

危険負担における債務者主義の帰結

山本 宣之

- I 問題の所在
- II 債務法改正前のドイツ法
- III 債務法改正後のドイツ法
- IV 改正民法の危険負担の理解

I 問題の所在

(1) 本稿の主要な目的は、危険負担の債務者主義に関する理解を深めることにある。民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号、同年6月2日公布）に基づく改正により、危険負担の規定は抜本的に改正された（以下、改正後の民法を改正民法と呼び、その条文は現〇〇条と記す。また、改正前の民法を改正前民法と呼び、その条文は旧〇〇条と記す）。

債権者主義を定めていた旧534条とそれに関連する旧535条は削除され、契約総則の危険負担は現536条の1か条となった。そして、現536条1項は、反対債務が当然に消滅するという構成（当然消滅構成）ではなく、債権者が反対債務の履行を拒絶できるという構成（履行拒絶権構成）を採用した。債権者主義の排除は、旧534条が厳しく批判されてきたことをふまえたものであり、期待された対処であるといえる。他方、危険負担における履行拒絶権は全く新しい構成であり、その規律の解明も全く新しい課題である。すでに現536条1項に関して、反対債務が既履行であるときにその反対給付の返還請求ができるかどうかの問題にされ、複数の解釈論が主張されている。⁽¹⁾ 履行拒絶権構成によれば、反対債務は消滅するわけではな

(1) 藤岡康弘ほか『民法Ⅳ（第4版）』65-66頁〔磯村保〕（2019年、有斐閣）は、履行拒絶権では既履行の反対給付の返還請求を根拠づけられないとする。他方、中田裕康『契約法』166頁（2017年、有斐閣）は、返還請求を認めるための複数の解釈論を紹介している。この問題に言及するものとして、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』615-616頁（2017年、信山社）、

いため、反対給付は有効な弁済とされて返還請求できない可能性があるからである。

この問題を検討する場合、債務者主義に関する従来の解釈を確認することから始めるのは自然な手法といえる。しかし、ここで、債務者主義（とくに権利移転型の双務契約における債務者主義）に関する理論そのものが、かなり薄い状態であることに気づくことになる。危険負担に関する従来の議論の大半は、旧 534 条の債権者主義の批判と克服に向けられていたためであるとみられる。危険負担における債務者主義とは何か、どのような効果が生じ、どのような例外があるのかなど、共有されるべき基本的理解が不足していると思われる。

(2) そこで、本稿では、ドイツ民法典が制定以来、現在に至るまで債務者主義を一貫して採用していることから、その危険負担の規律を概観及び検討の対象とする⁽²⁾。その中心となるのは、債務法現代化法⁽³⁾（2002 年）による改正後のドイツ民法典である（以下、改正前のドイツ民法典を旧 B G B と呼び、その条文を旧 BGB ○○条と記す。改正後のドイツ民法典を B G B と呼び、その条文（及び改正対象外の条文）を BGB ○○条と記す）。現行の B G B は、旧 B G B と異なり、危険負担と関連する制度の状況において、改正民法と類似する点が少なくないからである。具体的には、原始的不能の給付を目的とする契約が無効でないこと（BGB311a 条 1 項）、解除の要件として債務者の帰責事由が不要であること（BGB323 条）、解除と損害賠償が併存しうること（BGB325 条）、目的物に瑕疵があるときに買主に追完請求が認められること（BGB437 条）（そして、除去できない

、渡邊拓「危険負担」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』180 頁（2018 年、商事法務）、鶴藤倫道「履行拒絶権としての危険負担と解除の関係」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ』93-95 頁（2018 年、商事法務）。

(2) 谷口知平編『注釈民法（13）』289-290 頁〔甲斐道太郎〕（1966 年、有斐閣）。

(3) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl.2001 I Seite 3138). 紹介として、半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』（2003 年、信山社）。以下に概観する BGB の規律の一部は、すでに坂口甲「双務契約における両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能」神外 48 号 143-154 頁、210-217 頁（2003 年）に紹介がある。

瑕疵のときは追完不能となること) などである。

こうしたドイツ法の概観及び検討により、危険負担の債務者主義に関する理解を補充し、現 536 条 1 項の解釈論に向かうための手がかりを得ることにしたい。また、その結果を少し先取りして言えば、改正民法は新たな履行拒絶権構成ではなく旧来の当然消滅構成で支障なかったのではないか(したがって、当然消滅構成に引き寄せて解釈すればよいのではないかと考える可能性が生まれると思われる。

II 債務法改正前のドイツ法

(1) まず、旧 BGB における危険負担の規律を概観する。危険負担に関連する制度の状況は、改正前民法のものに近く、現行の BGB や改正民法とは異なる点が多いが(前述 I (2) 参照)、債務者主義の一例として意義があり、また、とくに現行の BGB による債務者主義とその特徴を理解するための重要な前提となる。そこで、そうした観点から必要となる範囲で、旧 BGB の規律を概観する。

(2) 旧 BGB においては、原始的不能と後発的不能は区別され、原始的不能の給付に向けられた契約は無効である(旧 BGB306 条⁽⁴⁾)。当事者の一方が契約締結時に給付の不能につき悪意又は善意・有過失であった場合、履行利益を超えない範囲で信頼利益の損害賠償義務を負う(旧 BGB307 条 1 項)。原始的不能の契約に基づいて給付がされたときは不当利得の問題となり、給付受領者はその返還義務を負う(BGB812 条 1 項 1 文)。返還義務の範囲は BGB818 条以下が定めるところであり、善意の給付受領者は利得消滅の抗弁を主張する余地がある(BGB818 条 3 項⁽⁵⁾)。

(4) ドイツ法の原始的不能に関する研究の蓄積は多いが、最近の整理として、潮見・前掲注(1) 77-79 頁。

(5) ドイツ法の不当利得(給付利得)に関しては、谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)』16-25 頁〔磯村保〕(1991 年、有斐閣)。なお、不当利得は債務法現代化法の対象外であり、改正されていない。

ただし、これらは原始的・客観的不能 (anfangliche Unmöglichkeit) に関してであり、旧 BGB には原始的・主観的不能 (anfangliches Unvermögen) に関する規定はない。⁽⁶⁾ このため、原始的・主観的不能の給付に向けられた契約も有効であり、債務者は給付義務を負うことになる。しかし、主観的不能であるから履行することはできず、通説・判例によれば、債務者は主観的不能につき善意・無過失であっても、履行利益の損害賠償義務を負うとされる。⁽⁷⁾

