

契約解除の要件枠組みに関する総論的考察

～民法541条の起草過程を手がかりとして～

渡 辺 達 徳

- I はじめに～本稿の目的～
- II 旧民法典財産編421条及び406条
 - 1. 起草過程
 - 2. 注釈書にみる解除の機能・位置付け・「恩恵期限」
 - 3. 小 括
- III 現行民法典541条
 - 1. 起草過程
 - 2. 法典施行当時の学説状況
 - 3. 小 括
- IV むすびに代えて

I はじめに～本稿の目的～

(1) 民法541条による契約の法定解除において、債務者の「帰責事由」の有無は、要件としてどのように機能しているか。筆者は前稿において、こうした問題関心から従来の学説及び裁判例の整理を試みた¹⁾。その作業を通じて、

1) 拙稿「民法541条による契約解除と『帰責事由』(1)(2・完)～解除の要件・効果の整序に向けた基礎資料～」商学討究(小樽商科大学)44巻1・2号(1993)239頁, 3号(1994)81頁。そこでは、主として現行民法典施行後の学説及び判例に即した検討が行われた。それに対して、この小稿は、旧民法典起草過程から現行民法典施行当時にかけての学説の整理を主眼としており、それは本来、前稿に先立ってなされているべき作業である。このように考察の順序が前後したのは、もっぱら筆者の不明による。その意味において、この小稿は、前稿から得られた手がかりを補完するための資料に尽きる。なお、こうした経緯から、この小稿における「通説」、「履行遅滞」、「帰責事由」、「違法性」などの概念も、前稿と同じ意味で用いられるものである(商学討究44巻1・2号240頁を参照)。

解答に向けた次のような手がかりが得られたと考えられる。

(2) まず、学説から知りうるのは、①損害賠償と解除は、債務不履行に共通する効果と理解され、かつ、前者の要件が後者のそれに敷衍されるかたちで、解除は「帰責事由」を要件とするという「通説」が形成されてきたこと、②「帰責事由」が要件とされる理由として、解除は不履行債務者にも大きな不利益を与えることが挙げられるものの、何が「不利益」なのかは必ずしも明らかでないこと、③解除の機能を分析的に捉え、履行義務からの解放と挫折した契約の清算、及び、損害賠償という効果に応じた別異の要件を定立する余地があること——こうした諸事実であった²⁾。

一方、裁判例から読み取れるのは、a. 物品売買契約における争点は同時履行の抗弁権の帰趨に集中すること、b. 不動産賃貸借においては、もっぱら信頼関係破壊の有無が考慮されること、c. 当該不履行が契約目的の達成に与える影響を重視する事例類型があること、d. 解除を主張する債権者に不履行作出の責ある場合は、解除が認められないこと——などであり、「通説」が裁判例を説明する機能を果たしているかについては、疑問が残されることとなった³⁾。

(3) 他方において、従来から「通説」内でも次のような認識があった。それは、損害賠償及び解除の前提となる債務不履行が抽象的には同一の概念にせよ、当該効果を与えるにふさわしい債務不履行の意味・内容は各々につき検討されてよいこと⁴⁾、また、不履行により契約の目的が達せられず、解除されても当事者が異議をさし挟めないような事情の存在が解除を正当化するこ

2) 拙稿・前掲資料(注1) 商学討究44巻3号101頁以下

3) 拙稿・前掲資料(注1) 商学討究44巻3号102頁以下

4) すでに、我妻 栄/星野英一/谷川 久「商品売買における民法と商法——『標準動産売買契約書案』を中心として——」私法(日本私法学会)25号(1963)3頁(35頁以下)において、動産売買に即して、「損害賠償の要件、解除の要件は、論理必然的に同じでなければならないのではなく、これを変えていいかという問題がやはり残っているのです」との認識が示されていた[星野発言]。さらに、契約総則レベルにおける同様の問題意識として、谷口知平編集『注釈民法(13)』(有斐閣、昭41)371頁以下[山下末人執筆]を参照。

と⁵⁾、である。ただし、「通説」は、こうした問題意識を「契約総則」の次元に投影して、解除の要件を構築することができなかった。なぜなら、損害賠償の要件概念がそのまま解除の場面に持ち込まれてきた結果、「通説」に疑問が呈される場合も、「当該要件」はそのままだに、「その要・不要」という角度から論じられる傾向にあったためである⁶⁾。契約解除の要件として「帰責事由」は必要か、という議論は、実は、その好例であったことになる。

(4) こうした経緯に照らすと、この問題をめぐる現行法典の起草過程が、改めて検証されるべき課題として浮かび上がってくるといえよう。なぜなら、この作業を通じて、損害賠償という効果に傾斜した債務不履行論の影響を受ける前の解除の要件論が、明らかにされうると思われるためである。具体的には、次のような考察の視点を指摘しうる。①解除の制度趣旨・機能はどのように考えられていたか、②不履行に対する法的救済としての解除の位置付け～特に本来的履行請求との優劣関係～は、どのように想定されていたか、③解除が債務者に対する不利益・制裁であるという具体的意味は何か、ということである。これらは、いずれも解除の要件定立と密接にかかわることが理解されよう。

この小稿は、以上のような見地に立って、損害賠償を主眼として構築された債務不履行の要件論を離れて、解除から生ずる効果に対応した要件が定立されるべきではないか、という問題提起に対する解答に向けた筋道を探る一つの覚書である。その検討は、前稿に引き続き、民法541条に即して試みられる。同条の沿革は、これに対応する旧民法典規定の起草過程からたどられるのが順序となる。

5) 谷口編集・前掲書(注4)372頁[山下執筆]。なお、山中康雄『総合判例研究叢書 民法(10)』(有斐閣, 昭33)25頁及び28頁も同旨。

6) 「帰責事由」必要説の立場から、我妻 栄『債権各論上巻(民法講義V₁)』(岩波書店, 1954)152頁以下、また、「帰責事由」を不要と解する立場から、末広徹太郎『債権各論(第一分冊)』(有斐閣, 大6)244頁、戒能通孝『債権各論』(巖松堂, 昭17)100頁など、いずれも「帰責事由」概念は自明の前提として、その要・不要を論ずるのが一般的傾向である。

Ⅱ 旧民法典財産編421条及び406条

1. 起草過程

旧民法典の草案段階では、現行541条に該当する解除の要件及び効果を定める規定は、次のような体裁を採っていた⁷⁾。

第五百八十三条 義務ハ第四百二十九条第四百四十一条及ヒ第四百四十二条ニ從ヒ明約ニ因テ得又ハ裁判所ニ於テ得タル約束ノ解除ニ因テ消滅ス
[第二項：略]

第四百四十一条 總テ双務契約ハ結約者ノ一方カ其義務ヲ充サ、ル場合ニ於テ双方ノ利益ノ為メニ解除条件ヲ含蓄ス
此場合ニ於テ解除ハ当然行ハレス被害者ヨリ之ヲ裁判所へ訴求ス可シ但シ裁判所ハ第四百二十六条ニ從ヒ他ノ一方ニ猶予ヲ許與スルヲ得

