

タイトル	不履行と解除(三・完)
著者	遠山, 純弘
引用	北海学園大学法学研究, 43(2): 377-401
発行日	2007-09-00

# 不履行と解除 (三・完)

遠 山 純 弘

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 解除と有責性
  - (一) 有責な不履行の効果としての契約解除
  - (二) 債務者の有責性に依存しない契約解除
  - (1) 有責性に依存しない遅滞の効果としての契約解除
  - (2) 契約解除の有責な不履行からの解放
- (以上、四二巻三号)
- 三 損害賠償としての解除と無益性  
理性法
  - (一) 一九世紀の普通法
  - (二) 一般ドイツ商法典
  - (三) ドレスデン草案
- (四) ドレスデン草案
- 四 一解除原因としての民法五四一条に基づく解除
  - (一) 民法五四一条に基づく解除の機能
  - (二) 民法五四一条に基づく解除と契約目的の不達成
  - (三) 民法五四一条の要件
  - (四) 民法五四一条に基づく解除と一般的な解除原因
- 五 おわりに——債権法改正に関して——
  - (五) ドイツ民法典の編纂過程
  - (1) 部分草案
  - (2) 第一草案
  - (3) 第二草案
  - (六) 日本法
  - (1) 旧民法典
  - (2) 現行法
- (以上、四三巻一号)

## (六) 日本法

以上のように、二〇〇二年の債務法改正前のドイツ民法典において、解除は、損害賠償から独立した一つの法的手段として規定されたにもかかわらず、依然として損害賠償としての機能を維持したのである。そして、このことは、わが国においても当てはまるのである。

## (1) 旧民法典

一八九〇年に公布された旧民法典は、フランス民法典の影響を受けて、<sup>(136)</sup>解除を解除条件的に構成した。<sup>(137)</sup>双務契約には不履行の場合について常に黙示的に解除条件が包含されているものとされ(旧民法財産編四二一条一項)、相手方の義務の不履行によってその解除条件が成就し、契約が解除される。もつとも、解除は、当然には行われず、裁判所に請求することが必要とされた(同条二項前段)<sup>(138)</sup>。また、裁判所は、不履行当事者に恩恵上の期限を許与することができた(同条二項後段)<sup>(139)</sup>。

このように、たしかに旧民法典における解除は本来の意味における解除条件成就の効果とは異なるとしても、<sup>(140)</sup>それでもなお解除が解除条件的に構成されている限り、旧民法典において解除は独立した一つの法的手段として形成されていないなかったのである。

(2) 現行法<sup>(141)</sup>

これに対して、現行民法典の立法作業の過程で法典調査会に提出された原案において解除は大きな変更を受けた。

まず、旧民法典においては、解除は解除条件成就の効果として構成されていたが、原案においては、このような解除条件的な構成は否定され、ドイツ民法典に倣って不履行に基づく法定解除制度が採用された<sup>(14)</sup>。穂積はその理由について次のように述べる。

条件は法律行為の附帯事項であるが、解除は法律の規定によつて生ずるものであり、条件ではない。また、解除が問題となるのは、實際上双務契約の場合であるが、委任、代理あるいは寄託であるといった場合にも解除が適用される<sup>(15)</sup>。さらに、解除を解除条件として構成することは法律上不当であり、相手方が履行しなかつたならば、自己の義務が消えるということ<sup>(16)</sup>を常に当事者が見込んで条件を付けて契約を締結すると考えるのは行き過ぎである<sup>(16)</sup>。

そのうえで、穂積は解除について次のように述べる。「固ヨリ法律ガ双務契約ノ場合ニ於テハ一方ガ其義務ヲ履行シナケレハ他ノ方ノ履行ノ義務ハ解クゾト云フコトヲ法律ガ云フテヤルノテアツテ法律ガ言ハナカツタナラハ其事柄ノ性質カラ生スルモノテナイ一方ハ履行シナイ其相手方ハ之ヲ履行スル代ハリ其向フノ不履行ニ対シテ損害賠償ヲ請求スルスウ云フコトガ出来得ル<sup>(16)</sup>」。

この説明から穂積が解除を契約に内在するものとして捉えておらず、契約からは不履行の場合において履行に代えて損害賠償を請求することだけが認められ、そのため、解除を法律の規定によつて生ずるもの、すなわち、外から契約に付け加えられたもの<sup>(16)</sup>として理解していることがわかる。このような解除および損害賠償に関する穂積の理解にわれわれは普通法において支配的だった考え方を見ることができるのである。

次に、旧民法典においては、解除は裁判上請求されなければならぬとされていたが（旧民法財産編四二一条二項前段）、原案においては、相手方に対する意思表示によつて解除が認められるものとされた（原案五三八条〔現行民法五四〇条〕）。これについて穂積は次のように説く。

法律上当然の解除や一個人の解除は、はなはだ簡便で手数料がかからないが、それは簡便すぎて、法律に慣れていない者にとっては、自分の知らない間に権利が消え、あるいは義務が発生するということがあり、却って實際上不便である。そのため、一般の場合において当然に効果が生ずるということは避ける方が便利である。しかし他方で、旧民法典におけるように、裁判上の解除という主義を採るならば、手数料、時間あるいは費用もかかり、また一般の人々にとって裁判官や代言人とかかわりをもつことは愉快に感じないというのが人情である。それゆえ、裁判上の解除を通則とすることは不都合であり、それよりは、当事者の意思によつて解除することを知照することによって自治に任せしておく方が一番間違いも少なく、そこで、意思表示による解除方法を通則として採用したのである。<sup>(147)</sup>

ところで、二〇〇二年のドイツ債務法改正前のドイツ民法典においては、解除と損害賠償とは形式的には分離されたにもかかわらず(ドイツ民法旧二二五条、三二六条)、解除は依然として損害賠償としての機能を維持したことはすでに述べたところであるが、<sup>(148)</sup> かりに原案がドイツ民法草案、ドイツ旧商法典およびスイス債務法などに倣つて解除要件を規定したのであれば、<sup>(149)</sup> わが国の民法原案は、如何なる解除法の発展をもたらしたのであるか、あるいは解除を損害賠償から独立した一つの法的手段として形成することができたのであろうか。

ドイツにおける解除法の発展において見たように、ドイツ民法典第一草案が解除と損害賠償とを切り離したことによつて利益消滅という要件は、解除に内在する要件としてもはや必要なくなり、そのため、ドイツ民法典第二草案は、この要件を放棄し、遅滞それ自体が解除権を根拠づけるものとした。原案も、ドイツ旧商法典およびドイツ民法典第二草案に倣つて不履行それ自体が解除権を根拠づけるものとした。<sup>(150)</sup> 穂積は、法典調査会の審議において解除について、「固ヨリ法律ガ双務契約ノ場合ニ於テハ一方ガ其義務ヲ履行シナケレハ他ノ方ノ履行ノ義務ハ解クゾト云フコトヲ法律ガ云フテヤル」と説明しており、<sup>(151)</sup> 穂積が解除を相手方が義務を履行しない場合の効果、つまり、不履行の効果とし