(3) 給付について後発的不能が生じた場合、それが債務者無責の事由 (債務者の責めに帰することができない事由) によるときは、債務者は給付義務を免れる (旧 BGB275 条 1 項) (なお、後発的不能に関しては、原則として主観的不能も客観的不能と同等に扱われる (同条 2 項))。ただし、後発的不能が生じたのと同じの事由によって、債務者が給付目的物の代償 (代償物又は代償的権利) を取得したときは、債権者は代償請求権を有する (旧 BGB281 条 1 項)。債権者が代償請求権を行使すると、債務者は代償物の引渡義務又は代償的権利の譲渡義務を負うことになる。

そして、双務契約において、双方無責の事由 (当事者双方の責めに帰することができない事由) により給付の後発的不能が生じた場合は、債務者は反対給付の請求をすることができない (旧 BGB323 条 1 項)。これは、債務者が後発的不能により給付義務を免れるため (旧 BGB275 条 1 項)、双務契約の機能上の牽連関係 (funktionelle Synallagma) に基づいて、債務者の反対給付の請求権も消滅することによるものである。⁽⁸⁾ この結果、債務者が反対給付危険 (Gegenleistungsgefahr) ないし対価危険 (Preisgefahr) を負担することになる。ただし、債権者が代償請求権を行使したときは、双務契約の交換関係 (Austauschverhältnis) は維持されるため、債権者の反対給付義務は存続し、債務者は反対給付を請求することができる (旧

(6) Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. (1987) (=Schuldrecht I), S.100; Medicus, Schuldrecht I, 11. Aufl. (1999) (=Schuldrecht I), Rn.379.

(7) Larenz, Schuldrecht I, S.309-310; Medicus, Schuldrecht I, Rn.384.

(8) Larenz, Schuldrecht I, S.309-310; Medicus, Schuldrecht I, Rn.489.

BGB323条2項)。

債務者が反対給付危険を負うべき場合において、すでに反対給付が既履行のときは、債権者は不当利得の規定に従って返還請求することができる(同条3項)。これは効果を準用するものであり、不当利得の返還請求の範囲(BGB818条以下)に従うことを意味している⁽⁹⁾。このため、不当利得の要件(BGB812条以下)の充足を独自に問う必要はない。もっとも、後発的不能によって債権者の反対給付義務が消滅すれば、既履行の反対給付についての法律上の原因も事後的に脱落するため、実際には不当利得の要件(BGB812条1項2文1肢)⁽¹⁰⁾も充足するとされる。また、返還請求は不当利得の規定に従うことから、反対給付を受領した善意の債務者は利得消滅の抗弁(BGB818条3項)を主張する余地がある。

(4) 債務者有責の事由(債務者の責めに帰すべき事由)によって給付の後発的不能が生じた場合、債務者は当初の給付義務を免れるが、それに代えて履行利益の損害賠償義務を負う(旧BGB280条1項)。また、債務者が給付目的物の代償を取得したときは、債権者は代償請求権を有する(旧BGB281条1項)。

双務契約において、債務者有責の事由により後発的不能が生じた場合、債権者には次のような複雑な選択肢がある。ただし、それらの選択肢は原則として択一的関係にあり、複数の権利を併用することはできない。

第一に、債権者は履行利益の損害賠償を請求することができ(旧BGB325条1項1文)、損害算定方法の選択によって反対給付義務の扱いが異なる⁽¹¹⁾。債権者が代償理論(Surrogationstheorie)を選択する場合、不能となった

(9) Larenz, Schuldrecht I, S.311; Medicus, Schuldrecht I, Rn.489.

(10) Otto, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, 13.Aufl. (1997), § 323 Rn.60; Emmerich, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.2, 4.Aufl. (2001), § 323 Rn.37. また、Lorenz, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, 13.Aufl. (1994), § 812 Rn.93は、BGB323条3項は、BGB812条1項2文1肢の特則であるとする。

(11) 以下につき、Larenz, Schuldrecht I, S.340-343; Medicus, Schuldrecht I, Rn.494-495. 坂田・前掲注(3)228-230頁も参照。

給付の価値を代償（Surrogation）として含めた損害賠償を請求することになり、給付義務が履行されたのと同じ利益状態が実現されるため、債権者の反対給付義務は存続する。これに対し、債権者が差額理論（Differenztheorie）を選択する場合、不能となった給付の価値を含めた損害から反対給付義務の価値を控除し、その差額だけを損害賠償請求することになる。この場合、反対給付義務はその算定のなかに解消されて消滅する。売買契約では反対給付義務は代金債務であるため、代償理論においても、損害賠償請求権と相殺をすれば差額理論と同じ結果となる。しかし、交換契約では、代償理論によると反対給付義務（引渡債務）の履行により目的物を手放す必要があり（ないし手放すことができ）、差額理論によると（引渡債務が未履行のときは）引渡債務は消滅して目的物を保持することができる。

第二に、債権者は、損害賠償に代えて、契約を解除することができる（旧 BGB325 条 1 項 1 文）。解除により、未履行の給付義務は消滅し、既履行の給付については返還義務を負う⁽¹²⁾。売買契約において目的物の価値が代金を上回る場合、債権者は損害賠償を選択する（そして代償理論又は差額理論によって最終的に目的物の価値と代金の差額を取得する）方が有利であるが、下回る場合は解除を選択して反対給付義務の代金債務を免れる又は既払代金の返還請求をする方が有利である⁽¹³⁾。また、交換契約において反対給付義務（引渡債務）が既履行の場合、債権者が目的物を取り戻したいときは解除を選択する必要がある。

第三に、債権者は、損害賠償及び解除に代えて、双方無責の後発的不能に関する旧 BGB323 条に基づく権利（前述(3)参照）を行使することができる（旧 BGB325 条 1 項 3 文）。つまり、債務者の反対給付請求権の消滅（旧 BGB323 条 1 項）を主張することであり、債権者はその選択を示すために、債務者に対し契約隔絶（Abstehen/Abstandnahme vom Vertrag（直接の語義は契約から距離をとること）⁽¹⁴⁾）の意思表示をすることが必要である。

(12) Larenz, Schuldrecht I, S.336; Medicus, Schuldrecht I, Rn.496.

(13) Larenz, Schuldrecht I, S.338; Medicus, Schuldrecht I, Rn.496.