第四百二十六条 法律上ノ期限アルト否トヲ問ハス義務者カ不幸ニシテ且其善意ナル時権利者モ別段著シキ損害ヲ受ケサル場合ニ於テハ裁判所ハ相当ノ恩惠期限ヲ允許スルコトヲ得 [以下：略]

すなわち、解除は義務消滅原因の一つであり、双務契約は一方当事者の不履行に備えて解除条件を含むこと、解除は裁判所を通じて訴求されるべきこと、及び、裁判所は裁量により義務者のために「恩惠期限」を付与できること、が定められていた。なお、解除権の行使は、損害賠償請求を排除しない。草案444条はこの旨を明示し、「裁判所へ解除ヲ訴求スルカ又ハ当然行ハル、解除ヲ主張スル者ハ其他ニ己レカ被リタル損害ノ賠償ヲ要ムルヲ得」と定めていた⁸⁾。

7) 主として解除の効果論との関係から旧民法典以来の理論状況を検討する文献として、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、1968) 86頁以下、北村実「解除の効果—545条をめぐって—」『民法講座5』(有斐閣、1985) 113頁がある。この小稿における整理は、これら先行業績と重複する部分を多く含む。ただし、「恩惠期限」の許与を定める草案426条→旧民法典財産編406条の検討は、従来、比較的手薄だったように思われる。

8) 解除と損害賠償との関係は、後に至り学説上好個の検討主題となる(近時の詳細な研究の一例として、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(一)(二・完)」民商法雑誌

後に見るとおり、解除の条件構成及び裁判所を通じた権利行使という形態は、現行法の起草過程で放棄されたものの、不履行義務者への「恩恵期限」の付与は、現行541条に定める催告期間に連なる。その趣旨は、上記草案426条に即して次のように説明されている⁹⁾。すなわち、この規定はフランス民法典1244条に相当し、このように、裁判官が「負債主ノ情状ヲ考察シテ猶予ノ期限ヲ与フルコト」は「一般ノ場合ニ適スルモノ」であって、「最モ善良ナリ」というのである。そして、裁判官が「恩恵期限」を付与できる要件は、次の三つである。すなわち、

- 一、債主ノ不幸ナル事
- 二、債主ノ善意ナル事
- 三、負債主ニ恩恵ノ期限ヲ与フルモ債主ニ著シキ損害無キ事

である。前二者は債務者側の事情であり、後一者は債権者側の利益を考慮した要件であることが分かる（第一と第二の要件の主語は、「負債主」すなわち債務者であろう）。このうち、「不幸」及び「善意」の意義は、次のように説明されている。「不幸トハ実ニ貧窮ニ陥リテ糊口ニ難キ者ノミヲ指スニ非ス一時ノ義務ノ執行ニ差支フル者ヲモ包含スルナリ…善意トハ詐偽詭計ナク純良ナルヲ云フ過失ハ之ヲ詐偽ト混淆ス可カラス何トナレハ其意思ヨリ出テタルモノニアラサレハナリ」と¹⁰⁾。

こうした説明を併せ読むと、これら条文により規定された解除とは、次のような趣旨と理解することが許されよう。すなわち、契約の一方当事者が義務を履行しない場合、相手方は、裁判所に契約解除を請求して自らの義務の消滅を図ることができる。このとき、裁判所は、義務者が一時的な事情により履行で

110巻3号31頁、4・5号269頁（1994）。しかし、ボアソナードは、この問題について「債主約束ヲ解除スル場合ニ於テ若シ損害ヲ被フリタルトキハ其賠償ヲ得ルノ権アルハ当然ナルコトナリ」と説明するにとどまる（ボアソナード氏起稿『民法草案財産篇講義（人権之部）』（司法省）696頁）。

9) ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）620頁以下

10) ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）622頁以下

きず、かつ、その義務者が相手方を害する積極的意図を持たない場合¹¹⁾、当該相手方にも著しい損害が生じないことを条件として、義務者に履行のための恩恵期限を設定する裁量権を持つ、ということである。

こうして恩恵期間が設定される根底には、義務の本来の実現を優先する思想がある。この趣旨は、草案401条が次のように定めていたことから明らかといえよう。すなわち、「義務ノ重モナル効果ハ其義務ヲ実行セシムル為メ及ヒ第二段ニ若シ其義務ヲ執行セサルトキハ下ノ第一款及ヒ第二款ニ記スル區別ニ從ヒ損害ノ償ヲ求ムル為メ権利者ニ訴権ヲ與フルニ在リ」と。この規定の趣旨は、旧民法典財産編381条に受け継がれる。すなわち、「義務ノ主タル効力ハ下ノ第一節第二節及ヒ第三節ニ定メタル區別ニ從ヒテ其義務ヲ直接ニ履行セシムル為メ又不履行ノ場合ニ於テハ付随トシテ損害ヲ賠償セシムル為メノ訴権ヲ債権者ニ與フルニ在リ」と。このように、旧民法典が想定する契約保障の構造は、本来の履行保障が「主タル効力」の地位を占め、損害賠償は「付随トシテ」の「訴権」であることが明示されていた。義務不履行があっても、裁判所が「恩恵期限」を設定して履行を待たせるという構造も、こうした履行保障優先の思想の中で捉えると理解が容易になろう。

上に一瞥された草案諸規定は、若干の字句の修正を経たうえ、旧民法典財産編561条（草案583条）、421条（草案441条）、406条（草案426条）として次のとおり成文化された。

第五百六十一条 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

[第二項：略]

11) ボアソナードの説明によれば、少なくともこの条に関する限り、「善意」とは積極的加害の意図を持たないことを意味する。次のような具体例の摘示を参照。「無分別ノ企業ハ純良ナル所為ナル乎然リ何トナレハ無分別ハ素ヨリ過失ニハ相違ナケレトモ悪意ヲ以テ之ヲ為セシモノニ非サレハナリ然レトモ故ラニ債主ヲ害センカ為メニ為セシモノハ此限ニアラス我能力ナクシテ企テタルコトモ過失ニシテ悪意ニアラサルナリ」（ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）623頁）。

第四百二十一条 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與スルコトヲ得

第四百六条 権利上ノ期限ノ有無ヲ問ハス又執行力ヲ有スル証書アル場合ト雖モ債務者カ不幸且善意ニシテ債権者カ猶予ノ為メ確實ノ損害ヲ受ケサル可キトキハ裁判所ハ債務者ニ相応ナル恩恵上ノ期限ヲ許與スルコトヲ得
[以下：略]

さらに、解除と損害賠償との並存を認めた草案444条も、「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」(424条)と明文化された¹²⁾。

以上を、予め提示された三点の検討課題に即してまとめると、次のようにいえよう。すなわち、①解除の機能は、相手方から履行を受けられない債権者の義務を消滅させる手段である。②義務不履行の状態が生じても、契約維持が指向されている。③恩恵期限の付与は、この②の目的に資する手段である。ここに見られる限りにおいて、解除が債務者に対する不利益・制裁であるとの発想とは無縁である。

2. 注釈書にみる解除の機能・位置付け・「恩恵期限」

(1) 解除の機能

この時期の注釈書によれば、旧民法典における解除の機能は、双務契約において約定の履行を得られない債権者を契約から解放すること、と観念されている。また、これに伴う原状回復への正視も指摘しうる。すなわち、「双務ノ契

