

歴史的に見た解除法改正について

鶴 藤 倫 道
(本法務研究科教授)

目次

はじめに

I 解除の趣旨・目的——解除の担保的機能から見た場合

II 契約の拘束力からの解放の根拠付けと解除権行使の方法

III 債権者の利益消滅による根拠付けと債務者の帰責事由の要否——ドイツの立法過程

IV 改正の論議に対する若干の考察

V 危険負担との関係

おわりに

はじめに

本稿は、2011年3月2日に横浜弁護士会において行った講演内容の一部を書き改めたものである¹⁾。当日は、給付障害法一般をテーマに、近時の債権法改正の動向について、従来の判例・学説状況と関連づけて話をさせていただいたが、特に契約の解除に関する部分のみを論説として掲載することにした。というのも、契約の解除に関する改正の議論においては、意外なほど、歴史的に見たその制度趣旨との関係での議論が少ないように思われたことによる²⁾。つまり、契約の解除という制度が、どのような目的をもって認められてきたのか、ということを中心に、それに付随して、解除の要件（債務者の帰責事由の要否を含む）、危険負担との関係がどのように捉えられてきたのかを、その歴史的な経緯を概観することで、それが、種々の改正提案、あるいは、民法部会における議論を理

解するための一助になれば、と考えた次第である³⁾。

I 解除の趣旨・目的——解除の担保的機能から見た場合

1 解除が制度として存在しない場合の不都合
歴史的に見たとき、債務不履行を理由とする解除権というのは、ローマ法時代には認められていなかった⁴⁾。例えば、双務契約において、債務者が履行を遅滞している場合には、原則として、契約関係は維持され、その結果、債権者は履行を請求し、かつ、遅延損害の賠償を請求することができるのにすぎなかったのである⁵⁾。

そして、解除権が認められていない場合の不都合は、特に売買契約において、買主が遅滞に陥っている場合には、より深刻なものとなる⁶⁾。契約関係が維持されるのであるから、なるほど、売主には、一方、目的物の所有権を移転し、これを引き渡す義務があり、他方、買主に対して代金の支払いを請求し、これに加え遅延損害の賠償請求はできる。しかし、買主が遅滞に陥っているということは、すでに、買主に資力のない場合が普通なのであるから、売主は、代金請求+遅延損害の賠償請求が認められていても、それは実現され得ないことになる⁷⁾。つまり、債権者たる売主が、契約に拘束され続けることで、自らは損失を被るのに、債務者たる買主からの履行・損害賠償がなされないということでは、契約目的の実現が期待できない、ということの意味する。

ここに、解除権を制度として必要とする一つの理由があるということが出来る。もっとも、このような理由付けは、当初の契約に拘束し続けることから生じる債権者の損失を回避する、という消極的な理由にすぎない。

2 債権者の契約利益を実現する機会（代替的取引の機会）の付与

そこで、解除権を制度として認める積極的な理由としては、例えば、19世紀のドイツにおいて法定解除権を認める必要性が説かれたのが、当初、商事売買においてであった、ということを考えてみる必要がある。

債権者が商人である場合には、単純に、債務者の不履行があった場合に、締結された契約から解放されることで、債権者自身の損失を回避する、というだけでは満足できるものではない。むしろ、そもそも契約を締結したのは、その契約を通じて、一定の契約利益を確保することが、債権者の目的であったはずである。では、解除権が制度的に認められ、契約を解除することで、債権者は、当初の契約で目的とされていた契約利益を確保することができるのか。結論から言えば、契約を解除すること、そのこと自体によって、契約利益の確保が導かれるわけではない。しかし、契約を解除する結果、債権者は契約利益を確保するための行動の自由が与えられる⁸⁾、ということになるのである。

いまいし具体的に説明すれば、こうである。例えば、債権者が売主である場合には、契約を解除することで、目的物の引き渡しの義務を免れる、あるいは、引き渡していた目的物の取り戻しがされる。その上で、新たな取引の相手方を捜し、新たな取引の相手方との契約を通じて、当初の目的であった契約利益の実現を図る機会が与えられるのである。債権者が買主である場合も同様であって、代金の支払い義務を免れる、あるいは、すでに支払っていた代金の返還がなされる。そして、これを資金として、新たな取引の相手方との契約により、当初の目的物と同

等の物を取得することで、当初の契約目的を実現する機会が与えられることになるのである⁹⁾。

以上のような意味で、救済手段として契約の解除権を認める、ということは、債権者にとっては、担保的な機能を有する権利の一つ獲得する、ということに他ならず、そのためには、同時に迅速性が求められることになる、というわけである¹⁰⁾。

3 担保物権との関係

以上のように、解除権が、債権者にとっては、代替的取引をする機会が与えられることにより担保的な機能を有するものと解する場合には、無論、担保物権との関係が問われるべきことになる。もう少し言えば、担保物権とは別に、解除権を認める必要性がどこにあるのか、ということである。

(1) 約定担保物権（例えば所有権留保）と比して

契約当事者間で、あらかじめ、約定担保物権が合意されている場合には、必ずしも解除権を認める必要性はなさそうである。例えば、所有権留保の場合には、債権者が、目的物の所有権を留保しておくことで、債務者の不履行があると、目的物を引き上げて、担保の実を挙げようというものであるから、解除権との類似性を見ることができる。

しかし、約定担保物権は、契約当事者間で合意がされるからこそ認められるのであって、契約当事者間での約定担保の合意ができないような事情がある場合には¹¹⁾、債権者が、債務者のもとから目的物を引き上げて、担保の実を挙げることはできない、という点で、不都合があることになる。ここに、担保物権とは別に法定の解除権を認める必要性を見ることが可能である。

(2) 法定担保物権（例えば先取特権）と比して

もっとも、このような約定担保物権についての事前の合意が期待できない場合に備えては、例えば、動産売買の場合であれば、動産売買の先取特権を考慮することができる¹²⁾。そして、同様に、売主が自己の債権を回収する方法として、やはり、事前の合意を要しない法定解除権を考慮することができるのであるが¹³⁾、問題は、法定担保物権（先取特権）があるのならば、解除権は不要なのではないか、ということである。言葉を換えれば、法定担保物権とは別に、解除権の必要性はどこにあるのか、ということが問題になる。

(ア) 公示の観点から

そこで、第一に、動産売買の先取特権の場合には、先取特権者の公示を図ることができない、という問題を考えてみる。先取特権により債権者の救済を図ることができるとしても、その公示を図ることができない以上、第三者が登場した場合には、動産の先取特権では、追及効が認められないという弱い担保物権となっている（民333条）。

では、この点で、法定の解除権を認めることで、債権者には何らかのメリットがあるであろうか。判例・学説ともに、解除者と第三者との関係については、その登場が解除前であれ解除後であれ、（対抗問題としてか、権利保護資格要件としてかについては議論があるものの）対抗要件具備が求められると解していることからすれば¹⁴⁾、公示の観点からは、必ずしも、法定の担保物権とは別に、解除権を認めるメリットはなさそうである（もっとも、例えば、ドイツでは、公示手段のない担保物権を嫌うため、先取特権が認められていない¹⁵⁾。このことから、ドイツ法においては、法定の解除権を認める必要性は、より大きかった、ということと言えるであろう）。

(イ) 実行方法の観点から

次に、実行方法の観点からは、法定担保物権

の場合には、執行手続きを要することになるが、これには、時間も費用も掛かることになり、担保目的を実現するためには、不都合と言わざるを得ない。

これに対して、解除権の実行方法はどのように定められているか。例えば、後で述べるようなフランス法型の場合には、解除権行使は裁判上でしかできないものとされている。このようなフランス法型の場合には、法定の担保物権の場合と大差ないことになってしまい、法定の担保物権とは別に、あえて解除権を認める必要性は、さほど大きくはないであろう。しかし、我が国の場合には、ドイツ法と同様に、裁判外での意思表示により、解除権行使をすることができるものとされている。その意味では、法定の担保物権と比して、簡易・迅速な救済手段ということになるから、解除権を認める実益は大きいということができる。

なお付言しておけば、法定の解除権を認めた場合に、裁判外での意思表示による行使を認める、ということで簡易・迅速な救済手段を債権者に与え、優遇しているとすれば、そのこととのバランスを図る意味では、債権者（解除者）を必要以上に保護することはできない、と解すべきであろう。従って、第三者との関係では、解除者が保護されるためには対抗要件の具備を要するとすることでバランスを図るということ解釈は、適当なものと解されうる。

