

民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(5)

目次

第1 民法第536条第1項の削除の是非.....	1
--------------------------	---

第1 民法第536条第1項の削除の是非

民法第536条第1項については、同項を削除するという案が示されているが（中間試案第12、1）、同項を維持すべきであるという考え方もある（中間試案第12、1の（注）参照）。同項の削除の是非について、どのように考えるか。

○中間試案第12、1「危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）」
民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。
（注）民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

○参照条文

（債務者の危険負担等）

民法第五百三十六条 前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

（説明）

1 中間試案においては、債務者の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となった場合であっても債権者による契約の解除が認められることを前提に（部会資料68A第3、2参照）、債権者は契約の解除によって反対給付の債務を免れることができるのであるから、民法第536条第1項によって反対給付の債務を免れる必要はないことなどを理由として、同項を削除することとしていた（中間試案第12、1参照）。

もっとも、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見などによれば、民法第536条第1項を削除するという上記の考え方に対しては、引き続きいくつかの批判がある。内容の当否に関する評価はさておき、差し当たり列举すると概ね以下のとおりである。

2 ①危険負担に関する民法第536条第1項を削除するという考え方は、履行の不能によって債務者は本来の債務も填補賠償の債務も全て履行する必要性がなくなっているにもかかわらず、債権者は解除の意思表示を債務者に到達させなければ自己の反対給付の債務を免れることができないという帰結を認めるものであるが、この帰結は当事者間の公平を害する。債務者が本来の債務の履行に代わる填補賠償の債務を負っている場合（債務者に帰責事由がある場合）に、債権者が解除の意思表示を債務者に到達させなければ自己の反対給付の債務を免れることができないのでは、状況が異なる。履行の不能によって本来の債務が消滅し、その履行に代わる填補賠償の債務も発生しない場合に、これに対応する債権者の反対給付の債務が当然に消滅するという危険負担の発想は、素朴

な法感情にも合致する。

②履行の不能について債務者に帰責事由があるかどうかは、債権者には判断しかねることから、契約関係から確実に解放されたい債権者は、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除の意思表示をするというのが通常の実務であると思われるが、その実務を安定的に行うために必要なことは、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除をすることができることであって、危険負担を廃止することではない。危険負担を廃止しなくても、上記の実務は安定的に行うことができる。

③危険負担による自動的な債務の消滅と、解除による債務の消滅とが併存することは、必ずしも理論的に説明することのできないものではない。意思無能力者である成年被後見人の法律行為（無効）を行為能力の制限によって取り消すことができること、錯誤による売買契約（無効）の買主が売主に対するいわゆる瑕疵担責任の追及をすることができること、通謀虚偽表示による契約（無効）を詐害行為とする詐害行為取消訴訟を提起することができること、詐欺によって締結された公序良俗違反の内容の契約（無効）を取り消すことができることなどと類似の状況であると見る余地があり、現に、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除を認めるべきである旨を主張する学説の中には、危険負担の廃止までは主張しないものや、むしろ危険負担を廃止すべきではないと主張するものがある。現行法の下でも、契約の当事者間で、債務者の帰責事由の有無にかかわらず解除をすることができる旨の合意をしておくことは可能であるが、その場合において、解除の意思表示を受けた債務者が、自己には帰責事由がないから危険負担の制度が適用される旨を主張したとしても、解除の効力は否定されない。

④売買の目的物が引渡し前に損傷するなどの一部不能の場合において、危険負担による代金（対価）の一部消滅と、買主の売主に対する代金減額請求権、修補請求権、代物請求権、解除権（中間試案第35、4以下参照）とが併存することについても、上記のとおり必ずしも説明がつかないものではない。買主が修補請求や代物請求を選択した場合には、それに対応する部分の代金を支払わなければならないのは当然であるが、危険負担による債務の一部消滅を含む上記のいずれを主張するかは買主の選択に委ねれば足りる。仮にそれでは問題があるのであれば、例えば、買主が売主に対して修補請求や代物請求をしたときは危険負担の適用が排除される旨の規定を置くことなどによって対応することも可能である。