(14) Larenz, Schuldrecht I, S.338; Medicus, Schuldrecht I, Rn.497.

この意思表示に基づいて、反対給付が未履行のときは債権者は反対給付義務を免れるが、この部分は解除の効果と同じである。また、既履行のときは反対給付の返還請求（旧 BGB323 条 3 項）ができるが、不当利得の規定に従うため利得消滅の抗弁（旧 BGB818 条 3 項）の余地があり、債権者にとって解除を選択するより不利になりうる。⁽¹⁵⁾

第四に、債権者は、旧 BGB323 条に基づく権利を行使できるため（旧 BGB325 条 1 項 3 文）、債務者が給付目的物の代償を取得したときは代償請求権を有する（旧 BGB323 条 2 項による旧 BGB281 条 1 項の準用）。この場合、債権者は、損害賠償、解除及び契約隔絶に代えて、代償請求を選択することもできる。もっとも、債権者は、損害賠償を選択した場合に限り代償請求権の併用が可能であり、受領した代償の限度で損害賠償請求権が減額されるという処理がされる（旧 BGB281 条 2 項）。したがって、代償の価値が損害と同等以下の場合、そうした併用は旧 BGB281 条 1 項の代償請求権を行使したのと同じ結果になる。これに対し、代償の価値が損害を上回る場合は、旧 BGB281 条 1 項の代償請求権を選択する独自の意味がある。⁽¹⁶⁾

III 債務法改正後のドイツ法

1 給付の不能等の効果

(1) BGB（現行の BGB）における危険負担そのものの規律は、旧 BGB とそれほど異なるわけではない。しかし、それに関連する制度は旧 BGB から抜本的に改正されているため、危険負担にも少なからず影響が及ぶことになる。以下（1 及び 2）では、こうした事情に留意しながら BGB の危険負担及び関連する制度の規律を概観し、債務者主義とその特徴について検討する。

(15) Larenz, Schuldrecht I, S.338; Medicus, Schuldrecht I, Rn.497.

(16) Medicus, Schuldrecht I, Rn.498. 通説は、旧 BGB281 条 1 項の代償請求権について、不能となった給付の目的物の価値を代償の価値を超える場合でも、その代償全部の請求が可能であるとす。Larenz, Schuldrecht I, S.309; Medicus, Schuldrecht I, Rn.387.

(2) BGBによれば、給付が不能であるときはその給付を請求することができない(BGB275条1項)。つまり、債権者は一次的給付(primäre Leistung)(債務関係の本来の目的である給付)の請求権を法律上当然に喪失し、債務者は一次的給付義務を法律上当然に免れる。⁽¹⁷⁾ また、一部不能のときは、その一部の限度で同じ効果が生じる。ここでの不能については、原始的不能と後発的不能の区別はなく、客観的不能と主観的不能の区別もなく、債務者無責・有責のどちらの事由による不能かも問われない。⁽¹⁸⁾ これとは別に、事実的不能(faktische Unmöglichkeit)と人的不能(personliche Unmöglichkeit)に関する規定がある。⁽¹⁹⁾ 前者は、債務者が給付障害を克服して給付するために要する出費と、債権者が給付から得る利益の間に重大な不均衡がある場合であり、債務者は給付を拒絶することができる(同条2項)(給付目的物の指輪が海に沈んだ場合など)。また、後者は、債務者が自ら給付すべき場合(雇用契約に基づく就労など)に、給付に対する障害と債権者が給付から得る利益の衡量によれば給付が期待不可能なときであり、債務者は給付を拒絶することができる(同条3項)(重篤な子の看病が必要なときの就労など)。債務者は給付することもできるが、それらの給付拒絶の抗弁権を行使した場合、(給付請求権は失われないが)その強制力が失われることになる。⁽²⁰⁾

(17) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 21.Aufl. (2015) (=Schuldrecht I), Rn.418; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11.Aufl. (2017) (=Schuldrecht), Rn.389-390; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17.Aufl. (2019) (=Schuldrecht AT), § 21 Rn.29. これに対し、債権の強制力(Durchsetzbarkeit)が失われるだけであり、給付請求権・給付義務自体は存続するとの理解もある。Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl. (2005) (=Schuldrecht AT), Rn.471; Caspers, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019) (=Staudinger/Caspers), § 275 Rn.79.

(18) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.403, Rn.407-409; Looschelders, Schuldrecht AT, § 21 Rn.11-14, Rn.19.

(19) 様々な呼び方があるが、この用語は、Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.396, Rn.400による。

(20) BGB275条2項及び3項の効果については、債務者に給付拒絶の永久的抗弁権が認められるにとどまり、給付請求権・給付義務自体は存続すると理解される。これは、BGB275条1項の効果について、給付請求権・給付義務の消滅とする学説でも同じである。Looschelders, Schuldrecht AT, § 21 Rn.20; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.396, ↗

なお、このように BGB275 条 1 項と 2 項・3 項では、要件及び効果が異なるため、以下では、BGB275 条 1 項の場合を真正不能 (echte Unmöglichkeit) と呼び、同条 1～3 項の場合をあわせて指すときは (給付の) 不能等と呼ぶ。⁽²¹⁾ また、同条 1 項の効果については、給付義務を免れると表現し、同条 1～3 項の効果をあわせて指すときは、給付をする必要がない (BGB326 条 1 項参照) と表現する。

(3) 債務者は、BGB275 条 1～3 項により一次的給付をする必要がない場合、損害賠償義務などの二次的給付義務を負う可能性がある (同条 4 項)。

一般に、債務者が債務関係に基づく義務に違反した場合、帰責事由がないときを除いて損害賠償義務を負う (BGB280 条 1 項)。そこにいう義務違反は、債務関係の義務目録 (Pflichtenprogramm) から逸脱することを広く指すものであり、⁽²²⁾ 給付義務の違反の一種として給付の不能等も含まれる。そして、債務者が不能等によって一次的給付をする必要がない場合は、債務者に帰責事由がないときを除いて、債権者は給付に代わる損害賠償を請求することができる (BGB280 条 3 項、283 条 1 文)。

また、給付に代わる損害賠償に代えて、債権者は、給付を受けられると信じたことによる正当な出費 (契約締結、資金調達、付属品購入の費用など) について、費用賠償 (Aufwendungsersatz) を請求することができる (BGB284 条)。債権者に実質的な損害がない場合や、損害の立証が難しい場合に意味がある。⁽²³⁾ 給付に代わる損害賠償の代わりであるから、それと同じ要件 (損害を除く) が必要である。

さらに、債務者が不能等によって一次的給付をする必要がない場合に、それと同一の事由によって給付目的物の代償 (代償物又は代償的権利) を取得したときは、債権者は代償請求権を有する (BGB285 条 1 項)。代償

、 Rn.400. ただし、同条 2 項及び 3 項の効果も給付請求権・給付義務の消滅であるとする学説として、Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.418.