II 契約の拘束力からの解放の根拠付けと解除権行使の方法

以上のような目的（例えば、買主遅滞の場合を例に挙げれば、売主が未履行の場合には、売主自身の履行拒絶を認める必要性があり、売主が既履行の場合には、売主が引き渡した目的物の返還請求を認める必要性があった）から、歴史的には法定の解除権が制度的に必要とされてきたのだと解することができるとして、問題は、債権者の履行拒絶・返還請求の根拠を何に求めるのか、ということである。というのも、契約

が一旦締結された以上、契約当事者は契約に拘束され、契約は守られるべきだからである。さらに、これに付随する問題として、解除権の行使方法をどのようにするのか、ということが問題となる。

1 解除条件構成と裁判上の行使 — フランス 民法 1184 条と旧民法典財産編 421 条

(1) 当事者の合意による根拠付け

まず、考えられる一つの方法としては、当事者間で、合意された期間内に債務者が履行をしない場合には契約が当然に解除される、という合意を予めしておく、ということが考えられる¹⁶⁾。契約当事者の自由意思により契約を締結し、契約に拘束されているのならば、同様に、当事者の自由意思により、契約の拘束からの解放を認めることには、何の問題もないからである。

しかし、この場合には、当事者間での予め合意がなされていないときは、契約の拘束からの解放ができないという問題が生じることになる。もっとも、例えば、当事者間で、明示的な解除条件の合意がなかったとしても、契約の解釈により、当事者間で黙示の合意があったのだ、とすることができれば、黙示の解除条件の成就による契約の解除はできる、ということになる。

(2) 解除条件構成の問題点

ところが、解除条件構成により解除を認める場合には、条件成就により、当然に契約関係が解消される、ということになるが、ここに第一の問題がある。例えば、債務者が遅滞に陥っている場合で、しかし、それほど間を置かず、債務者からの履行がなされ得る、という状況にあるとき、にもかかわらず、条件成就により、当然に契約関係が解消され、債権者は、他の契約当事者を探して代替取引をしなければならない、というのでは、契約目的の達成という観点からは非効率である。むしろ、債権者としては、

当然に契約関係が解消されるのではなく、契約関係を維持したまま、履行の請求と損害賠償を請求する、という権利も選択的に残されている方が、望ましい、ということが言える。

さらに第二の問題として、解除条件構成による場合、例えば、債務の不履行が些細な場合であっても、契約関係が解消される、ということになりかねない。少なくとも、債権者が契約関係を解消したい場合には、債務者の不履行が些細なものであったとしても、債務者の不履行を理由にして、解除を主張してくることになるであろう。しかし、契約の拘束力という観点からは、債務者の些細な不履行を理由にしての解除は、軽々に認めるべきではないし、債務者に酷となる。

(3) 解除条件構成を前提としつつ解除の正当性を裁判所に委ねる必要性

そこで、解除条件成就による契約関係の当然の解消を回避し、かつ、債権者が解除権を濫用して、債務者の軽微な不履行を理由として解除ができないようにするために、例えば、解除を正当化するための判断を、裁判所に委ねるという方法が考えられる。

このことを規定化したものとして、フランス民法 1184 条を挙げることができる¹⁷⁾。その 1 項が、「双務契約は、当事者の一方が債務を履行しない場合につき、常に暗黙裡に解除条件を含むものとする」、と定めることで、明示的な合意がない場合であっても、契約を解除する途を開き¹⁸⁾、他方、その 3 項は、「解除は裁判所にこれを請求しなければならず、裁判所は事情により被告に猶予期限を付与することができる」とすることで、不履行が些細なものである場合には、契約の解除を制限しているわけである(ただし、取引の迅速性が求められる場合には、例外的に、当然かつ催告なく解除が認められる場合もある¹⁹⁾)。

そして、このようなフランス民法典を承継したのが、ボワソナードが起草した旧民法典財産

編 421 条である²⁰⁾。その1項では、フランス民法典 1184 条1項に対応して、「…義務不履行の場合において常に解除条件を包含す」と定めている。これに対して、解除の請求は裁判所にしなければならない、というフランス民法典 1184 条3項の内容は、旧民法典財産編 421 条では、必ずしも明示的ではない（「…解除は…請求することを要す」とした上で、「裁判所は第 406 条に従い他の一方に恩恵上の期限を許与することを得」とするにすぎない）。しかし、『注釈書』においては、解除が裁判所に請求されねばならない、ということが明示的に述べられていることから²¹⁾、旧民法典は、基本的にフランス民法典を承継している、と解してよいであろう。

2 意思表示による解除——現行民法典の立場

(1) 解除条件構成・裁判上の解除権行使の否定

ところが、我が国の現行民法典は、フランス民法典・旧民法典のような、黙示的解除条件構成を採らず、また、解除権行使は裁判上でなければできない、とはしていない²²⁾。形成権としての解除・意思表示のみによる解除権行使、という構成を採用しているのである（民 540 条）。

ではなぜ、解除条件構成を採らなかったのでしょうか。その理由としては、現行民法典の起草過程（法典調査会）では、次のように述べられている。すなわち、裁判によらなければ解除できないということは、「手数も掛り…時間も掛り…費用に於ましても随分掛り得るものであ」るからだ、というのである²³⁾。

ここで起草者が述べる理由は、直接には、解除権行使の方法としての裁判上の行使を否定しているのにすぎない。しかし、前述のように、解除条件構成を採るが故に、裁判上の解除権行使が必要となっていたのであるから、裁判上の行使を否定するということは、解除条件構成の否定にもつながることになる。

(2) 意思表示による解除（形成権）と残された問題

以上のように、解除条件構成・裁判上の行使を否定した上で、現行民法典の起草者は、ドイツ法を参考に、「便利でありかつ取引の確実性をもそこなわないもの」として²⁴⁾、意思表示による解除権行使を認め、解除権を形成権と位置づけることにした²⁵⁾²⁶⁾。

裁判上行使しなければならない解除ではなく、裁判外で、意思表示により解除権行使をすることができるとしたことは、解除権を、担保的な機能を有するものと理解するときには、簡易・迅速な方法となり、なるほど、便利なものとはなる。しかし、解除権行使は意思表示によることにするというだけでは、なぜ、契約の拘束力からの解放が認められるのかということとは、説明されたことにはならない。このことを考えるために、模範とされたドイツ法の立法の経緯を以下で見ておくことにする²⁷⁾。

Ⅲ 債権者の利益消滅による根拠付けと債務者の帰責事由の要否——ドイツの立法過程

1 法定解除権の根拠付け——債権者の利益消滅

結論として言ってしまうと、ドイツ民法典の審議過程では、債務者の給付が債権者にとって何らの意味もないときに解除できる、という立場を採っていた²⁸⁾。いま少し審議過程の概略を記せば、次のようなものであった。

まず、ドイツ民法典の第一草案の審議過程では²⁹⁾、債務者の遅滞の場合には、その遅滞の結果、給付が債権者にとって何らの意味もないときに解除できるという、19世紀の後期普通法の見解³⁰⁾に従うものとされた。もっとも、続く、第二草案の審議過程では³¹⁾、債務者の遅滞、特に、買主が代金支払い債務の遅滞にある場合については、売主たる債権者にとって、必ずしも意味がなくなるということにはならないのではないか、という問題が指摘されることになる。その結果、当事者間では適時になされ

る履行が重視されるという、当時の取引慣行も考慮した上で、次のように、遅滞と不能とに分けて根拠づけられることになった。

第一は、債務者遅滞の場合には、給付の履行のために相当の期間を定め、給付がその期間内に行われないうちに初めて、(不履行を理由とする損害賠償と選択的に) 契約を解除することができる³²⁾、さらに、遅滞の結果、給付が債権者にとって何らの意味もなくなる時(定期行為に当たる場合)には、給付のための相当期間を定めその期間内に給付がなされても、債権者の利益が満足を受けるわけではないから、催告期間を定めることを要せず、契約を解除することができる、というのである³³⁾。

次に、一部不能については、遅滞も時についての一層の一部不能であるという理解を前提に³⁴⁾、一部不能により不能とならなかつた給付部分では、債権者にとり何らの意味がないときに解除ができる³⁵⁾。そして、全部不能の場合には、常に債権者にとっての利益は消滅してしまうから、解除できるのだとされる³⁶⁾。

2 ドイツ民法典の起草過程における債務者の帰責事由の要否

以上のように、ドイツ民法典の起草過程において、契約解消の根拠付けについては、債務者の不履行が債権者の利益消滅をもたらすからだ、と説明されていた。すると、次に問題となるのは、債務者の帰責事由は要件となるのか、なるのだとして、それは契約解消の根拠付けとの関係で、どのように理解されるべきなのか、ということである。