⑤代償請求権（部会資料68A第2、5参照）についても、例えば売買の目的物が売主の帰責事由によらずに滅失した場合には、危険負担によって代金債務が当然に消滅し、又はより確実な方法である解除をすれば代金債務が消滅する一方で、買主としては、契約の解除をしないで代償請求権を行使することも可能である。それに対応する部分の代金を支払わなければならないのは当然であるが、少なくとも危険負担によって代金債務が消滅していることを理由に代償請求権が否定されることはない。現在の実務においても、危険負担に関する民法第536条第1項が適用される事案において、代償請求権の行使が認められている。

⑥継続的な契約に基づく債務の一部が不能となった場合において、その不能となった部分に対応する対価の支払義務のみを免れ、継続的な契約自体の効力は引き続き維持す

る必要があるときに、契約の解除ではなく民法第536条第1項による反対給付の債務の消滅を主張するほうが合理的である場合もある。例えば、画家が自己の既発表作品である絵画12点を完成時期の早い順序で毎月末日に1点ずつ買主に引き渡し、買主が毎月末日にその代金として100万円ずつを支払う旨の継続的売買契約を締結したが、5番目及び6番目に引き渡すべき絵画が滅失したという場合には、買主としては、継続的売買契約自体の効力は引き続き維持した上で、5番目と6番目の絵画の代金債務のみを免れる旨を主張したい場合があり得る。

⑦債務者の帰責事由の有無とは無関係に解除権の行使が制限される場合があり（この説明の後記3参照）、その場合には、危険負担によって反対給付の債務を当然に免れることができなければ不都合を生ずる場合があり得る。解除権が制限される場合には同時履行の抗弁権（民法第533条参照）を主張すれば足りると考える余地もあるが、同時履行の対象である債務者側の債務は、履行不能によって既に消滅等しているから（部会資料68A第1、2参照）、同時履行の抗弁権の前提を欠いているとも考えられる。そもそも同時履行の抗弁権を主張することができるということは、訴訟において引換給付判決がされることを意味するが、不能の給付（例えば滅失したことが認定された建物の引渡し）と引き換えに反対給付をせよという判決を言い渡すのは困難である。このように、解除権の行使や同時履行の抗弁権の主張のみでは十分な対応をすることができない場合が想定され得るのであれば、引き続き危険負担に関する民法第536条第1項を置いておく必要がある。

3 以上に列挙した批判のうち、⑦の解除権の行使が制限される場合としては、例えば、以下のような場合が考えられる。

まず、解除権の不可分性（民法第544条）によって解除が制限される場合である。例えば、Aの所有する建物をB及びCが共同で購入する契約を締結したが、当該建物が不可抗力により滅失した場合において、Cが行方不明であったり、Cが死亡してその相続人を探すことが困難であったりするときは、Bとしては、契約の解除ではなく、民法第536条第1項によって代金債務を免れる旨の主張をするほかない場合があり得る。また、同様の事案において、Cが解除権の放棄をしたときは、Bの解除権も消滅するとされているから（同法第544条第2項）、Bとしては、同法第536条第1項によって代金債務の支払を免れる旨を主張するほかない。

次に、負担付遺贈における負担の履行が不能となった場合が挙げられる。例えば、Aが「遺産の中から5000万円をBに譲るが、Bはその所有する甲財産をAの唯一の相続人であるCに譲ること」という内容の負担付遺贈をし、Aの死後にBがその負担付遺贈を承認したが、甲財産が滅失したという場合には、相続人であるCは、民法第1027条に基づき、家庭裁判所に負担付遺贈に係る遺言の取消しを請求しなければならない。遺贈は契約ではないから解除をすることができず、この取消請求の制度が解除の代替手段として機能するとされている。もっとも、この場合において、民法第536条第1項が類推適用されるのであれば（民法第533条の同時履行の抗弁権の規定は類推適用されるとされている。）、Cは、家庭裁判所への取消請求の手続を採るまでもなく5000万円の支払を免れることができる。

ほかにも、債務不履行による解除をするには第三者の承諾を得なければならない旨の規定やその旨の三者間合意がある場合において、当該第三者が行方不明であったり、当該第三者が死亡してその相続人を探すことが困難であったりするときも、契約の解除ではなく、民法第536条第1項によって反対給付の債務を免れる旨を主張するほかない場合があり得ると考える余地もある。

- 4 以上に列挙した批判と、民法第536条第1項を削除する考え方の論拠（中間試案の補足説明142頁以下参照）を踏まえ、同項を削除することの是非について、どのように考えるか。