遅滞中の履行不能と同一視することを基本とするのでなければならぬ。しかし、患者の死亡とか工場焼失・資材の中絶といった場合に生ずる事態をこのようにみることは、すでに述べてきたとおり不自然ないし擬制にすぎない。結局、患者の死亡のような場合には（これは、危険負担問題の処理のために、事態を履行不能とのみ把握していくべきであると思われる場合である）、「受領不能」という意味での受領遅滞であったことが民法五三六条二項の帰責事由に当たるとする構成をとることはそもそも不適切である。また、工場の焼失・資材の中絶といった場合には（これは、

操作が再開されるまでの間、敢えていえば、使用者の受領遅滞と労働者の時々刻々履行不能とが、同時に、双方独立して存在し合うとみるべき場合である、受領遅滞と時々刻々履行不能との間に時間的な間隔がないのであるから、「受領不能」という意味での受領遅滞であったこと」が民法五三六条二項の帰責事由に当たるか、という問題とはそもそもそまなりにくい。したがって、以上の場合において民法五三六条二項の適用を考える試みは、そもそも成功しにくいのではないかと思うのである。

② もし仮に、患者の死亡とか工場の焼失・資材の中絶といった場合における状況を、「受領遅滞であったこと」が民法五三六条二項の帰責事由に当たるといえるか、という議論の対象となるところの受領遅滞中の履行不能と同一視することができる、という前提に立ったとしても、このような構成で債権者に危険を負担させることは、結局無理ではないかと思われる。というのは、履行遅滞中に不可抗力によって履行不能が生じた場合に、なおそれを債務者の責に帰すべき履行不能（民法四一五条）とするのは、履行遅滞について債務者に帰責事由があるためである。この場合でも、履行遅滞について債務者の側にそれがなければ、債務不履行という意味での履行不能とはされないはずである。そうだとすれば、履行遅滞中の履行不能と裏の関係にあるところの受領遅滞中の履行不能の場合においても、受領遅滞について債権者に帰責事由がなければ、やはり民法五三六条二項を適用するのは無理なのではないか。債権者に帰責事由のある受領遅滞があつたがゆえに履行不能になった、というときにのみ、「債権者に帰責事由のある受領遅滞」が民法五三六条二項にいう債権者の責に帰すべき事由に当たるとして同条同項が適用できる、というべきで、受領遅滞に帰責事由がない場合には、民法五三六条一項の適用にとどまるというべきだと思われる。^②

。そうだとすれば、通説が、民法五三六条二項の問題に結び付ける意図で、患者の死亡とか工場焼失・資材の中絶などという場合における状況を受領遅滞と評価しても、結局、そのように評価する意図は達成されない（事態を一度受領遅滞と把握する意味はない）、と思われるのである。^③

注

(1)

通説の構成として、かかる構成も考えられるかもしれないことについては、遠藤浩¹川井健²原島重義³広中俊雄⁴水本浩⁵山本進一編・民法(4)債権総論「第3版」(昭和六二年、有斐閣)八八頁(下森定執筆担当部分)、下森・債権法論点ノート七六頁、参照。現に、たとえば林⁶石田⁷高木・債権総論七四頁、同・債権総論「改訂版」七四頁も、受領遅滞の効果として、受領遅滞による危険移転ということとは別個に、「受領遅滞後に履行不能となったときは、危険負担については、債権者の責めに帰すべき事由による不能とされる(五三六条二項)」ということを挙げる。そこで、このような考え方を前提にすると、通説は本文のような構成をとることも考えられるかもしれないのである。ちなみに、通説の嚆矢となったところの浅井教授の論稿では、この構成を考えているように解される(浅井・法律論叢七卷八号三八頁(註一五)。なお、八木『労働契約の研究』一九五頁註一五、浅井『労働契約の基本問題』二〇三頁注(15)、同『改訂増補労働契約の基本問題』二二五頁注(15)。本款2注(7)参照)。

(2)

遠藤¹川井²原島³広中⁴水本⁵山本編・前掲書八八頁(下森)、下森・前掲書七六頁、参照。

(3)

なお、ここではさらに、つぎの点にも触れておきたい。それは、本稿は、通説およびこれに与する奥田教授が受領遅滞による危険移転という構成を採るときに、あるいは、通説が「債権者に帰責事由のない受領遅滞」は民法五三六条二項の帰責事由を充たすという構成を展開する(かもしれない)ときに、「領域説を用いる」点にも、素朴な、しかし重要だと思われる疑問を抱いているということである。すなわち、通説において展開されると考えられる構成および奥田教授の構成の場合には、患者の死亡とか工場の焼失・資材の中絶といった場合を、「領域説」によって受領遅滞と評価し、かつさらに、当該事態においては履行不能ないし時々刻々履行不能が生ずるともみる。しかし、領域説において「履行不能」とは、給付の障害原因が債務者の領域にあるとされる場合をいうのではなかったか。すなわち、領域説では、たとえば医師自身が病気になるてしまいう手術ができなかったとか、労働者が交通途絶によって仕事先に着けなかったという場合を履行不能と評価するものであって、患者の死亡により手術ができなかったとか、工場の焼失や資材の中絶などにより操業ができない、といった場合は、それを履行不能とは判断しないはずである。それにもかかわらず、患者の死亡や工場の焼失・資材の中絶などの場合を履行不能ないし時々刻々履行不能であるともみることが、これを領域説とは別の視点からそのように判断しているわけである。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、履行不能ないし時々刻々履行不能であるとする根拠は、前者の場合には、医師は現実に履行す

ることができないのだから履行不能である、ということであり、後者の場合には、労働者が現実に履行ができず、かつ、労働債務は時間の要素と結び付いているので時々刻々と履行不能となっていく、ということであろう。しかし、このようにして、履行不能ないし時々刻々履行不能を認定していくことは、領域説を用いて患者の死亡や工場の焼失・資材の中絶などの場合を受領遅滞と評価するか否かとは無関係にできることであるはずである。そうだとすれば、そもそも何ゆえに、領域説を用いるのであるうか。領域説を用いるのなら、履行不能とは、債務者の領域に給付障害の原因がある場合に限るべきではないのか。履行不能についてはさらに他の視点を入れて判断していくのであれば、領域説を使う意味は、患者の死亡による手術の不能、工場の焼失・資材の中絶などによる就業受け容れ不能といった事態を、まず一度受領遅滞と評価したいがためだけにある、ということになってしまいはしないだろうか。しかし、もしそうだとすると、これはあまりにも便宜にすぎると思われるのである。

(未完)