て位置づけていることがわかる。同様に、梅も、民法五四一条の注釈において、「本條以下第五百四十三條ニ至ルマテハ不履行ニ因ル解除ノ一般ノ條件ヲ定メタルモノナリ」と述べており、梅も解除を不履行による効果として位置づけていることがわかる。

また、ドイツ民法典第二草案において解除のために債権者に期間の設定が要求されたことによつて解除と損害賠償との結合は解かれたのであるが、原案も、ドイツ旧商法典およびドイツ民法典第二草案に倣つて解除のために債権者に相当期間の設定を要求した(原案五三九条)。穂積はこれについて次のように説く。

少し履行を怠つただけですぐ解除してしまうというのは随分酷な話であつて、また双方当事者にとつて害も深くない。それゆゑ、旧民法典のごとく、恩恵上の期限を与えるということは穩当であり、また親切でもある。同じ結果は、相当な期間を定めた催告によつても得られ、そして、相当な期間というものは、取引の性質から定まるものであつて、却つて当事者の見込みのほうに穩やかなことがある。恩恵上の期限の便益は、この規定によつても得られるのである。

このように、原案が解除のために債権者に期間設定を要求したことによつて解除と損害賠償とは、要件上は、異なるものとして位置づけられたのである。しかしながら、ドイツ民法典の立法者たちがそうであつたように、わが国の起草者も、解除を損害賠償から分離することに成功しなかつたのである。すでに見たように、穂積は、解除について期間設定を要件としたにもかかわらず、損害賠償および解除を同じく不履行の効果として位置づけたのである。

以上のように、起草者の觀念においては、期間設定の要件の付加にもかかわらず、解除と損害賠償との実質的な関連はなお維持されていたのであり、わが国の起草者も、解除を損害賠償の拘束から解放することはできなかつたのである。そして、このような状況は、すでに見たように、今日の判例・学説においてもなお維持されているのである。

#### 四 一 解除原因としての民法五四一条に基づく解除

以下では、これまで見てきた解除法の発展史をもとに、とりわけ民法五四一条に基づく解除が如何なる機能を有し、またその要件をどのように理解すべきかを検討していくことにしよう。

##### (一) 民法五四一条に基づく解除の機能

民法五四一条に基づく催告解除は、すでに見たように、ADHGBにその起源を有する。ところで、ADHGBにおいて催告および期間設定によって解除が認められたのは、普通法における無益性に基づく解除の不都合を解決するためであった。<sup>(18)</sup> 無益性に基づく解除は、迅速な取引という商取引の性質には適合しなかつたのであり、それゆえ、そのような商取引の性質にあわせて、無益性に基づく解除よりも簡便な手続で解除を認めたのがADHGBにおける催告解除だったのである。つまり、催告解除は、債務者の給付が債権者にとって無益となったかどうかを問題とすることなく、催告およびそこにおいて設定された期間の経過という事実のみによって解除できるということを認めたものであつて(ADHGB三五四条ないし三五六条)、債権者に解除権を根拠づけるための便宜的な手段を認めたにすぎないのである。

そして、民法五四一条に基づく催告解除についてもこれと異なることが当てはまるとする理由は見られないのであり、それゆえ、民法五四一条に基づく催告解除は、債権者に解除権を根拠づけるための便宜を図つたものであつて、同条が定める手続を履践しさえすればそれで解除を認める、というものとして理解すべきである。<sup>(19)</sup>

また、民法五四一条に基づく催告解除の機能をこのように理解するならば、反対に、同条の要件が充足されていないことを理由に解除が認められないと考えられてはならない。ADHG Bにおける催告解除は、給付が債権者にとって無益となったかどうかを問題とすることなく、催告およびそこにおいて設定された期間の経過のみによって解除を認めるというにすぎないのであって、給付が債権者にとって無益となった場合における解除を否定するものではないのである。

このことは、民法五四一条に基づく解除についても当てはまるのであり、民法五四一条は、同条が定める手続を履践しさえすればそれで解除を認めるというにすぎないのであって、債権者がその手続を踏まずに他の手段をもって解除権を根拠づけようとすることが同条によって否定される理由はないのである。

## (二) 民法五四一条に基づく解除と契約目的の不達成

ところで、学説においては、契約目的の不達成を法定解除に共通する解除原因と捉え、民法五四一条に基づく催告解除をその一類型として理解する見解がある。<sup>158)</sup>これによれば、契約目的の不達成が解除権を根拠づけ、催告期間の経過によって契約目的が達成されなくなると評価されることになる。<sup>159)</sup>しかしながら、このような考え方には疑問がある。解除あるいは解除したのと同様の効果は、本来、遅滞によって債務者の給付が債権者にとって無益となった場合に利益給付訴権から帰結された。もともと、無益性概念は、一九世紀後半から利益消滅概念に置き換えられるようになり、ドイツ民法典第一草案は、解除を利益消滅に基づいて構築した。しかしながら、第一草案が解除を損害賠償から独立した制度として位置づけたことによって、利益消滅という要件は、解除に内在する要件としてもはや必要なくな

り、ドイツ民法典第二草案は、解除の要件として利益消滅という要件を放棄した。

このように、解除の要件として利益消滅が要求されたのは、まさしく解除あるいは解除したのと同様の効果が利益給付訴権から帰結されたことによるのである。そのため、解除を損害賠償から独立した制度として位置づけるのであれば、損害賠償の本質的な要件である利益消滅という要件は、解除の要件としてもはや必要ないのである<sup>(10)</sup>。しかも、解除の機能が契約を解除した当事者を契約の拘束力から解放し、その結果、他者との新たな契約を締結することによって当初の契約で企図していた目的の達成を可能とするということにあるのであれば<sup>(10)</sup>、契約目的の不達成であれ、それ以外の要素であれ、利益消滅と関連する要素を解除の要件とすることが適切ではないということがある<sup>(10)</sup>。なぜなら、契約の解除によって他者との新たな契約を締結し当初の契約で企図していた目的を達成しようとする債権者が債務者の不履行によってすでに給付について利益を失った、あるいは契約目的を達成することができなくなったならば、解除を認めたところで、それは当該債権者にとって無意味となるからである。そのため、債権者が解除の時点において債務者の給付についてなお利益を有し、あるいは契約目的を達成することができなくなったということができない場合であっても、解除が認められなければならないのである。このことは、解除法の発展史を見るならばより明らかであり、ADHGBにおける催告解除は、契約目的の不達成あるいは利益消滅をその判断要素とする無益性に基づく解除の不都合を解決するために認められたものであり、商取引において売主または買主に填補売却あるいは填補購入を可能とするために認められたのである。言い換えれば、ADHGBにおける催告解除は、債権者の利益を擁護するために認められたものであって、無益性に基づく解除の一類型として認められたものではないのである。