(1) 不能の場合——危険負担との関係

ドイツ民法典の起草過程においては、一方で、すでに見たように、全部不能の場合には、常に債権者の利益が失われてしまうから、債権者は解除できるのだ、と説明しつつ、他方で、文言だけを見ると、全部不能を理由とする解除の場合には、帰責事由が要件とされていた。これは、

わが国の民法典が、民法 543 条の履行不能の場合に、明示的に、帰責事由を要する、としているのと同様である。このように規定されることになった起源は、ドイツ民法典成立前の後期普通法に求めることができる。

後期普通法の下では、まず、後発的不能が債務者の責めに帰すべきものでない場合には、危険負担の問題として、債務者は債務から解放される、と解されていた。これに対して、後発的不能が債務者の責めに帰すべきものである場合には、債権関係が維持されたまま、損害賠償請求権が認められるのであるから、契約関係の解消という効果は認められていなかったのである³⁷⁾。これは、双務契約における牽連関係についての理解が、後期普通法時代には、未だ十分に確立されていなかったからだと考えられる³⁸⁾。そして、このような後期普通法時代の理解が、ドイツ民法典の起草にあたっては、なお影響を及ぼしていた、と考えることができるであろう。

以上のように、債務者の後発的不能があった場合について、一方で、債務者の帰責事由がない場合には、危険負担の問題となり、他方で、債務者の帰責事由がある場合には、契約利益の実現を目的とする損害賠償(填補賠償)請求権が発生する、という両者を区別する観点から、債務者の帰責事由の存否が問題となる、というのは、理解できないわけではない。しかし、全部不能を理由とする契約解除を認めるにあたって、その根拠付けが債権者にとっての利益喪失に求められるとすれば、なぜ、解除の要件として債務者の帰責事由が求められることになるのか、については、直接には答えられていない。

そこで、解除と損害賠償との関係について、次に見ておくことにしよう。

(2) 損害賠償との関係

まず、前述のように、契約の解除がまだ制度として確立していなかった後期普通法時代には、原則として、遅滞の場合の効果は履行の請求+

損害賠償であった。しかし、19世紀の半ばに、履行の遅滞のため、債権者が契約目的を達成できない場合に、なお契約に拘束することの不都合が意識されると、原則を変更することなく、実質的な契約解除を認めるのと同様の処理が模索されるようになる。

見解は分かれていたのであるが、遅滞の効果として認められる損害賠償請求権の内容を拡張し、損害賠償請求権の内容に含まれるものとして、契約の解消を認める、という立場が存在していたことを、ここでは指摘しておけば十分であろう³⁹⁾。もう少し具体的に言えば⁴⁰⁾、例えば、当時のある判決においては、債務者=売主遅滞の場合で、債権者=買主が未履行の場合には、債権者には給付の受領を拒絶する権利があり、その裏返しとして、債務者が履行を請求する権利も奪うことになる、とするものがあったのである。また、同じく債務者=売主遅滞の場合で、債権者=買主が既履行の場合には、支払い済みの代金は損害賠償請求の中で取り戻すことができる、というわけである。

そして、このような後期普通法の理解を前提に、全部不能の場合と一部不能の場合に応用することが、ドイツ民法典の起草過程のうち、第一草案に先立つ部分草案において提案された。つまり、損害賠償の特別な形態としての解除は、遅滞の場合だけでなく、全部不能・一部不能の場合にも認められることが債権者の利益には必要であるとし、遅滞と不能の関係については、遅滞とは、時についての一の部不能なのであるから、不能の場合にも応用することが可能だと考えられたわけである⁴¹⁾。

ところが、その後、ドイツ民法典の第一草案以降の審議においては、解除が、契約を締結されなかったかのような状態にするものである、との理解で一致するようになると、契約関係の存続を前提とする損害賠償請求権とは分離されることになる⁴²⁾。その結果、我が国の民法典とは異なり、解除と損害賠償とは債権者の選択的権利とされてしまったのである。ここで、選

択的権利であるという意味は、我が国では、解除をしてなお、損害があれば、債権者は損害賠償の請求を重疊的にすることができる、とされているのに対して、ドイツでは、解除をした場合には、もはや、損害賠償を請求する余地はない、ということの意味する。そして、その過程で、前述のような、解除の根拠は、債権者の利益の喪失に求める、ということが強調されるようになったわけである（ちなみに、現行のドイツ法は、2000年に改正され、解除と損害賠償との関係は、重疊的なものとなっている—現行ドイツ民法325条⁴³⁾）。

一見すると、解除と損害賠償が選択的な権利であるとされると、債権者の保護としては不十分なのではないか、との疑問も生じるのであるが、理論的には、契約関係の存続を前提とする損害賠償請求権と、解除権行使による契約関係の廃棄とを同時併存させることは矛盾となるということ、また、実質的には、裁判外での意思表示による解除権が認められることにより、債権者は、迅速かつ簡易に、契約関係から離脱する権利が与えられた以上、それ以上に、損害賠償の請求をも認めることは、債権者の過ぎたる保護となる、という理解が、当時のドイツ民法起草者たちにはあったのである⁴⁴⁾。

なお、ここまでの指摘を前提に付言すれば、解除と損害賠償との関係については、次の2点を指摘することができる。まず、解除と損害賠償（履行利益の賠償）の目的とする方向の違いが、ドイツ民法典の起草過程では強調されており、特に、解除の効果として未履行債務からの解放、既履行給付の返還に着目する限りは、その通りなのであろう。しかし、解除の効果が損害賠償請求権の内容に含まれており、そこから分離されてきたという経緯、それに加え、解除の目的が、契約関係からの解放後、債権者による代替的取引の機会を与えるという意味での担保的な機能にあったということと併せて考えるときには、損害賠償請求権とともに、解除権もまた、債権者の当初の契約目的実現に資するも

のと捉えることが可能であろう。こう考える限りは、かつてのドイツ法のように、解除と損害賠償とを択一的に理解する必要はなく、重疊的に認められてよいし、解除してなお請求することができる損害賠償が履行利益にまで及ぶとしても、何ら背理ではないと解される。第二に、解除権が、法定の担保物権に比して簡易・迅速な救済手段だということからは、ここで認められる損害賠償の範囲、算定との関係では、解除をした債権者に担保的な機会を優遇的に与えたわけであるから、代替取引等を行うことで損害の拡大防止に努めることが求められるという解釈もあり得るといえることである（例えば、改正検討委員会が提案している損害軽減義務に関する[3.1.1.73]は、このような文脈において、肯定的に捉えることも可能であろう）。

(3) 債務者の帰責事由に関する小括

以上のような立法の経緯に鑑みると、不能を理由とする解除の場合に帰責事由が求められる理由は、危険負担制度との峻別に求められていた。しかし、もともと、危険負担制度との峻別が直接の対象としていたのは、履行不能の場合の効果としての損害賠償請求権との関係であった。これが、解除の要件にも結びつけることができたのは、損害賠償請求権の内容として解除の効果が含まれており、ここに解除制度を認める契機が見出された、ということが関係している。このため、損害賠償請求権と解除権とが分離され、選択的な権利とされても、同一条項の中で、同一要件のもとで、解除の場合にも債務者の帰責事由を要件とするものとされることになったのである。

しかし、解除の根拠が、債権者の契約利益の喪失に求められるとするならば、解除の要件に債務者の帰責事由を求める積極的な理由はないというべきであろう。そうであるならば、損害賠償請求権と解除権とが分離されるに際し、解除制度と危険負担制度との関係をどのように整序すべきであるのか、ということが検討される

べきであったはずなのだが、この点の議論は、十分には尽くされなかったのである。

IV 改正の論議に対する若干の考察

以上の歴史的な展開を踏まえて、解除権に関する改正の議論に対して、以下で若干の考察をする。

1 包括的規定の要否

(1) 不履行態様の多様化と現行民法典の不对応

わが国の民法典は、周知のように、解除の規定に関してはドイツ法を模範とした。ところが、前述のドイツ法の起草過程の概観からもわかるように、ドイツで議論の対象となっていた不履行類型は、遅滞と不能という2類型だけであった⁴⁵⁾。このようなドイツ法を模範としたため、わが国の民法典においても、例えば、不完全履行の場合に解除は認められるのか、認められるとしてどのような要件のもとで認められるのか、ということは、解釈に委ねられることになり、また、付随的義務の違反がある場合には解除が認められるのか、についても、同様に解釈に委ねられ、さらには、近時新たな不履行類型として意識されている、履行期前の履行拒絶の場合に解除を認めるべきか否かについても、現行の民法典は、直接に対応していない、ということが言える。