(21) この用語は、Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.404; Looschelders, Schuldrecht AT, § 21 Rn.2 による。

(22) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.327; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.368.

(23) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.451; Looschelders, Schuldrecht AT, § 30 Rn.1.

は一次的給付の代わりとなるものであり、損害賠償ではないため、債務者の帰責事由は問われない。また、債権者が代償請求権を行使した場合、受領した代償の価値は給付に代わる損害賠償の額から控除されることになる(同条2項)。

2 双務契約における給付の不能等の効果

(1) 双務契約における給付の不能等の場合については、BGB326条が定めている。ただし、この規定には他の条文も多数関係し、とくに同条1項においては追完請求権(BGB437条)、同条3項においては代償請求権(BGB285条)(前述1(2)参照)、同条4項及び5項においては解除に関する規定(BGB323条、346～348条)である。また、同条1項に関しては給付に代わる損害賠償請求権(BGB280条3項、283条)(前述1(2)参照)も関係すると考えられる。

(2) 双務契約において、債務者が給付の不能等によって一次的給付をする必要がない場合、債務者の反対給付請求権(債権者の反対給付義務)は法律上当然に消滅する(BGB326条1項1文前段)。これにより、債務者が反対給付危険(Gegenleistungsgefahr)ないし対価危険(Preisgefahr)を負担することになる。これは、双務契約における給付と反対給付の機能上の牽連関係(funktionelle Synallagma)を考慮したものであり、旧BGB323条1項と同じ趣旨である⁽²⁴⁾。

この規定は、債務法現代化法に関する討議草案(Diskussionsentwurf)(2000年8月)には存在せず、債権者が反対給付義務を免れるためには解除をする必要があった⁽²⁵⁾。しかし、討議草案整理版(Konsolidierte Fassung)(2001年3月)において追加され、政府草案(Entwurf der Bundesregierung)(2001年5月)にも引き継がれた。これは、討議草案では、給付の真正不能の効果として、債務者が給付を拒絶できるとされて

(24) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.429; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.2.

(25) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002 (2002), S.206-207. この文献は債務法現代化法に関する立法資料集である。

いたのに対し、討議草案整理版からは、債権者が給付請求権を法律上当然に喪失することに変更され、反対給付に関しても同趣旨の規律を設けるのが整合的とされたからだと推測される。⁽²⁶⁾ また、真正不能のため給付を受けられないにもかかわらず、債権者が反対給付義務を免れるために常に解除を要するとするのは、迂遠であり妥当ではないとされたからである。^{(27) (28)}

給付の不能等には、BGB275条1～3項に該当する場合がすべて含まれる。したがって、原始的に給付の不能等が存在するときも、契約は有効であるものの（BGB311a条）、債権者は反対給付義務を免れることになる。債務者有責の事由による不能等のときも、債権者は給付に代わる損害賠償を請求することができる一方で、反対給付義務を免れると主張することもできる。⁽²⁹⁾ また、事実的不能と人的不能のときは（前述1(2)参照）、（その事由の発生によってではなく）債務者が給付拒絶の抗弁権を行使することが必要であるため、債権者の反対給付義務に関する効果もそれが行使された場合に生じる。そして、その抗弁権の行使による効果は、（給付請求権それ自体ではなく）給付請求権の強制力の消滅であるが（前述1(2)参照）、債権者の反対給付義務に関しては（条文の文言通り）消滅することになる。^{(30) (31)}

給付の不能等によって消滅するのは、給付義務と双務契約上の牽連関係にある反対給付義務のみであり、また、反対給付義務が消滅するのは、そ

(26) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.376.

(27) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.767.

(28) 以上の経緯については、vgl. auch Ernst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8.Aufl. (2019) (=MüKo/Ernst), § 326 Rn.6; Schwarze, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2015) (=Staudinger/Schwarze), § 326 Rn.A2-A7.

(29) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.436; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.1.

(30) BGB326条1項の効果が、反対給付請求権・反対給付義務の法律上当然の消滅であることに関しては、議論はない。BGB275条1項～3項の効果に関しては、議論があるのとは異なる（前出注（17）参照）。これは、BGB326条1項が entfallen という明確な語を用いているためであると考えられる。

(31) 反対給付義務の消滅は、事実的不能や人的不能の事由の発生時に遡及する（債務者が抗弁権を行使した時ではなく）という立場がある。MüKo/Ernst, § 326 Rn.8; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.B23.

うした牽連関係にある給付義務の不能等の場合に限られる⁽³²⁾。したがって、牽連関係にない他の義務（保護義務等の行為義務など）を消滅させるには解除が必要であり、また、牽連関係にない給付義務（継続的売買における特定の給付など）の不能等の場合に、他の反対給付義務を免れるためにも解除が必要である。

(3) しかし、例外として、反対給付義務が存続する場合もある。

第一は、質的不能（qualitative Unmöglichkeit）の場合である。つまり、契約に適合しない給付（nicht vertragsgemäße Leistung）において追完が不能等の場合（給付目的物に除去できない瑕疵があるなど）である。このとき、債務者は追完を免れる（BGB275条1項）又は拒絶できる（同条2項・3項）が、債権者の反対給付義務は当然には消滅しない（BGB326条1項2文）。これは、売買契約等における債権者の選択権を確保するためである。もしBGB326条1項1文が適用されてしまうと、質的不能による一部不能の限度で反対給付義務が当然に消滅するため（同文後段）、売買契約では自動的に代金債務が減額されることになる。しかし、給付目的物に瑕疵がある場合、買主は解除するか代金減額をする（mindern）か選択できるはずであり（BGB437条2号。請負契約に関してはBGB634条3号）、その機会を奪うべきではないからである。そして、買主が代金減額権を行使した場合は、その残代金の範囲で反対給付義務である代金債務が存続することになる。

第二は、給付の不能等が、専ら又は主として債権者有責の事由によって生じた場合、又は債権者の受領遅滞の間に債務者無責の事由によって生じた場合である（BGB326条2項1文）。ただし、債務者が給付を免れたことによって節約ないし取得した利益は、反対給付から控除されることになる（同項2文）。

第三は、債権者が代償請求権（前述1(3)参照）を行使した場合である。

(32) Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.2; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.B31, B33.