以上によれば、民法五四一条に基づく催告解除は、債権者の利益を擁護するための制度として理解されるべきであって、契約目的の不達成あるいは利益消滅という観念を同条に持ち込むことは、解除法の発展史の観点からも、解除の

機能の観点からも正当化されないのである。そのため、民法五四一条に基づく催告解除を契約目的の不達成の一類型であると解し、あるいは催告期間の経過によって契約目的が達成されなくなると評価されると考えられてはならないのである。<sup>(165)</sup>

### (三) 民法五四一条の要件

以上のように、民法五四一条に基づく解除が債権者に解除権を根拠づけるための便宜を図ったものであり、同条が定める要件が充足されればそれで解除を認める、というものであるとするならば、それでは、民法五四一条が定める要件をどのように理解すべきであろうか。

これまで判例・通説は、民法五四一条における「その債務を履行しない」という要件を履行遅滞と解してきた。<sup>(166)</sup> その結果、解除のためには不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることを要すると解してきた。しかしながら、上述のように民法五四一条に基づく解除を債権者の利益を擁護するものとして理解するのであれば、債権者の利益の満足にとって給付がなされないのが債務者の責に帰すべき事由によるか否かは重要ではない。<sup>(166)</sup> それゆえ、民法五四一条における「その債務を履行しない」という要件を履行遅滞であると考えた必要はないのであって、不履行について債務者に有責性があるかどうかは問題とすべきではないのである。また、法史的な観点から言えば、そもそも解除の要件として遅滞あるいは有責性が要求されたのは、解除あるいは解除したのと同様の効果が利益給付訴権から帰結されたことによるのであり、さらに、解除が損害賠償から分離された後においても、ドグマーティクが実質的には解除を損害賠償から分離することに成功しなかったことによるのである。そのため、民法五四一条に基づく解除

において利益消滅の観念を中核とする契約目的の不達成の観念を放棄すべきであるとするならば、損害賠償責任の発生要件たる債務者の遅滞あるいは有責性は、解除の要件としてもはや必要ないのである。<sup>(66)</sup> その限りでは、民法五四一条における「その債務を履行しない」という要件は、遅滞と理解されるべきではなく、不履行について債務者に有責性があるかどうかは問題とされるべきではないのである。<sup>(67)</sup>

次に、催告および相当期間の設定（かつその期間の経過）という要件について言えば、次の場合が区別されなければならぬ。すなわち、民法五四一条の適用によって契約を解除しようとする場合とそれ以外の場合とである。前者の場合には、常に催告およびそこにおいて設定された期間の経過が必要である。<sup>(68)</sup> なぜなら、それが民法五四一条に基づく解除の要件だからである。民法五四一条に基づく解除は、債権者に解除のための便宜を図ったものであるが、その恩恵は、同条が定める手続を履践することによって初めて与えられるのである。これに対して、後者の場合には、催告および相当期間の設定（かつその期間の経過）は解除のための必要条件ではない。なぜなら、この場合には、前者の場合と異なり、催告およびそこにおいて設定された期間の経過によって解除が認められるわけではないからである。この場合に解除が認められるか否か、あるいは如何なる要件のもとで解除が認められるかは、判例・学説による法発展に委ねられているのである。そのため、たとえば、債務者の履行拒絶の意思が明らかな場合に催告期間を経過していなくても解除が認められるとされ、<sup>(69)</sup> あるいは催告において相当でない期間が定められ、またはそもそも期間が設定されなかった場合であっても、相当の期間が経過すれば、解除が認められるとされるものも、判例・学説による解除原因についての一つの法形成として理解されるべきである。<sup>(70)</sup>

また、民法五四一条に基づく解除が債権者に解除のための便宜を図ったものであるとするならば、催告は、債権者のための手続として位置づけられるのである。<sup>(71)</sup> もちろん、このことは、債務者が催告によって翻意して履行し、ある

いは相当の期間が経過するまでは履行することができるので、催告が債務者のために機能するということを否定するものではない。しかしながら、民法五四一条に基づく解除を右のように理解するのであれば、催告の第一次的な機能は、解除権を根拠づける債権者の便宜にあるのであって、催告によって債務者に履行の機会を与えるということは副次的な機能にすぎないということになる。

さらに、催告の問題と関連して注意しなければならないのは、相当期間の判断である。これまでは必ずしも明確に問題とされてこなかったように思われるが、解除の機能が債権者を契約の拘束力から解放し、債権者に填補購入あるいは填補売却の可能性を与えることにあるとするならば、相当期間の判断に当たって、債権者の利益が考慮されなければならぬのであり、<sup>(17)</sup> 契約への不必要な拘束によって債権者の利益が失われてはならないのである。

#### (四) 民法五四一条に基づく解除と一般的な解除原因

すでに見たように、民法五四一条に基づく催告解除は、債権者に解除のための便宜を図ったものであり、簡便な方法によって契約を解除できるようにしたものにはすぎない。それゆえ、民法五四一条に基づく催告解除は、その方法によつてしか解除を認めないとするものではなく、単なる一つの解除原因にすぎない。そして、このことは、法律に規定されたその他の解除原因についても当てはまるのであって、法律に規定された解除原因以外の理由による解除が認められないと考えられるはならないのである。近時の学説において解除原因を「契約目的の不達成」、「重大な契約違反」などと捉えようとする試みも、法律が規定する解除原因をこえて、一般的な解除原因を定式化しようとするものにほかならない。

しかしながら、現時点における判例・学説の状況を前提とする限り、そのような一般的に当てはまる解除原因を定式化することはできない。解除が問題とされる状況はさまざまであり、その状況にあわせて解除が認められる理由も異なる。民法典におけるいくつかの規定（民法五四二条、五六六条一項、五六八条一項、五七〇条、六〇七条、六一一条、六三五条）および付随的義務の不履行に基づく解除におけるように契約目的の不達成が解除の判断に当たって重視される場合がある一方で、民法五四一条に基づく催告解除におけるように契約目的の不達成を考慮することなく解除が認められる場合もある<sup>(15)</sup>。継続的契約関係においては、信賴関係破壊法理が解除にとって重要な役割を果たしている<sup>(16)</sup>。委任契約においては、当事者はいつでも契約を解除することができる（民法六五一一条一項<sup>(17)</sup>）。さらに、事情変更の原則に基づいて解除権が発生することも認められている<sup>(18)</sup>。

このように、解除が認められる根拠はさまざまであり、それらをすべて包摂しうる一般的な解除原因を定式化することは困難である。それにもかかわらず一般的な解除原因を定式化しようとするならば、そのような解除原因は、単なる一般条項と化しほとんど無内容なものとなることは想像に難くない。その結果、そのような解除原因は、結局のところ、基準としての意味を持たなくなり、一般的な解除原因を定式化することの意味を減殺することになりかねないのである。