(2) あるべき方向性

では、解除規定を改正する場合には、どのような方向性があり得るか。一つには、全く改正をしない、という方向性もあろう。しかし、現行の民法541条～543条では対応できていない不履行類型を、およそ解釈に任せる、というのでは、将来の予測可能性という意味では、ほめられる選択ではあるまい。そうすると、問題は、現行民法典で対応できていない不履行類型について、改正後の解除規定の中で、どのように扱うのが課題となる。

(7) 不履行類型を明示的に列挙する

そこで、現行民法典では対応できていない不履行類型については、解除できるかどうか、解除できるとして、どのような要件のもと解除できるのかを、明示的に規定する、という方向性が考えられる。このような方向性を示すのは、民法改正研究会案だろうと思われ、それは、次のようなものである。

民法改正研究会案

第483条

当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その履行しない債務が要素たる債務でないときは、この限りでない。

第484条

① 履行の全部が不能となったときは、契約は解除されたものとみなす。

② 次の各号に掲げる場合には、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

一 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したとき。

二 履行の一部が不能となり、そのために契約の目的を達することができないとき。

一読してわかるように、民法改正研究会案の第483条では、不完全履行の追完の遅滞がある場合の解除の要件を具体化し、第484条が、履行期前の履行拒絶がある場合の解除の要件を具体化している。したがって、従来の規定では対応できていない不履行類型を、明文化することで、対応していこうとしているものと、一応は理解することが可能である。

しかし、対応できていない不履行類型を明文

化することで対応する、ということは、将来、仮に新たな不履行類型が問題となったときには、再び、改正を要するということにつながる。このことは、法的安定性という観点から疑問がある。その意味では、種々の不履行類型に対応することが可能な、包括的な規定を置くべきではないかと思われる。ところが、あらためて、民法改正研究会案を見てみると、そこで、列挙されている以外の不履行類型について、本当に対応していないのかと言えば、そういうわけでもない。債務の本旨に従った履行がない場合には解除ができる、というのを原則に（第483条第1項）、これに対して、（抗弁としての位置づけで）不履行があっても、なお契約目的が達せられることを、債務者が立証できた場合には、解除は認められないものとしているのであるから（第483条第3項）、今後あらたな不履行類型が意識されるようになった場合であっても、それに対処できるような手当をしているものと見ることが可能である。もっとも、ここで目指されている方向性は、若干掴みにくいように感じられないではない。

(ウ) 包括的な要件を定める

これに対して、より徹底して、包括的な要件を定めることで、新しい不履行類型にも対応しようとしているのが、改正検討委員会案[3.1.1.77]ということができ、その内容は次のようなものである。

改正検討委員会案

[3.1.1.77]（解除権の発生要件）

〈1〉 契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は契約の解除をすることができる。

〈ア〉 契約の重大な不履行とは、契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。

〈イ〉 契約の性質または当事者の意思表示に

より、特定の日時または一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、契約の重大な不履行にあたる。

〈2〉 契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に、相手方が相当の期限を定めてその履行を催告し、催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる時は、相手方は契約の解除をすることができる。

〈3〉 事業者間で結ばれた契約において、契約当事者の一方が債務の履行をしない場合、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらないときは、このかぎりでない。

この改正検討委員会案に対する検討は、次の、債務不履行の帰責事由の要否との関係での検討と併せて行うことにする。

2 法定解除の根拠付けと帰責事由の要否

(1) 従来からの通説

(ア) 責任追及手段としての位置づけと過失責任原則

まず、従来からの通説は、法定解除権を不履行債務者に対する債権者の責任追及手段、と捉えてきている。このため、債権者が解除するためには、債務不履行を理由とする損害賠償請求の場合と同様に、債務者に過失責任の原則に基礎を置く帰責事由が必要であるとし、そして、債務者が、無過失の抗弁を提出することができる、としているわけである。

(イ) 従来からの通説に対する疑問

このような従来からの通説に対しては、債務不履行を理由とする損害賠償請求権における議論と同じく、そもそも、過失責任の原則に基礎を置く帰責事由を求めている、という点で、近時の学説からは批判を受けることになる。

そして、実際の判例実務においても、確かに、不能の場合には、民法543条の文理に従い、帰責事由を要件としているが、その大半は、戦前のものであり、戦後になって、実際に帰責事由の不存在を理由に解除を否定するものは、1件あるのみであると指摘される⁴⁶⁾。

また、遅滞の場合についての判例実務においては、実際には、帰責事由要件が解除の成否を左右するものとして、重要な機能を営んでいるとまでは言えない、と解されているところである⁴⁷⁾。

さらには、国際的な契約法の統一化の動きの中では、解除の主観的要件を不要とする動向が一般的となっているところである。

(2) 近時の多数説

(ア) 主観的要件=過失責任の原則に基礎を置く帰責事由要件不要

以上に対して、近時の学説状況は、どのようなものであるのか。すでに述べたように、過失責任の原則に基礎を置く帰責事由要件は不要である、というのが、近時の学説の多数である⁴⁸⁾。この立場は、近時の国際的な動向にも沿うものであると同時に、少なくとも、わが国の解除規定の模範となったドイツ法の立法過程とも、合致するところと言える。

(イ) 不履行+契約目的の不達成(重大な契約違反)

それでは、債務者の不履行があれば、それだけで解除ができるか、と云えば、そうではなく、契約当事者が契約の拘束力から離脱するためには、さらに、付加的な要件が求められることになる、と解されている。

そしてそれは、国際的な動向も踏まえて言えば、契約目的の不達成、つまり、債権者の契約利益の喪失が、あらゆる不履行類型の統一的要件として理解されており、これを、どのように表現するのか、ということで、例えば、近時わが国も批准したところの1980年のウィーン動

産売買条約の表現を借りれば、「重大な契約違反」を要件とすることが、説かれているところである。そして、このことが、ドイツ法の立法過程の議論とも合致するものであることは、すでに説明をした。

(3) 諸規定の内容と判例実務

また、このことは、民法典の諸規定の内容、判例実務からもうかがえるところもある⁴⁹⁾。

例えば、定期行為(民542条)・履行不能(民543条)は、ドイツ民法典の起草過程に照らしても疑いはないであろうし、瑕疵担保解除に関する民法の規定は、明文で契約をした目的を達することができない場合に解除ができる、としているところである(民563条・565条・566条・568条・570条・635条)。

その他にも例えば、付随的な義務の不履行を理由とする解除が認められるかどうか、ということが問題となった判例においては、付随的義務と「要素たる義務」とを区別した上で、「当事者が契約を為した主たる目的の達成に必須的でない付随的義務」の不履行の場合は、原則として解除を認めず⁵⁰⁾、逆に、付随的義務の不履行が「契約目的の達成に重大な影響を与える」場合には、その義務(債務)は「要素たる債務にはいり」、解除を認めている⁵¹⁾。ここでも、(付随的義務と要素たる債務に二分することの当否はともかく)不履行となった義務(債務)の不履行が、契約目的の達成可能性と結びつけられて、解除の可否が判断されている、と言ってよい。

(4) 近時の立法提案

(ア) 重大な不履行(ないし契約目的の不達成)とその立証責任の分配

以上のような近時の多数説・判例実務を前提として、前述の民法改正研究会案も改正検討委員会案も、表現こそ違いますが、契約目的が達せられるかどうか、つまり、重大な不履行であるかどうか、解除の要件の中核にある、というこ

とができる。もっとも、重大な不履行の有無(ないし契約目的が達せられるかどうか)についてを、債権者と債務者のどちらの立証責任にかからしめるのか、については、見解が分かれている。

まず、民法改正研究会第483条(正案)は、その1項で、本旨不履行がある場合には、契約の解除ができる、という原則を述べ、その2項で、債務者が、契約目的をなお達せられるということを証明できたときには、解除が認められない、ということで、契約目的の達成可能であることが、抗弁として位置づけられている。

これに対して、改正検討委員会案[3.1.1.77]は、その冒頭で、契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は契約の解除をすることができる、としている。その意味では、契約の重大な不履行=契約目的の不達成が、積極要件として位置づけられている、ということができらるであろう。