12) ここでの損害賠償の範囲が、不履行により生じた一切の損害でなく、積極的損害に限られる趣旨であったことにつき、北川・前掲書(注7)88頁を参照。

約ニ於テハ当事者ノ一方ノ義務ハ他ノ一方ノ義務ノ原因ヲ成スモノナリ然レハ其一方カ自己ノ義務ヲ履行スルヲ拒ムトキハ他ノ一方ハ自己ノ負担セル義務ヲ履行シテ弁済シタル所ノモノヲ取回スルカ為メ又ハ自己モ亦自己ノ負担セル義務ヲ免カルル為メ契約ノ解除ヲ求メ得ヘキハ理ノ当然ナリ」と¹³⁾。

さらに、ここでは、「義務ノ主タル効力」である「直接履行ノ訴権」だけでは、相手方の不履行を被った債権者にとって十分な救済とならないことが意識されている。曰く、「若シ自己ノ義務ヲ既ニ履行シタル者ハ売買ノ解除ヲ求ムルヲ得スシテ単ニ債権者トシテ行フコトヲ得ヘキ通常ノ訴権ノミヲ有スルモノトスルトキハ著シキ損害ヲ受クルコトアルヘキナリ何トナレハ売主ハ家屋ヲ引渡シタルモ買主カ其代金ヲ弁済セサル場合ニ於テハ其買主ハ無資力ニシテ売主ヨリ債権者タルノ資格ヲ以テ訴権ヲ行フモ買主ノ他ノ債権者ト共ニ買主ノ財産ヲ競売シテ生シタル代金ノ分配ヲ為ササルヲ得ス随テ其債権ノ一分ニ対シテノミ弁済ヲ受クルコト居多ナルヘケレハナリ」と¹⁴⁾。

こうした理解からは、解除が不履行債務者に対する不利益ないしは制裁であるとの着想は見取れず、解除は、純然たる契約からの解放原因と位置付けられているにとどまる。

(2) 救済手段としての解除の位置付け

法典起草過程でみられた履行保障を優先する思想に変わりはない。すなわち、財産編381条に定める訴権のうち、「義務ヲ直接ニ履行セシムル為メノ訴権」、すなわち「義務ノ目的ヲ実行セシムルコトヲ旨トスルモノ」が、「義務ノ主タル効力ナリ」。そして、「不履行ノ場合即チ債務者直接ニ義務ノ履行ヲ為スヲ欲セサルカ又ハ其過失ニヨリ義務ヲ履行スルコト能ハサル場合ニ於テハ加之単ニ之カ履行ヲ遅延シタルトキニテモ債権者ハ損害賠償ヲ求ムルノ訴権ヲ有ス又損害賠償ノ訴権ハ直接履行ノ為メノ訴権ト各別ニ之ヲ行ヒ又ハ合併シテ之ヲ行フ

13) 井上正一『民法正義（財産編第二部卷之壱）』（第八版，明28）730頁以下。堀 三友ほか『民法疏義（第四冊人権之部）』（明24）1479頁以下も同旨。

14) 井上・前掲書（注13）731頁以下

コトヲ得即チ損害賠償ノ訴権ヲ以テ直接履行ノ訴権ニ代フルコトヲ得又ハ之ヲ補充スルコトヲ得是レ義務ノ付随ノ効力ナリトス」と¹⁵⁾。この後段部分のみを読むと、「直接履行」と「損害賠償」との間に順位上の優劣はないようにも受け取れる。しかし、法典381条が主眼とする「義務カ合意ニ原因スル場合」についていえば、「其主タル効力ハ直接ニ其義務ヲ履行セシムルニ在ルヤ明カナリ而シテ損害ヲ賠償セシムルハ当事者ノ予期セサル義務ノ偶然ノ結果ニ過キス纔カニ付随ノ効力ニシテ主タルモノニ非サルナリ」との指摘を併せ読むと¹⁶⁾、契約の保障手段としては「直接履行」が主位的地位を占めると観念されていることが判明しよう。

さらに、こうして「損害賠償」に優越する「直接履行」は、「解除」に対してもその優先的地位を保持する。すなわち、「純粹ノ理論上ヨリ言ヘハ債権者ハ契約ヨリ生スル債務ノ執行ヲ求ムルノ権利ヲ有スルニ過キサルヘシ其故ハ一旦契約ニ依テ双方ニ法鎖ヲ生シタル以上ハ後日実行ノ有無ニ拘ラス契約ノ要素己レニ具備スルニ因リ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ解除スルヲ得ヘカラサルハ一般ノ原則ナリ」¹⁷⁾。しかし、こうしたローマ法の形式主義から脱却して、解除という「特権」を認める法思想の広まる経緯が、次のように説明される。つまり、「売買ノ例ヲ取テ言ハンニ売主ノ目的トスル所ハ結局代金ノ支払ヲ受クルニ在リ若シ始メヨリ買主其支払ノ義務ヲ実行セサルコトヲ知ラハ何ソ売払フコトヲ承諾センヤ故ニ法律ニ其意思ヲ解釈シ物件代価共ニ之ヲ失フノ不幸ニ罹ラシメサルカ為ニ此特権ヲ与ヘタルモノナリ」と¹⁸⁾。

これらの注釈書から改めて確認されうるのは、旧民法典における本来的履行の優先思想である。その根底には、履行を望んで契約を締結した当事者意思を重視する姿勢が窺えよう。そして、こうした着想は、一方当事者が契約上の義務を行わない場合も、直ちに契約を解消するのではなく、ひとまず本来的履行実

15) 本野一郎／森 順正／城 数馬『日本民法義解第五冊』(明24) 750頁以下。井上・前掲書(注13) 505頁以下も同旨。

16) 本野ほか・前掲書(注15) 752頁

17) 富井政章『民法論綱(人権之部)』(寶文館, 明23) 126頁

18) 富井・前掲書(注17) 127頁

現の可能性を残すという考え方に連なる¹⁹⁾。その具体的発現が「恩恵期限」の設定にはかならない。

(3) 恩恵期限の趣旨、これが設定される要件

履行期を徒過した債務者のために恩恵期限が設定される趣旨は、次のように説明されている。すなわち、「債務者ハ善意ナルモ即チ債権者ヲ詐害スルノ意思ナキモ不幸ニ陥リ直チニ弁済ヲ為ストキハ其業務ヲ継続スルヲ得サルモ之ニ恩恵上ノ期限ヲ許與スルニ於テハ甚シキ便宜ヲ得又他ノ一方ニ於テハ債務者ニ此期限ヲ許與スルモ債権者ニ取りテ甚シキ損害ヲ受ケサル場合ニ在テハ裁判所ハ債務者ノ請求ニ因リ之ニ相応ナル即チ過多ナラサル時間ヲ以テ恩恵上ノ期限ヲ許與スルヲ得ルナリ」と²⁰⁾。また、「債務者不時ノ災厄又ハ不幸ニ陥リ強テ債務ヲ執行セシムルモ徒ラニ債務者ノ不幸ヲ重ネ債権者ニ於テハ充分ノ満足ヲ得ス而シテ苛酷惨烈空シク人情ヲ傷フルノ情実顯然タルコトアリ」とも説かれる²¹⁾。つまり、たとえ債務者が履行期を徒過しても、それが債権者を害する意図に出たものでなく、かつ、債権者に著しい損害が生ずるわけでもなければ、裁判官は、こうした情状を衡量したうえ債務者のために恩恵期限を設定することが法的正義・公平に適う、ということである²²⁾。