## 五 おわりに——債権法改正に関して——

最後に、ここまで検討してきたことをもとに現在行われている債権法改正の議論における解除について若干の検討をしておこう。

改正案における解除について、民法改正委員会の議論によれば、一、解除の対象となる契約は、双務契約に限られない、二、債務者の帰責事由を解除の要件としない、三、「重大な債務不履行」を基本的な解除原因とする、との考え方が示されている<sup>(18)</sup>。

まず、解除の対象となる契約は、双務契約に限られない、という提案については、すでに述べたように、解除を認める実益が債権者を反対給付義務から解放することにあるとするならば、反対給付義務を負わない債権者に一般的に解除権を与える必要があるかは疑問である<sup>(19)</sup>。

次に、債務者の帰責事由を解除の要件としない、という提案については、一般的にそのような考え方が妥当であるかは疑問である。たしかにすでに見たように解除を利益消滅あるいはその観念を中核とする契約目的の不達成の観念から切り離す場合には、債務者の帰責事由を解除の要件としないということも可能であろう。しかしながら、利益消滅の観念を中核とする「重大な債務不履行」を解除の要件とするのであれば、すでに見た解除法の発展史およびそこにおける解除の機能にかんがみて、一般的に解除に債務者の帰責事由を不要としてよいかはなお検討を要すると思われる<sup>(20)</sup>。

さらに、「重大な債務不履行」を基本的な解除原因とする、という提案についても疑問がある。このように、一般的に当てはまる解除原因を定式化することがはたして可能なのだろうか<sup>(21)</sup>。たしかに利益消滅の観念を中核とする「重大な債務不履行」に基づいて解除が認められる場合があることは否定しないとしても、解除が認められるのはそれに限られない。すでに述べたように、現在の判例・学説の状況を前提とする限り、解除が認められる根拠はさまざまであり、それらすべてを包摂しうる一般的な解除原因を定式化することは困難である。そのため、かりに「重大な債務不履行」という概念で一般的な解除原因を定式化したとしても、それは、ほとんど無内容なものとなり、実際の問題へ

の適用において基準としての意味を持たないであろう。また、すでに述べたように、解除を損害賠償から独立した制度として位置づける限り、利益消滅あるいはそれと関連する要素を解除の要件とすることは適切ではないのであり、<sup>(18)</sup>それゆえ、利益消滅の観念を中核とする「重大な債務不履行」という概念を解除の一般的あるいは原則的な解除原因とすること自体適切であるかはなお検討を要する。

あるいはまた、この問題と関連して、民法改正委員会の議論によれば、催告解除は、「重大な債務不履行」に基づく解除のサブカテゴリーとして位置づけられている。<sup>(19)</sup>しかしながら、「重大な債務不履行」という概念が利益消滅の観念を中核とする概念であるとするならば、利益消滅の観念を要件としない催告解除を「重大な債務不履行」に基づく解除のサブカテゴリーとして位置づけることはできない。<sup>(20)</sup>催告解除は、「重大な債務不履行」に基づく解除のサブカテゴリーではなく、それと並ぶ一つの解除原因にすぎないのである。

普通法においては、解除あるいは解除したのと同様の効果は、利益給付訴権から帰結された。そのため、解除が損害賠償責任の成立要件に依存するというのは、むしろ当然のことだった。これに対して、ドイツ民法典におけるのと同じく、わが国の民法典も、解除を損害賠償から独立した一つの法的手段として位置づけたのである。しかしながら、このように解除を損害賠償から独立した手段として位置づけたにもかかわらず、現在においてもなお解除は実質的には損害賠償としての機能を維持している。そのため、われわれが解除を損害賠償から独立した一つの法的手段として位置づけるのであれば、われわれは、それに適合するように解除の要件あるいは効果も検討し直さなければならないのである。解除を損害賠償から独立した一つの法的手段として理解する限り、すでに学説の多くが指摘するように、有責性は、——完全に意味を失うわけではないとしても——解除の要件として意味を持たない。同様に、損害賠償責任の発生要件たる利益消滅あるいはその観念を中核とする契約目的の不達成という要件も、解除の要件として必要ない

のである。それゆえ、契約目的の不達成という観念が解除の判断において重視されるべきかということも今後検討されなければならないのである。

注

(136) フランス民法第一一八四条「当事者の一方がその債務を履行しない場合につき、双務契約には常に黙示的に解除条件が含まれる。前項の場合において、契約は当然には解除されない。義務の履行を受けなかった当事者は、契約の履行が可能なきときは相手方にこれを強制し、又は損害賠償とともに契約の解除を請求する選択権を有する。」

解除は、これを裁判上請求することを要する。裁判所は、状況に応じて被告に猶予期間を付与することができる。」

(137) また、旧民法典は、現行法におけるように、法定解除権に関する総則的な規定を有さず、解除は法典の各所に規定されていた。まず旧民法財産編第二章「義務ノ効力」第四節「義務ノ諸種ノ体様」第一款「成立ノ単純、有期又ハ条件附ナル義務」四二一条ないし四二四条が解除について規定する。また、第三章「義務ノ消滅」第九節「解除」五六一一条も解除について規定する。さらに、旧民法財産取得編第三章「売買」第三節「売買ノ解除及ヒ銷除」第一款「義務ノ不履行ニ因ル解除」八一条ないし八三条が売買に関する解除について規定する。

旧民法財産編第四二一条「凡ソ双務契約ニハ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲ為セル当事者ノ一方ノ利益ノ為メ他ノ一方ノ義務不履行ノ場合ニ於テ常ニ解除条件ヲ包含ス」

此場合ニ於テ解除ハ当然行ハレス損害ヲ受ケタル一方ヨリ之ヲ請求スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ第四百六条ニ従ヒ他ノ一方ニ恩恵上ノ期限ヲ許スルコトヲ得」

旧民法財産編第四二二条「当事者ハ前条ノ解除ヲ行ハサル旨ヲ明約スルコトヲ得」

又当事者ハ履行ノ遅滞ニ付セラレタル一方ニ対シテ解除ノ当然行ハル可キ旨ヲ明約スルコトヲ得然レトモ遅滞ニ付セラレタル一方ハ他ノ一方カ其解除ヲ申立ツルニ非サレハ自己ヨリ之ヲ申立ツルコトヲ得ス」

旧民法財産編第四二三条「不履行ノ為メニ損害ヲ受ケタル当事者ハ黙示ノ解除ノ場合ニ於テ未タ之ヲ裁判上ニテ請求セサル間又ハ明示ノ解除ノ場合ニ於テ未タ之ヲ援用スル旨ヲ述ヘサル間ハ其解除ヲ抛棄スルコトヲ得」

旧民法財産編第四二四条「裁判上ニテ解除ヲ請求シ又ハ援用スル当事者ハ其受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得」