では、重大な不履行=契約目的の不達成の立証責任の分配はどうあるべきであるのか。契約当事者は契約に拘束されることが原則であり、その契約の拘束から離脱を認めるためには、どう根拠づけることができるのか、というのが、歴史的には課題とされてきたことを考慮すれば、契約当事者は契約に拘束されることがあくまでも原則であるとして、解除は、その契約からの解放を認めるのであるから、解除を求める債権者に立証責任を負わせるべきではないか。

またそう考えても、これまでの実務が大きく変わるわけではおそくない。というのも、履行の全部不能の場合には、その不履行の事実を立証すべきは、当然債権者の側であるところ、全部不履行の立証の中で、重大な不履行があることも、立証としては尽くされている、と解し得るからである。定期行為の場合にも、同様に考えることができる。もっとも、遅滞解除の場合については、別途考慮の必要があるので、この点については、後述する。

(イ) 帰責事由要件の要否

以上のように、「重大な不履行（ないし、契約目的の達成可能性）」が要件となる、ということと異論がないとして、その上で、さらに、「帰責事由要件」を要するのかどうかは、なお議論があり得る。

例えば、民法改正研究会案は、その483条の2項で、不完全履行の解除の要件との関係では、「債務者が、…残された部分についての債務の不履行が自己の責めに帰すべき事由によるものでないことを証明したとき」には、債権者は解除をすることができない、と定めている。

この民法改正研究会案には、判然としない部分もあるが、「帰責事由」をなお要件として（抗弁としての位置づけを）残す、その意味が、過失責任の原理を基礎に置く帰責事由であるとするならば、かつての通説の理解を残すものであり、契約目的の達成の有無を解除の要件の中心に据えた意味を没却することになるように思われる。

むしろ、契約目的達成の有無を解除の要件の中心に据える以上は、改正検討委員会案のように、完全に帰責事由要件を排する方が、矛盾はないものと解される。

(5) 催告解除の位置づけ——催告期間の徒過と重大な不履行との関係

残された問題は、催告解除（現行民法541条）の位置づけである。すなわち、ドイツ民法の起草過程でも議論されたように、債務者の不履行＝履行の遅滞が、即、債権者の契約利益の喪失にはつながらないことから、契約目的の達成の有無＝重大な契約違反という統一的要件のもとに置くことができるかどうか、ということが問題となるわけである。

いくつかの考え方はあり得るが、さしあたり、近時の改正提案に即して、2つの考え方について触れておくことにする。

(ア) 催告期間の徒過＝重大な不履行という考

え方

一つは、催告期間の徒過が、すなわち、債権者の契約利益の喪失（重大な不履行）となる、と考えることで、重大な不履行概念のもとに置くことが可能になる、という考え方である⁵²⁾。ドイツ民法典に、そのような発想を見ることができるとについては、すでに述べたとおりである。

また、民法改正委員会案第483条（正案）が、基本的にはこのような態度をとっているのだらうと推測される。というのも、その第1項は、本文で、本旨不履行がある場合には、原則として解除ができるとした上で、ただし書きで、履行遅滞又は不完全な履行の遅滞があった場合において、履行期後の債務の履行によっても契約の目的を達することができるときは、債権者が相当の期間を定めて履行を催告し、債務者がその期間内に履行しないときに限る、という規定の仕方をしているからである。つまり、この第1項の書きぶりからすると、催告期間の徒過が契約目的の不達成になるものと理解されうるのである。

そして、この第1項からは、催告期間の徒過という事実が債権者の立証の対象となり、その立証により、契約目的の不到達についての立証も尽くされたことになるものと解される。そして、これに続く第2項が、「債務者が、その債務不履行にもかかわらず、契約の目的が達せられることを証明したときは、債権者は、前項の解除をすることができない」としており、これは、債務者は、契約目的の達せられることを抗弁として提出しうる、という趣旨となる。

(イ) 催告期間の徒過＋重大な契約違反であるとの評価を要するという考え方

今一つは、催告期間の徒過が、ただちに、債権者の契約利益の喪失（重大な不履行）となるわけではなく、さらに、それが重大な不履行と評価しうるものであることを要する、という考え方であり、このような立場を採っているのが、

改正検討委員会案 [3.1.1.77] である。

そうすると、債権者の立証の対象という意味では、①催告期間の徒過したこと、以外にも、②それが重大な不履行と評価しうるものである、という評価根拠事実の立証が求められる、ということになる。この点では、従来の判例実務と、果たして平仄が揃っているのか疑問がないわけではない。

もっとも、例えば、主たる給付義務の不履行ではなく、些細な付随義務の遅滞があった場合について、債権者が猶予期間を与えて履行の催告をしたが、しかし、債務者の履行がなかった、というような場合を想定すると、改正検討委員会のような案も理由はあるものと解されるであろう⁵³⁾。

(ウ) 両改正提案の検討

では、どのように考えるべきであるのか。まず、催告期間の徒過がそのまま重大な不履行(ないし契約目的の不達成)である、とした場合に、例えば、先ほど挙げたような、些細な付随義務の遅滞を想定すると、これへの対処はしておくべきであろう。その意味で、改正検討委員会案の方向性は理解できる。また、改正委員会案は、その第2項でこれに対応することが意図されているものと解される。

歴史的に見たときには、法定解除の制度が求められた理由が、簡易・迅速に契約関係からの離脱を認めることで、債権者に代替的取引をする機会を与える、という意味において担保的な機能を有するものであった、ということからは、次のように解すべきであろう。すなわち、催告期間徒過については、債権者の立証対象とし、債権者がこれを立証すれば、重大な不履行にあたるものと推定する。これに対して、債務者が、催告期間の徒過があっても、重大な不履行にはあたらない、契約目的はなお達成可能である、という反証をすることで、解除を認めない、というものである。その意味では、改正委員会案の方が、妥当なものであるように思われる。

ところで、改正検討委員会案の〈3〉では、「事業者間契約の催告解除」の場合には、このような立証責任の分配がされている。なるほど、ドイツで法定解除権を制度的に認めることの求められたのが、商人間取引であったこと、代替的取引の必要性が高いのは、商人(事業者)間の取引であろうことは、間違いのないのであって、改正検討委員会案の〈3〉の規律は、より歴史的な経緯に忠実なものと解することができる。

しかしながら、種類物を目的とする売買が主流となった今日においては、事業者間取引以外の場面であっても、代替的取引の必要性はある、と解すべきではないであろうか。したがって、事業者間取引以外の場面においても、催告期間徒過については債権者の立証対象とし、債権者がこれを立証すれば重大な不履行にあたるものと推定する、これに対して、債務者が、催告期間の徒過があっても、重大な不履行にはあたらない、契約目的はなお達成可能である、という反証をすることで、解除を認めない、とする方が適当だと解する。このように、債権者には簡易・迅速に解除権を付与することにして、しかし、債権者が事業者でないために、必ずしも代替的取引を行う必要性がなく、また、意思もないという場合には、債権者が解除権を行使しなければよいだけのことであろう。

V 危険負担との関係

最後に、近時の改正議論において大きな問題となっている、危険負担と解除との関係についても簡単に検討をしておく⁵⁴⁾。

1 危険負担と解除とを一元化することの当否 — 売買契約を例にして

(1) 債権者主義から債務者主義へ

まず、多くの教科書・体系書では、売買を例に挙げながら、債権者主義(民534条)の合理性が疑われ、その適用範囲は限定されるべきことが説かれていて、目的物の支配が移転するまでは債務者が危険を負担すべきだ、というのが、

通説的立場といえるであろう。その結果、実務では、予め、債務者が危険を負担するとの合意がされているのだ、とも指摘されているところである。そうすると、売買契約において、債務者（売主）の履行の不能が生じた場合には、結果において、売買契約を解除する場合と異なることになる。ここに、危険負担と解除とを一元化する契機があるものと言うことができる。

(2) 債務者の帰責事由の有無による峻別の当否

次に、伝統的な通説は、債務者に帰責事由がないときには危険負担の、債務者に帰責事由があるときには解除の問題であるとして、両者を峻別してきた。しかし、すでに述べたように、債務不履行を理由とする解除の場合に帰責事由要件を撤廃するとする考え方を前提とする場合には、なお、危険負担と解除とを制度として二本立てをしておくことについては合理性がない、ということになるのは確かである。

(3) 危険負担に一元化する可能性 — 双務契約の牽連性の観点から

では、危険負担と解除とを一元化することが合理的であるとして、危険負担の方に一元化する、という考え方はあり得るであろうか。双務契約の牽連性という観点からは、一方の債務が不能となり、消滅するのならば、他方の債務もまた消滅させることが、当然視され、そうであるならば、危険負担に一元化する、ということも考えられないわけではない⁵⁵⁾。