19) なお、契約が法上当然に解消されるのでなく、債権者の申立てにより解除されるのも、本来的履行保障の思想を強固にする。この趣旨を説く次のような指摘を参照。「一方ノ当事者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ契約ヲ解除スルト否トハ全ク他ノ一方ノ権内ニ在リ若シ此ノ当事者ニシテ尚ホ契約ヲ継続セント欲セハ敢テ契約ヲ解除セス義務不履行ノ当事者ニ対シテ義務履行ヲ要求スルコトヲ得ヘシ故ニ契約ノ解除ハ損害ヲ受ケタル一方ノ当事者ノ申立ニ因リテ始メテ其効ヲ生スヘキモノニシテ当然生スヘキモノニアラス」(堀ほか・前掲書(注13)1480頁)。また、富井・前掲書(注17)129頁以下が、「黙約解除ハ債権者ニ取テハ一種ノ特権ナリ此特権ヲ有スルカ為ニ執行ヲ求ムルノ権利ヲ失フモノニ非ス此ノ権利ノ一ヲ選択スルコトヲ得ル以上ハ不執行ノ一事ヲ以テ当然解除ノ効ヲ生セシムルヲ得ス何トナレハ債権者ヲシテ其契約ヨリ生スル本然ノ訴権(直接履行ノ訴権)ヲ失ハシムルコトトナレハナリ」と説くのも同旨。

20) 井上・前掲書(注13)636頁

21) 堀ほか・前掲書(注13)1406頁以下

22) ただし、恩恵期限の許与は、遅延利息の発生をも阻止しうるものではない。「債権者ガ物ノ弁済ヲ請求スルト同時ニ遅延利息ヲ請求シタルトキハ裁判所ヨリ其弁済ニ

こうして恩恵期限が付与される要件は、債務者側の事情及び債権者側の事情に分かれることが理解される。前者は債務者の「不幸且善意」であり、後者は債権者が「猶予ノ為メ確實ノ損害ヲ受ケサル」こと、である。

債務者の「不幸」とは、「債務者カ天災等ノ為メ其義務ヲ履行スルニ足ルヘキ資産ヲ失ヒタル場合ノ如キヲ云フ」²³⁾。また、「善意」とは、「債務者カ義務弁済ノ猶予ヲ受ケンカ為メ故ラニ其資産ヲ他人ニ譲渡シ若クハ隠匿セルカ如キ手段ニ出テタル場合ニアラサルヲ云フ」²⁴⁾と説明されている。

一方、恩恵期限を付与する要件として、債権者側の事情も併せて斟酌されるべき旨が明示されていたことは、看過できない。遡って草案段階での説明をみると、同草案が「権利者（即チ債主）ノ著シキ損害ヲ受ケサルコト」という第三の要件を明示したのは、「実ニ善良ナル注意ヲ為シタルモノ」であって、「仏民法ニハ此第三ノ条件ヲ記載セスト雖モ裁判官ニ於テ之ニ注意シ法律ノ闕典ヲ補フ可シ」と指摘されていた²⁵⁾。そこには、恩恵期限を許与することにより、「義務者ノ利益ノミヲ謀リテ権利者ヲ害スル」結果となるのを回避する意図が強く窺える²⁶⁾。法典406条に即しても、この趣旨は次のように承認されている。すなわち、「債務者善意ニシテ不幸ニ陥リタル場合ニ於テハ之ニ義務履行ノ猶予期限ヲ与フルハ即チ人情ニ基クノ美制ナリ然レトモ此猶予ノ為ニ債権者損害ヲ受クルノ形跡確實ナルニ於テハ正当ノ権利者ヲ害シテ義務者ヲ保護スルノ謂レナシ是レ即チ第三条件ノ生スル所以ナリ」と²⁷⁾。

このように、恩恵期限の許与は、所定の要件を満たす限りにおいて、債権者及び債務者双方の利益に～ひいては法的正義にも～合致することが強調されて

付キ債務者ニ恩恵上ノ期限ヲ許與シタルニ拘ハラス其遅延利息ハ請求ノ日ヨリ生スヘキナリ恩恵上期限許與ノ効力ハ義務ノ履行ニ関シテ生スルノミニシテ利息ノ発生ヲ防止スヘキモノニ非ス」（井上・前掲書（注13）638頁以下）。

23) 堀ほか・前掲書（注13）1407頁

24) 堀ほか・前掲書（注13）1408頁

25) ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）623頁以下

26) ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）624頁

27) 堀ほか・前掲書（注13）1408頁

いる²⁸⁾。

3. 小 括

旧民法典における解除は、双務契約において一方債務者が義務を履行しない場合、他方当事者の義務を消滅させる原因の一つと位置付けられている。それと同時に、解除権者が給付を行っている場合の目的物返還（原状回復）の契機ともなる。こうして解除が認められるべき理由として、直接履行だけでは十分な救済にならないとの認識がある。その反面、解除が不履行債務者に対する不利益又は制裁であるといった発想は見られない。

次に、契約上の債務者が義務を履行しない場合、履行保障を優先する思想が色濃く現れている。その一つの発現が、裁判所の裁量により債務者に付与される恩恵期限である。その要件は、債務者が不幸かつ善意であること、及び、履行を猶予しても債権者が確実の損害を受けないことであり、ここでは当事者双方の利益が衡量されている²⁹⁾。これら諸要件の本意には不分明なところもあるが、債務者の「不幸」とは一時的災害や病気が、また、「善意」とは害意ないし詐害意図のないことが、それぞれ念頭に置かれているようである。なお、履行保障を優先する思想が強いことも一因してか、恩恵期限の延長は許さない～したがって、この期間は、債務者にとってまさに履行の「ラスト・チャンス」となる～ことが明文で規定されている（財産編407条2項）³⁰⁾。

28) なお、406条は、恩恵期限の許与を定める1項に続けて、裁判所が分割履行を命ずる権限（2項）、及び、これらに関する特約の無効（3項）を規定する。2項は当事者双方の利益均衡を慮り、3項は公序の見地から説明しうる規定とみられよう（堀ほか・前掲書（注13）1408頁以下は、同条を「仁慈的斟酌ニ基クモノニシテ亦社会公共ノ秩序ヲ保持スルノ条規」であって、「公共ノ秩序風俗ニ関スル条規ハ私約ヲ以テ変更スルコトヲ得サルハ法理ノ認ムル原則ナリ」と説く）。

29) ボアソナードが草案426条に即して、「裁判官ハ善ク双方ノ地位ヲ比較シタル後恩恵期限ヲ許スヘキナリ」（ボアソナード氏起稿・前掲書（注8）624頁）と説くところからも、こうした意図を知ることができよう。