旧民法財産編第五六一条「義務ハ第四百九条、第四百二十一条及ヒ第四百二十二条ニ從ヒ明示ニテ要約シタル解除又ハ裁判上得タル解除ニ因リテ消滅ス」

解除ヲ請求ス可キトキハ其解除訴権ハ通常ノ時効期間ニ從フ但法律ヲ以テ其期間ヲ短縮シタル場合ハ此限ニ在ラス」

旧民法財産取得編第八一条「当事者ノ一方カ上ニ定メタル義務其他特ニ負担スル義務ノ全部若クハ一分ノ履行ヲ欠キタルトキハ他ノ一方ハ財産編第四百二十一条乃至第四百二十四条ニ從ヒ裁判上ニテ契約ノ解除ヲ請求シ且損害アレハ其賠償ヲ要求スルコトヲ得」

当事者カ解除ヲ明約シタルトキハ裁判所ハ恩惠期限ヲ許シテ其解除ヲ延ヘシムルコトヲ得然レトモ此解除ハ履行ヲ欠キタル当事者ヲ遲滞ニ付シタルモ猶ホ履行セサルトキニ非サレハ当然其効力ヲ生セス」

旧民法財産取得編第八二条「買主カ弁済其他ノ義務ヲ欠キタル為メノ解除ハ買主ノ猶ホ代金ノ全部若クハ一分ノ負担又ハ他ノ負担ヲ明示シタル売買証書ニ依リ登記ヲ為シタルニ非サレハ売主ヨリ転得者ニ対シテ之ヲ請求スルコトヲ得ス但債権担保編第百八十二条ノ規定ヲ妨ケス」

旧民法財産取得編第八三条「弁済期限ノ定アル動産ノ売買ニ於テ其引渡ヲ実行シタルトキハ弁済ヲ欠キタル為メノ売主ノ解除ノ權利ハ買主ノ他ノ債権者ヲ害シテ之ヲ行フコトヲ得ス」

弁済期限ノ定ナキ売買ニ付テハ売主ハ引渡ヨリ八日内ニ売買ヲ解除スルコトヲ得然レトモ善意ナル第三者ノ既得ノ物権ヲ害スルコトヲ得ス」

- (138) ボワソナード草案四四一条二項二文においては、「解除は損害を受けた者によつて裁判上請求されなければならない」とされていたが (Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon: accompagné d'un commentaire*, tome 2, des droits personnels ou obligations, 2<sup>ed.</sup>, [Tokio, 1883], p.362-3)、「旧民法財産編四二一条二項前段においては、文言上解除は裁判上請求されなければならない」ということは要件とされていない。しかしながら、ボワソナード草案四四一条二項二文と同じく旧民法財産編四二一条二項前段においても、解除は裁判上請求されなければならないと解されていた(それについて詳しくは、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』〔日本評論社、一九七五年〕九八頁、杉本・前掲論文注〔62〕三二四頁を参照)。

- (139) なお、旧民法典においても解除とともに損害賠償を請求することが認められていたが(旧民法財産編四二四一条)、この損害賠償は、不履行によつて生じた損害ではなく、積極的損害に限定されていた(それについて、北川・前掲書注〔138〕八八頁を参照)。

- (140) 旧民法財産編四二一条における解除条件成就による解除と本来の意味における解除条件成就の効果とは次の点において異なる(それについて詳しくは、北川・前掲書注〔138〕八七頁を参照)。第一に、本来の意味における解除条件成就の効果は当然に生ずるの対

して、旧民法財産編四二一条における解除条件成就による解除は、当然に行われるのではなく、裁判所に請求しなければならない(同条二項前段)。第二に、旧民法財産編四二一条の解除条件成就による解除においては、裁判所は、恩恵上の期限を不履行当事者に許与することができるのに対して(同条二項後段)、本来の意味における解除条件成就の場合には、そのような措置は認められていない。

(141) 平成一六年に民法の一部改正が行われたが、民法五四一条および民法五四二条については、特に変更はなされず、また民法五四三条、すなわち、不能に基づく解除については、文言上変更を受けたものの、これは、従前から、帰責事由の存否についての主張立証責任は債務者が負担すると解されてきたことを規定の体裁に反映したものであり(それについて、藤岡ほか・前掲書注〔49〕四四頁〔磯村執筆〕、山本・前掲書注〔17〕一七六頁などを参照)、実質的な内容については変更されなかった。そこで、以下では、特に断わらない限り、平成一六年改正前のものもあわせて「現行法」あるいは「現行民法(典)」として取り扱うこととする。

(142) また、旧民法典は、解除に関する通則を有さなかったが、原案においては、解除に関する通則が置かれた。起草委員の一人である穂積陳重は、その理由について次のように述べる。

旧民法典は一般的に契約解除の効果を示したところはないが、これは、法典の体裁において欠点であり、かつ、実際上不便である。そのため、本案においては、契約または法律の規定に別段の定めがない場合にはいやしくも契約を解除したならばこういう結果が生ずるといふ通則を示したのである(『法典調査会民法議事速記録九』〔法務図書館、一九八一年〕二五四頁〔穂積陳重発言〕)。

(143) 以上について、『法典調査会民法議事速記録九』二五七頁(穂積発言)。

(144) 『法典調査会民法議事速記録九』二五九頁(穂積発言)。

(145) 『法典調査会民法議事速記録九』二五九頁(穂積発言)。

(146) Leser, a.a.O., S.6; Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S.51.

(147) 以上について、『法典調査会民法議事速記録九』二五五―六頁(穂積発言)。

(148) それについて、三(五)(3)、とりわけ注(135)を参照。

(149) もっとも、ドイツ民法旧三二六条一項が文言上「遅滞(Verzug)」を要件としたにもかかわらず、原案五三九条(現行民法五四一条)は、文言上「其債務ヲ履行セサルトキ(その債務を履行しない場合)」とだけ言う。そのため、原案五三九条(現行民法五四一条)が遅滞に基づく解除を規定したものであるか否かについては争いがある。解除を有責な不履行の効果として捉える通説は、遅滞に基づく解除であるとする(それについて、二一を参照)。これに対して、解除に債務者の有責性を不要とする論者は、遅滞に基づく解除を

規定したのではないとする（それについて、二二〔2〕を参照）。

(150) もちろん、無益性あるいは利益消滅という考え方が国の起草者たちに知られていなかったわけではない。たとえば、穂積は、現行民法五四二条に相当する原案五四〇条の起草趣旨の説明において次のように述べている（『法典調査会民法議事速記録九』二六六頁〔穂積発言〕）。

契約の性質または当事者の意思によって一定の日時または一定の期間内に履行がなされることが定められている場合に、時期に遅れた履行というものは無に帰する。この場合にはその性質上相当の期間を定めるということは当たらないから、もしその定まった時期を経過しても一方の履行がないときには、ただちに契約を解除してもよろしい。

同様に、起草委員の一人である梅謙次郎も、定期行為の解除について次のように述べる。「若シ當事者ノ一方カ其履行ヲ怠ルトキハ其遅延シテ為シタル履行ハ相手方ニ利益ヲ興ヘサルヘキヲ以テ其相手方ヲシテ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ為サシムルハ全ク無用ノ手續ニ過キス故ニ此場合ニ於テハ直チニ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ルモノトセリ」（梅謙次郎『民法要義卷之三』〔明法堂、一九〇〇年〕四四八頁）。