また、危険負担の牽連性の根拠付けとしては、当事者の合理的意思が指摘されるのが普通である。なるほど、売買契約を念頭に置けば、売主の債務が消滅することで、買主の債務もまた消滅させることが、当事者の意思としては、合理的だとも解される。

2 一元化の方向性 — 交換契約を例にして

(1) 債権者に契約からの離脱と維持の選択

権を与える必要性

しかし、しばしばドイツの教科書などでは、契約の解除については、交換契約を例に説明される。そこで、黒い馬と白い馬の交換契約が締結され、白い馬が死んでしまったために、不能となった、という例で、いま少し掘り下げて考えてみることにする。つまり、当事者の意思、具体的には、黒い馬の引渡しを債務として負っている債権者 X は、当然に契約の消滅を期待するのか、ということである。

X が黒い馬と引き換えに白い馬を欲していたのだとすれば、別の白い馬の持ち主と改めて契約を締結し、白い馬を手に入れるためには、契約関係からの離脱が求められることになる。これは、危険負担制度によっても解除制度によっても可能である。

ところが、X は、白い馬が欲しかったわけではない、という場合はどうであろうか。例えば、X は乗馬クラブを経営しているが、年若い黒い馬はもはや人を乗せることもできず、餌代ばかりがかかって、経済的な負担が大きいので、処分しようと考えていたところ、白い馬の持ち主 Y が、その交換を持ちかけてきたから、渡りに船と、話に乗ったにすぎない、という場合、X としては、むしろ、そのまま Y との契約関係を維持して、黒い馬を譲渡してしまった方がよい、ということも考えられる⁵⁶⁾。そうすると、危険負担制度のように契約関係を自動的に終了させてしまうのではなく、債権者 X に、契約関係を離脱するか、維持するかを選択権を与えることが、むしろ、事案の解決としてはふさわしい、ということになるであろう⁵⁷⁾。

(2) 不能であるかどうか明瞭でない場合

また、この例で、Y が白い馬を引き渡せなくなった原因が、その死亡であれば、客観的物物理的不能ですから、不能であることは明らかである。ところが、白い馬が脚に大きな怪我をしってしまったという場合で、かつ、債権者 X は、

乗馬クラブで継続的に人を乗せるために、白い馬を欲していたのだとする。この場合、一方、Xとしては、白い馬が治らない脚の怪我をしたのでは契約を維持する意味がないことになり、履行は不能であり、危険負担により契約関係は当然に解消している、と主張することが考えられる。他方、債務者Yは、大きな怪我とは言っても、治癒可能なものであるから（実際には治癒可能かどうか不確定だとしても）、決して不能ではない、と契約関係の維持を主張する、という場面を想定することができる。このような場合に、危険負担制度を残しておく、かえって法律関係は紛糾してしまうことになる。

(3) 解除への一元化

以上のように、交換契約を例に考えると、債権者に契約からの離脱と維持の選択権を与える必要性があり、かつ、不能であるかどうか不明瞭な場合には、危険負担制度が維持された場合の方が問題があるのであるから、むしろ、解除制度に一元化し、重大な不履行にあたるかどうかで解除の可否を決定し、債権者の解除の意思表示に契約関係の消滅を委ねることが適当であるし、債務者に対し、（前述の例で言えば、白い馬の怪我を治すべく）履行の努力を促すことにもつながるであろう。

以上のような意味で、売買契約以外の典型契約にも目を向けることで、解除への一元化、を根拠づけられるものと解される⁵⁸⁾。

3 解除への一元化が不適当な場合 — 交換型契約以外の場合

しかしながら、いくつかの契約類型では、解除権への一元化が不適当であるから、対応すべきことが説かれている。いくつかの例を挙げれば、こうである。

例えば、賃貸者契約の場合で、賃貸目的物が滅失した場合、多くの教科書では、双務契約の牽連性から当然に終了事由となる、という説明がされる。これは、実質的には、危険負担の問

題であるのだが、解除への一元化がはかられ、危険負担制度を廃止する場合、契約関係の終了のためには、解除権行使をしなければならないかのような疑いを抱かせることになる。そこで、この場合には、賃貸借契約の終了原因として規定を置くことが考えられ、例えば、改正検討委員会案 [3.2.4.25] では、これを明文化することが提案されている。

あるいは、役務提供契約において役務提供が不能となる場合にも、賃貸借契約の場合と同様の問題が生じることになる。役務提供が不能になれば、その反対債権である報酬請求権もまた消滅すべきは、やはり、双務契約の牽連性から認められるべき点であるから、解除権行使を要しない旨が、やはり、明文化することが、改正検討委員会案では提案されているところである（例えば、改正検討委員会案 [3.2.8.06]）。

そうすると、本稿における、危険負担と解除との一元化に関する検討は、交換型の契約を例に考えてきて、解除に一元化することが可能であるとした。しかし、これが全ての契約類型に当然に当てはまるとは限らず、本稿では十分な検討をなしえないが、種々の契約類型ごとに検討をする必要はあり、その結果、危険負担制度を要する契約類型に関しては、典型契約ごとに、これを規定する、という方向性も考えられる。しかし、非典型契約についても視野に入れるならば、包括的な規定を排除することが本当に適当であるのか、については、今後の課題ということになる。

おわりに

以下、若干のまとめをして本稿を閉じることにしたい。

歴史的経緯によれば、まず、①債権者の救済手段として法定の解除権が求められた理由は、解除が制度的に存在しない場合の不都合から、また、積極的に、債権者の契約利益を実現する機会（代替的取引の機会）を与えることにあったこと、②その意味では、解除には担保的機

能が期待されており、簡易・迅速な手段であることが求められることから、意思表示による行使方法がとられたこと（形成権としての位置づけが与えられたこと）、また、③契約の拘束力からの解放は、当事者の合意ではなく、債権者の利益消滅（債務者の給付が債権者にとって意味をもたなくなっていること）に求められることを確認した。さらに、④契約からの拘束力の解放が、債権者の利益消滅に根拠が求められる場合には、債務者の帰責事由は必ずしも要件として必要ではないところ、ドイツにおいては、危険負担との関係、損害賠償請求権との関係から、債務者の帰責事由が要件とされたことについてを確認した。

以上の内容を踏まえ、近時の改正の論議を見るときには、①不履行態様の多様化に対応するためには、契約の拘束力からの解放を根拠づける債権者の契約目的の不達成（重大な不履行と言い換えてもよいが）を解除の要件の中心に据え、包括的要件とすることが適当であることを述べた。次いで、①との関係で、③その要件は、債権者に立証責任を負わせることが適当であること、また、④催告解除の位置づけとの関係では、解除権が簡易・迅速な救済手段であることが期待されることから、催告期間の徒過をもって解除の要件が具備されるものと推定し、しかし、些細な不履行による解除を回避するためには、債務者の側からの反証を許すという立証責任の分配が適当であること（歴史的には商人間の取引に特に当てはまるが、現代においては、それに限定する必要はないこと）を述べた。そして、危険負担との関係については、⑤歴史的には、もともと解除との関係を整序すべきであったのであるから、一元化が望ましく、そして、⑥少なくとも、（交換契約をも視野に入れば）、交換型契約に関しては、解除に一元化する方が適当なこと、しかし、⑦交換型の契約以外に目を向ける場合には、なお問題があり、将来の課題であることを述べた。

もっとも、以上の内容は、非常に雑駁な検討に基づくものであって、あえて新味があるとするれば、歴史的経緯との関係で論じた点に求めるしかないが⁵⁹⁾、しかし、それすら網羅的な検討であるわけではないので、思わぬ誤解に基づく記述があるかもしれない。今後の研究の深化を誓いつつ、少しでも改正の論議に参考になれば幸いである。

注

- 1) 講演会での表題は「債権法改正に向けての債務不履行法の体系的な位置づけについて」であり、これについては、「横浜弁護士会新聞」(2011年5月号(第280号))に、石原隆先生による紹介(実務家の目から見た批判的なそれ)がある。
- 2) あくまでも、改正の議論との関係でのことであり、歴史的な検討そのものがなされていないという趣旨ではない。