30) そのほか、いったん裁判所の手を煩わせた以上、その判断を弛緩させるような恩恵期限の延長は認められない、との発想も作用していると考えられる。

Ⅲ 現行民法典541条

1. 起草過程³¹⁾

まず、債権編第二章第一節(契約総則)の中に、一款を設けて「契約ノ解除」を規定した趣旨について、穂積陳重起草委員は、次のように説明する。すなわち、解除を義務消滅原因として一箇条のみ置いた既成法典と異なり、本案では「苟モ契約ヲ解除致シマシタナラハ斯ウ云フ結果カ生スルモノデアルト云フ通則丈ケ示シマスル目的ヲ以テ此処ニ一款ヲ置イタ」ということである³²⁾。そして、解除の効果を定める法典調査会提出議案543条(現行545条)は、解除権行使に伴う各当事者の原状回復義務及び損害賠償を規定している。履行義務からの解放効は明示されておらず、解除により「新タニ其義務ガ解ケ」る³³⁾、といった説明からこの趣旨が窺える程度である。もっとも、解除のこの本来的機能に変更を及ぼす意図はないと考えられよう。

次に、現行541条に該当する議案539条は、次のように定めていた。

第五百三十九条 当事者ノ一方ガ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ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ナキトキハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得

穂積陳重起草委員によれば、この条は「既成法典ノ財産編四百二十一条ニ当り」、そこで規定されている三つの事項、すなわち「債務ノ不履行ト云フモノガ解除条件ヲ含ム」こと、「其解除条件ノ成就ト云フモノハ当然解除ノ効ヲ生セスシテ裁判所ニ之ヲ請求スル丈ケノ権利ヲ生スル」こと、及び、「裁判所ガ尚ホ之ヲ実行セサル見込カアルナラ——双方ニ害カナクシテ実行サセルコトガ出来ルト云フコトヲ見込シタナラハ恩恵上ノ期限ヲ与ヘル」ことは、各々、次

31) この経緯については、すでに北川・前掲書(注7)88頁以下に詳細である。

32) 『法典調査会民法議事速記録(九)』(法務図書館, 昭56)254頁

33) 『法典調査会民法議事速記録(九)』275頁

のように評価される³⁴⁾。

まず、解除を条件構成することは、「法律上不当ナコト」として採用しない。なぜなら、「始メヨリ向フガ履行シナカツタナラハこちらモ履行シナイ履行スル義務が消エルト云フ斯ウ云フコトヲ当事者カ見込シテ…条件附テ何時テモ双務契約ヲ結フモノテアルト見ルノハ少シ行キ過キタ話」だからという³⁵⁾。

また、裁判上の解除という方法については、「裁判所が見マシテ如何ニモ是ハ少シ履行ヲ怠ツタ夫レテ直グ解除シテ仕舞ウト云フノハ随分酷イ話テアツテ又履行シテモ双方共夫レ丈ケノ害モ深クナイト思ヒマシタ時ニ於テ恩恵上ノ期限ヲ与ヘルト云フコトガ出来ル此利点ニ付テハ是ハ幾ラカ穩当ノヤリ方テアラウト思ヒマス又親切ナヤリ方テアルジャラウト思ヒマス」と評価する³⁶⁾。ただし、これと同じ結果は「意思表示ノ主義ニ依テ得ラレル」のであって、「相当ノ期間」の判断も、「取引ノ性質ニ依テ定マルモノテアルカラシテ却テ当事者ノ見込ノ方ガ穩カ」かもしれないから、相当期間の設定及び解除の意思表示のいずれも当事者の判断に委ねたと説く³⁷⁾。つまり、現行541条のうち「相当ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告」するという構成は、旧民法典財産編421条及び406条に係譜を持つことになる。これら諸点については、法典調査会でも別段の異論が唱えられることなく、現行541条へと受け継がれた。

なお、解除と損害賠償との重疊行使を認めた旧民法典財産編424条も、提出議案543条3項（「解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」）を経て現行545条

34) 『法典調査会民法議事速記録（九）』258頁以下

35) 『法典調査会民法議事速記録（九）』259頁

36) ただし、旧民法典が、「成立ノ単純、有期又ハ条件附ナル義務」の款の中で、一般的に「恩恵上ノ期限」許与を認めたのと異なり、現行法典は、契約解除という特別な場面に限ってその有用性を承認したものである。この趣旨を次のように説く『未定稿本・民法修正案理由書・完』459頁を参照。曰く、「既成法典財産編第四百二十一条第二項後段ノ規定ノ如ク或場合ニ於テ裁判所ハ債務ノ履行ニ付キ恩恵期限ヲ許与スルコトハ頗ル妥当ナルノミナラス債務履行ノ見込アルトキハ甚タ便利ナルヲ以テ本案ハ既ニ原則トシテ恩恵期限ナルモノヲ認メサルニ拘ハラズ本条ノ場合ニ於テハ之ニ代フルニ債務ヲ履行セラル者ノ相手方ヲシテ相当ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告セシメ然モ其履行ナキトキハ始メテ解除権ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノニシテ實際上ノ結果ハ既成法典ト同一ノ便利ヲ得ヘキナリ」と。

37) 『法典調査会民法議事速記録（九）』259頁

3項に受容されることになる。

2. 法典施行当時の学説状況

(1) 解除の機能

論者により若干のニュアンスの差はあるものの、次の範囲では一致をみているといえよう。すなわち、契約上の債務を負った者が債務の本旨に従った履行をしない場合、債権者は本来的履行と損害賠償を請求する権利を有するものの、それだけでは十分な救済とならないから、契約から解放されて行動の自由を回復する手段を与えられる必要がある、ということである。次の説示は、こうした趣旨の端的な表明である。曰く、「相手方カ其負担スル債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ強制シ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ（四一四，四一五）ト雖モ満足ナル結果ヲ得サルコトアリテ契約本□ノ目的ヲ達スル能ハサルコト多シ」（原文のまま）。したがって、現行民法は、フランス法等の主義を採用して不履行に基づく契約の解除を許し、「此場合ニ其契約ヲ解除シ契約取結以前ノ状態ニ回復セシムル」ことを認めた³⁸⁾、ということである。

この理解は、旧民法典及び現行法典起草過程の議論と軌を一にするものである。したがって、ここに至り、解除の存在意義はそもそも損害賠償と別のところにあることが再確認されてよからう。したがって、解除は債務者に対する制裁であるという漠然とした認識は、まず、排除されなければならない。なぜなら、こうした見方こそ、解除を損害賠償とともに不履行債務者に対する「制裁」と捉え、両者に共通する要件を見い出そうとする傾向～これに対する疑問が、まさにこの小稿の出発点であった～をもたらすためである。むしろ、期待した給付を得られない債権者を契約という法鎖から解放するという機能が、まず、

38) 岡松参太郎『註釈民法理由（債権編）』（有斐閣，明30）503頁。時代が下っても、横田秀雄『債権各論』（清水書店，明45）168頁，富井政章・述『債権各論』（信山社，大正元年東大講義録，復刻平6）118頁，末広厳太郎『債権各論（第一分冊）』（有斐閣，大6）241頁，鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店，大13）208頁以下，磯谷幸次郎『債権法論（各論）上巻』（厳松堂，大15）254頁以下など，多数を指摘しうる。