また、民法典は、いくつかの規定において解除を契約目的の不達成に結び付けているが（民法五六六条一項、五六八条一項、五七〇条、六〇七条、六一一条、六三五条）、この要件からも無益性あるいは利益消滅という考え方がすでにわが国の民法典の起草者たちに知られていたことがわかる。

(151) 『法典調査会民法議事速記録九』二五九頁（穂積発言）。

(152) 梅・前掲書注（150）四四六頁。

(153) 以上について、『法典調査会民法議事速記録九』二五九頁（穂積発言）。同様に、梅も、催告について、「解除ハ其性質契約ノ履行ト正反對ナルモノナルヲ以テ假令當事者ノ一方ニ其債務ノ弁済期ニ在ルニ拘ハラス之ヲ履行セサルモ直チニ契約ノ解除ヲ為スハ其者ニ對シ酷ニ失スルノミナラス當事者カ契約ヲ締結セシ當時ノ意思ニ反スルコト甚シキコト多ケレハナリ」と述べる（梅・前掲書注〔150〕四四六―七頁）。

(154) 『法典調査会民法議事速記録九』二五九頁（穂積発言）。また、梅は、「契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルモ相手方ハ直チニ其契約ヲ解除スルコト能ハス必ス相当ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ヲ受ケサルトキハ茲ニ始メテ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ルモノトセリ」とし（梅・前掲書注〔150〕四四六頁）、解除にとつて催告およびそこにおいて設定された期間の経過が重要

であることを強調する。しかし他方で、民法四一五條の注釈において、「本條以下第四百二十二條ニ至ルマテハ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ニ関セリ」と述べ(梅・前掲書注〔150〕五五頁)、また民法五四一條の注釈においても、「本條以下第五百四十三條ニ至ルマテハ不履行ニ因ル解除ノ一般ノ條件ヲ定メタルモノナリ」と述べており(梅・前掲書注〔150〕四四六頁)、梅も、損害賠償および解除を同じく不履行による効果として位置づける。

(155) なお、解除のために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることを要するか、という問題について言えば、ドイツにおけるのと異なり(ドイツにおける議論については、三五〔3〕を参照)、わが国では、立法過程の審議においてこの問題が特に議論されることはなかった。もちろん、不能に基づく解除に関しては、明文上解除のために債務者の帰責事由が要求されたが(原案五四一條、現行民法五四三條)、これは、損害賠償について規定する原案四一四條に従ったものであり(『法典調査会民法議事速記録九』二六八頁〔穂積発言〕)、解除の議論において債務者の帰責事由を要するかという問題は特に問題とされていない。

結局、解除のために債務者の帰責事由を要するかということが問題とされなかったのは、これまで見てきたように、起草者の観念においては、解除は損害賠償と実質的な関連を有するものであり、解除において不履行あるいは債務者の帰責事由の問題を改めて議論するという観念がなかったからであろう。

それでは、損害賠償について債務者の帰責事由はどのように考えられていたのであろうか。法典調査会に当初提出された原案四〇九條(後に原案四一四條に修正)において「債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為サルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得但其不履行カ債務者ノ責ニ帰スヘカラサルトキハ此限ニ在ラス」とされていたものが、原案の審議過程において修正案四一四條として現行民法四一五條のように修正された。

もつとも、一見すると、大きな変更のように見えるこの文言の変更は、起草者の観念においては、実質的な内容の変更はなかったのである。そもそも右のような但書の変更がなされたのは、不履行とは別に不能について規定する必要があると考えられたことによる。なぜなら、「履行ヲ為サルトキ」という文言に不能を含むということには無理があると考えられたからである(『法典調査会民法議事速記録九』九四頁〔富井政章発言〕)。そして、修正案四一四條但書の審議における争点は、提出された但書の文言あるいはすでに議決されている四一四條(上述の原案四〇九條)但書の文言のいずれが履行不能の立証責任について解釈上疑いを生じないか、ということであった(『法典調査会民法議事速記録九』九四―九五頁)。これによれば、起草者の観念においては、但書の文言の変更にもかかわらず、実質的な内容に変更はなかったのである。そうであるならば、起草者が損害賠償のために債務者の帰責事由が必要であると考えていたことは明らかである。

さらに言えば、起草者の観念においては、「履行ヲ為サルトキ」（原案四〇九条、修正案四一四条）あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」（原案五三九条）ということが言われる場合には、そもそも不履行が債務者の帰責事由に基づくものであることが前提とされていたと考えられるのである。

すでに見たように、損害賠償の場合であれ、解除の場合であれ、不履行とは別に不能に関する規定が置かれたのは、「履行ヲ為サルトキ」あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」という文言に不能を含むことに無理があると考えられたからである（『法典調査会民法議事速記録九』九四頁〔富井発言〕、二六八頁〔穂積発言〕）。なぜなら、「履行ヲ為サルトキ」あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」とは、日本語の意味として、履行しない、ということであるが、不能の場合は、履行しないのではなく、履行ができないからである（『法典調査会民法議事速記録九』九四頁〔富井発言〕）。これによれば、「履行ヲ為サルトキ」あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」というためには、おのずと「履行ができる」ということが前提となる（『法典調査会民法議事速記録七』〔法務図書館、一九八〇年〕一六一頁〔土方寧発言〕）。つまり、「履行ヲ為サルトキ」あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」とは、履行ができるにもかかわらず履行しない、ということの意味する。そうであるならば、債務者が「履行ヲ為サルトキ」あるいは「債務ヲ履行セサルトキ」は、債務者は、——履行できるのだから——履行しなければならぬのであり、それを履行しない場合に債務者に帰責事由があるのは当然であつて、そのため、改めて不履行について債務者の帰責事由を問題とする必要はなかつたのではなからうか。

(156) それについて、三(三)を参照。

(157) 民法五四一条に基づく解除をこのように理解するならば、同条の適用範囲の問題と関連して、なお以下の問題に言及しておかなければならない。

まず付随的義務の不履行に対する民法五四一条の適用についてである。判例・通説は、付随的義務の不履行に対しても民法五四一条が適用されることを前提にそこから生ずる不都合を回避するために契約目的の不達成という考え方を解除の判断に持ち込む（それについて、注〔16〕、〔17〕を参照）。しかしながら、民法五四一条が催告およびそこにおいて設定された期間の経過という事実のみによつて債権者に解除権を与えるものであるとするならば、付随的義務の不履行の事案におけるように、設定された期間の経過それ自体によつては、なお解除を認めるべきではないと考えられるような事案については、民法五四一条は適用されるべきではない。

次に継続的契約関係に基づく義務の違反に対する民法五四一条の適用についてである。判例・通説は、賃貸借契約に対する民法五四一条の適用を肯定しながらも、信頼関係破壊法理によつてその修正を図っている。たとえば、債務者に義務違反がある場合でも、当事者間の信頼関係を破壊するおそれがあると認めるに足りない特段の事情があるときは、解除権の行使は許されないとされ（最判