例えば、フランス法に関しては、小池隆一「佛法に於ける契約の解除に就て(1)(2・完)」法学研究14巻3号(1935年)25頁以下、4号31頁以下、山下りえ子「フランスにおける契約解除法制について」比較法31号(1994年)91頁以下、後藤卷則「契約解除の存在意義に関する覚書」比較法学28巻1号(1994年)1頁以下、齋藤哲志「フランスにおける契約の解除——解除訴訟における判事の役割を中心として(1)(2・完)」法学協会雑誌123巻7号(2006年)1305頁以下、8号(2006年)1585頁以下、福本忍「フランス債務法における法定解除の法的基礎と要件論(1)(2・完)」立命館法学299号(2005年)321頁以下、302号(2005年)181頁以下、武川幸嗣「解除の対第三者効力論(1)(2・完)」慶應大学法学研究78巻12号(2005年)1頁以下、79巻1号(2006年)61頁以下、杉本好央「仏民1657条小論(1)(2・完)」大阪市立大学法学雑誌54巻1号(2007年)223頁以下、55巻3・4号(2009年)327頁以下などが、その他、規定を概観するものとして、山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、1986年)231頁以下がある。

また、ドイツ法に関しては、筆者が執筆した以降のものに限るが、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償—売買契約解除に関するドイツ法を中心に—(1)(2・完)」民商110巻3号(1994)429頁以下、110巻4・5号(1994)859頁以下、杉本好央「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察(1)~(5・完)」東京都立大学法学会雑誌41巻2号(2001)300頁以下、42巻1号(2001)167頁以下、42巻2号(2002)165頁以下、43巻1号(2002)463頁以下、43巻2号(2003)257頁以下、遠山純弘「不履行と解除(1)~(3・完)」北海学園大学法学研究42巻3号(2006年)585頁以下、43巻1号(2007年)47頁以下、43巻2号(2007年)377頁以下、遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算(1)~(3・完)」北海学園大

法学学研究 45 卷 3 号 (2009 年) 493 頁以下, 46 卷 2 号 (2010 年) 391 頁以下, 46 卷 3 号 (2010 年) 597 頁以下などがある。

その他, 解除を含む形成権の成立史については, 例えば, 本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢 74 卷 2 号 (1975) 222 頁以下, 小野秀誠「形成権の発展と私法の体系」一橋法学 3 卷 3 号 (2004) 823 頁以下などがある。

- 3) 本稿の実質は講演録 (の一部) であり, その内容は概説的なものであり, また, 学問上も雑駁なものであることは否めない。本来ならば, 外国法, 国内法の状況についても一から検討し直すべきであり, 講演からすでに日が経っているのであるから, 近時の状況も踏まえて, 全面的に論説として書き改めるべきところであるが, 昨今の厳しい法科大学院の状況にあっては, それも断念せざるを得ない。そこで, 当日の講演内容を「である」調に改め, また, 当時のメモに残されている範囲で (網羅的なものではないが) 注を付けることで, ご寛容いただければと思う。
- 4) ただし, 契約類型によっては解除に類比しうる制度が存在していたことにつき, 齋藤・前掲注 (2) 「フランスにおける契約の解除 (1)」1312 頁以下を参照。
- 5) 例えば, 後藤・前掲注 (2) 9 頁を, また, ドイツ後期普通法においても, 原則としては同様であったことについては, 鶴藤・前掲注 (2) 「契約の解除と損害賠償 (1)」437 頁を参照。
- 6) 古くは, 富井政章「売主権論」法学協会雑誌 3 号 (1884 年) 14 頁以下, 4 号 (1884 年) 12 頁以下がこれを指摘する。
- 7) 例えば, 後藤・前掲注 (2) 9 頁。
- 8) 「一種の自力救済的テクニック」という表現も使うものもある (小野・前掲注 (2) 834 頁)。
- 9) 教科書レベルで, 例を挙げつつこのことを述べるものとして, 藤岡康宏ほか『民法Ⅳ——債権各論 [第 3 版補訂]』(有斐閣, 2009 年) 39 頁 [磯村保] がある。
- 10) 解除の担保的機能に着目した先行研究として, 解除権者と第三者との関係を論じたものに, 武川・前掲注 (2) がある。
- 11) 例えば, 売主が大企業で買主が中小企業である場合ならば, 約定担保の合意も可能であろうが, 両者の力関係が対等であったり, 買主の方が強い場合には, 約定担保の合意は期待できないことになる。
- 12) 例えば, 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」『林良平先生還暦記念論文集現代私法学の課題と展望上』(有斐閣, 昭和 56 年 11 月) 69 頁以下 [73 頁] がこのことを指摘する。
- 13) 田原・前掲注 (12) 74 頁注 (13)。
- 14) 解除者と第三者との関係に関する判例・学説状況については, 例えば, 鶴藤倫道「解除と登記」『民法判例百選Ⅰ [第 6 版]』(有斐閣) 106 頁以下を参照。
なおお付言すれば, 担保物権による救済手段がある中で, あえて簡易・迅速な救済手段としての法定の解除権が認められていると考えれば, 原状回復請求権は, 物権的な請求権ではなく, 債権的なものと解するべきであろうし, 起草者も物権上の効果が生じることを否定していたようである (こ

の点については, 前掲百選Ⅰ 107 頁に掲げる文献を参照)。

- 15) 厳密に言えば, ドイツ法においても, 先取特権に相当する権利が全くない, というわけではない。ドイツ法においても, 特定の動産の上の優先弁済権は認められているのである (しかし, 債務者の総財産の上の優先弁済権, 不動産の上の優先弁済権は認められていない)。もっとも, ドイツ法におけるこのような権利は, これを法定質権として, 債権法の規定のなかに散在的に認め, しかも, 公示の原則と調和する限りで認められるにすぎない。以上のような意味で, ドイツ法の場合には先取特権に批判的であると言えるわけである (以上, 例えば, 『注釈民法 (8)』(有斐閣, 1965 年) 85 頁 [林良平] 参照)。
- 16) 実際, ローマ法においては, 古典期以来, 契約中に解除約款 (lex commissoria) を挿入することが通例であった (齋藤・前掲注 (2) 「フランスにおける契約の解除 (1)」1313 頁参照)。
- 17) フランスにおける契約の解除に関しては, 注 (2) に掲げた諸文献を参照。
- 18) なお, 解除を解除条件とするフランス民法 1184 条は, lex commissoria に必ずしも由来するものではなく, むしろ, 双務契約における双方の債務の牽連性により説明するのが, 学説の多数のようである (後藤・前掲注 (2) 18 頁)。旧民法典を起草したボワソナードも, もともとそのように考えていたことについては, 鶴藤・後掲注 (20) 「旧民法典における解除と損害賠償との関係について (1)」78 頁。
- 19) 例えば, 山口・前掲注 (2) 232 頁以下, 杉本・前掲注 (2) 「仏民 1657 条小論」を参照。
- 20) 旧民法典の起草過程と当時の学説については, 例えば, 鶴藤倫道「旧民法典における解除と損害賠償との関係について (1) (2・完)」関東学園大学法学紀要 20 号 (2000 年) 69 頁以下, 21 号 (2000) 227 頁以下参照。
- 21) 鶴藤・前掲注 (20) 「旧民法典における解除と損害賠償との関係について (2・完)」242 頁。
- 22) ちなみに, 現行民法典に先行して, 旧民法典と同時期に, ドイツ人ロエスレルにより起草作業の行われていた旧商法典でも, 解除権行使は裁判上でなければできないものとはされていない。旧商法典の起草過程と当時の学説, 旧民法典との関係については, 鶴藤倫道「旧商法典における解除と損害賠償との関係について——民法典の沿革的考察」磯村保ほか (編) 『民法学の課題と展望 (石田喜久夫先生古稀記念論文集)』(成文堂, 2000 年) 571 頁以下を参照。
- 23) これを指摘するものに, 例えば, 北村実「解除の効果」星野英一 (編集代表) 『民法講座 5 契約』(有斐閣, 1985 年) 116 頁。
- 24) 北村・前掲注 (23) 116 頁。
- 25) 形成権としての解除の発展が (取消しのそれと共通して), どのような社会・経済的要請を背景に持っていたのかということについては, 本田・前掲注 (2) 237 頁以下が, 次の 3 つを挙げる。すなわち, ①「迅速性」——急速な発展を遂げた近代資本主義社会は, 取引活動を活性化させると共に契約関係の精算の迅速性も求められていたこと, ②「訴訟経済」——訴えによる解除 (取消) は, 訴