(33) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.434; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.5.

債務者が給付の不能等と同一の事由によって代償を取得すると、債権者には代償請求権が発生するが（BGB285条1項）、それによって直ちにではなく、債権者が実際に代償請求したときに反対給付義務が存続することになる（BGB326条3項1文）。債権者は代償請求するかどうか選択できるからであり、このため、債務者が代償を取得した場合は、給付の不能等による反対給付義務の消滅は確定的ではなく、浮動の状態にある。⁽³⁴⁾この浮動的状态が解消される（反対給付義務の運命が確定する）のは、債権者が代償請求をした場合（存続）、債権者が債務者の反対給付の請求に対しBGB326条1項1文前段を根拠に拒絶した場合（消滅）である。また、債務者は、BGB350条類推適用により、債権者に対し相当期間を定めて代償請求するかどうかの確答を催告できるとされ、債権者がそれに関する意思を表明した場合（存続又は消滅）、又は相当期間内に確答しなかった場合（消滅）である。

第四は、債務者有責の事由による給付の不能等のときに、債権者が損害算定方法として代償理論（Surrogationstheorie）（前述Ⅱ（4）参照）を選択し、給付に代わる損害賠償（前述1（3）参照）を請求する場合である。⁽³⁶⁾とくに交換契約において、債権者が未履行の反対給付をする意思がある場合（目的物を手放すことにメリットがある場合など）に意味がある（前述Ⅱ（4）参照）。このため、給付の不能等が債務者有責の事由による場合においても、反対給付義務の運命が確定するのは、債権者が差額理論（Differenztheorie）（前述Ⅱ（4）参照）に従って給付に代わる損害賠償を請求した場合（消滅）、債権者が代償理論に従ってそれを請求した場合（存続）である。⁽³⁷⁾ただし、損害算定方法の選択自体に形成効はなく、債権者はそれを変更することができるため、厳密には、債務者がそうした請求を信頼してその賠

(34) MüKo/Ernst, § 326 Rn.95; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.D7.

(35) MüKo/Ernst, § 326 Rn.96; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.D8.

(36) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.448; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.7.

(37) この法律構成に関する議論も含め、MüKo/Ernst, § 326 Rn.14; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.B25-B28.

償の準備をした時⁽³⁸⁾（最終的には債務者が現実に賠償した時）に至るまでは、反対給付義務の終局的な運命は定まらないことになる。

(4) 債権者が、BGB326 条によって反対給付義務を免れる場合に、その反対給付が既履行のときは、解除の規定（BGB346～348 条）に従って返還請求することができる（BGB326 条 4 項）。これも、討議草案整理版で追加された規定である。それに先立つ討議草案では、給付の真正不能のときに債権者が反対給付義務を免れるには解除をする必要があり（前述(2) 参照）、解除の効果として返還請求するものとされていた。しかし、討議草案整理版において、給付が真正不能であるとき債権者は法律上当然に反対給付義務を免れることとされ、それに伴って BGB326 条 4 項が設けられることになったものである。これに関する直接の提案理由はなく、BGB326 条全体と同じく、双務契約における給付と反対給付の機能上の牽連関係（前述(2) 参照）を考慮し、また、反対給付義務が消滅すれば、それを前提にしたはずの既履行の反対給付は当然返還されるべきであるとの理解に基づくものと考えられる。そして、その返還請求が、旧 BGB323 条 3 項のように不当利得の規定（前述 II (3) 参照）ではなく、解除の規定に従うことについては提案理由があり、破綻した契約の巻き戻しに関して⁽³⁹⁾は、解除権の方が一般により良く調整されているからであるとされる。

BGB326 条 4 項は、反対給付義務の消滅時と反対給付がされた時の先後関係について何も定めていない。このため、反対給付がされた後に反対給付義務が消滅した場合と、反対給付義務が消滅した後に反対給付がされた場合の、どちらにも適用がある⁽⁴⁰⁾。反対給付の返還請求が解除の規定

(38) Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.B43.

(39) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.769. なお、B G B の解除に基づく原状回復請求と不当利得返還請求の内容の比較については、藤原正則「解除と不当利得による双務契約の清算」名城 69 卷 1=2 号 176-187 頁（2019 年）参照。

(40) これについては何ら言及がないことが多いが、それは適用場面を限定しない趣旨であると考えられる。Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.446; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.25; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.E3; Gsell, in: Bürgerlichen Gesetzbuch, 13.Aufl. (2005) (=Soergel/Gsell), § 326 Rn.29. これに対し、反対給付義務の消滅後に反対給付が

(BGB346～348条は解除の効果を定める)に従うことにより、債務者は受領した反対給付と収受した利益を返還する義務を負い(BGB346条1項)、また、反対給付を返還できないときは価額賠償の義務を負う(BGB346条2項1文。交換契約のときに、債務者の受領した目的物が滅失・損傷した場合(同文3号)など)。しかし、解除の規定には、不当利得に関する利得消滅の抗弁(BGB818条3項)に当たるものがなく、債務者は善意であってもそれを主張して返還義務の全部又は一部を免れることはできない。

(5) 債務者が、給付の不能等によって一次的給付をする必要がない場合、債権者は契約を解除することができる(BGB326条5項前段)。この解除にはBGB323条(解除の要件を定める)が準用されるが、給付又は追完のための相当期間の設定及びその経過は不要である(BGB326条5項後段)。すでに給付・追完に関して不能等が生じているため、相当期間を定める意味がないからである。

したがって、債権者は、BGB326条1項1文前段により反対給付義務を免れる(しかも、同条4項により既履行の反対給付の返還請求ができる)とともに、契約を解除することもできるため、危険負担と解除が競合する可能性がある。こうした規律が認められる理由は、次のように説明されている。⁽⁴¹⁾

第一に、質的不能(給付目的物に除去できない瑕疵があるなど)の場合、債務者は追完する必要がないが、債権者の反対給付義務は消滅しないため(BGB326条1項2文)(前述(3)参照)、反対給付義務を免れるには解除が必要になるからである(そのため、ここでは危険負担と解除が競合しているわけではないといえる)。もともとBGB326条1項2文は、売買契約等において買主等の債権者が解除するか代金減額をするかの選択権を確保す