昭和三十九年七月二八日民集一八卷六号一二二〇頁、同昭和四一年四月二一日民集二〇卷四号七二〇頁など。谷口五十嵐編・前掲書注〔1〕六六二—三頁(山下執筆)などを参照)、また、契約当事者の一方が義務に違反し契約の継続を著しく困難ならしめる不信用がある場合には催告がなくても解除が認められるとされる(最判昭和二十七年四月二五日民集六卷四号四五一頁〔用法違反に基づく解除〕、同昭和三十九年四月一六日民集七三三九七頁〔無断転貸に基づく解除〕、同昭和五〇年二月二〇日民集二九卷二号九九頁〔特約違反に基づく解除〕など。石田・前掲書注〔5〕八三頁、品川・前掲書注〔9〕一四三頁、谷口五十嵐編・前掲書注〔1〕六七五頁〔山下執筆〕、山本・前掲書注〔17〕一六三頁、四七三頁以下、大村・前掲書注〔5〕一〇二頁など)。しかしながら、民法五四一条が催告およびそこにおいて設定された期間の経過という事実のみによつて債権者に解除権を与えるものであり、そして、継続的契約関係に基づく義務の違反による解除について信頼関係破壊法理によつて民法五四一条の適用が修正されているという状況にかんがみるならば、——もちろん、ただちに継続的契約関係については、解除ではなく、解約告知によるべきであることを意味するものではないが——民法五四一条を継続的契約関係に適用すべきかはなお検討する必要がある。

さらに、右に見た民法五四一条の理解と関連して、同条の適用が双務契約に限られるかということも問題となる。後述するように、催告解除が債権者に填補売却あるいは填補購入の可能性を与えるために簡便な方法による解除を認めたものであるとするならば、そこにおいて問題となるのは、債権者の契約からの解放、さらに言えば、反対給付義務からの解放である。契約当事者の一方がその負担する債務を履行しないならば、相手方も、その負担する債務の履行を拒絶することができる(民法五三三条)。しかしながら、同時履行の抗弁権は契約関係を解消するものではないから、債権者は、常に債務者の履行の可能性を考慮しなければならないのであり、その結果、——債務者の給付が自己にとつてもはや無益となつていても——自己の債務の履行を考慮しなければならないのである。まさしく解除はこの問題に対処するために認められた手段であり、催告解除は、さらにそれを進めて、取引の迅速性の要請からより簡便な方法でこの問題に対処するための手段として認められたのである。それゆえ、解除の実益は債権者を反対給付義務から解放することにある(我妻・前掲書注〔7〕一四八頁)。そのため、判例のように(大判昭和八年四月八日民集一二卷五六一頁、同大正一四年一月一九日新聞二五三二九頁)、——もちろん、そのことからただちに、だから債権者が反対給付義務を負っていない場合には解除を認めてはならない、ということとは帰結されないとしても——片務契約において、言い換えれば、反対給付義務を負っていない債権者に解除、とりわけ民法五四一条に基づく解除を認める必要があるかは疑問である(我妻・前掲書注〔7〕一四八頁など)。(158) 鎌田ほか・前掲書注〔5〕七九—八一頁(曾野執筆)、松岡・前掲論文注〔5〕一四〇—一頁など。また、「契約目的の不達成」という概念ではなく、「重大な義務違反」あるいは「重大な契約違反」という概念を用いるものとして、山田・前掲論文注〔27〕四八六

頁以下、潮見・前掲書注(1)四三三頁以下など。

- (159) 松岡・前掲論文注(5)一四〇—一頁、日本私法学会「契約責任論の再構築」『私法』六九号(二〇〇七年)三九頁(松岡久和発言)。  
 また、潮見・前掲書注(1)四三七頁も。これに対して、曾野は、催告期間経過による契約目的の不達成への格上げを否定する考え方のほうが契約目的の不達成の場合のみに契約解除を認める考え方に親和的のように思われるとする(鎌田ほか・前掲書注〔5〕八頁〔曾野執筆〕)。また、山本も、それ自体としては周縁的で軽微な義務違反である場合に、催告に応じないことが、一般的に重大な契約違反であると評価できるかどうかについては、疑問も残るとする(山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」『ジュリ』一三八号〔二〇〇六年〕九六頁。「特別座談会 債権法の改正に向けて(下)」——民法改正委員会の議論の現状『ジュリ』一三〇八号〔二〇〇六年〕一五〇頁〔山本敬三発言〕も参照)。

(160) Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S.54.

(161) 品川・前掲書注(9)一三五頁以下、潮見・前掲書注(1)四二八頁など。

- (162) ところで、契約目的の不達成という概念は利益消滅を中核とする概念であるとされるが(それについて、松岡・前掲論文注〔5〕一四〇頁を参照)、利益消滅概念と契約目的の不達成概念——「重大な義務違反」あるいは「重大な契約違反」も——との間に具体的に如何なる違いがあるかは明らかではない。

(163) 以上のように、民法五四一条の解釈に契約目的の不達成あるいは利益消滅の観念を持ち込むことが適切ではないとするならば、——もちろん、民法五四一条の解釈論に直接影響を与えるものではないとしても——それでは、民法五四一条は、如何なる考え方に基づいて解除を認めていると考えるべきであろうか。

債権者によって定められた相当の期間の経過、すなわち、債務者が履行の準備をし、これを履行するために要する期間(大判大正六年六月二七日民録二三輯一一五三頁、我妻・前掲書注〔7〕一五九—六〇頁、谷口Ⅱ五十嵐編・前掲書注〔1〕六七三頁〔山下執筆〕など)を経過してもなお履行しない債務者の給付を待つこと、あるいはそのように履行がなされない契約へのさらなる拘束がはたして債権者に期待されるのであろうか。債務の履行のために必要な期間が設定されたにもかかわらず、その期間内に履行しない債務者とその期間経過後に履行するということがあるのだろうか。もちろん、その可能性を否定することはできないとしても、そのような可能性はかなり低いのではなからうか。そうであるならば、履行がほとんど見込めない給付を待つこと、あるいは履行の可能性がほとんどない契約に債権者を拘束しておくことがはたして期待されるのであろうか。むしろ、債務の履行のために必要な期間が設定され、その期間が経過してもなお履行しない債務者の給付を待つこと、あるいはそのように履行がなされない契約へのさらなる拘

束は債権者に期待されないであろう。これによれば、相当の期間経過後に解除権が債権者に与えられるということは、設定された期間内に履行しない債務者の給付を待つこと、あるいはさらなる契約への拘束が債権者に期待されないということから解除権が根拠づけられる、ということにほかならないのである(ドイツ民法旧三二六条について、Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S.56. Vgl. auch Scherner, a. a. O., S.224. これに対して、北居は、民法五四一条に基づく解除を付遅滞に基づく解除であるとする〔北居功「付遅滞解除要件論——伝統的債務不履行論から現代的債務不履行論への転回」『Tatonomie』第九号(二〇〇七年)五六―七頁〕)。つまり、民法五四一条は、さらなる契約への拘束が債権者に期待されないということ、契約への拘束の期待不可能性(Unzumutbarkeit)に基づいて解除権を債権者に与える、と考えることができるのである。

また、民法五四一条に基づく解除をこのように理解するならば、解除の判断に当たって、〈契約規範の限界を超えるため履行請求権が排除されるか否か〉を問題とするか、〈契約規範によって設定される義務に違反しているか否か〉を問題とするか、という問題があるが(それについて、森田修『新しい契約責任論』は新しいか——債権法改正作業の文脈化のために)、『ジュリ』一三二五号(二〇〇六年)二一四頁を参照)、民法五四一条に基づく解除は、不履行そのものの効果ではないということになる。

(164) それについて、二(一)を参照。

(165) Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S.43.