念頭に置かれるべきである。

(2) 救済手段としての解除の位置付け

旧民法典に置かれていた「恩恵期限」の制度が、現行541条に受け継がれた経緯、及び、その理由に関する穂積起草委員の説明は、さきに一瞥したとおりである(Ⅲ 1. 参照)。この理解は、現行法典の施行当時の学説上も、共通していたとみられる。すなわち、「債務ノ不履行ハ解除権発生ノ原因ヲ為スト雖モ一旦不履行ノ事実アレハ直チニ解除権ヲ発生セシムルトキハ多クハ實際ノ事情ニ適セス且当事者カ契約ヲ取結ヒタル本来ノ目的ヲ妨クル弊ナシトセス」と³⁹⁾。また、「解除ハ其性質契約ノ履行ト正反対ナルモノナルヲ以テ仮令当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ノ責アルモ直チニ契約ノ解除ヲ為スハ其者ニ対シ酷ニ失スルノミナラス当事者カ契約ヲ締結セシ当時ノ意思ニ反スルコト甚シキコト多ケレハナリ」との理解も⁴⁰⁾、趣旨を同じくしよう。

ここで併せて記憶に留められるべきことがある。それは、いずれの見解においても、契約実現に向けた本来の履行が契約当事者の意思とみられていることである。こうした理解は、旧民法典財産編383条以下の解釈とも付合する。また、現行法典の起草段階において、強制履行と損害賠償との優劣について「英吉利ノ主義杯トハ反対デゴザイマシテ先ヅ強制履行ヲ求メルコトガ出来ル」主義を採ったと説かれていたことも⁴¹⁾、これを裏付けるといえよう。

こうした理解によれば、「解除ハ其性質契約ノ履行ト正反対ナルモノ」ということになる⁴²⁾。「元来契約解除ハ契約履行ニ対スルーノ変例」であるとの認識も⁴³⁾、これと趣旨を同じくしよう。そして、こうした見方は次のような

39) 松波仁一郎／仁保亀松／仁井田益太郎『帝国民法正解債権編』(日本法律学校、第三版、明36) 883頁

40) 梅謙次郎『民法要義卷之三』(明法堂、増訂11版、明36) 446頁以下

41) 『法典調査会民法議事速記録(七)』(法務図書館、昭55) 160頁以下

42) 梅・前掲書(注40) 446頁

43) 小沢政許『日本契約法原論』(有斐閣、明30) 299頁

立場をもたらす。すなわち、「解除ハ契約ノ性質ニ違反スルモノニシテ止ムヲ得サルニ出テタルモノナレハ軽々敷之ヲ許スヘキニアラス如何ニシテモ利益ナル履行ヲ得ルコト能ハサル場合ニ限り許スヘキモノナリ」と⁴⁴⁾。このように、不履行時に本来的履行を優先的に保障しようとする思想は、旧民法典に即して見られた理解にも増して強まっているように思われる。

(3) 催告期間設定の趣旨

上にみられる限り、催告期間設定の趣旨とは、一見したところ、旧民法典時代と別段変わるところのない履行保障優先思想の現れのように思われる。しかし、子細に観察すると、そこには後に至り大きな差異をもたらす契機があったとみる余地を残している。

それは、「恩恵期限」許与のための、債務者の「不幸且善意」及び「債権者カ猶予ノ為メ確實ノ損害ヲ受ケサル可キ」こと、という文言が、明示的地位を失ったことに伴う。この変化は、「恩恵期限」ないしは「催告期間」の設定が、裁判所の裁量から「意思表示ノ主義」(穂積起草委員)に変更されたことを反

44) 嘉山幹一講述『債権法各論』(日本法律学校、刊行年不明。ただし、表紙に「三拾四年度」の表記がある) 116頁。なお、後に一瞥されるとおり、近時の学説の中には、解除権行使を認める基準として、履行を受けられない債権者の利益欠落という契機を正面に据えるものがあり、これは比較法的視座にも支えられている。とりわけ、近時、多く論及されるのは、国際動産売買に関する「ウィーン売買条約」である。その解除規定の概要につき、さしあたり、拙稿『『ウィーン売買条約』(CISG)における契約目的の実現と、契約からの離脱(1)(2・完)』商学討究42巻1号(1991) 177頁、43巻1・2号(1992) 131頁を参照。その意味において、民法典施行当時の一学説が、「如何ニシテモ利益ナル履行ヲ得ルコト能ハサル場合」に限り解除を許す旨を説くのは興味深い。しかし、その一方において、541条にいう「履行ナキトキ」の解釈として、「遅延シタル履行カ利益ナキモノタルコトヲ要セス〔反対一独法系〕と明言するものもある(岡松・前掲書(注38) 505頁)。こうした差異は、恐らく、当時における外国法の理解に由来するとも思われる。例えば、小沢・前掲書(注43) 299頁以下は、「羅馬法及羅馬法ヲ継受セル独国普通法奥国民法等」は、「契約ノ遅延セル履行カ債権者ニ対シテ利益ナキトキニ限り例外トシテ解除ヲ許セリ」と説く一方、「仏蘭西法其他瑞西債務法及我旧法典等」は、解除が「遅延シタル履行カ利益ナキトキニ限ラサルナリ」と言う。ただし、この当時の学説の中にこれ以上の手がかりは見い出せないことから、この小稿の考察対象とすることは見送らざるを得なかった。

映しているとみられる。すなわち、旧民法典上、恩恵期限の設定は裁判所の裁量に委ねられていたため、法文は、こうした裁量の基準となるべき当事者双方の事情を明示していた。それに対して、現行法における催告期間の設定は、もっぱら債権者の意思に委ねられるに至った。ところが、その結果、旧民法典において明示されていた当事者双方の事情への目配りが、法文から姿を消すことになった。とりわけ、「債権者カ猶予ノ為メ確實ノ損害ヲ受ケサル可キトキ」（契約上期待した利益を得られない債権者側の事情）という旧民法典財産編406条の趣旨が、大きく後退する⁴⁵⁾。それに代わって、催告期間の設定が債権者主導で行われることとの均衡上、「直グ解除シテ仕舞ウト云フノハ随分酷イ話」⁴⁶⁾、という債務者側の事情が焦点を集めるようになる。

それと共に強まってきたと見られるのが、解除は履行を望んで契約を締結した当事者意思と正反対である、との理解であった（前出Ⅲ 2. (2) を参照）。その結果は、次のような解除観を生む。すなわち、解除は当事者意思に相反する例外なのだから、たとえ債務者が履行期を徒過したにせよ、即時に契約を解除するのは当該債務者にとって酷だ、ということである（注40で指摘された梅謙次郎の説示を参照）。ここで、解除が不履行債務者に不利益ないしは酷な結果をもたらすという具体的意味が、一つ浮かび上がってきたことになる。すなわち、解除による履行機会の剝奪がそれである（しかし、このことは、即時の履行機会剝奪は債務者にとって酷だから、催告期間を設定して履行のラスト・チャンスを与えよ、という文脈で理解されるべきものであり、債務者の「帰責事由」を要件とせよ、という趣旨ではないというべきであろう）。