、された場合は、不当利得返還請求の問題になるとするものとして、MüKo/Ernst, § 326 Rn.103. なお、どちらの立場においても、反対給付後に反対給付義務が消滅した場合にも、いわば遡及的に既履行の反対給付の返還請求が認められることは確認できるといえる。

(41) これに関する簡潔な紹介として、川嶋知正「債務不履行解除と危険負担との関係をめぐるドイツ見聞録」NBL 993号42-44頁(2013年)。

るための規定であり（前述(3)参照）、その質的不能の場合はまさにこの BGB326 条 5 項に基づいて解除することになる（売買契約に関する BGB437 条 2 号、請負契約に関する BGB634 条 3 号が、BGB326 条 5 項による解除を指示している⁽⁴²⁾）。なお、BGB326 条 5 項は BGB323 条を準用するから、その同条 5 項 2 文により、債権者は義務違反に当たる質的不能（除去できない瑕疵など）が重要でないときは、解除することができない⁽⁴³⁾。

第二に、一部不能の場合は、債権者の反対給付義務はその限度で消滅するにとどまるため（BGB326 条 1 項 1 文後段）（前述(3)参照）、反対給付義務の全部を免れるには契約の全部解除をする必要があるからである。このとき、BGB326 条 5 項は BGB323 条を準用するから、その同条 5 項 1 文により、債権者が残部の給付を受けることに利益がないことが解除の要件となる⁽⁴⁴⁾。

第三に、債務者の給付や追完がない場合に、債権者はその原因を必ずしも確知することはできないため、不能等が原因かどうかにかかわらず有効に解除できる可能性を確保する意味がある。つまり、債権者としては、まず給付又は追完のための相当期間を設定しておけば、それが経過したときは BGB323 条 1 項を根拠に解除をすることができ、また、不能等が原因であることが事後的に判明したときは、その解除は BGB326 条 5 項を根拠にした解除として認められることになる。これにより、給付や追完がされない原因が不能等にあるのか遅滞等にあるのかを厳密に確定する必要なしに、解除はいずれにせよ有効だと結論づけることができる⁽⁴⁵⁾。BGB326 条

(42) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.768-769.

(43) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.434; Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.27. 質的不能は一部不能の一種であるが、BGB323 条 5 項 1 文（次述本文参照）の準用はなく、契約に適合しない給付に関する同項 2 文が準用されている。

(44) BGB323 条 5 項 1 文は「債権者が一部給付をした（hat bewirkt）場合」と定めるが、準用に当たっては、残部（＝一部）の給付がまだされていない場合を含むものと読み替えられる（Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn.432）。そうした準用関係を前提にすると解せられるものとして、Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.28; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.457.

(45) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.1094.

5項は、こうした対応を可能にするための前提として必要なものである。

第四に、債権者が反対給付義務以外の契約上の義務を免れるためには、契約を解除する必要があるからである。BGB326条1項1文前段によって債権者が免れることができるのは、当該の給付義務と双務契約の牽連関係にある反対給付義務に限られ、牽連関係にない他の反対給付義務、付随的給付義務・保護義務などは残る可能性がある（前述(2)参照）。主要な給付義務の履行が不要となり、主要な反対給付義務が消滅すれば、それに付随して契約上の他の義務も消滅すると解する余地もあるが、債権者は契約の解除によってそれらの義務を免れることを明確にすることが可能になる。⁽⁴⁶⁾

3 危険負担に関する規律の特徴

(1) BGBは債務者が反対給付危険（対価危険）を負うという立場（債務者主義）であり、その規律には複数の特徴を指摘することができる。

第一は、双務契約における給付義務と反対給付義務（給付と反対給付）の牽連関係（Synallagma）ないし交換関係（Austauschverhältnis）の重視である。双務契約の牽連関係は、まさに債務者主義を根拠づけるものであるが、それを超えてより強固に貫徹されていると考えられる。BGB326条1項1文前段によれば、債権者の反対給付義務は法律上当然に消滅し、それはBGB275条1項の真正不能の場合だけでなく、同条2項の事実的不能、同条3項の人的不能を根拠に債務者が給付拒絶の抗弁権を行使した場合にも妥当する（前述2(2)参照）。しかし、その抗弁権行使の効果は、給付請求権の強制力の消滅であるとされ（前述1(2)参照）、給付義務・給付請求権そのものの消滅をもたらすわけではない。⁽⁴⁷⁾ それにもかかわらず、BGB326条1項1文前段が反対給付義務の消滅という効果を一律に定めるのは、債務者の抗弁権行使によって債権者が給付を受ける現実的可能性が失われ、牽連関係が実質的に崩れたと評価する（そして、牽連関係が崩れた以上は

(46) Looschelders, Schuldrecht AT, § 35 Rn.29; MüKo/Ernst, § 326 Rn.108.

(47) しかも、Staudinger/Caspers, § 275 Rn.115 は、抗弁権の行使の撤回もありうるとする。なお、Staudinger/Schwarze, § 326 Rn.B24 は、撤回はできないとする。

反対給付義務は消滅するほかないとする) のものであると考えられる。

また、BGB326 条 4 項は、同条により債権者が反対給付義務を免れる場合に、反対給付が既履行のときは返還請求ができると定め、それは反対給付後に給付の不能等が生じた場合でも、給付の不能等が生じた後に反対給付がされた場合でも同じとされる(前述 2(4)参照)。後者の場合は、反対給付義務が消滅した後になされた反対給付であり、返還請求を認めることに適するといえるが、前者の場合は、反対給付義務が存在する時点でそれに基づいて反対給付がなされている。BGB326 条 4 項によりこの場合にも返還請求を認めることは、反対給付及びその受領は、単に反対給付義務の存在によってではなく、当該双務契約における給付との牽連関係ないし交換関係によって正当化されるものであり、その関係が事後的にであれ最終的に崩れた以上は、返還請求が認められる必要があるとするものと考えられる。

さらに、BGB326 条 4 項は、反対給付の返還請求に解除の効果に関する規定を援用する。旧 BGB323 条 3 項が、不当利得の規定を援用していたこと(前述 II (3)参照)からの変更であり、その理由は、破綻した契約の巻き戻しに関しては解除の規定の方が良く調整されているからであるとされる(前述 2(4)参照)。不当利得が、基本的には法律上の原因を欠く給付の清算を目的とする(そのため、当該給付に関する利得消滅の抗弁もありうる)のに対し、解除は、有効に成立した契約全体の清算を目的とする。BGB326 条 4 項の前提には、牽連関係ないし交換関係が崩れた双務契約は清算されるべきであり、反対給付の返還請求はその清算の一環である(したがって解除の規定が適する)との認識があると理解することもできるであろう。