- 訟経済上無駄であることから、形成権としての解除（取消）が求められること、③「自由主義思潮」——形成権という法技術は、私人の自由を最大限に認め、その反面、裁判官の裁量の余地を極力抑制しようとする自由主義的国家観にその基礎をおいていたこと、である。
- 26) 比較法的には、CISG がやはり、解除は意思表示によるものとしている。これに対して、CISG に先行する ULIS は、要件が充足すれば、契約が自動的に終了するものとしていた（この点について、条文も含め詳しいのは、潮見佳男「国際物品売買契約における売主・買主の義務および救済システム（2・完）民商 138 巻 3 号（2008 年）300 頁以下 [301 頁, 305 頁以下注（86）]）。
- なお、改めて説明の必要はないと思われるが、ULIS とは、1964 年の国際物品売買に関する統一法（Uniform Law on the international Sale of Goods）の略称であり（これに対し、同年の国際物品売買契約の成立に関する統一法 [Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods] は ULF と略称され、両者を指して「ハーグ統一売買法」と呼ばれるが、前者を想定していることが多い）、また、その後の 1980 年の国際物品売買契約に関する国連条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods）は、CISG と略称され、「ウィーン売買条約」呼ばれるものを指す。
- 27) ドイツ民法典の起草過程については、その立法前史も含め、注（2）に掲げた文献を参照。
- 28) これに対して、催告解除は債権者保護のために便宜的に認められたものであるとの歴史的評価を前提に、契約目的の不達成とも切り離して理解するものとして、遠山・前掲注（2）「不履行と解除（3・完）」382 頁以下。
- 29) ドイツ民法典の第一草案の審議過程については、鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」452 頁などを参照。
- 30) 解除権が制度として確立していない後期普通法の時代においては、債務者の履行遅滞の場合には、債権者には、履行と遅延損害の賠償請求権があるのにすぎない、というのが原則であった。しかし、19 世紀の半ばに、履行の遅滞のため、債権者が契約目的を達成できない場合に、なお、契約に拘束することの不都合が意識されると、原則を変更することなく、実質的な契約解除を認めるのと同様の処理が模索されるようになる。すなわち、一つの見解は、債権者が契約目的を達成できない場合には、債権者に、債務者からの給付の受領を拒絶する権利を与えると同時に履行請求権も奪い、その上で、本来の給付に代わる損害賠償請求権が与えられるというものである。今一つの見解は、もっと、端的に、損害賠償請求権の内容に含まれるものとして、契約の解消を認める、というものであった。ただし、売買契約の買主遅滞の場合には、債権者たる売主には、給付を受領する意味がなく、ということとは考えられないから、受領拒絶権という考え方に基づく債権者の救済はできない、というのが、支配的な見解であった（鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」437 頁以下など）。
- 31) 第二草案の審議過程については、鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」453 頁以下などを参照。
- 32) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」453 頁など。
- 33) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」453 頁など。
- 34) このような理解は、すでに、後期普通法時代のモムゼンや（杉本・前掲注（2）「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察（1）」182 頁注（20））、ドイツ民法典の第一草案の先立ち第一次委員会に提出されたフォン・キューベルによる部分草案の草案理由の中に見受けられる（鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」449 頁以下）。
- 35) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」452 頁。
- 36) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」452 頁。
- 37) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」439 頁以下。
- 38) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」440 頁。
- 39) 注（30）を参照。
- 40) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」438 頁。
- 41) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」450 頁。
- なお、キューベルの草案に対する批判は、ドイツ民法典に先行して制定されていたドイツ旧商法典における理解を前提とするものであった。つまり、解除を契約が締結されなかったかのような状態に置くのものであるとの理解は、文言上は明示的ではないが、フランス法と同様に解除条件構成を念頭に置いていたことにあると思われる（ドイツ旧商法典の起草過程については、例えば、鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」443 頁以下）。
- 42) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」450 頁以下。
- 43) さらに、比較法的に言えば、CISG 45 条 2 項、PECL8: 102 条、PICC7.3.5 条 2 項が、契約の解除は損害賠償を妨げないものとしている。
- なお、ここでの PICC とは、国際商事契約のリステイトを目的とするユニドロワ国際商事契約原則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts）の略称であり、PECL とは、欧州市場で使用されることを意図した任意規範であるヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law）の略称である。
- 44) 鶴藤・前掲注（2）「契約の解除と損害賠償（1）」451 頁。
- なお、わが国においても旧民法典と同時期に起草されていた旧商法典が、解除と損害賠償とを選択的に規定しており、そして、その理由が、解除の遡及効に加え、解除が債権者を迅速かつ安全に契約から自由にすることとのバランスに求められていたこと、しかし、ボワソナードによる旧民法典に平仄を合わせる形で、解除と損害賠償とは重疊的に認められるものと当時の学説において解されていたことについては、鶴藤・前掲注（22）571 頁以下を参照。

- 45) 例えば、小野・前掲注(2) 845頁では、次のように述べられる。「第1草案は、給付障害について、不能の一元的体系をとっていたことから、解除権の発生事由も不能によっていたが(第1草案369条)、1900年のドイツ民法典では、遅滞と不能の二元体系に改められ、解除権の発生原因も、この2つからとなったのである(不能に関する325条と遅滞に関する326条)」と。そして、同頁注35では、「給付障害の一元的体系はモムゼンに由来し、普通法上の支配的見解であったが、しだいに、遅滞がべつの類型とされ、そして、1900年の民法典成立後、1906年にシュタウプにより、積極的契約侵害の類型が分離するに至るのである」と。
- 46) 最判昭和57年7月1日判時1053号89頁。
- 47) 渡辺達徳「民法541条による契約解除と『帰責事由』(1)(2)」商学討究44巻1=2号(1993年)239頁、3号(1994年)81頁。
- 48) 学説状況の史的展開については、例えば、杉本・前掲注(2)「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察(1)」300頁以下に詳しい。
- 49) 例えば、潮見佳男『債権総論[第2版]I』(信山社、2003年)434頁が指摘するところを参照。
- 50) 最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁。
- 51) 最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁。
- 52) 例えば、比較法的に見れば、履行期に履行しないこと自体は重大な不履行とは言えない場合であっても、猶予期間を与えることで重大な不履行となり、解除権が発生するとするものが大勢である。具体的には、ULIS 27条2項第2文、31条2項第2文、CISG 49条1項b、64条1項b、PECL9:301条2項、8:106条3項、PICC 7.1.5条3項がそうである。
- ただし、ULISでは、催告後に付加期間が経過した場合には重大な契約違反となることを明言していたが、CISGの場合には、このような体裁になっていない。また、PECLとPICCは、履行遅延が重大でない場合であっても、催告解除を認めている(このあたりの検討は、詹森林(鹿野菜穂子(訳))「台湾民法における契約解除の要件と効果—比較法的検討」ジュリ1359号(2008年)147頁以下[151頁、同頁注(31)]、潮見・前掲注(26)301頁、308頁以下注(96)、327-328頁を参照)。
- 53) 民法(債権法)改正検討委員会(編)『詳解・債権法改正の基本方針II 契約および債権一般(1)』(商事法務、2009年)295頁以下。その他、山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2005年)182-183頁、鹿野菜穂子「契約解除の要件と効果—台湾との比較における日本民法の現状と改正課題」ジュリ1359号(2008年)157頁以下[158-159頁]も参照。
- 54) ドイツ法における解除と危険負担の関係についての最近の文献として、例えば、小野秀誠「給付障害の体系—給付障害の一元化、解除と危険負担—」一橋法学4巻3号(2005年)747頁以下がある。
- 55) この点で、ULISの場合、意思表示による売買契約の解除ではなく、契約の自動的終了を認めていることが注目される(ただし、売買契約に関する規定であることと、後発的履行不能による目的物の滅失の場合が含まれていないことには注意が必要である)。その理由と条文訳については、潮見・前掲注(26)305頁以下注(86)(87)を参照。
- 56) 不能の原因が例えば、債務者の引き受けていなかった事情の場合は、以上のようなし、逆に、債務者の健康管理不十分のために死んだのならば、填補賠償の請求ができるので、なおさら、契約関係を維持することに意味があることになるであろう。
- 57) 基本方針[3.1.1.59]では、債務者に履行不能等が生じた場合に、債権者に代償請求権を認めている。従来、代償請求権は危険負担における最終的な公平を図るための調整原理として、比較的狭く理解されてきた面もあるが、基本方針は履行請求ができない場合に広く代償請求権を認めている(北居功「契約の効力と契約の解除」法律時報81巻10号48頁、49頁注(34))。
- 58) 比較法的に言えば、CISGが契約の当然の終了を否定し、意思表示による契約の解除・終了という構成を採っている。
- 59) ドイツ民法典の起草過程を踏まえ、改正提案についての検討をするものとして、前掲注(2)の遠山論文がある。