45) 現行法典に即しても債権者側の事情に配慮する文献としては、次のように説く小沢・前掲書（注43）299頁を指摘しうる程度である。すなわち、「債務者債権者ヲ詐害スル意思ナキモ或ハ単ニ懈怠ニ起因シテ履行ヲ為サ、ルコトアルヘク或ハ債務ノ履行ヲ忘却スルコトアルヘシ元来契約解除ハ契約履行ニ対スルーノ変例ナレハ法律上相当ナル猶予期間ヲ与フルモ不可ナキカ如シト雖モ斯ノ如キ恩典ハ時ニ債務者ヲ不正ニ利シ又ハ債権者ニ損害ヲ蒙ラシムヘキヲ以テ此規定ヲ見ルニ至リタルモノナリ」と。

46) 『法典調査会民法議事速記録（九）』259頁

3. 小 括

現行法典施行当時の理論状況は、次のように整理されよう。まず、契約解除とは、相手方から履行を受けられない債権者を契約から解放し、挫折した契約を清算する手段と位置付けられる（債権者のための義務解放効）。ただし、履行が遅延する場合でも、即時解除は本来の履行を期待していた債務者に酷だから、催告期間を設定して履行を待つことが望ましい（履行機会を剥奪される債務者への配慮）。その根底には、解除は、履行の実現という契約本来の趣旨に対する例外であるとの認識がある（履行保障優先思想の浸透）。

こうして予定された解除の機能は、旧民法典におけるそれと異なるものでなく、現行法典起草委員の意図も同じであったと考えられる。しかし、将来の解釈に影を落とすかもしれない微妙な差異が潜んでいた。それは、催告期間（恩恵期限）を設けて本来の履行を待つべきか否かを判断する場合、その後の履行機会を剥奪される債務者側の事情と、期待した履行を得られない債権者側の事情を衡量すべきことが、条文上、判然としなくなったことである。とりわけ、債権者が履行を待っても著しい損害を被らないことを催告期間設定の要件とする（旧民法典財産編406条を参照）、という債権者側の事情への配慮が視野から欠落する。

さらに、契約本来の履行を求めるのが当事者の意思にほかならないとの理解に支えられて、たとえ債務者が不履行状態に陥ったにせよ、解除により履行機会を剥奪するのは酷である、との認識が強まってきた。こうした経緯を反映して、解除の要件論は債務者側の事情を中心に組み立てられる下地が作られた、と考えることも可能であろう。

IV むすびに代えて

(1) この小稿は、民法541条に即して、解除の効果に対応した要件を検討するために、損害賠償に傾斜した債務不履行論の影響を受ける前の理論状況を整理・確認する、という作業を試みてきた。そこから知られるところを要約すれ

ば、次のようにいえる。すなわち、契約上期待した利益を得られない債権者側の事情と、解除により履行機会を剥奪される債務者側の事情とを衡量のうえ、履行義務からの解放と挫折した契約の清算という、解除の機能を最もよく発揮させるような要件が、541条の文言に即して構築されることが理に適う、ということである。

(2) こうした思想が、学説上、最も鮮明に現れていたのは、旧民法典の公布前後であった。現行法典起草委員も、この趣旨を変更する意図は持たなかった。しかし、旧民法典財産編406条において「恩恵期限」を設定する要件とされていた、債務者の「不幸且善意」、及び、「債権者カ猶予ノ為メ確實ノ損害ヲ受ケサル可キ」こと、という文言は、現行法に受容されなかった。それも一因してか、現行法典公布の頃より現れた注釈書からは、とりわけ、解除の前提たる催告期間設定にあたり視野に入れられるべき債権者側の事情～履行を待っても著しい損害を被らないこと～への正視が徐々に薄れ、視点は、解除により履行機会を剥奪される債務者側の事情へと傾斜してゆく。さらに時代が下ると、単に、解除は債務者にとって酷だ、との抽象的命題のみが一人歩きし、その具体的内容が判然としなくなる⁴⁷⁾。これと過失責任主義の浸透、ひいては損害賠償に傾斜した債務不履行論とが相俟って、解除は債務者にとって酷な結果をもたらすから「帰責事由」が要件となる、との「通説」形成が促されたという推測も、一つには成り立つであろう。しかし、こうした「酷な結果」を理由として「帰責事由」を要件に加えるのは妥当であろうか。この小稿から知られるところに

47) 大正年間に入ると、鳩山・前掲書(注38)216頁註14は、「解除ハ損害賠償ヨリ更ニ大ナル不利益ヲ債務者ニ負ハシムルモノ」と説くが、その内容は判然としない。そのほか、勝本正晃『債権法総論概説』(巖松堂、昭7)53頁が「一方的意思表示によって相手方に原状回復の義務を負担せしめる」ことを債務者の負担と説くなど、学説は分岐してくる。近時、解除による履行機会の剥奪を債務者の不利益と評価すべき旨を明確に説く文献として、高島平蔵『債権各論』(成文堂、1988)64頁(「もし、履行期に遅れたというだけで解除をみとめるとすれば、契約関係の存続を望む、責任のない債務者にとって、きわめて不利な結果となるのを免れないであろう」と説き、解除が「帰責事由」を要件とする根拠とされる)、川村泰啓『商品交換法の体系Ⅰ』(勁草書房、1972)272頁以下(履行遅滞及び不完全履行の場合、解除は債務者から「追」履行のチャンスを奪うという契機を強調される)などを参照。

よれば、直ちに履行機会を債務者から剥奪するのは酷だ、という評価は、「それ故に催告期間（恩恵期限）を与えよ」という要件に連なるのであって、これを「帰責事由」と直結させる必然性は見い出せないように思われる。

(3) むしろ、旧民法典から現行民法典施行当時にかけての理解を踏まえるならば、民法541条の要件は、次のような諸要素を柱に据えて構築されるべきであったと考えられる。それは、①債務の本旨に従った履行がないこと〔客観要件〕を前提として、②それ以上に履行を待つと債権者が著しい不利益を被るため、当該債権者が契約上の義務から解放されるべき事情にあること〔債権者の利益欠落〕⁴⁸⁾、及び、③債務者がもはや履行機会を剥奪されるという不利益を被ってもやむを得ない状況にあること〔債務者が解除を忍受すべき事由〕、

48) 近時、債権者を契約の拘束から解放するという解除の機能を正面に据えて、次のような解除の要件論を提示する、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」『谷口知平先生追悼論文集2 契約法』（信山社、平5）331頁（特に332頁及び339頁）を参照。

すなわち、契約総論中の契約解除の本来的機能は、「双務有償契約において、帰責事由の有無を問わず債務者の客観的に違法な債務不履行があり、債権者をしてもはや契約に拘束させておくことが期待できなくなったと見られる場合に、双務有償契約における相互の債務の牽連性（Synallagma）を理由に、債務不履行となった債務者の債務と対価牽連関係にある債権者みずからの債務に対する拘束からの債権者の意思により脱することを認め、当初の契約関係の既履行の債務につき巻き戻し関係に形成転換させる制度として捉えるべきである」と。すなわち、解除とは、債務者の（客観的な）債務不履行を被った債権者が「契約から離脱して反対債務から解放され、かつ当該反対債務の履行のために留保された資本についての処分の自由を回復する手だてを与える制度」であって、「債務者の債務不履行による『責任』的構成から峻別されるべきである」。したがって、「契約解除の前提となる債務者の不履行には帰責事由は必要でない」。ただし、541条による解除において「帰責事由のない債務者にとって不利益である」と見られる場合は、「『相当な期間による催告』につき、その期間の相当性の判断に債権者・債務者の双方の状況を利益考量のうえ、適正な期間を設定することによって解決されれば足りる」と説明される。