(2) 第二は、給付の不能等があっても、反対給付義務が存続する例外が明確に認められていることである(前述 2(3)参照)。質的不能の場合に債権者が代金減額権を行使したときは、残代金の範囲で反対給付義務が存続し、また、債権者が代償請求権を行使した場合に、その代償の限度で反対給付義務が存続し、そして、債権者が代償理論を選択して損害賠償請求をした場合に、反対給付義務が存続する。これらは、双務契約における牽連関係ないし交換関係の全部又は一部が実質的に維持されることから、反対

給付義務の全部又は一部が存続するものといえる。したがって、そこには第一の特徴（前述(1)参照）を指摘することもできる。

しかし、より重要なのは、債権者の請求・権利行使を介して反対給付義務の存続が確定することである。また、その確定までは、給付の不能等による反対給付義務の消滅は浮動的状態にあり、債務者からの反対給付の請求や確答の催告に対し、債権者が反対給付を拒絶したり請求・権利行使するかどうかを確答する（又は確答しない）ことによって、存続は又は消滅が確定することである。つまり、いずれの場合も、給付の不能等によって債務者が給付する必要がないという事実の発生ではなく、請求・権利行使や拒絶・確答という債権者の意思の外部的表明（催告に対し確答しないという不作為も含めうる）を介して、反対給付義務の運命が定まることになる。こうした状況は、旧BGBでも同じであり、代償請求権の行使、代償理論を選択したうえでの損害賠償請求、契約隔絶の意思表示といった、債権者の意思の外部的表明を経て反対給付義務の運命が定まる場面が存在していた（前述Ⅱ(3)(4)参照）。これらによれば、ドイツ法では、反対給付義務の消滅というかたちで債務者が反対給付危険を負うかどうかの規律に関して、債権者の意思に依存する場合があることが予定され、また承認されてきたものといえる。

(3) 第三は、危険負担と解除の併存である。BGBの改正過程及びその後の学説には、両者の効果が重複するという点に関する葛藤はみられない。その理由は、両者の機能が異なるとの認識があるからだと考えられる。危険負担によれば、反対給付義務の消滅という効果を、端的に導くことができる。債務者が給付の不能等により給付する必要がないという状況が存在する場合、当事者の主たる関心は反対給付義務の帰趨にあるのが通常であろう。このとき、反対給付義務を消滅させるために常に解除を要するというのは、たしかに迂遠な要求であり（前述2(2)参照）、また解除権の不可分性（BGB351条）からは不都合な場合も生じうる⁽⁴⁸⁾。

(48) Vgl. Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, S.539 mit S.421.

これに対し、解除によれば、契約全部を解消することができる。債務者が給付の不能等により給付をする必要がないという状況において、当事者の関心が危険負担の効果を越える部分に向かうことも考えられる。その場合は、解除という方法によって、反対給付義務が危険負担による一部消滅の範囲を超えて全部消滅し、あるいは、反対給付義務以外の契約上の義務も含めて消滅するという効果を導くことができる（前述2（5）参照）。また、債権者は必ずしも給付の不能等（そして、それに基づく反対給付義務の消滅）を確知できるとは限らないため、BGB326 条 5 項による解除とは別に、相当期間の設定及び経過により解除できる可能性（BGB323 条 1 項）を付与することには、十分な意味があるといえる。

IV 改正民法の危険負担の理解

（1）ここまで概観及び検討したドイツ法は、改正民法の現 536 条 1 項の理解について多くの有益な手がかりを提供していると考えられる。

まず、現 536 条 1 項の履行拒絶権構成には、既履行の反対給付の返還請求ができるかどうか課題として存在する。すでに複数の解釈論的提案が示され、いずれも返還請求が認めるのが望ましいとの方向性で一致すると思われる⁽⁴⁹⁾が、それぞれ問題がある。履行拒絶権構成によれば、債務者の債務が履行不能である場合、債権者には反対債務の履行拒絶権が認められるが、反対債務自体は消滅しない。そのため、債権者が履行拒絶せずに履行した場合、債務者はその反対給付を保持できることになりうる。このとき、履行拒絶権を永久的抗弁権として捉え、その存在を知らずにした反対給付は不当利得として返還請求できるという説は、履行不能が生じる前に反対

(49) 磯村・前掲注（1）65-66 頁も、返還請求が認められるべきであることを前提にしていると考えられる。

(50) 山野目章夫「民法 536 条 1 項の改正提案の理解について」法制審議会民法（債権関係）部会提供資料 7-8 頁（2014 年）、及び、そこで引用される四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上）』144-145 頁（1984 年、青林書院新社）。

債務が履行された場合に対処できないことになる。また、その場合について解除権の要件を緩和したうえ原状回復請求を認めるという説も⁽⁵¹⁾あるが、その具体的内容は不明であり、そして、もしそれが解除権の行使（現540条）、解除権の不可分性（現544条）、解除権の消滅（現548条）などの制限の緩和を含むのであれば、（それが可能かどうか疑問であるほか）そもそも危険負担の制度を残してそれらの制限を受けずに債権者が反対債務の履行拒絶ができる⁽⁵²⁾としたことと抵触する（解除権の要件を緩和しておけば足りた）と考えられる。

この課題に関しては、危険負担の債務者主義が、双務契約における債務と反対債務の牽連関係（ないし交換関係）を考慮し貫徹する立場であることを確認することが重要である。つまり、債務と反対債務はただ単に履行されるのではなく、その牽連関係に基づいて履行されるものである。したがって、双務契約としてその牽連関係を実現できない状態が生じたときは、それ以後の反対債務の履行（及び反対給付の保持）だけでなく、それ以前の反対債務の履行（及び反対給付の保持）も同じように法的根拠を失うと解することができる。そして、履行拒絶権それ自体は未履行の反対債務にのみ関係するが、⁽⁵³⁾双務契約における牽連関係の考慮に基づくものは明らかであり、その考慮が反対債務の履行時期と履行拒絶権の付着時期の先後関係によって左右されると考えるのは困難である。反対債務の履行及び履行拒絶権は、単体の債務の履行や抗弁権としてではなく、双務契約における牽連関係の枠組みのなかで理解すべきである。