(166) Regelsbergerは「遅滞に結び付けられたすべての法的効果は、損害賠償の方法(Schadensersatzmittel)にすぎないとする(Regelsberger, a. a. O., S.34.)」。

(167) このことは、定期行為の解除(民法五四二条)についても当てはまる。そのため、定期行為の不履行に基づいて契約を解除する場合にも債務者の有責性は問題とならないと解すべきである。

なお、解除のために債務者の有責性は問題とならないとしても、不履行についての債務者の有責性が解除にとってまったく意味を失うわけではない。それは、相当の期間の長さに影響を及ぼすことになろう(Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S.56.)。

(168) なお、森田は、催告を原則として必要とするとうえで、催告について不履行の要件とは異なる内容の判断を行うべきであると見、不履行後の当事者の行為態様に応じて催告の内容あるいは催告不履行の要件を検討する(森田・前掲論文注〔27〕一二三四―九頁、一二六四―七一頁)。また、北居は、民法五四一条に基づく解除を「履行遅滞に基づく解除」ではなく、「付遅滞に基づく解除」であると解し、同条の催告要件を、催告を介して債務者を遅滞に付すものであるとし、催告を「解除の本来的な要件である」とする(北居・前掲論文注〔163〕五六―七頁、八六―七頁)。

- (169) 大判昭和三年一月二日民集七卷一〇八五頁、同昭和七年七月七日民集一卷一五一〇頁など。もつとも、判例・通説は、債務者の履行拒絶の意思が明白な場合であっても、原則として催告自体は要するとする（大判大正十一年四月一七日新聞一九八八号一七頁、同大正十一年一月二五日民集一卷六八四頁など。学説については、谷口二五十嵐編・前掲書注〔1〕六七五頁〔山下執筆〕を参照）。これに対して、学説の一部は、債務者の履行拒絶の意思が明白である場合には催告を不要とする（山中・前掲書注〔12〕五六頁、石田・前掲書注〔5〕八三―四頁、潮見・前掲書注〔1〕四三九頁など）。もつとも、すでに、見たように、継続的契約関係において契約当事者の一方が義務に違反し契約の継続を著しく困難ならしめる不信行為がある場合には、催告がなくても解除が認められるとされる（それについて、注〔157〕を参照）。また、判例は、商人間の売買について、その性質上迅速な契約関係の処理を要するの理由から、その解除には催告を不要とする（前掲大判昭和三年一月二日、同昭和六年一月一日法学一卷四号五二二頁など）。
- (170) 催告において相当でない期間が定められた場合の解除について、大判昭和九年一月三日新聞三七七号一頁、最判昭和三年一月二日民集六卷一三三頁、最判昭和二年二月二日民集八卷一〇二二―一頁など。学説については、谷口二五十嵐編・前掲書注〔1〕六七四頁（山下執筆）を参照。
- (171) もつとも、このような理解は、これまでの判例・学説と比較して実際上の結論の違いをもたらすわけではない。しかしながら、民法五四一条に基づく解除を原則とし、同条の要件が充足されていないにもかかわらず解除が認められる場合を例外として理解することは、結局、民法五四一条の本来の姿を不透明なものにするおそれがある。民法五四一条に基づく解除は、特定の取引類型において債権者に解除のための便宜を図ったものであって、それ以外の解除原因と並ぶ一つの解除原因にすぎないのである。それゆえ、同条に基づく解除は、それ以外の解除原因に対して原則となるものではないのである。
- (172) 山本・前掲論文注（159）九六頁、特別座談会・前掲論文注（159）一五〇頁（山本発言）も参照。
- (173) Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S.43.
- (174) 潮見は、判例・学説における解除権の発生要件の判断枠組から、「『契約目的の達成を危うくし、契約へと拘束され続けることが債権者（解除権者）にとって期待できない——債務者の履行への信頼が挫折した——と評価できるような局面で、はじめて解除が認められる』という一般理論を導き出すことが可能である」とし（潮見・前掲書注〔1〕四三四―五頁）、——もつとも、潮見は両者を同様のものとして扱うが——解除権の発生が契約目的の不達成に基づく場合と期待不可能性に基づく場合とがあることを指摘する。
- (175) すでに見たように、信頼関係破壊法理が有する機能も一義的ではない（それについて、注〔157〕を参照）。

- (176) 最判昭和五六年一月一九日民集三五卷一号一頁も参照。
- (177) 大判昭和一九年二月六日民集二三卷六一三頁、最判昭和二九年二月二日民集八卷二号四四八頁、同昭和三〇年一月二日民集九卷一四号二〇二七頁など。五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、一九九一年)一六四頁、谷口五十嵐編『前掲書注(1)』八二頁(五十嵐清執筆)など。
- (178) 特別座談会・前掲論文注(159)一四四頁(中田裕康発言)。
- (179) それについて、注(157)を参照。
- (180) 川角も、安易な比較法的なモデルを基準として帰責事由の不要論が主張されることに注意を喚起する(川角由和「ドイツにおける新契約解除法の位置づけ——不当利得法との関係を重視しつつ——」『龍谷法学』三八卷三号(二〇〇五年)七八—九頁)。
- (181) なお、能見善久「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として——』別冊NBL五一号(一九九八年)一〇三頁以下も、以下のような解除原因の改正案を提示する。
- 一 双務契約における当事者の一方は、相手方が「重大な義務違反」をした場合には契約を即時に解除することができる。
  - 二 「重大な義務違反」とは、相手方の義務違反のために契約の目的を達成することができなくなる場合をいうものとし、次の場合には「重大な義務違反」があったものとみなす。
    - (a) 当事者が設定した相当な催告期間内に、相手方がその義務を履行しなかったとき
    - (b) 相手方がその本来的給付義務を履行することが不可能であるとき
    - (c) 義務違反の程度が著しく、当事者間の信頼関係が破壊され将来の義務の履行が期待できないとき
- 以下、省略
- (182) それについて、四(二)を参照。
- (183) 特別座談会・前掲論文注(159)一四九頁(中田発言)。
- (184) それについて詳しくは、四(二)を参照。

(完)