この学説により意図されているのは、解除の「責任」的構成からの離脱である。従来の「帰責事由」不要説に近いとも見られるが、催告期間の設定にあたり「債務者の状況」をも考慮するところに特徴が見い出されよう。なお、フランス法の研究を通じて、同様の視点を提示する後藤卷則「契約解除の存在意義に関する覚書」比較法学（早稲田大学比較法研究所）28巻1号（1994）1頁をも参照（なお、同論稿では、従来、自明の理として受け入れられてきた履行保障優先原則に疑問を呈し、履行請求と解除とを並列的・選択的に捉える可能性を示唆するところも注目される（6頁以下））。

に集約される⁴⁹⁾。ただし、これら諸要素は、必ずしもそのまま「要件」として機能しうるわけではない。むしろ、既存の要件の意義及び位置付けが再検討されるべき枠組みとして理解されることを至当としよう。その本格的検討は別稿に譲られるものの、上記②及び③に即して、次のような端緒的指摘がなされることは許されよう。

(4) 民法541条に基づく解除の要件が検討される際、従来の議論では必ずしも十分でなかったと思われるのが、②にみられる、債権者が著しい不利益を被らないこと、という視点である。これは、旧民法典財産編406条で明示された恩恵期限（現行541条の催告期間）設定のための要件であった。すなわち、債権者がこれ以上履行を待てば著しい損害を被ることは、催告期間の設定不要を正当視させる（したがって、これは[即時]解除の要件となりうる）。従来、541条の解釈の中で正面からこの要素に目が向けられることは少なく、むしろ542条との関連で意識されていたように思われる⁵⁰⁾。しかし、現行法典の起草

49) こうした角度から解除の要件枠組みを具体的に提示されるのは、潮見佳男『債権総論』（信山社出版、1994）261頁以下である。すなわち、「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と評価されるような局面ではじめて解除が認められる」のであって、そのメルクマールは「重大な契約違反」、すなわち、「当該契約を締結した目的および契約締結の際の諸事情を考慮に入れたとき、契約を維持しこれに拘束されることについて有する債権者（解除権者）の合理的な期待と利益が、履行過程において生じた当該契約違反によって脱落した」こと、である。ここで「利益脱落」の判断にあたっては、「当該契約のもとでの債権者側の事情と債務者側の事情とを総合的に考慮」すべきであり、これを具体的にいえば、「債権者にとっての当該義務の重大性、とりわけ当該義務が履行されることについての期待の大きさ、当該義務違反行為によって生じた不利益の重大性」、及び、これら諸事情に関する「債務者の認識または認識可能性」が指標とされる。その結果、解除のために「債務者の帰責事由を要件とする論理的必要はない」。ただし、「従前の立場にあって帰責事由において吟味されていた債務者側の事情は、『重大な契約違反』の有無を判断するに当たって、契約違反行為による債権者の利益脱落についての債務者の予見可能性の中に発展的に解消され、考慮されることになる」との指摘をも併せ読む必要がある。なお、国際動産売買に関するウィーン売買条約の研究を通じて、同旨の結論を提示する論稿として、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（1）（2・完）」民商法雑誌110巻2号77頁、3号64頁（1994）をも参照。

50) 厳密に言えば、債権者が契約に拘束されることにより不利益を被るという状況と、単に契約から利益を得られないという状況とは、別異に評価されるべきであろう。

過程は、542条のみならず541条に即しても、債権者が契約に拘束されることにより不利益を被るという要素が契約存続の帰趨を左右すべきことを示唆するといえよう⁵¹⁾。

また、③の事情としては、従来、債務者の「帰責事由」及び「違法性」への言及のみが突出していたように思われる。確かに、債務者が不履行につき責を負い、かつ、同時履行の抗弁権を持つなど履行しないことを正当視させる事情もなければ、当該債務者は、債権者による解除を忍受すべきであるとの評価になじむ。しかし、「債務者が解除を忍受すべき事情」とは、この両者に尽きるものであろうか⁵²⁾。また、債務者に「帰責事由」のない客観的不履行により、もはや債権者の利益が失われている場合、契約どおりの履行を望む債務者側の

その観点から、定期行為の場合について、「時期ニ遅レタル履行ハ相手方ニ取りテ利益ヲ有セサルノミナラス却テ不利益ヲ与フルコト多キニ因リ」無催告解除を認めたとの指摘は示唆に富む（『未定稿本・民法修正案理由書』460頁）。

- 51) この見地から、次の指摘は正鵠を得たものとして記憶されるべきである。すなわち、541条に定める催告がいかなる場合も不可欠かを検討する中で、不履行（遅滞）により契約の履行がもはや債権者にとって利益がない場合に、債権者は催告を行わず直ちに契約を解除できるドイツ民法（326条2項）に言及し、「わが民法には規定がないが（542条の定期行為とは別問題）、同様に解してよいであろう」と説くものである（三宅正男『契約法（総論）』（青林書院、1978）194頁以下）。
- 52) 旧民法典財産編406条の趣旨が現行541条に受け継がれていると考えるならば、不履行債務者に害意ないし詐害の意図がある場合、債権者から契約を即時解除されても当該債務者はこの「解除を忍受」すべきである（旧民法典上の「恩恵期限」を設定する要件を欠くことになる）。ここから、541条に基づく～542条ではない～契約の即時解除の要件を検討する余地も生じてくると思われる。「通説」の要件枠組みに即していえば、「催告は絶対的に必要であろうか」（我妻・前掲書（注6）161頁）という問題として検討されることになる。

また、作出された不履行につき債権者に「帰責事由」がある場合も、債務者が解除を忍受すべき事情はない、と評価されよう（若干の裁判例につき、拙稿・前掲資料（注1）商学討究44巻3号100頁以下を参照）。この問題に関しては、近時のドイツ債務法改訂作業に伴い、公表された改訂委員会草案323条3項3号が、「義務違反について、債権者がもっぱら又は優越的程度の（überwiegend）責を負う場合」、当該債権者による解除は認められない旨を定めることも参考になろう（Bundesminister der Justiz (hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.162）。

事情がどの程度に解除を抑止しうるか⁵³⁾。今後、裁判例の分析をも含めて筆者により検討されるべき課題といえよう。

(1995年4月25日)

53) この問題は、客観的に履行が遅延している場合、その危険をどちらの当事者が負担するか、という角度から把握することもできる。その研究として、小野秀誠「遅滞の危険・不能の危険(1)(2)」一橋論叢104巻1号(1990)1頁, 105巻1号(1991)1頁, 同「遅滞の危険・不能の危険-債権者に帰責事由がある場合-」一橋論叢107巻1号(1992)45頁を参照。