以上によれば、現536条1項における既履行の反対給付は、履行不能となった時＝履行拒絶権の発生時との先後を問わず、双務契約における牽連関係が崩れたことを根拠に法律上の原因を欠く給付となり、不当利得として返還請求できると解せられる。このとき、BGB326条4項（前述Ⅲ2（4）

(51) 法制審議会民法（債権関係）部会「第91回会議議事録」26頁〔内田貴発言〕（2014年）。

(52) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1）補充説明（部会資料79-3）」17頁（2014年）。

(53) 中田・前掲注（1）166頁も、この方向からの解釈提案であると考えられる。

参照)のように解除の規定による返還関係を準用できるかどうかは、今後の課題である。たしかに、履行拒絶権の付着した(あるいは付着したはずの)反対債務の履行という側面だけに着目すれば、不当利得という構成が適するであろう。しかし、双務契約における牽連関係の考慮に基づいて反対給付の返還請求が認められるのだとすれば、有効に成立した双務契約の清算に関する解除の規定を用いることも、不可能ではないと思われる。

(2)次に、現536条1項の規律そのものについては、履行拒絶権という新たな構成を創出する必要はなく、履行不能によって反対債務は消滅するという旧来の当然消滅構成で問題なかったと考えられる。たしかに、危険負担によって反対債務が当然に消滅すれば、解除の意思表示によって反対債務が消滅することとの間に重複が生じ、制度間に不整合があるようにみえる⁽⁵⁴⁾。しかし、それは当該の消滅する反対債務にのみ注目したための一面的な評価といえる。解除の制度によれば、一部不能のときに(反対債務の一部消滅を超えて)全部解除できる可能性があり(現542条1項3号)、また、反対債務以外の契約上の義務をすべて解消することができ、そして、履行不能であることを確知できないときに催告解除できる可能性がある(現541条)(前述Ⅲ2(5)、Ⅲ3(3)参照)。したがって、そうした危険負担と解除の重複ないし制度間の不整合という懸念は不要であり、両者には異なる機能があるという理解によって、両者の併存を十分に正当化できたというべきである。

もっとも、現536条1項の履行拒絶権構成については、別の観点からありうる選択として評価することができる。もし反対債務について当然消滅構成をとるとした場合、反対債務が存続する例外もあわせて規定するか、少なくとも部会審議等において確認しておくことが必要である。そうした例外としては、ドイツ法と同様のものが考えられ(前述Ⅲ2(3)参照)、追完不能の契約不適合の場合は、債権者に代金減額請求(現563条)と解除(現542条1項3号、2項)を選択する機会を確保するために、反対債務

(54) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注(52)16頁。

の当然消滅を否定する必要がある。代償請求権（現 422 条の 2）が行使される場合は、債務の目的物の代償と反対債務との間で牽連関係が維持されるため、代償の限度で反対債務は存続するとみられる。また、交換契約では、債権者が反対債務を履行して目的物を手放しつつ、履行に代わる損害賠償（現 415 条 2 項）を請求するという選択が可能でなければならない。しかし、旧 BGB 以来の一定の蓄積があるドイツ法と異なり、改正民法においてそれらの例外をすべての確に整備することは容易ではなく、とくにそれがいずれも改正民法の新規定（契約不適合、代償請求権、履行に代わる損害賠償）に関係するため、そうした新規定との規範調整も含めて整備することは事実上困難であったと思われる。したがって、改正民法において当然消滅構成をとらず、反対債務の存続を前提とする履行拒絶権構成をとったことは、結果的にであれ、それらの例外の場面で必要となる反対債務の存続も、いわば予めまとめて現 536 条 1 項に組み込むかたちになり、⁽⁵⁵⁾ 了解可能な選択であったといえる。

(3) このようにみると、現 536 条 1 項の履行拒絶権構成は、ドイツ法と逆方向からの規律であると考えられる。ドイツ法は、BGB326 条 1 項により、反対給付義務の原則的な消滅を規定しつつ、同条 2 項及び 3 項と解釈論により、債権者の意思の外部的表明を介して（前述 III 3(2) 参照）、反対給付義務の例外的な存続を認めている。これに対し、改正民法は、現 536 条 1 項において、反対債務の存続を前提としつつ債権者に履行拒絶権を認め、そして履行拒絶権の行使という債権者の意思の外部的表明を介して、反対債務が自然債務と同様となる⁽⁵⁶⁾（そして、債務者の請求について請求棄却をもたらず⁽⁵⁷⁾）ものとするからである。

しかし、履行拒絶後に反対給付をするという特異なケースを排除すれば、⁽⁵⁸⁾

(55) その場合でも、本来は、現 536 条 2 項の債務者有責の事由による履行不能の場合のように、履行拒絶できないという例外を定めることが望ましいであろう。

(56) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注（51）25-26 頁〔金関係官発言〕。

(57) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』248 頁（2017 年、きんざい）、中田・前掲注（1）165 頁。

(58) この特異なケースは、狭義の非債弁済（705 条）によって処理すれば足りるのであろう。

結局、履行拒絶権の行使によって反対債務は消滅するのに等しいと解せられる。このため、もともと当然消滅構成でも問題がなかったこと（前述（2）参照）も考慮すると、「履行拒絶権の行使により反対債務の消滅という効果が生じる」と解する方が簡明といえる。つまり、現 536 条 1 項においては、履行不能によって反対債務は存続又は消滅に関して浮動的状态となり、一方で、債権者の代金減額請求や代償請求権の行使など（前述（2）の例外の場面を参照）によって反対債務の存続が確定し、他方で、債権者の履行拒絶権の行使によって反対債務は確定的に消滅すると理解することになる。この理解によると、履行拒絶権は、文字通りの履行拒絶のための権利ではなく、反対債務の確定的な消滅を導くための権利として把握される（このような、債権者の意思の外部的表明を介した反対債務の消滅については、旧 BGB における契約隔絶の意思表示（前述Ⅱ（4）参照）、BGB における債権者の拒絶・確答（前述Ⅲ2（3）参照）が先例となる（前述Ⅲ3（2）も参照））。このような意味での履行拒絶権は、未履行の反対債務に関してだけでなく、既履行の反対債務に関しても行使することができるであろう。この結果、既履行の反対給付の返還請求も、より容易に根拠づけることができるであろう。